

Allan R. **BREWER-CARIAS**, Director

abrewer@bblegal.com

arbrewercarias@cantv.net

www.allanbrewercarias.com

José Ignacio **HERNÁNDEZ G.**, Sub-Director

jhernandezg@cantv.net

Mary **RAMOS FERNÁNDEZ**, Secretaria de Redacción

mary-ramos@cantv.net

CONSEJO DE REDACCIÓN

Dolores **AGUERREVERE**, Juan Domingo **ALFONZO PARADISI**, Francisco **ASTUDILLO GÓMEZ**, Caterina **BALASSO TEJERA**, Juan Carlos **BALZÁN**, Carlos Luis **CARRILLO ARTILES**, Antonio **CANOVA GONZÁLEZ**, Juan Cristóbal **CARMONA BORJAS**, Jesús María **CASAL**, Jorge **CASTRO BERNIERI**, Rafael **CHAVERO**, Ignacio **DE LEÓN**, Margarita **ESCUDERO LEÓN**, Luis **FRAGA PITTALUGA**, Fortunato **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 **ARAJO GARCÍA**, José **ARAJO 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**, Enrique **IRIBARREN**, Gustavo **LINARES**, Irma Isabel **LOVERA DE SOLA**, Enrique **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 ORDOÑEZ**, 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

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

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

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.

ESTUDIOS

Artículos

INTRODUCCIÓN

<i>La Constitución de papel y su Reforma</i> , Rogelio PÉREZ PERDOMO	13
<i>Cuando no hay miedo (ante la Reforma Constitucional)</i> , Eugenio HERNÁNDEZ BRETÓN	17
<i>Aspectos esenciales de la modificación constitucional propuesta por el Presidente de la República. La modificación constitucional como un fraude a la democracia</i> , Gerardo FERNÁNDEZ	21
<i>Una propuesta de “Reforma” constitucional que es una verdadera aberración</i> , Freddy J. ORLANDO S.	27
<i>Utopía Constitucional</i> , Alfredo ARISMENDI A.	29

PRIMERA PARTE:

EL PROCEDIMIENTO ELEGIDO PARA LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN Y SUS LÍMITES

<i>Constitución histórica y Poder Constituyente</i> , Fortunato GONZÁLEZ CRUZ	33
<i>Los límites del cambio constitucional como garantía de pervivencia del Estado de Derecho</i> , Lolymar HERNÁNDEZ CAMARGO	37
<i>La ruptura del hilo constitucional</i> , José Amando MEJÍA BETANCOURT	47
<i>La soberanía popular y el trámite de la Reforma Constitucional promovida por iniciativa presidencial el 15 de agosto de 2007</i> , Claudia NIKKEN	51

<i>La (sobre) interpretación popular constitucional y la Reforma de 2007: ¿retorno a la interpretación ideológica auténtica?</i> , Emilio J. URBINA MENDOZA	59
---	----

SEGUNDA PARTE:

ASPECTOS DEL PROYECTO DE REFORMA QUE AFECTABAN PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO

I. Sobre la concepción del Estado

<i>Personalismo político en el Siglo XXI</i> , Manuel RACHADEL.....	65
<i>El sello socialista que se pretendía imponer al Estado</i> , Allan R. BREWER-CARÍAS	71

II. Sobre la distribución vertical del Poder Público y la forma de Estado

<i>Proyecto de Reforma Constitucional (agosto a noviembre 2007). Principios Fundamentales y Descentralización Política</i> , Ana Elvira ARAUJO GARCÍA	77
<i>Estado de la Potestad Tributaria de los Estados en la Reforma Constitucional de 2007</i> , Betty ANDRADE RODRÍGUEZ	83
<i>Los Consejos Comunales (una breve aproximación a su realidad y a su proyección ante la propuesta presidencial de Reforma Constitucional)</i> , Giancarlo HENRÍQUEZ MAIONICA.	89
<i>Sólo un poder público más. El Poder Popular en la Reforma del 2007</i> , Gustavo LINARES BENZO.....	101
<i>Reforma, Democracia Participativa y Poder Popular</i> , Arturo PERAZA	107
<i>La nueva geometría del Poder</i> , Gustavo TARRE BRICEÑO.	115
<i>Impacto de la Reforma Constitucional sobre las entidades locales</i> , José Luis VILLEGAS MORENO.....	119

III. Sobre la actuación internacional del Estado

<i>La reforma del artículo 153 de la Constitución de 1999: un severo retroceso luego de un gran avance</i> , Jorge Luis SUÁREZ M.	125
--	-----

<i>La integración económica latinoamericana en la Constitución de 1999 y en la Reforma Constitucional de 2007, María Auxiliadora ANDRADE</i>	131
--	-----

TERCERA PARTE:

**ASPECTOS DEL PROYECTO DE REFORMA QUE AFECTABAN
LA ORGANIZACIÓN DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL Y
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

I. Sobre el Sistema Presidencial

<i>Reforma Constitucional 2007. El Presidencialismo y la reelección, Carlos AYALA CORAO</i>	137
<i>La desnaturalización del sistema presidencial en Venezuela. Del presidencialismo exacerbado consagrado en la Constitución de 1999 al ultrapresidencialismo pretendido en la Reforma Constitucional de 2007, Carlos Luis CARRILLO ARTILES</i>	145
<i>La concentración de poderes en el Presidente de la República de acuerdo con la propuesta de Reforma Constitucional sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, Margarita ESCUDERO LEÓN</i>	151
<i>La ampliación de los poderes presidenciales en la práctica y en el proyecto de Reforma Constitucional de 2007, Aurilivi LINARES MARTÍNEZ</i>	157

II. Sobre la Administración Pública

<i>El trastocamiento de la Administración Pública en la Reforma Constitucional de 2007, José Antonio MUCI BORJAS</i>	163
<i>Consideraciones sobre el cambio institucional de la Administración Pública en la Reforma Constitucional, José ARAUJO JUÁREZ</i>	169
<i>La administración paralela como instrumento del Poder Público, José Ignacio HERNÁNDEZ G.</i>	175
<i>El Consejo de Estado y el Plan Nacional de Desarrollo, Juan M. RAFALLI A.</i>	179
<i>Las Administraciones Públicas: Potestad organizatoria y ámbitos competenciales en el Proyecto de Reforma Constitucional, Ninoska RODRÍGUEZ LAVERDE</i>	183

<i>La propuesta de modificación constitucional y el Régimen de la Administración Financiera Pública, Enrique J. SÁNCHEZ FALCÓN</i>	191
--	-----

CUARTA PARTE:

ASPECTOS DEL PROYECTO DE REFORMA QUE AFECTABA EL RÉGIMEN POLÍTICO Y LOS DERECHOS POLÍTICOS

<i>Menoscabo al derecho humano a la participación, por la Reforma Constitucional, Alberto BLANCO URIBE QUINTERO</i>	197
---	-----

QUINTA PARTE:

ASPECTOS DEL PROYECTO DE REFORMA QUE AFECTABA LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

I. Sobre la libertad económica y el régimen de la economía

<i>La suerte de la “libertad económica” en el Proyecto de Reforma de la Constitución de 2007, José Antonio MUCI BORJAS</i>	203
<i>Actividad económica y sistemas alternativos de producción, Tamara ADRIÁN</i>	209
<i>Réquiem por la libertad de empresa y el derecho de propiedad, Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE</i>	215
<i>La Reforma Constitucional y su impacto sobre el Contrato de Arrendamiento, Irma Isabel LOVERA DE SOLA</i>	227
<i>El nuevo modelo económico para el Socialismo del Siglo XXI, Alfredo MORLES HERNÁNDEZ</i>	233
<i>Implicaciones de la Reforma Constitucional en el sector de Telecomunicaciones, Luis Abraham VARGAS,</i>	237

II. Sobre el derecho de propiedad

<i>La Reforma Constitucional y la desnaturalización del derecho de propiedad y su transformación en una simple relación de hecho permitida por el Estado, Román José DUQUE CORREDOR</i>	241
<i>Aproximación preliminar al tratamiento de la propiedad privada en la primera propuesta de modificación a la Constitución de 1999, Gustavo A. GRAU FORTOUL</i>	249
<i>La propiedad en la propuesta de cambio constitucional, Uxúa OJER</i>	257

SEXTA PARTE:

**ASPECTOS DEL PROYECTO DE REFORMA QUE AFECTABAN
EL RÉGIMEN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

I. Sobre el principio de la progresividad y la regresión de las reformas

El principio de progresividad de los Derechos Humanos, María Verónica **ESPIÑA MOLINA** 261

La regresión constitucional en materia de Derechos Humanos, Víctor **HERNÁNDEZ-MENDIBLE** 267

II Sobre el principio de la igualdad

El principio de igualdad en el proyecto de Reforma Constitucional de 2007, Carlos **URDANETA SANDOVAL**..... 275

Protección constitucional de la mujer y de la diversidad sexual, Tamara **ADRIÁN** 295

III. Sobre el derecho a la educación y la autonomía universitaria

La autonomía universitaria y el proyecto de Reforma Constitucional de 2007, Juan Domingo **ALFONSO PARADISI** 301

IV. Sobre los derechos laborales

Las Reformas Laborales, Juan Carlos **PRO RÍSQUEZ**..... 313

Tiempo libre. Libre desenvolvimiento de la personalidad e intromisión del Estado en espacios protegidos del ciudadano, Alfredo **PARÉS SALAS** 319

V. Sobre el régimen de los estados de excepción y la suspensión y restricción de los derechos humanos

Los estados de excepción en la Reforma Constitucional, Jesús María **CASAL** 325

La eliminación del derecho a la información del artículo 337 de la Constitución: Violación del “Principio de Progresividad” de los Derechos Humanos, Ana Cristina **NÚÑEZ MACHADO**..... 331

SÉPTIMA PARTE:

EL CONTROL JUDICIAL DEL PROYECTO DE REFORMA

<i>El control judicial de la reforma constitucional</i> , Rafael CHAVERO GAZDIK	337
<i>Los actos estatales expresados en el procedimiento de Reforma de la Constitución: Naturaleza jurídica y control judicial</i> , Cosimina G. PELLEGRINO PACERA	343

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

<i>Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el cuarto trimestre 2007</i> , por Marianella VILLEGAS SALAZAR	349
---	-----

Comentarios Legislativos

<i>Propuesta de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela emitida por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, Comparación literal Constitución-Reforma</i> José Rafael BERMÚDEZ	357
--	-----

DOCTRINA

Doctrina Administrativa

<i>Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia dictadas durante el cuarto trimestre de 2007</i> , por José Ignacio HERNÁNDEZ G.	423
---	-----

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): cuarto trimestre de 2007</i> , por Mary RAMOS FERNÁNDEZ y Marianella VILLEGAS SALAZAR	431
---	-----

Comentarios Jurisprudenciales

<i>El juez constitucional vs. la supremacía constitucional. (O de cómo la jurisdicción constitucional en Venezuela renunció a controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para la “reforma constitucional” sancionada por la Asamblea Nacional el 02 de noviembre de 2007, antes de que fuera rechazada por el pueblo en el referendo del 02 de diciembre de 2007), por Allan R. BREWER CARÍAS</i>	661
<i>La Reforma Constitucional en Venezuela como un caso de ausencia de control Jurisdiccional de la Constitución (Breve estudio comparado entre Colombia y Venezuela), por Jesús María ALVARADO ANDRADE</i>	695
ÍNDICE	
<i>Alfabético de la jurisprudencia</i>	715

ESTUDIOS

Este número de la Revista está destinado a analizar los diversos aspectos de la reforma constitucional que luego de ser sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, fue rechazada por el pueblo en el referendo celebrado el 2 de diciembre de 2007.

*La coordinación de la edición ha estado a cargo de **José Antonio Muci Borjas**, a quien queremos agradecer tanto su iniciativa como el empeño que puso en lograr que se presetasen todos los trabajos que se publican.*

La Revista agradece además, a los autores, por haber respondido a su llamado y contribuido así a conformar este comprehensivo conjunto de estudios sobre la rechazada reforma constitucional. Es de advertir que la mayoría de los trabajos se redactaron antes de que se realizara el referendo y la reforma propuesta fuera finalmente rechazada.

Allan Brewer Carías

INTRODUCCIÓN

La Constitución de papel y su Reforma

Rogelio Pérez Perdomo

Profesor de la Universidad Metropolitana

En la teoría constitucional de la primera mitad del siglo XX era corriente la distinción entre la constitución real (u orgánica) y la constitución escrita, también llamada formal o de papel. En este final del 2007 los venezolanos estamos divididos por una reforma de esta segunda constitución. ¿Tiene sentido la movilización en contra de una reforma de la constitución de papel? Esa es pregunta que nos proponemos responder.

Para explicar qué puede estar en juego conviene destacar que la *constitución de papel* es un documento cuyo valor es fundamentalmente simbólico. En ese documento es tradicional que se exprese la distribución del poder público entre sus distintas ramas u órganos, la manera como se escogen los titulares de esas ramas y los derechos de los ciudadanos. Lo que se dice en ese documento no es descriptivo de las relaciones reales de poder en una sociedad y de los derechos que efectivamente tienen los ciudadanos. Por ejemplo, la lectura de las constituciones de 1909 y 1914 no nos permiten comprender cómo funcionaba el estado venezolano en el período 1909-1935, cuánto poder tenía Juan Vicente Gómez, qué derechos tenían los venezolanos en ese período y cuán protegidos estaban esos derechos. Conviene decir desde ya que esas constituciones eran políticamente liberales. El congreso de la época no podía delegar sus facultades legislativas, las personas sólo podían ser juzgadas por sus jueces naturales y la libertad de expresión estaba garantizada. En otras palabras, los poderes del General Gómez eran constitucionalmente bastante limitados, más aun si se piensa que no fue Presidente de la República en los 27 años en que, en la práctica, tuvo un poder ilimitado.

Cabe advertir que bajo Gómez hubo varias reformas constitucionales, que en el congreso de la época la oposición no estaba representada y que la población estaba políticamente desmovilizada. No hay duda que Gómez y sus partidarios hubieran podido aprobar una legislación con más poderes formales para el Presidente de la República. La obra fundamental de justificación del gomecismo, *Cesarismo democrático* de Vallenilla Lanz, lo propuso, pero nadie lo hizo en el congreso de la época. La explicación personalista tiene dificultades ante tales hechos, pues claramente Gómez no era de talante democrático y seguramente no era menos autoritario que Chávez. Tal vez Gómez contaba con asesores de la talla de Arcaya o Gil Fortoul, pero ese análisis nos desviaría de entender el problema de fondo.

Desde el siglo XVIII se ha comprendido que la constitución como documento tiene tres funciones principales: explicitar el proyecto político, distribuir el poder político entre distintas ramas y explicitar los derechos de los ciudadanos garantizados por el estado. La idea de distribuir el poder político es fundamentalmente liberal: es el establecimiento de contrapesos para evitar la concentración en una sola persona o un solo órgano del poder. Es por esto que la idea misma de constitución es políticamente liberal. La existencia de derechos individuales

que el estado no sólo debe respetar sino que garantiza su libre ejercicio es otra expresión de esta idea liberal. Esto fue un consenso general en el siglo XIX, aunque naturalmente había cierto desacuerdo en asuntos como los poderes del titular del ejecutivo o la duración de su mandato. Sólo se opusieron a la idea misma de constitución los partidarios del poder absoluto. Esta fue la razón por la cual Fernando VII rechazó jurar la constitución española de 1812 y precipitó a España en una crisis política que, en definitiva, la llevó a la pérdida de sus colonias americanas.

La propuesta de reforma de la constitución que los venezolanos votaremos en diciembre de 2007 plantea un proyecto político explícitamente no liberal que podemos llamar socialista-autoritario o revolucionario. Se desea convertir a Venezuela en un país socialista al estilo de Cuba o la antigua Unión Soviética, con severas limitaciones a la propiedad privada, con una enorme concentración de poder en el Presidente de la República, con la correlativa disminución de la autonomía de estados y municipios. No entraremos en la explicación detallada de la propuesta por ser tarea de otros colegas sino en los elementos políticos que explican la importancia de esta reforma en relación con la idea misma de constitución.

La primera observación es que el proyecto político expresado en el proyecto de constitución está ya en operación. El poder político está concentrado en el Presidente de la República y ninguno de los poderes del estado tiene autonomía o puede poner algún contrapeso al poder de Chávez. Sólo quedan pocos estados y municipios dirigidos por personas con autonomía, que curiosamente han aumentado recientemente como efecto de la explicitación de la concentración de poder que se ha manifestado en la constitución del Partido Socialista Unido (en el cual se disolverían todos los partidos que han venido apoyando al Presidente Chávez) y en la propuesta de reforma constitucional. La constitución de 1999 incrementó el poder del Presidente de la República y no ha sido obstáculo alguno para que ese poder se haya concentrado. Esto lleva a la pregunta de cuál es la ventaja en hacer explícito el proyecto socialista-autoritario, si más bien ha generado un stress considerable entre los mismos partidarios de Chávez.

Las empresas privadas han encontrado severas limitaciones para su funcionamiento en los últimos años lo que ha llevado en la práctica a la caída en las inversiones de capital lo que lleva a la paradoja de empresas trabajando a toda capacidad, pero que no llegan a abastecer completamente el mercado y no hacen inversiones para aumentar su capacidad de producción. Aunque en términos económicos pudiera parecer irracional, es el curso de acción políticamente más racional ante la expectativa de mayores dificultades. Hay un número importante de propiedades rurales y urbanas invadidas sin que sus propietarios puedan encontrar ningún remedio en el sistema de justicia, a pesar de la garantía formal de la propiedad en la presente constitución. De nuevo aquí cabe la pregunta de que gana el régimen con hacer explícito el proyecto.

La tercera observación es sobre el procedimiento de cambio. La vía escogida por el gobierno es la reforma constitucional cuando la naturaleza del cambio parecía más bien exigir la convocatoria de una asamblea constituyente. Seguramente la vía de la asamblea fue considerada menos segura para determinar el contenido de la prácticamente nueva constitución que se propone. Por otra parte, el proyecto de reforma se está sometiendo a referéndum con prisa, sin permitir su discusión detenida. En el fondo, el gobierno desea plantear el tema como un plebiscito de apoyo al Presidente. Esto se apoya en uno de los cambios fundamentales: la eliminación de la restricción en la posibilidad de reelección inmediata o continua en la presidencia, pero éste es un evento lejano en el tiempo.

Desde el punto de vista práctico la reforma de la constitución tiene ventajas inmediatas muy limitadas para el régimen y se ha revelado como una fuerza de desestabilización. La ganancia es en el plano simbólico: que la población venezolana vote mayoritariamente por el proyecto socialista-autoritario le daría una mayor legitimidad y estabilidad al régimen. Dada la vía escogida para la reforma esta ventaja es más que problemática porque lo que se pide es un voto de confianza en Chávez más que un voto sobre un proyecto político que las encuestas muestran con considerable rechazo. La constitución es por antonomasia un documento de consenso. Es esto lo que da la legitimidad a las reglas de juego político que define. Al buscar imponer un documento que no es una verdadera constitución porque no distribuye el poder político ni garantiza derechos de los ciudadanos, el sentido jurídico y político de constitución ha sido destruido tanto desde el punto de vista procesal como de contenido. Chávez y sus partidarios están dando un paso definitivamente importante, pero es un paso que lo aleja de la idea de democracia y de república. Lo acerca mucho más a Fernando VII que a Bolívar.

En el referendo de diciembre no se plantea la salida inmediata de Chávez del poder: él mismo no ha prometido renunciar en caso de que lo pierda. La movilización en contra de la reforma ha mostrado que una parte importante de la población se opone activamente a la reforma. En el plano simbólico el régimen está perdiendo una batalla importante. El análisis socio jurídico no permite hacer predicciones pero puede permitir plantear que cualquiera que sea el resultado, el régimen se hará más inestable. El valor simbólico de la constitución formal no debe ser desconocido.

Cuando no hay miedo (ante la Reforma Constitucional)

Eugenio Hernández-Bretón

*“¿Por qué tú crees que esa gente vive así?
No es por el destino sino por su falta de carácter.
Y uno se salva solo; no lo olvides.”*

Rubén Jorge Rodríguez, *Unplugged*,
Los que cuentan. Una antología,
Centro de Formación Literaria Onelio Jorge Cardoso,
La Habana, 2007.

Escribo estas líneas cuando estamos a momentos de culminar el proceso de reforma constitucional iniciado a solicitud del Presidente de la República en el mes de agosto de 2007. Hasta este momento han sido muchos los intentos por alertar acerca de las deficiencias jurídico-constitucionales de la propuesta; las voces que han pretendido alertar acerca de las mismas, sin embargo, no han sido oídas. Simple y llanamente han sido ignoradas o solo han servido para encender alguno que otro insulto. Por su parte el poder judicial se ha limitado a calificar de “inadmisible”, “improponible” o “ininteligible” los recursos de control judicial de la propuesta. Ninguno ha corrido con suerte, los otros recursos pendientes parece que ya han perdido su objeto pues la fecha fijada para el referéndum ya está marcada y los electores están prontos a hacer filas para votar.

El problema que nos presenta la propuesta de reforma constitucional es jurídico, sin duda; pero ello es el problema de los abogados. Para el resto de la población el problema es de vida. Es un problema políticamente complejo. Se trata de la más grave decisión que ha tenido que enfrentar el país político en los últimos cincuenta años. A riesgo de exceder el límite y el propósito de esta publicación he considerado un deber dejar testimonio de lo que hemos vivido en los términos más llanos.

De las cosas que contiene la propuesta original modificada como fue por la Asamblea Nacional, hay algunos asuntos que vale ser destacados, por supuesto sin negar igual importancia a todos los demás. En primer lugar, el procedimiento seguido para modificar la Constitución. Se propuso el curso de la reforma, aun cuando se sabía que los cambios propuestos incidían en la esencia misma de la Constitución. Se buscó el argumento de que por cuanto las disposiciones contentivas de los principios fundamentales de la Constitución de 1999 no eran mencionadas en la propuesta, entonces no era una modificación de su estructura y sus principios fundamentales. Un argumento esgrimido ante la eventual complejidad de la vía de la Asamblea Nacional Constituyente y ante el temor de que el pueblo optara por “sacar” a su Presidente. Pero también es importante llamar la atención a la celeridad y urgencia con la que se manejó la propuesta, y la máxima colaboración que prestaron la Asamblea Nacional y el órgano contralor electoral para que todo estuviese listo en menos de cuatro meses. No solamente es ser sino parecer.

En segundo lugar, la propuesta del Presidente terminó siendo una propuesta en *tandem*. La Asamblea Nacional tanto se interesó en el asunto que terminó confundiendo la propuesta.

Creo que la Asamblea se excedió en sus límites y desnaturalizó la esencia de la iniciativa de la propuesta de reforma o de modificación constitucional, si es que como tal se puede calificar la propuesta. Al final no se puede decir si la propuesta es de uno u otro o de ambos. Lo cierto es que se le endilgó la propuesta al Presidente y así apareció en el texto sometido a *referendum*.

En tercer lugar, no todo el contenido de la propuesta supone una alteración de los principios esenciales de la Constitución, pero ciertamente algunas de las alteraciones propuestas suponen un muy significativo cambio al punto de llevarnos a extremos nunca antes conocidos en toda la historia del país y mucho menos en la Constitución de 1999. Entre ellas, quiero referirme a la propuesta de “migración” a un Estado o una economía socialista. La propuesta fue hecha, a propósito, sin contenido, imprecisa. Se le pidió al pueblo que votara por algo que nadie conoce, o que a lo mejor solo lo conoce el proponente. El resto de los lectores no sabe para que se nos pide el voto.

La propuesta inicial de modificación del régimen de propiedad, incluida la privada, y la de modificación de la libre iniciativa privada fueron ligeramente “mejoradas” por la Asamblea Nacional. Sin embargo, la propuesta tampoco brinda seguridades suficientes. La propuesta llega al punto que hace recordar una frase contenida en cuento breve de un autor cubano contemporáneo en el que él afirma que las “cosas mas privadas son las de propiedad pública”.

En tiempos de Carlos III se publicaba en Madrid una “revistita”, *El Espíritu de los Mejores Diarios*, y desde entonces se dice “Por derecho de propiedad entiendo aquella prerrogativa concedida al hombre por el autor de la naturaleza, de ser dueño de su persona, de su industria, de sus talentos y de los frutos que logre de sus trabajos. Por el derecho de libertad entiendo la facultad de usar como uno quiera de los bienes adquiridos y de hacer todo aquello que no vulnere la propiedad, la libertad y seguridad de los demás hombres, y por el derecho de seguridad entiendo que no puede ser víctima del capricho o del rencor del que manda. En estos principios está cifrado el acierto de los gobiernos, ellos son los elementos de las leyes, el monarca de la naturaleza los ha escrito sobre el hombre, sobre sus órganos y su entendimiento y no sobre débiles pergaminos que pueden ser despedazados por el furor de la superstición o de la tiranía”. Y esto es parte de nuestra herencia histórica.

La propuesta supone también una alteración del régimen de la autonomía universitaria. Fue ésta un añadido producto de las deliberaciones en la Asamblea Nacional desde donde con vehemencia se ha proclamado “la muerte del claustro”. La eliminación de la autonomía y la partidización de la universidad venezolana no pueden sino conducir a la destrucción del ambiente de libertad cultural en que se apoya toda la creación humana. Esta propuesta me hizo recordar los experimentos alemanes de los años 1960 y la *Drittelparität*, lo cual permitió que un asistente de cátedra de la Universidad Libre de Berlín fuese electo rector. Su gestión de caos no duró más que unos pocos meses.

El Libertador tantas veces inspirador, “que había ganado sus títulos militares en la campaña libertadora más extensa que recuerda la historia universal”, dice Germán Arciniegas, cuando pisó los predios de la Universidad de San Marcos de Lima, “se despojó de sus armas y títulos y simbólicamente inclinó la frente en el templo de la ciencia.”

El corazón de la reforma es abrir la puerta a una reelección indefinida del Presidente de la República, pero no así de otros funcionarios de elección popular. Así fue dicho y expresado sin tapujos por su proponente, quien según las explicaciones dadas al público es el único mortal capaz de ejecutar el proyecto en cuestión. Todo lo demás es relleno. Parece que razo-

naron que haber hecho esta sola propuesta era muy groseramente evidente de que en definitiva lo que verdaderamente cuenta es esta reelección indefinida y nada más.

En 1948, el General Perón, modelo de muchos, dijo: “Un punto resulta indudablemente crítico en la reforma: ...el referente... a que el presidente pueda ser reelecto sin período intermedio. Mi opinión es contraria a tal reforma... Bastaría observar lo que sucede en los países en que tal inmediata reelección es constitucional. No hay recurso al que no se acuda, lícito o ilícito; es escuela de fraude e incitación a la violencia, como asimismo una tentación a la acción política por el gobierno o sus funcionarios. Lo dijo el propio Perón.

Hay un pretendido marcado esfuerzo por dar mayores poderes al Presidente de la República y una propuesta de “dar más democracia al pueblo”. Pero así como se pretende democratizar la universidad, se olvida, tal vez, el hecho de que el único jefe militar de elección popular es el Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional. ¿Cómo lucirían las elecciones democráticas de autoridades militares en las que participemos todos o por lo menos los soldados, los reclutas, los oficiales, los empleados y obreros de la Fuerza Armada? ¿Demasiado pedir?

Un ex-presidente colombiano dijo hace más de cincuenta años: “¿Contra quién nos armamos los latinoamericanos? ¿Cuál es la razón para que nuestros países se estén arruinando con armamentos costosísimos que jamás se podrán emplear? Porque el crimen de la guerra internacional americana, de unos pueblos contra otros, sería uno de esos crímenes que no perdona el Espíritu Santo. Un crimen que nada explicaría, que nada justificaría, fuera del interés personal de determinados individuos, fuera del monstruoso interés de los vendedores de armas. Nosotros no tenemos ningún motivo para combatirnos; no tenemos sino motivos para acercarnos y para vivir fraternalmente... ¿Y tenemos acaso papel que desempeñar militarmente en los grandes conflictos internacionales del universo? Jamás. ...¿qué van a hacer nuestros pobres países, arruinándose en armamentos que en un momento de conflicto internacional no representarán absolutamente nada? ¿Entonces? Estaríamos creando ejércitos insignificantes en la vida internacional, pero aplastantes en la vida interna de cada país. Cada país está siendo ocupado por su propio ejército.”

La propuesta de reforma constitucional va a enfrentar la voluntad popular. El *referendum* revocatorio de hace unos años fue derrotado. En esa ocasión los proponentes no lograron sumar los votos requeridos. Esa experiencia dejó listados de electores políticamente censurados y la mayor discriminación jamás conocida en Venezuela. Los conocidos listados Tascón y Maisanta no parecen haber sido desterrados del panorama político.

Ante esa situación vale recordar que nuestro pueblo se ha formado en medio de ejemplos heroicos. Así uno encuentra “lo que fue el último de los zaques. Ofendido en su realeza por la traición española, enmudeció definitivamente hasta que se le llevó al tormento para arrancarle la confesión de sus tesoros. Trabajaron entonces, tan prolijamente como solían hacerlo, los hábiles verdugos españoles, para producir las más sutiles sensaciones de martirio. El zaque no tuvo sino una frase para mostrar toda su grandeza y su desprecio. “De mi cuerpo, dijo, podéis hacer cuanto os venga en gana: que lo que es sobre mi voluntad no manda nadie”. Y fueron éstas sus últimas palabras.”

Como pueblo multicultural también vale recordar la “fórmula con que los aragoneses juraban a sus reyes. Nosotros, decían, y cada uno de nosotros, que vale tanto como vos, y que juntos podemos más que vos, os juramos obediencia si cumplís nuestras leyes y guardáis nuestros privilegios; y si no, no. Seguramente los aragoneses, que eran cristianos, católicos, apostólicos, romanos, entendían con perfección el *Per me Reges regnant...*”.

Tomo prestadas nuevamente las ideas de Arciniegas: “Un día el negro Toussaint, cochero del señor Bayon de Libertad, por haber aprendido a leer, da con ciertas líneas del libro del abate Raynal en donde, tras apuntar éste que a los esclavos se les trata en las Antillas peor que a los perros, anuncia la liberación de los oprimidos: “Lo único que se necesita es un jefe valeroso. Quién será? De que habrá de aparecer, no hay duda; vendrá y levantará el estandarte sagrado de la libertad”. Las palabras quedaron zumbando en el oído del cochero. Se hizo caudillo de la negrería. Cuando su espada había puesto ya en fuga a los españoles, a los franceses y a los ingleses, y su pueblo lo saludaba como a su libertador, tal vez sus ojos vieron en la memoria la página del libro del abate y debió decirse maquinalmente: “Faltaba un jefe valeroso...Yo lo fui”. Cada uno de nosotros.

*Aspectos esenciales de la modificación
constitucional propuesta por el
Presidente de la República.
La modificación constitucional como
un fraude a la democracia*

Gerardo Fernández

El Presidente de la República ejerció en fecha 15 de agosto de 2007 iniciativa de reforma constitucional, de conformidad con los artículos 342 y siguientes de la Constitución y, en tal sentido, presentó a la Asamblea Nacional su propuesta de modificación de la Constitución de 1999. La Asamblea Nacional tramitó dicha iniciativa e incorporó modificaciones adicionales a la originalmente planteadas por el Presidente de la República y sancionó el texto de la reforma en fecha 2 de noviembre de 2007, siendo sometido a consulta popular, mediante referendo, en fecha 2 de diciembre de 2007, resultando rechazada dicha iniciativa reforma.

No obstante ello, consideramos necesario publicar las consideraciones y reflexiones que desde el mundo académico se hicieron sobre esta propuesta de modificación constitucional, de modo tal que quede constancia de la posición asumida por los que escribimos en esta publicación y, además, sirva de alerta para un futuro, en caso de que pretendan impulsar nuevamente modificaciones al texto constitucional como las rechazadas en fecha 2 de diciembre de 2007 por la voluntad popular.

A continuación y a manera de introducción de la presente publicación, analizaremos someramente los aspectos esenciales de la modificación constitucional propuesta, tanto desde el punto de vista adjetivo como sustantivo.

I. EL MECANISMO DE MODIFICACIÓN. FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Con la propuesta presidencial de reforma constitucional se pretendió concretar un fraude a la Constitución de 1999, al propio poder constituyente originario y a la democracia, al manipular los mecanismos consagrados en la propia Constitución para su modificación. Se persiguió una modificación radical del texto constitucional por la vía de la reforma, cuando dicha modificación significaba una transformación del ordenamiento jurídico constitucional y de las estructuras y principios fundamentales del Estado. Siendo ello jurídicamente improcedente a través del mecanismo de la reforma.

En efecto, el mecanismo de la reforma es una vía de revisión parcial de la Constitución, que no permite en forma alguna la modificación de la estructura organizativa del Estado, ni menos aún de los principios constitucionales que son los pilares sobre los cuales descansa el andamiaje organizativo del Estado, como tampoco del cambio del régimen político. En efecto, se pretendió extender el período presidencial y establecer la reelección indefinida del primer mandatario; se propusieron cambios en el sistema de administración financiera pública; se procuraron modificaciones al régimen socio-económico, incluyendo un tratamiento diferente del régimen de la propiedad e impulsando un socialismo de estado; se quiso intro-

ducir una nueva geometría del poder y de la división político territorial; se quería introducir un nuevo régimen para la Fuerza Armada Nacional, cambiando su estructura, naturaleza y filosofía; se proponía dar un tratamiento regresivo a derechos fundamentales de los ciudadanos, entre otros cambios radicales. Ello simplemente no era posible concretar por el mecanismo de la reforma, sin incurrir en fraude a la propia Constitución.

La reforma, como mecanismo de modificación de la Constitución, se tramita y aprueba por ante la propia Asamblea Nacional mediante tres discusiones. El proyecto debe ser aprobado por las dos terceras partes de los miembros de dicha Asamblea, con independencia del origen de la iniciativa (legislativa, ejecutiva, popular). Es requisito indispensable para la validez de la reforma que el proyecto se someta a referendo.

Al ser desconocidas las limitaciones del mecanismo de la reforma constitucional, se introduce indirectamente una modificación de la norma de revisión, pues se faculta a la Asamblea Nacional para discutir y aprobar un proyecto de nueva Constitución, que será sometida a referendo popular. En el caso concreto, el fraude se profundizaba, en primer lugar, porque la Asamblea Nacional no era representativa de todos los sectores de la sociedad venezolana, sino que representa los intereses del Presidente de la República; en segundo lugar, porque se está engañando al pueblo venezolano en cuanto a la extensión de la modificación constitucional, haciéndosele creer que se está actuando dentro de parámetros jurídicos y; en tercer lugar, no se buscó consenso para concretar la modificación constitucional, no se oyó al opositor, ni a nadie que tuviera una voz disidente con respecto a la modificación propuesta. En conclusión se pretendió imponer una nueva constitución.

Por último sobre este aspecto debemos señalar, que la Constitución es el texto jurídico fundamental, base y sustento de la estructura del Estado y del ordenamiento jurídico de un país que se promulga para generar seguridad y estabilidad jurídica e institucional y, por ello, debe perdurar en el tiempo. Sin embargo, se planteó la modificación radical de la Constitución de 1999, sin haberse implementado, desarrollado ni cumplido en sus aspectos esenciales y sin ser una prioridad para el país.

Toda Constitución democrática es un pacto social producto de un acuerdo nacional. La Constitución debe ser integradora y no para una parcialidad del país; no debe ser impuesta desde el poder y no debe consagrar una ideología en particular; debe respetar y promover la pluralidad política, la tolerancia, la convivencia y la participación real en el proceso de su elaboración. La Constitución debe ser entonces para todos los venezolanos. La propuesta presidencial y la metodología que se utilizó para aprobar la modificación constitucional fue excluyente, parcializada e impuesta, por lo cual, siempre, la Constitución que hubiese resultado de este proceso no hubiese sido democrática.

II. LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL CONSTITUÍA UN ATENTANDO A LAS LIBERTADES CIUDADANAS

Desde el punto de vista de su contenido, la propuesta de modificación constitucional fue profundamente antidemocrática. El objetivo fundamental de dicha propuesta fue mantenerse en el poder; concentrar más poder y controlar al ciudadano. Además, se planteaba un tratamiento regresivo de derechos y libertades fundamentales.

a) Se le pretendió dar un contenido ideológico a la Constitución, calificarla de “socialista” e imponer un modelo ideológico político. Ello nos conducía a una Constitución excluyente y parcializada, condenada a durar en tanto y en cuanto el régimen que la pretendía imponer estuviese en el ejercicio del poder. Consideramos, que la consagración en numerosos

artículos del “socialismo”, pretendía en la realidad la destrucción de la declaración contenida en el artículo 2° de la Constitución vigente que consagra que Venezuela es un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia y se aparta del fin supremo de la Constitución vigente de establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica. Se pretendía imponer un “Estado Socialista” y, por lo tanto, una Constitución ideologizante, por lo tanto excluyente, y parcializada donde no cabían todos los ciudadanos de este país. En definitiva, vulneraba de manera directa y flagrante principios fundamentales de la democracia contenidos en la Constitución vigente como son la libertad de conciencia, el pluralismo ideológico y, en definitiva, la libertad misma.

b) El contenido de la propuesta de modificación constitucional pretendía vulnerar principios republicanos y democráticos que constituyen valores esenciales del Estado de Derecho en Venezuela. La reelección indefinida, que impide la renovación del gobierno, el centralismo exacerbado, la ideologización y la eliminación del carácter institucional de la FAN, la modificación del tratamiento y régimen aplicable al derecho de propiedad, la eliminación de la libertad económica y de la promoción de la iniciativa privada, el tratamiento regresivo de los derechos fundamentales, el secuestro de la soberanía popular, la negación del carácter electivo y representativo de los órganos del llamado Poder Popular, la ideologización político-partidista de la Constitución y, en definitiva, la sustitución del pluralismo político establecido en la Constitución de 1999 por una ideología de Estado única y obligatoria, son un atentando a la democracia, principio irrenunciable.

c) Se pretendió establecer un régimen de reelección indefinida y un mandato presidencial de siete (7) años que atentaban, en caso de que se concretaran, en un atentado contra el principio de la alternabilidad en el poder, favoreciendo el caudillismo y el personalismo que tanto daño le han causado históricamente al país. El Presidente de la República pretendió modificar la Constitución para perpetuarse en el poder y hacer retroceder al país a la época de Juan Vicente Gómez, último presidente en Venezuela que concreto una modificación constitucional de esta naturaleza.

d) La modificación constitucional planteada, pretendió concretar una nueva geometría del poder y establecer una nueva división político territorial. Se planteaba hacer desaparecer en la práctica la descentralización y el federalismo impulsando un proceso centralizador y un estado unitario, mediante el cual, desde el poder central nacional se pretendió concentrar el poder y la toma de decisiones. Además de la recentralización que se viene llevando a cabo desde hace varios años, se proponía dejar sin poder, competencia y facultades reales a las instancias de equilibrio de poder y de gestión de servicios públicos que constituyen hoy día las alcaldías y gobernaciones, creándose una administración paralela controlada por el Presidente de la República, que estaba destinada a asumir dichas competencias y poderes. A pesar de mantenerse el federalismo descentralizado como un principio fundamental, contenido en el artículo 4 de la Constitución, Venezuela, de concretarse dicha modificación constitucional, dejaría de ser un Estado federal para ser un Estado unitario fuertemente centralizado.

e) Se propuso la creación de Consejos Comunales y de un Poder Popular. Los Consejos Comunales no estaban concebidos como herramienta de participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos locales y vecinales y de control y supervisión ciudadana, sino para sustituir, en la práctica, al gobierno local y estatal, y servir de instrumento para el centralismo exacerbado. Los Consejos Comunales, en los términos concebidos por el Gobierno, tienen su inspiración en el estado comunista y son un medio para debilitar el poder local en beneficio del poder central, ya que son fácilmente controlables. Ellos son organizados, registrados, financiados y supervisados desde el poder central, con lo cual no tendrán autonomía

alguna. Bajo la consigna de que el poder se le otorga directamente al pueblo, lo que se pretende es centralizar la toma de decisiones desde el poder central. Los Consejos Comunales sólo pueden ser legítimos si sus directivos son electos por el voto directo y secreto de las comunidades y si se descarta el "asambleísmo" fácilmente manipulable, y que convertido en masa, es fácil presa de las pasiones, y, utilizable como instrumento de su propia degeneración y del control ideológico de la sociedad. Los Consejos Comunales concebidos por el proyecto de modificación constitucional constituían una copia fiel de la organización de las asambleas provinciales, municipales y de los consejos del poder popular contemplado en la Constitución de la República de Cuba del 1° de agosto de 1992 (artículos 103 a 119), cuya soviétización se advierte al negarles carácter electivo y representativo. La consolidación constitucional de un Poder Popular significaría el secuestro de la sociedad organizada en Venezuela por parte del Estado, tanto más cuando se planteaba que la misma no tendría su origen en el voto popular.

f) Se pretendió un cambio sustancial en la Fuerza Armada Nacional. Se propuso, con la modificación constitucional, colocar constitucionalmente a la FAN al servicio del gobierno y de una parcialidad ideológica. Afirmar que la FAN sería garante de la continuidad del proyecto político era, sin lugar a dudas, colocarla al servicio de una parcialidad política; ello atenta contra su institucionalidad democrática. La filosofía de la propuesta presidencial era establecer una FAN para hacer la guerra y no para asegurar la paz. Ello constituye un atentado contra la institucionalidad civil republicana. Igualmente, se pretendió ir hacia un militarismo exacerbado pretendiendo establecer un rol de la FAN en los asuntos civiles y en el control principal del orden público. La consagración de la milicia pretendió institucionalizar constitucionalmente una estructura militar paralela a la estructura militar tradicional e ideologizada que le responde directamente al Presidente de la República

g) La modificación constitucional propuesta pretendía controlar al ciudadano y la economía privada. Se propuso la consagración de un modelo de economía socialista, donde el estado asumía un rol fundamental en el control y gestión del aparato productivo y de los servicios. De concretarse la modificación constitucional, la actividad económica hubiese pasado a ser una actividad fundamental y directa del Estado. Se proponía eliminar la libertad de iniciativa privada y la libre empresa y el derecho de cada quien de dedicarse a la actividad económica, comercial o profesional de su preferencia. Se puede afirmar que la modificación constitucional estaba destinada a establecer en Venezuela un modelo de economía sobre la base de la propiedad pública de los medios de producción, lo cual es la consagración anticipada de un modelo históricamente fracasado.

h) La modificación constitucional planteó la degradación constitucional del derecho de propiedad individual, contenida en el texto del artículo 115; se propuso la eliminación constitucional del derecho de propiedad y, en su sustitución, se proponía el reconocimiento de tipos de propiedad. Se pretendía privilegiar la propiedad pública y colectiva administrada por el estado en detrimento de la propiedad de los particulares. En definitiva, de haberse concretado la modificación constitucional la propiedad de los venezolanos iba a ser cada vez más escasa, insignificante y menos importante, ésta se desmotivaría, gravaría y se eliminarían sus incentivos; mientras que la propiedad del estado será la propiedad a promover y privilegiar.

De hecho, este fue uno de los temas más controvertidos de la modificación constitucional. En definitiva, con el rechazo en el referendo aprobatorio, se reafirmó que la propiedad privada individual es un valor reconocido por todos los ciudadanos, que es un elemento que pertenece a su cultura y que corresponde a la más respetada tradición jurídica nacional; que la propiedad privada individual es un derecho que ha sido reconocido a lo largo de toda la histo-

ria constitucional del país y; que es un derecho que ha sido consagrado como una libertad fundamental de los ciudadanos, respetado y enaltecido institucionalmente.

i) La propuesta de modificación constitucional pretendía modificar el régimen de la expropiación y permitir la ocupación administrativa previa. Asimismo, se pretendía la eliminación del derecho a la propiedad intelectual, industrial y su protección por parte del Estado. Se propuso eliminar constitucionalmente la autonomía del Banco Central de Venezuela y se persiguió otorgar facultades constitucionales al Presidente de la República para el manejo de las políticas monetaria, cambiaria y de las reservas internacionales. Para concretar aún más el control sobre la economía por parte del Presidente de la República, las Disposiciones Transitorias propuestas lo habilitaban para que ilimitadamente dictara decretos leyes en materia económica, a los fines de conducir al país a la economía socialista. En la práctica, con esta ilimitada delegación legislativa se estaba suspendiendo las garantías económicas.

j) La propuesta de modificación constitucional pretendió limitar derechos políticos y de participación ciudadana. De acuerdo a la propuesta presidencial, la soberanía popular no la ejerce el ciudadano a través del voto, sino a través de las organizaciones sociales y políticas. Ello sin lugar a dudas, atentaba contra el derecho al sufragio y a la democracia misma. Se propuso restringir la activación de los mecanismos de democracia directa, en la medida que su utilización estaba condicionada a la construcción del estado y la sociedad socialista. Además, se planteaba restringir el ejercicio de dichos mecanismos de participación popular, duplicando los requisitos para activarlos, haciendo desaparecer en la práctica la democracia participativa y protagónica.

k) Se propuso la modificación del régimen de excepción constitucional con el único objetivo de controlar al ciudadano; en tal sentido, el mismo, de aprobarse la modificación constitucional, no tendría límite temporal; se eliminarían los controles obligatorios, tanto político por parte de la Asamblea Nacional, como jurisdiccional por parte del Tribunal Supremo de Justicia; se quiso eliminar la posibilidad de revocar por vía de referendo el decreto del Ejecutivo Nacional que declaraba el estado de excepción; se propuso cambiar la expresión "restringir" o "limitar" garantías que se utiliza en la Constitución vigente, por el de "suspender" garantías y derechos; se pretendió permitir la suspensión de derechos intangibles (entre ellos la información y algunos atributos del derecho a la defensa y al debido proceso y; se quiso eliminar la obligación que se mantiene en la Constitución vigente, en el sentido que el decreto que declara la excepción constitucional de cumplir con los tratados internacionales que regulan la materia.

En definitiva, la propuesta presidencial constituía un fraude metodológico y de contenido a la democracia, la propia constitución de 1999 y a los tratados y acuerdos internacionales que protegen el sistema de libertades. Los ciudadanos rechazaron dicha propuesta presidencial levantando un muro de contención a las pretensiones totalitarias de la modificación constitucional. Una lección de democracia de un pueblo que en definitiva desea vivir en libertad.

Una propuesta de “Reforma” Constitucional que es una verdadera aberración

Freddy J. Orlando S.

El proyecto de “Reforma” de la vigente Constitución en el que han laborado fundamentalmente los Poderes Ejecutivo y Legislativo, constituye quizás la proposición de contenido jurídico, político, económico y social de mayor trascendencia que se haya sometido a la consideración de los venezolanos, luego de la declaración de independencia plasmada en la Constitución de 1811.

Las diferencias existentes entre la que ahora se nos presenta para sustituir la actualmente vigente en diversas materias son abismales. De allí que lo precedente era convocar una Asamblea Constituyente tal como lo establece su artículo 347.

En efecto, la materia concerniente a la reelección indefinida, el cambio de forma del Estado Federal y su correspondiente división político-territorial, la transformación del sistema económico del Estado conforme al fracasado modelo estatista, marxista-leninista de los países comunistas de la Europa del este luego de la II posguerra mundial las restricciones al derecho de propiedad, a la libertad económica y a la libre iniciativa de los particulares, al pluralismo político, la concentración absoluta del poder en la persona del presidente de la República y la eliminación de la descentralización y de la autonomía del Banco Central, entre otras regulaciones, era motivo más que suficiente para convocar al Poder Originario.

Ahora bien, en esta oportunidad queremos llamar la atención acerca de la regulación contenida en el artículo 337 de la proyectada “Reforma”, toda vez que allí se conculca el derecho al debido proceso y el derecho a la información en los estados de excepción por la sola decisión del poder ejecutivo. Esto lo consideramos absolutamente peligroso y una verdadera aberración, porque la garantía del debido proceso comprende, además del derecho a la defensa y el derecho a ser juzgado por sus jueces naturales -los cuales siguen apareciendo en la norma reformada- el derecho a la presunción de inocencia; el derecho a ser oído; el derecho a no reconocerse culpable ni a declarar contra si mismo, ni contra su cónyuge, concubino o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; el derecho a no ser sancionado por actos u omisiones que no estén previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes; el derecho a no ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgado con anterioridad; y el derecho a solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados, así como de exigir la responsabilidad personal del magistrado, juez y del Estado y de actuar contra estos.

Si en circunstancias normales ha habido casos en los cuales se atenta contra el artículo 49 de la vigente Constitución que recoge estos derechos, qué puede esperarse en una situación de excepción sino otra cosa que arbitrariedades e injusticias de toda índole, pues se trata de un conjunto de garantías que se aplican tanto en el ámbito jurisdiccional como en la esfera netamente administrativa.

Otro tanto es de temer con respecto a la restricción que sufriría el derecho a la información, ya que si en circunstancias normales diversas autoridades han sido capaces de convertir

a los victimarios en víctimas, no obstante las informaciones e imágenes captadas por la televisión no oficialista o por particulares, que no ocurriría en una situación de excepción. Los recientes sucesos de violencia en la UCV luego de la marcha estudiantil al Tribunal Supremo de Justicia y antes, el caso de los pistoleros de Puente Llaguno y la propia masacre del 11 de abril de 2002, así como la ocurrida en la población La Paragua, Estado Bolívar en el 2006 atribuida a efectivos militares, entre otros, son suficientes para imaginar las versiones que ofrecerían los medios oficiales respecto de determinados acontecimientos si hubiere una prohibición de informar verazmente por parte de los otros medios de comunicación social.

De igual manera, que sucedería si los medios de comunicación no pudieran informar acerca de desastres naturales -que es otro supuesto para decretar el estado de excepción- como lo hicieron en 1999 durante el deslave ocurrido en el Estado Vargas o sobre las desapariciones de algunas personas presumiblemente por parte de agentes de la DISIP en los días posteriores al referido desastre natural, máxime cuando el decreto del ejecutivo que así lo dispusiere no tendría, como ahora, el mismo control del órgano legislativo nacional, pues sería el Presidente quien podría dejar sin efecto la medida adoptada “cuando hubieren cesen las causas que lo motivaron”, lo cual es absolutamente discrecional e indeterminado.

Por todas las razones que anteceden los venezolanos no pueden acoger favorablemente la proyectada “reforma constitucional”.

Utopía Constitucional

Alfredo Arismendi A.

Profesor Titular de la Universidad Central de Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela fue aprobada el 15 de Diciembre de 1999, durante sus siete años de vigencia los cambios políticos, sociales, económicos, jurídicos e institucionales han sido muchos. Y algunos de estos cambios han superado las expectativas planteadas por sus actores políticos y sociales, siendo superado también el marco constitucional previsto para estos aspectos.

Los principios y la estructura fundamental de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al parecer, inspiraron y sirvieron de fundamento a los diferentes cambios que el Proyecto de Reforma Constitucional 2007 presentó, y siendo que la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce en la forma prevista en la Constitución y la ejerce indirectamente mediante el sufragio por los órganos que ejercen el Poder Público, los cambios que incorporó el mencionado proyecto respondía a dichos **principios y valores constitucionales**.

El Proyecto de Reforma Constitucional presentado por el Presidente de la República el 15 de agosto de 2007 contenía 33 artículos, los cuales fueron enriquecidos a través de las **consultas ciudadanas** y de la **participación de todos los sectores que hacen vida en el país**. Por ello a los artículos inicialmente presentados se incorporaron otros vinculados a la **protección de derechos fundamentales**; así como a la creación de las estructuras y medios que permiten su desarrollo y **ejercicio eficiente**.

Como fue planteado por el Presidente de la República, el proyecto de Reforma Constitucional tenía por finalidad continuar **alentando, fortaleciendo, inspirando e impulsando el poder constituyente originario**.

La propuesta de Reforma apuntaba, entre otras cosas, a **dejar atrás definitivamente los vicios, las desviaciones, y todos los mecanismos de corrupción que han permeabilizado a todo el Estado y la sociedad**.

El primer aspecto objeto de la reforma era el que se refería al territorio y su organización político-territorial, que tiene un peso sumamente importante a la hora de pretender hacer cambios, porque una **revolución** no puede serlo realmente si no enfoca el problema geográfico y la distribución del poder político, económico, social y **militar** sobre su espacio territorial.

El Proyecto de Reforma Constitucional incorporó en materia de organización político territorial novedosas figuras todas ellas enmarcadas dentro de la nueva **geometría del poder**.

Figuras como las regiones marítimas o los distritos insulares tenían por objeto **organizar** ese inmenso mar territorial, zona contiguas y zona económica exclusiva, ya que **cada isla debe ser el epicentro de un Distrito con un área determinada, un Distrito Insular**.

Se introdujeron las figuras de las ciudades comunales, los territorios federales y las ciudades federales, éstas últimas estaban pensadas para atender a las ciudades con más proble-

mas estructurales, derivados de su ubicación geográfica y necesidades históricas nunca atendidas. Además se incorporaron las provincias federales, que eran las unidades de mayor dimensión que se constituirán **puediendo agregar indistintamente estados y municipios**.

La Reforma Constitucional rompía con una estructura de división político territorial de siglos, ello guardaba una vinculación directa **con la profundización de la democracia** para poder continuar construyendo la verdadera **democracia participativa y protagónica**.

Para la nueva geometría del poder se encontraba el **fortalecimiento de los medios de participación y protagonismo del pueblo** ya previsto en la Constitución de 1999 pero a los que se le agregaban algunos elementos como eran: los **consejos del poder popular**, esto es: consejos comunales, consejos obreros, consejos estudiantiles, consejos campesinos, entre otros, la gestión democrática de los trabajadores de cualquier empresa de propiedad social directa o indirecta.

Establecía además el triángulo económico básico: propiedad, producción y distribución, incidiendo en los tres elementos. Y era imprescindible hacerlo con éxito además, en el tránsito y construcción del **modelo socialista**.

En el ámbito social se desarrollaban dos importantes **innovaciones**, por una parte, disminución de la jornada laboral, con una incidencia directa en la **calidad de vida** de los trabajadores y trabajadoras, y por otra parte la creación de un fondo que garantizaba la seguridad social de todos los trabajadores y trabajadoras independientes, excluidos de todos los beneficios del sistema de seguridad social.

La modificación constitucional referida al derecho a la propiedad resultaba fundamental reconociéndose 5 formas de propiedad, cada una de ellas con características propias y que permitía la **actuación conjunta** del Estado, los ciudadanos y el **sector privado**.

En la propuesta de reforma se incluyó al **Poder Popular** dentro del ámbito territorial y como uno de los componentes del Estado, esta incorporación resultaba el pilar fundamental para el **fortalecimiento de una democracia protagónica y participativa**.

En la reforma se incluyeron **las misiones**, como algo estratégico, era necesario incluirlas en la Constitución como una figura alternativa de la Administración Pública, pero **sin encadenarlas, ni burocratizarlas, sin limitarlas por el exceso de legalismo o de estructuras jurídicas**.

Se desarrolló un nuevo concepto de descentralización, entendida como **transferencia de competencias hacia el pueblo**, por ello se incluía la participación protagónica, restituyéndole el poder, creando las mejores condiciones para la construcción de la **democracia socialista**.

En cuanto al Poder Público Estatal se modifica el situado constitucional. **Aumentó un 25%** incrementando de esta manera los recursos de estas entidades político-territoriales para un mejor cumplimiento de sus funciones e incorporando al **Poder Popular como destinatario de recursos por parte del Estado**. De igual manera, se perfilaron con claridad las competencias ejercidas por los municipios que debía ser **transferida** a las comunidades para mejorar el ejercicio de las mismas.

Por otra parte se modificaron estructuras como la del Consejo Federal de Gobierno, y el Consejo de Estado, a los fines de hacerlas **verdaderamente funcionales** y parte de una nueva concepción del **Estado Eficiente**.

La modificación del período presidencial ampliándolo a siete años y la posibilidad de **reelección continua** constituyó uno de los aspectos más debatidos por todos los sectores del país.

A los fines de fortalecer estructuras que se desprenden de la nueva geometría del poder se incorporó la figura de **los vicepresidentes**, para **acercar** el Ejecutivo Nacional a los lugares más apartados del país. Con la finalidad de incrementar incluso niveles de corresponsabilidad en la función en el gobierno, de coordinación en las regiones, para impulsar regiones especiales, provincias federales, ciudades federales y territorios federales.

Las modificaciones del régimen económico de la Nación tenía por objeto el establecimiento de un **régimen económico socialista**, en el cual se encontrasen absolutamente prohibidas la figura del monopolio y el latifundio, y le reconocía al Estado su papel de **dirección de la economía**, el establecimiento, 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 ella inviertan y su razonable productividad económica y social, dando preferencia en la realización de toda actividad económica a las empresas de producción social nacional.

Para la reforma constitucional resultaba fundamental la eliminación de viejos dogmas que debilitaban al Estado en temas de trascendencia nacional como ocurría con la **autonomía del Banco Central de Venezuela**, quien debía actuar en **coordinación** con el Ejecutivo Nacional y sus políticas no podían estar divorciadas de los fines y objetivos de un Estado social.

Para la Fuerza Armada Nacional se proponía denominarla Fuerza Armada Bolivariana. Además se incorporó la figura de la **Milicia Nacional Bolivariana**.

Muy bien fundamentada **jurídicamente** se permite que se restrinjan los derechos al debido proceso y a la información durante los estados de excepción, aunque la mención expresa del debido proceso y la información tenía que ver con su carácter instrumental en relación al efectivo ejercicio del resto de los derechos. Sin posibilidad de un juicio justo y de acceder a la información, una persona aunque está indefensa y a merced de cualquier arbitrariedad, lo cual es **normal** en un Estado de Derecho.

Se justifica la modificación de lo relativo a los derechos que se pudieran limitar o restringir en casos de estados de excepción, **recordando el pasado y las actuaciones de los medios de comunicación**.

En cuanto a la supresión del derecho a la información en una situación excepcional se argumentó: La información la **daría el Gobierno y la seguirá dando**. Se agregó que en un estado de excepción tendrán una información **oportuna y veraz**.

En cuanto a la supresión al debido proceso, en un estado de excepción **no se requiere la flagrancia** para que alguien sea detenido por **desestabilizador**.

El debido proceso debe **suprimirse** en un estado de excepción para **garantizar** que quien tenga intenciones **desestabilizadoras** o trate de dar un golpe de Estado, pueda ser detenido por los hechos y sus actos.

En general la reforma constitucional es un ideal de imposible realidad; un sueño irrealizable, un proyecto fantástico pero inviable. Una imaginaria y próspera República, en que el

pueblo se presenta avasallado por el mayor bienestar posible y la felicidad máxima, pero donde la propiedad del hombre no existe y en la cual se impone un socialismo no democrático.

Las realizaciones fantásticas, que a veces son tan sólo metas inalcanzables, han conducido a la idea de una sociedad perfecta e ideal, que convierten su consecución empeñosa y obstinada, en una obsesión impracticable y enfermiza.

PRIMERA PARTE

EL PROCEDIMIENTO ELEGIDO
PARA LA REFORMA DE LA
CONSTITUCIÓN Y SUS LÍMITES

Constitución histórica y Poder Constituyente

Fortunato González Cruz
Director de CIEPROL-ULA

La Reforma Constitucional propuesta por el presidente de Venezuela y ampliada por la Asamblea Nacional, tiene por objeto establecer las bases constitucionales de una sociedad y de un Estado socialistas. Las consecuencias que se desprende de semejante pretensión son enormes, pues Venezuela siempre ha sido un país democrático y pluralista donde han tenido cabida todas las tendencias del pensamiento político. La situación planteada obliga a indagar si es posible que un país pueda cambiar en forma radical y absoluta su identidad política. No nos referimos al poder constituyente derivado que está limitado por varias normas positivas y de lo que se ha escrito bastante en el debate constitucional venezolano; nos referimos a los límites del poder constituyente originario.

¿Existe algún límite al Poder Constituyente Originario? El estado actual de la ciencia constitucional permite afirmar de manera contundente que sí¹. Las constituciones son perfectibles y ajustables a los cambios bien por su desarrollo legislativo, o por efecto de su juris-

1 El estudio realizado por Martín Risso Ferrand se refiere a las tesis de Kart Loewenstein, Nicolás Pérez Serrano, André Hariou, Germán Bidart Campos, Néstor Sagües, Jorge Vanossi y otros.

prudencia constitucional, bien por la opinión de los juristas que forman con su opinión la doctrina. También por los cambios que pueden introducirse en ellas, o incluso cuando es necesario cambiarlas en su totalidad. Quizás lo más conveniente es mantener un equilibrio entre sus disposiciones que deben guardar la necesaria generalidad que asegure su permanencia, y su desarrollo legislativo convenientemente adaptado a las exigencias que impone la realidad cambiante. Pero si las contradicciones entre el texto y la realidad impiden o enervan el sostenimiento del Estado de Derecho, entonces procede el cambio de las bases constitucionales. Pero también puede desnaturalizarse el papel de la Constitución si se transforma en un instrumento circunstancial y pierde el sentido histórico, el carácter sistémico entre normativo, simbólico y basamento permanente de una realidad nacional determinada.

Martín Risso Ferrand (2006) sistematiza los límites al Poder Constituyente cuando se refiere a los procedimientos y requisitos, a los plazos de espera o prohibición de reformas dentro de determinados plazos, a la existencia de normas pétreas, a los límites inmanentes o implícitos y a los límites extraconstitucionales. La reforma de la Constitución tiene en Venezuela unos requisitos, unas condiciones y unos procedimientos establecidos a los que no nos referiremos ahora por no ser nuestro tema. Tampoco los plazos son objeto de nuestro estudio ni los límites extraconstitucionales. En cambio, los términos establecidos por las disposiciones inmodificables y los límites implícitos si son objeto de nuestro análisis. Ambos me permito agruparlos en la categoría de "constitución histórica" porque formaron parte de la Constitución del 21 de diciembre de 1811, defendidos con costos inmensos de vidas en la Guerra de Independencia, y porque han formado parte de todas nuestras constituciones, incluso defendidos algunos de ellos en la Guerra Federal. Es decir, se trata de límites impuestos por nuestra historia y que no se pueden desconocer ni desnaturalizar, sino por el contrario deben ser enriquecidos.

Uno de los límites históricos es el establecido en el artículo 1 constitucional cuando declara que "*La República de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente.*" Cualquier intento de modificación de la forma republicana o de su independencia como Estado Soberano para formar parte de una Confederación es contrario a este primer límite histórico. La forma republicana se sostiene sobre tres principios fundamentales: la soberanía reside en el pueblo, el gobierno es alternativo y el Poder Público se divide en tres ramas independientes que son el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. La forma de Estado propuesta en la reforma transforma la forma republicana al desnaturalizar sus bases. La propuesta de promover una Confederación viola el principio "irrevocable" de la independencia.

El artículo 6 impone un nuevo límite histórico por ser una norma inmodificable proveniente de nuestro origen y tradición republicana. Expresa que el gobierno de la República y de las entidades políticas que la componen *es y será siempre democrático, electivo, responsable y alternativo.* El artículo citado agrega los adjetivos participativo, descentralizado, pluralista y de mandatos revocables que no forman parte de nuestra constitución histórica pero que constituyen un aporte novedoso, enriquecedor y positivo de la Constitución de 1999. Es contrario al límite impuesto por nuestra historia cualquier intento de establecer un gobierno que no sea democrático o desnaturalice su esencia, que no sea el fruto de elecciones transparentes y libres, sin mecanismos de control capaces de establecer la responsabilidad de sus funcionarios, ni garantice la alternabilidad democrática. La reforma constitucional desconoce o desnaturaliza estos principios mediante un conjunto de disposiciones y prácticas fraudulentas que menoscaban la naturaleza democrática del gobierno, no garantiza la realización de elecciones que aseguren la igualdad de las condiciones para los contendientes, ni establece un modelo que permita establecer la responsabilidad de los funcionarios, y en la práctica

elimina la alternabilidad democrática. Cuando la Reforma elimina el sufragio en el nuevo Poder Popular y en la designación de las autoridades de las formas territoriales de la llamada Nueva Geometría del Poder, desconoce la naturaleza electiva del gobierno.

La Constitución Histórica establece la forma federal de Estado. No es un Estado unitario el modelo que identifica nuestra Nación sino el federal como en México, Brasil y Argentina que históricamente han asumido esta forma. En las Bases del Pacto Federativo que ha de constituir la Autoridad general de la Confederación, la Constitución de 1811 señala que “*en todo lo que por el Pacto Federal no estuviere expresamente delegado á la Autoridad general de la Confederacion, conservará cada una de las Provincias que la componen, su Soberanía, Libertad é Independencia: en uso de ellas, tendrán el derecho exclusivo de arreglar su Gobierno y Administracion territorial, baxo las leyes que crean convenientes, con tal que no las sean comprendidas en esta Constitucion, ni se opongan ó perjudiquen à los mismos Pactos Federativos que por ellas se establecen.*” La historia ha modificado algunos de estos principios, pero el respeto a la tradición, al principio descentralizador y a las nuevas tendencias mucho más democráticas de distribución territorial del Poder, lo que corresponde es fortalecer el federalismo de manera que se acerque el Poder al pueblo y se faciliten vías para que cada Provincia y cada Municipio busque su propio desarrollo dentro de los principios generales que orientan la búsqueda del bienestar en todo el país.

Los municipios son también un límite histórico porque en ellos germinó la libertad y los demás valores que condujeron a que en su seno se declararan la independencia. Han sido siempre la unidad política primaria de la organización nacional, escuela de la democracia, base de la organización política. No puede Venezuela ignorar sus municipios sin desdibujar su identidad política, ni desnaturalizarlos ni eliminarlos porque ello atentaría contra uno de los valores políticos e institucionales esenciales de la venezolanidad. La obligación es fortalecerlos, mejorar su desempeño, ampliar su número y corregir sus debilidades. No obstante, durante el proceso llamado bolivariano ha sido corrompido y burocratizado como para que fuese más fácil eliminarlo o reducirlo a una entelequia tal como se propone en la reforma.

El principio de la división del Poder es también un componente esencial de nuestra Constitución Histórica. La Constitución de 1811 se refiere a este principio en los siguientes términos: “*El ejercicio de esta autoridad confiada à la Confederacion, no podrá jamás hallarse reunido en sus diversas funciones. El Poder Supremo debe estar dividido en Legislativo, Ejecutivo, y Judicial, y confiado á distintos Cuerpos independietes entre sí, en sus respectivas facultades.*” No se trata de una división del trabajo como lo sugiere el proyecto de Reforma, sino de un principio político para evitar la tiranía, tal como lo afirma la doctrina clásica de Platón y Aristóteles y posteriormente Montesquieu. El adverbio **jamás** es equivalente a la oración **es y será siempre**, de modo que son disposiciones de naturaleza **pétreas**.

La Base Comicial Octava de la Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela establece que: “Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, ésta deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, **teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos.**” Estas Bases fueron propuestas por el Presidente de la República y luego modificadas por el Consejo Supremo Electoral y la Corte Suprema de Justicia. La norma transcrita fue incorporada al texto de la nueva Constitución en el artículo 350 al establecer la obligación del pueblo de Venezuela de ser fiel a su tradición republicana, a la democracia y a los derechos humanos. No es lícito que una reforma pase por

sobre los límites establecidos a la Asamblea Nacional Constituyente, como se pretende con esta reforma que sin duda menoscaba o atenta los tres límites establecidos en la Base Octava y en el propio texto constitucional. Allan Brewer Carías se ha referido a este tema en varios de sus libros (2007). Tampoco es legítimo ni constitucional que se violente la Constitución Histórica e imponga un modelo de sociedad ajeno a la identidad política republicana que ha tenido siempre la República de Venezuela.

BIBLIOGRAFÍA

-Brewer Carías, A. 2007. *Hacia la consolidación de un Estado socialista, centralizado, policial y militarista*. Ediciones del Vicerrectorado Académico y el CIEPROL, de la Universidad de Los Andes. Mérida.

-Risso Ferrand, M. 2006. *Derecho Constitucional*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Tomo I

Los límites del cambio constitucional como garantía de pervivencia del Estado de Derecho

Lolymar Hernández Camargo*

Para algunos autores atribuirle a un poder la nota característica de soberanía, comporta la imposibilidad de hablar simultáneamente de límites en relación con ese poder. Así, ROUSSEAU en su *Contrato social* (1762), nos señala que “es absurdo que la voluntad se eche cadenas para el porvenir”, por tanto puede decir el soberano en un momento dado: “yo quiero actualmente lo que quiere tal hombre o, por lo menos, lo que dice querer”, pero no le es posible decir: “lo que este hombre querrá mañana yo lo querré también”.¹

La configuración del poder de reforma como un poder jurídico descansa en un acto de autolimitación del poder constituyente, el cual fija en el texto constitucional los mecanismos de actuación del poder de revisión, tal como lo hace con la organización de las competencias de los poderes constituidos. Todo esto en virtud de las omnímodas y supremas atribuciones que son propias al poder constituyente, lo que le permite conferir a un órgano constituido la ejecución de sus facultades y derechos soberanos.

Ante estos planteamientos, a priori contradictorios entre sí, es preciso responder a dos interrogantes que se plantean: ¿es posible que el poder constituyente se autolimite? Y ¿hasta que punto esa limitación respecto de las atribuciones de competencias soberanas al poder de revisión, pueden tener valor para poderes constituyentes futuros? Porque el mayor problema no es la autolimitación del poder constituyente derivada del establecimiento de un poder de reforma, sino la negación de las posibles actuaciones y la limitación que ese poder de reforma implica para los poderes constituyentes del futuro. Es oportuno aquí traer el axioma que cita Pedro de Vega: “el poder constituyente de un día no puede limitar al poder constituyente del mañana”.

De aceptarse este axioma estaríamos de acuerdo con la conclusión de Burckhardt²: “porque el poder constituyente actual no puede verse controlado, limitado y negado por el poder constituyente del pretérito, y porque las normas de reforma en quién actúan realmente es sobre él, la revisión constitucional, para no convertirse en una mera ficción de fantasmales operadores jurídicos, sin legitimidad política alguna, sólo podrá ser considerada como obra del poder soberano del momento en que ha de llevarse a cabo”. Esto significaría, entonces, admitir que la reforma, en cuanto acto de soberanía, no es una actividad jurídica, y por ende explicable jurídicamente, sino una pura y simple actividad política que, al romper la continuidad del ordenamiento, se adecua a las formas de una actividad revolucionaria.

* Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello

1 Jean Jacques Rousseau, *El Contrato Social*, traducción de Fernando de los Ríos, Espasa Calpe, 5ta. Ed., Madrid, 1990, p. 58.

2 Este autor es mencionado por Pedro de Vega, Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985 p. 73.

De Vega resuelve esta cuestión con lo que él llama la “continuidad política del poder constituyente”, planteada por Carl Schmitt. Para él último de los autores, la ejecución de la función del poder constituyente, al ser encargada a un órgano determinado y especial, no implica que tal órgano pueda identificarse con el poder constituyente, puesto que “no es susceptible de traspaso, enajenación, absorción o consunción. Le queda siempre la posibilidad de seguir existiendo, y se encuentra al mismo tiempo y por encima de toda Constitución, derivada de él, y de toda determinación legal-constitucional, válida en el marco de esta Constitución”³. Esta postura debe ser entendida en el contexto que rodea la ideología de Schmitt (notoriamente ligada a estadios escasamente democráticos), para quien los conceptos “soberano”, “poder constituyente” vienen a coincidir en el vértice del concepto de “pueblo” (*volk*), idéntico a Nación como totalidad homogénea⁴. Schmitt teoriza la estable presencia, la “permanencia” del poder constituyente como paralela totalmente a la permanencia de la Constitución que ha creado, la fuente de validez de la Constitución es su existencia en la voluntad colectiva del pueblo.

Así pues, si partimos de la premisa que admite que el poder constituyente y soberano es permanente, entonces la reforma constitucional aparecerá como una operación jurídica, que no rompe con la idea de continuidad estatal. De esta manera, su autolimitación inicial, producida simultáneamente con la aprobación de la ley fundamental, seguirá siendo perfectamente legítima y válida en el plano político en cualquier circunstancia temporal posterior que exigiera la realización de una reforma. Para Pedro de Vega, toda la problemática de la reforma y, en definitiva de la teoría de la Constitución, tendrá que radicar forzosamente en la explicación de la permanencia y continuidad del poder constituyente.

Para enfocar correctamente esta idea de continuidad y permanencia del poder constituyente, es preciso abordar las categorías de “Constitución” y “poder constituyente”, no sólo como meras abstracciones formales en el campo de la lógica, sino en su dimensión real, en su realidad histórica y social, realidades estas que han tenido una influencia determinante en el resultado final de la actuación del poder constituyente, en el texto de la Constitución. Así, la Constitución real, esto es la Constitución material como forma efectiva de la vida política del Estado, se convierte en la base, en el presupuesto sobre el que luego se va a forjar la Constitución formal. “El poder constituyente, entendido en estos términos, no sería más que el instrumento a través del cual la Constitución real obtuvo su traducción jurídica legal”⁵. Y entonces, hablar de la continuidad del poder constituyente sería equivalente a hablar de continuidad de la Constitución material, que sirve de fundamento a la permanencia de cualquier colectividad humana políticamente organizada.

Para Kriele, el poder constituyente permanece latente y es esto lo que le lleva a mantener que “en” el Estado Constitucional no existe soberano. El aceptar como válido que el poder constituyente es ejercido por el pueblo, equivale a admitir que la soberanía del pueblo

3 Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, traducción de Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 1982, p. 108.

4 Al respecto se puede ver la presentación de Francisco Ayala al libro de Schmitt, *Teoría de la Constitución*, antes citado, p. 17. Con relación a Schmitt, en la misma publicación, Manuel García Pelayo señala en el epílogo a esta, al tratar de mostrar la ubicación del autor en su tiempo, y compararlo con Heidegger y Jünger, que en “los tres se hace patente, de un modo o de otro, el sentido trágico de la historia de su tiempo, y los tres fueron espíritus libres aunque sin olvidar la máxima *non possum scribere in eum, qui potest proscribere*”, *ob. cit.*, p. 375.

5 Pedro De Vega, *La Reforma Constitucional...*, *ob. cit.*, p. 75.

significa la facultad para decidir sobre la Constitución y esta “se agota en el acto de otorgar la constitución y permanece *latente* en la constitución como poder constituido hasta un nuevo acto de dictar la constitución”⁶ (las cursivas son nuestras). Si en el contexto del Estado Constitucional, la soberanía del pueblo significa, que el poder constituyente y la titularidad del poder estatal los tiene el pueblo; la soberanía del pueblo es perfectamente compatible con la afirmación de que no hay ningún soberano dentro de tal Estado, ya que “la soberanía del pueblo sólo aparece al comienzo o al final del Estado Constitucional”. Propone la tesis de que el “soberano democrático” renuncia a su soberanía en el momento en que hace uso de su poder constituyente, puesto que entonces estará impedido de actuar en forma directa, inmediata, así pues “como factor político sólo existe en forma latente [...], la soberanía democrática descansa mientras existe el Estado Constitucional”⁷. El pueblo como poder constituyente es soberano, en esta medida el pueblo está por encima del Estado Constitucional, es anterior a este, lo crea o lo deroga, pero no está “dentro” del Estado Constitucional, por lo tanto “la tesis: en el Estado Constitucional no hay soberano, queda intacta”⁸. El meollo de la cuestión está pues, en aceptar la continuidad, el estado latente del poder constituyente una vez que ha creado la Constitución, y la posibilidad de actuar cuando sea requerido, conforme al procedimiento que él mismo ha instituido en el texto de la Constitución que ha creado.

Para algunos autores, el poder constituyente no puede autolimitarse materialmente, puesto que la juridificación del tal poder, persigue cumplir con la pretensión que da sentido al Estado constitucional, que no es otra, según el profesor Manuel Aragón, que “enlazar y no disociar, democracia y Estado de Derecho”⁹. Poner barreras al contenido de la voluntad del poder constituyente, sería tanto como permitir que el Derecho imponga a las generaciones del mañana la obligación de quedar sometidas a la voluntad de las generaciones actuales, lo que dejaría en entredicho el carácter democrático del Estado constitucional y además obligaría a los ciudadanos del futuro a expresar su voluntad al margen de la norma, lo que dejaría al Estado Constitucional sin su esencia de Estado de Derecho, de Estado democrático. Por esto, para Aragón las únicas fronteras posibles de imponer por el pueblo a su mandato constituyente son las procesales, pero siempre deberá preservar la libertad de disponer ampliamente de su Constitución.

El poder constituyente permanece, y a la par la reforma constitucional, la cual en tanto que institución jurídica, se verá legitimada siempre políticamente, mientras no se produzca la separación radical entre la Constitución formal y la Constitución real. La reforma no va a vulnerar la voluntad política del poder constituyente del presente, al cumplir las exigencias del poder soberano del pasado, sino por el contrario, de lo que se trata es de producir por su actuación la integración de la voluntad constituyente, entendiéndola a esta como propia de la Constitución material, en la Constitución formal elaborada en el pasado. Esto permite ubicar a la institución de la reforma como aquella donde convergen los supuestos políticos y los imperativos jurídicos que forman la esencia del Derecho Constitucional, el cual deberá tener un contenido tal que abarque y considere tanto la realidad política como la realidad jurídica - normativa.

6 Martin Kriele, *Introducción a la teoría del Estado, Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, traducción por Eugenio Bulgyn, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 317.

7 *Ibid.*, p. 318.

8 *Ibid.*, p. 152.

9 Manuel Aragón, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 36

Palombella, con quien coincidimos, refiere en torno a las limitaciones de los constituyentes del pasado a sus generaciones futuras, que aceptar sin analizar, la inviolabilidad de los principios y de las posibilidades de cambios constituyentes, sería reducir a un dogma la democracia, pues si bien las reglas constitutivas de nuestros ordenamientos, procedentes de nuestras generaciones pasadas, están dotadas de valor o de verdad, será sólo como consecuencia del uso de la llamada democracia crítica de Zagrebelsky¹⁰, esto es, aquella democracia que es “capaz de situarse respecto de las generaciones precedentes de modo ni escéptico ni fideista, sin «creer» simplemente las verdades transmitidas y sin considerarlas tampoco un contingente y extemporáneo programa, sustituible por cualquier otro. En suma, sin contraponer, de modo esquemático e irreal, los derechos de cada uno a la soberanía de todos. Ante los derechos como frente (a) la soberanía popular no se puede ser ni dogmático no (*sic*) escéptico”¹¹. Pues no estaríamos en el plano ni del constitucionalismo ni de la democracia.

Aceptar en el Estado constitucional la existencia de un poder ilimitado¹², nos ubica en los términos de la llamada democracia acrítica, en términos de Gustavo Zagrebelsky, para quien los que sostienen este tipo de democracia “hablan con ligereza de la soberanía popular, queriendo con ello referirse no sólo a que el pueblo está por encima de cualquier autoridad (cosa que, en democracia, no se puede poner en tela de juicio), sino que posee también un poder ilimitado. La democracia crítica, en cambio, rechaza la soberanía popular en este último sentido y afirma que el pueblo posee el poder supremo de orientar al gobierno de la cosa pública, pero que este poder aún siendo supremo, no es ilimitado”¹³. También es oportuno

10 La democracia crítica aboga por la reflexión, por el diálogo, por la soberanía popular no como sinónimo de fuerza que puede cambiarlo todo apoyada por la opinión de la mayoría, sin disidencias, pues esto nos ubicaría en el terreno de la democracia acrítica que inevitablemente desencadena concepciones unitarias, totales, totalitarias y hasta autoritarias del pueblo, se convierte en la democracia del dogma y del poder, en la cual la pluralidad debe desaparecer, porque quien piensa distinto no ejerce una legítima disensión, sino “que es un errabundo que socava la fuerza de la verdad”, la verdad de la mayoría. Esto se acompaña con la des-institucionalización de la política que se lleva a cabo a través del repetido e insistente apelar a la opinión popular. La democracia crítica no puede aceptar esto, no aspira a obrar en “tiempo real” respecto de los problemas a resolver y respecto de los cambiantes humores populares, todo lo contrario, “solicita poder concederse su tiempo: tiempo para decidir y tiempo para durar. Sabe que donde no hay tiempo hay emotividad, inestabilidad, sugestión, y, por tanto, instrumentación... (e) inevitablemente homologación. Solamente el tiempo que se difunde y expande a través de procedimientos en los que están garantizados todas las voces, de asentimiento como de disensión, de las mayorías como de las minorías, puede garantizar que el pueblo no se encierre a sí mismo, ahogado por miedo a quien no se reconoce del coro. El pueblo sin tiempo, «con el paso del tiempo» da lugar a una democracia de la masa indiferenciada y por ello totalitaria, que, condenando a los que nos están de acuerdo con ella, se priva a sí misma de la crítica y de la facultad autocrítica, es decir, de la posibilidad de enmendar sus propios errores”. Gustavo Zagrebelsky, *La crucifixión y la democracia*, traducción de Atilio Pentimalli Melacrino, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 118-121.

11 Gianluigi Palombella, *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, traducción de José Calvo González, Comares, Granada, 2000, p. 63.

12 En el ordenamiento jurídico venezolano no es posible hablar de la existencia de un poder sin límites, originario, “No puede serlo, porque Venezuela se fundó como República soberana, libre e independiente de toda dominación extranjera el 5 de julio de 1811 y dictó su primera carta constitucional, el día 21 de diciembre de 1811, en la cual se fijaron, a partir de ese momento y para siempre, los principios políticos y derechos inalienables que regirían en nuestro país y vincularían a las generaciones futuras”. Víctor Hernández Mendible, “La contribución del poder judicial a la desaparición de la Constitución, la democracia y el Estado de Derecho” en *El nuevo Derecho Constitucional Venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000, p. 85.

13 Gustavo Zagrebelsky, *La crucifixión y la democracia ob. cit.*, p. 110.

recordar que “frente a quienes sostienen que el poder constituyente es un poder absoluto y carente de toda clase de límites se defiende, a partir de la propia finalidad de ese poder, que no es otra cosa que la de crear una Constitución, que sólo es legítimo en la medida en que establece un Estado Constitucional, esto es, en que reconoce el principio de soberanía popular en una democracia representativa, admite un sistema de limitación de poderes propio del Estado de Derecho y reconoce los derechos fundamentales como principios rectores del ordenamiento jurídico”¹⁴. Así, para lo partidarios de un proceso democrático materialmente ilimitado, que como señala Robert Alexy, se trata en la mayoría de los casos de idealistas rousseauianos ocultos o confesos, como escépticos ante la democracia, para quienes existe un orden de cosas preestablecido, que el proceso democrático acaba sencillamente trastocando y, en consecuencia debe ser protegido con mucha más intensidad aun de lo que resulta actualmente a través de derechos fundamentales y otros principios constitucionales¹⁵. En este mismo sentido conviene señalar que “el poder constituyente es un poder limitado por garantías democráticas como los derechos fundamentales que desarrollan, dan base y estructuran el Estado democrático de derecho. Afirmar lo contrario sería deslegitimar el propósito mismo del poder constituyente y la Constitución”.¹⁶

Por tanto los límites-garantías contenidos en normas de carácter constitucional, impuestos por las generaciones pasadas en las Constituciones que nos rigen actualmente, conforman el esquema constitutivo en el cual nuestra actividad presente se desenvuelve. Palombella, considera que es concebible y “natural” la capacidad de nuestros predecesores para vincular nuestros comportamientos venideros. Pues, de hecho, estamos afectados por las condiciones históricas, en las cuales se incluyen también las normas constitucionales “heredadas”, a cuyo respeto no estamos obligados incondicionalmente, pero a cuya ponderación y observancia estamos movidos por la dificultad de los procedimientos permitidos para modificar o abolir tales legados. Solo el ejercicio analítico y reflexivo sobre las consecuencias de adoptar o rechazar las normas que nos rigen permitirá lograr el bien de la sociedad en general, es clave no permitir que pasiones momentáneas o utopías muevan los cambios constitucionales, sin medir los efectos, riesgos y beneficios que tales modificaciones puedan representar para los ciudadanos en su conjunto y no para grupos de poder¹⁷.

14 Jesús Luis Castillo Vegas, “El Poder Constituyente y sus condiciones de legitimación en la sociedad actual”, en Revista Tachirensis de Derecho, Universidad Católica del Táchira, N° 10, 1998, p. 37.

15 Robert Alexy, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” en *Neoconstitucionalismo(s)*, segunda edición, Trotta, Madrid, 2005, p. 38.

16 Gonzalo Ramírez Cleves, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites al poder constituyente*, ob. cit., pp. 129 y 130. Este autor refiere en el mismo sentido a Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ra. edición, Almedina, Coimbra, 1999, p. 77; quien “niega toda la dogmática francesa, que desde Sièyes proclama, en una labor de *teología política*, la ilimitabilidad y la omnipotencia del poder constituyente. El poder constituyente se ejerce a nombre del pueblo y por esta razón se encuentra supeditado a las decisiones previas, a los modelos de conducta espirituales, culturales, éticos y sociales radicados en la conciencia jurídica de la comunidad, que en todo caso debe desarrollar una idea de justicia”. Para Gonzalo Ramírez Cleves, la idea de justicia se refiere a la consagración de los derechos fundamentales como paradigmas ético-jurídicos de la sociedad. En este mismo orden de ideas se puede ver, entre otros a Gianlugi Palombella, *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, Comares, Granada, 2000; Jesús María Casal Hernández, “Reflexiones sobre la Asamblea y el Poder Constituyente”, en *Constituyente. Aportes al debate*, COPRE - Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 1998.

17 “Si todas las instituciones están siempre disponibles, quienes ejerzan el poder se verán tentados a aprovechar sus puestos con fines privados, y los marginados del poder vacilarán en crear proyectos

Otra perspectiva para el análisis es la que se refiere a las raíces teóricas del problema intergeneracional, como refiere también Palombella¹⁸. Para esto recuerda la inclusión que hace Jon Elster¹⁹ de la asamblea constituyente en su casuística ejemplificadora del comportamiento racional, en tanto que es una expresión dialéctica entre generaciones, considerándola la analogía social más cercana al estado de ánimo de Ulises en su viaje hacia la Isla de las Sirenas. Para Elster la asamblea constituyente, no ya como sujeto imaginario sino como una verdadera asamblea histórica que intentaba atar a sus sucesoras, supone la representación de la paradoja de la democracia que establece que “cada generación desea ser libre de atar a su sucesora sin quedar atada a su predecesoras”. Para Palombella esta paradoja no tiene solución, no existe deber alguno de las futuras generaciones en atarse a su pasado, ni tienen derecho para atar a sus descendientes. Sin embargo, la democracia supone un esfuerzo de racionalidad, que se manifiesta también en el sentido de “sustraer a la contingente praxis política ordinaria un determinado número de cuestiones de fondo, cuya decisión, cuya redefinición, viene sometida a un lento y complejo examen, a «complicados» procedimientos, que hacen más “difícil” las modificaciones, y obligan a una más detenida reflexión.

Manuel Aragón considera que el intento por “positivar” el poder constituyente puede ser una utopía, una vana ilusión de los juristas, pero intentar realizar esa utopía es intentar dotar de estabilidad la democracia, conseguir que el Derecho deje al pueblo las puertas abiertas para que en forma pacífica y jurídica, “adopte en cada momento histórico el orden político que desee”²⁰. La democracia puede ser vista en dos perspectivas, la primera es la idea de democracia que tiene la Constitución para su realización, esto es el contenido de valores en los que descansa la democracia como orden, su ideología, es decir su *legitimidad*; y la segunda perspectiva es la idea de democracia que tiene la Constitución para su transformación, que se traduce en su *validez*.

La democracia es el principio legitimador de una Constitución, tanto porque ésta emane en forma democrática, como porque el Estado que ella regula y organiza es un Estado que asegura la democracia, un Estado en el que la atribución de la soberanía al pueblo no es una mera declaración retórica, sino que está garantizada a través de determinadas normas que permiten a ese pueblo seguir siendo soberano, porque sus derechos de libertad e igualdad son reconocidos como fines, como valores materiales que la Constitución propugna.

Una Constitución que emane democráticamente pero que no establezca un Estado democrático puede tener en el principio democrático su validez pero no su legitimidad. Una cosa es el principio democrático como principio legitimador de la Constitución, como expresión de la convergencia entre la soberanía popular y el Estado democrático que el pueblo a través de la Constitución se da, y otra cosa totalmente diferente es el principio democrático como fundamento de la validez del constituyente mismo, como modo de la expresión de la voluntad del soberano, y no como modo de expresión de la voluntad del Estado. En este

que lleven tiempo para rendir frutos”. Jon Elster, “Introducción” en *Constitucionalismo y democracia*, traducción de Mónica Utrilla de Neira, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, p. 41.

18 Gianluigi Palombella, *Constitución y Soberanía. ob. cit.*, pp. 67 y ss.

19 Jon Elster, *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge University Press, 1984. En este libro Ulises, en la Odisea, para evitar que los cantos de sirena lo seduzcan, y evitar así la muerte que el canto le ocasionaba a todos los navegantes, ordena a su tripulación que lo aten al mástil y que no lo desataran, desoyendo sus súplicas.

20 Manuel Aragón, *ob. cit.*, p. 38.

sentido la juridificación congruente con la noción de soberanía no puede ser de carácter material sino sólo formal.

Es probable que los deseos de cambio se expresen por el camino contrario a las normas jurídicas, entonces la voluntad popular atentaría por vías de hecho contra la lógica del Estado Constitucional, y partiendo de una actitud ajurídica, emplearía su “poder originario” para crear normas que reglen la formación de su voluntad constituyente y en virtud de esta limitación jurídica de su voluntad se formaría el nuevo texto constitucional. En este caso el orden resultante tendría legitimidad si emana de la decisión popular de darse un nuevo orden jurídico, pero no tendría validez de acuerdo con la Constitución anterior, que se ha dejado de observar por actuaciones fácticas y no jurídicas. La doctrina del poder constituyente no podría sustentar este mecanismo de actuación popular, obviamente, porque no estaríamos ubicados en el mundo del derecho sino en el de la fuerza, la doctrina del poder constituyente pretende juridificar las expresiones de la voluntad popular en normas de obligatorio cumplimiento, para hacer de estas garantías del desarrollo armónico de la sociedad políticamente organizada, pero no es garantía para evitar actuaciones fácticas, en las cuales se apele al mismo como patente de curso para iniciar un proceso que formule una nueva Constitución.

El Estado democrático de Derecho tiene entre sus fines garantizar jurídicamente al pueblo la libertad de autodeterminarse, puesto que la democracia reconoce que el pueblo es el único apto para decidir en forma libre sobre su destino. Por ello son necesarias las condiciones de validez y legitimidad en forma conjunta, por ello es admisible entonces que el poder constituyente se autolimita en cuanto a su forma de actuación, para evitar que los valores democráticos queden expuestos a voluntades ajenas al propio pueblo y se preserve así su soberanía.

En el proceso constituyente venezolano de 1999 se aprobaron límites a la actividad de la Asamblea Nacional Constituyente, así la base comicial octava que se aprobó en el referendo consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente realizado el 25 de abril de 1999, señala:

“Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, ésta deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos.”

En el mismo sentido la Constitución venezolana vigente fija límites expresos a los mecanismos de cambio constitucional, al referirse a la enmienda en el artículo 340 señala que ésta tiene por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de la Constitución sin alterar su estructura fundamental; y al tratar la reforma constitucional, en el artículo 342, establece que ésta tiene como finalidad un cambio parcial en la Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional²¹. Igualmente en el Capítulo III del Título IX referido a la Asamblea

21 Esta existencia de límites fue ratificada por la sentencia de la Sala Constitucional N° 2042 del 2 de noviembre de 2007, con ponencia del Magistrado Francisco Antonio Carrasqueño López, al señalar: “por otra parte, se observa que el artículo 342 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, norma constitucional que se señala infringida, únicamente se circunscribe a establecer el objeto de la reforma constitucional, sus límites y a quien corresponde su iniciativa [...omissis]” (el subrayo es nuestro).

Nacional Constituyente, contempla en el artículo 350 que el pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticas o menoscabe los derechos humanos.

La perspectiva finalista tiene plena validez, en tanto que la Constitución es elaborada para realizar determinados fines de los cuales recibe su legitimidad la propia norma constitucional. Son simultáneamente principios de organización del Estado constitucional y condiciones de legitimación del poder constituyente, pues de su eficacia y observancia depende la legitimidad de la actuación del poder constituyente y su obra. Estos principios son la democracia, la distribución del poder público y la vigencia de los derechos humanos. "El consentimiento de los propios sometidos a la Constitución, que son todos, actúa pues, como una condición necesaria de legitimación del poder constituyente"²². Por tanto es preciso para que el poder constituyente sea legítimo que se garantice la formación de una voluntad popular mayoritaria, que se admita el sufragio universal, la libertad de partidos políticos, la no intervención ni limitación de los poderes constituidos vigentes durante el proceso constituyente, la garantía de la representación proporcional de las minorías y el total reconocimiento de los derechos humanos. "Sólo el logro de ese [...] nivel de exigencias hará posible la articulación de un Estado constitucional que asume como características propias del mismo la limitación política (democracia), jurídica (Estado de Derecho) y moral (derechos humanos) de los poderes constituidos"²³.

Los derechos fundamentales son vínculos sustanciales impuestos a la democracia política, forman parte de la esfera de lo "indecidible".²⁴ Cuando se trata de la tutela de los principios democráticos, de los derechos de los ciudadanos, ninguna mayoría puede ser alegada para desconocerlos²⁵.

La tarea del derecho como ciencia es, como señala Ferrajoli²⁶, servir de meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que

22 Jesús Luis Castillo Vegas, "El poder constituyente y sus condiciones de legitimación en la sociedad actual", *ob. cit.*, p. 13.

23 Jesús Luis Castillo Vegas, "El poder constituyente", *ob. cit.*, p. 13. Este autor refiere como respuesta a quienes sostienen el carácter absoluto e ilimitado del poder constituyente, partiendo de la finalidad de ese poder -la de elaborar una Constitución-, que sólo es legítimo en la medida en que establece un Estado constitucional, es decir, que reconoce el principio de soberanía popular en una democracia representativa, admite un sistema de limitación de poderes propio del Estado de Derecho y reconoce los derechos fundamentales como principios rectores del ordenamiento jurídico.

24 Como señala Luigi Ferrajoli, los derechos fundamentales son vínculos negativos generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar y también son vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. "La democracia política, como por lo demás el mercado, se identifica con la *esfera de lo decidible*, delimitada y vinculada por aquellos derechos. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la esfera de lo *indecidible que* y de lo *indecidible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones". Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Segunda edición, Trotta, Madrid, 2001, pp. 23-24.

25 Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, *ob. cit.* p. 23.

26 Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, *ob. cit.*, p. 33.

actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto. La ciencia jurídica sólo podrá responder con éxito al difícil reto de la actual complejidad social, si identifica como el objeto común de los que piensan, el derecho que debe ser y no el derecho que es, volviendo a ser crítica del derecho existente, así como ciencia de la legislación y ciencia de las constituciones.

La ciencia jurídica, en palabras de Norberto Bobbio²⁷, tiene como tarea la realización de la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento. El hecho de que estas cualidades no existan y quizá no puedan existir nunca íntegramente, no significa que no constituyan el objetivo, cierto es que nunca realizable, de la ciencia jurídica: la coherencia, perseguible a través de la crítica interna del derecho vigente, dirigida a exigir la anulación de las normas inválidas; la plenitud, que demanda la identificación de los incumplimientos del ordenamiento y por tanto el diseño de garantías idóneas para impedirlos; la unidad, que requiere la elaboración de un constitucionalismo mundial idóneo. La ciencia jurídica así entendida limita y enlaza con la política del derecho; incluso con la lucha por el derecho y los derechos tomados en serio. Como apunta Ferrajoli, puede suceder que una perspectiva así se base en una excesiva confianza en el papel garantista del derecho, pero con independencia del optimismo o pesimismo “no existe otra respuesta a la crisis del derecho que el derecho mismo; y no hay alternativas posibles a la razón jurídica. Este es el único camino para responder a la complejidad social y para salvar, con el futuro del derecho, también el futuro de la democracia”²⁸. Este es también el inmenso reto que se le plantea al derecho y a la democracia venezolana.

27 Norberto Bobbio, “Ciencia del derecho y análisis del lenguaje” en *Contribución a la teoría del derecho*, traducción y estudio preliminar de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990.

28 Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ob. cit., p. 34.

La ruptura del hilo constitucional

José Amando Mejía Betancourt*

*“Del autor de un golpe de Estado me parece vano esperar
los escrúpulos de un jurista”*

F. Mitterrand.

I. EL NUEVO CONCEPTO DE GOLPE DE ESTADO

Fue el Presidente (1981-1995) socialista francés François Mitterrand quien en 1964 introdujo como concepto “El Golpe de Estado Permanente” en la Ciencia Política contemporánea, (Mitterrand François. “Le Coup d’État Permanent”. Éditions 10/18. Paris.1993), para caracterizar situaciones políticas como las que están ocurriendo actualmente en Venezuela. Y fue también en Francia, donde principalmente la doctrina jurídica identificó la desviación y el abuso de poder, como los principales vicios en la actuación del Gobierno democrático y como las patologías más condenables en el ejercicio del poder público.

Luego de una larga trayectoria gubernamental de casi nueve (9) años, el actual Presidente de Venezuela sin mayores escrúpulos jurídicos ni precauciones constitucionales y constituyentes, se apresta a culminar el proceso de ejecutar un nuevo Golpe de Estado. Sin la visibilidad del famoso movimiento militar conocido como “el 4F”, pero con una eficacia superior y con un disimulo y ambiente de confusión desconcertante para el pueblo venezolano.

Esta vez, el Golpe de Estado no está oculto ni escondido en una conspiración cuartelera, sino que es el resultado de un elaborado proceso de degradación de las instituciones democráticas, que culmina ahora en la confiscación y usurpación del Poder Constituyente del pueblo. Y los venezolanos estamos presenciando, en este momento, la formalización paulatina del Golpe de Estado, a medida que las autoridades del régimen van auto-proclamando en diversas instancias del Poder público, la nueva e ilegítima Constitución del régimen militar que se está instalando y que es respaldada, además, por una minoría suicida del pueblo venezolano.

Pero en Derecho es necesario establecer los hechos y precisar claramente cuando suceden. De tal manera que normalmente resulta difícil, en estas circunstancias ambiguas y confusas, indicar con precisión cuando se tienen los dos pies dentro de la dictadura militar. Sin embargo, en esta oportunidad resulta mucho más claro precisar y establecer el fraude constitucional, porque se ha violentado en su esencia un procedimiento de reforma y revisión previsto en la Constitución vigente, se ha usurpado el Poder Constituyente originario del pueblo y se eliminan derechos y libertades fundamentales del venezolano. Todas estas circunstancias han ocurrido, siguiendo la secuencia de un pseudo-procedimiento formal constitucional, y es por ello identificable el momento en que se rompe el hilo constitucional y cuando se puede decir que técnicamente se produjo el Golpe de Estado.

Se ha querido envolver todo este proceso dentro de una aparente normalidad constitucional, sobre todo haciendo un llamado sistemático al sufragio, que hecho de esa manera

* Doctor en Derecho de la Universidad de Paris (II)

constituye en sí mismo una violación a la Constitución, y que busca generar un aparente efecto de Democracia y esquivar las irregularidades mismas de la convocatoria al proceso de votación.

II. EL GOLPE DE ESTADO DE LA ASAMBLEA NACIONAL

1. *La noción de Ley Constitucional*

La ley ordinaria es la regla escrita, general y permanente elaborada por la Asamblea Nacional en ejercicio del poder legislativo del Estado, pero cuando la Asamblea Nacional revisa y reforma la Constitución actuando como Poder Constituyente Derivado, su acto tiene naturaleza constitucional y se denomina Ley Constitucional por la doctrina jurídica comparada.

El Poder Constituyente Originario, recordemos, es el Poder de dictar una nueva Constitución, como ocurrió con la Asamblea Nacional Constituyente de 1999. Que sancionó y aprobó la Constitución vigente, que luego fue ratificada por el pueblo mediante Referendo Constituyente. El Poder Constituyente Originario del pueblo ejercido por la Asamblea Nacional Constituyente, tiene entonces un poder normativo superior al Poder de Revisión y Reforma Constitucional ejercido por la Asamblea Nacional. Que es un órgano del Poder Constituido previsto en la Constitución para realizar cambios parciales y menores al texto constitucional, y que no puede modificar la estructura y principios fundamentales de la Constitución, como lo señala expresamente el artículo 342 de la misma. Lo que significa que el ejercicio del Poder de Revisión y Reforma Constitucional está sustancialmente limitado, no es un poder absoluto y está por debajo del Poder Constituyente Originario del pueblo.

Ahora bien, observamos que la Asamblea Nacional pasando por encima del poder normativo de la Asamblea Nacional Constituyente, sanciona la Ley Constitucional de Reforma del dos de noviembre de 2007 donde deroga y elimina de la Constitución un conjunto de derechos y libertades fundamentales del venezolano, la vacía de contenido democrático y la reduce a un mero estatuto general del poder público. Por ejemplo, se eliminan el derecho de propiedad privada, el derecho a la libertad económica, el derecho civil al debido proceso y a la defensa, y el derecho político al voto y a la mayoría legítima, que fueron derechos y libertades establecidos e incorporados a la Constitución por la Asamblea Nacional Constituyente de 1999. Lo que provoca una transformación de nuestro sistema constitucional mucho más importante que la que se produjo con la Constitución de 1999. Con lo cual la Asamblea Nacional se ha auto investido de un poder normativo superior al Poder Constituyente originario, violando flagrantemente la Constitución y la democracia.

Por tanto, la Ley Constitucional sancionada por la Asamblea Nacional el dos de noviembre del presente año 2007, que contiene la reforma de la Constitución, ha sido elaborada violando de manera grosera la Constitución vigente como se dice en derecho, al prescindir de manera total y absoluta del procedimiento constitucionalmente establecido de reforma y revisión. Es decir, los cambios constitucionales no son producto de una reforma regular de la Constitución, sino que dichos cambios son consecuencia de la violación grave de la Constitución "por uno de los órganos que ella misma creara y que se hallaba obligada a respetarla". (Carré de Malberg)

2. *El Golpe de Estado del dos de noviembre de 2007*

La Asamblea Nacional actuando como Poder constituido de Revisión y Reforma constitucional, es decir como Poder Constituyente Derivado, confiscó y usurpó el Poder Constituyente Originario y soberano del pueblo, al hacer un uso fraudulento del procedimiento de

Revisión y Reforma constitucional previsto en la Constitución, y al proceder a la eliminación y abolición de derechos y libertades fundamentales. Haciendo desaparecer la Constitución misma y provocando la disolución del Pacto Constitucional que existía entre los venezolanos. Es decir, la Constitución del 99 fue derogada por un medio distinto al previsto en ella (Art. 333).

Constituye, pues, un Golpe de Estado de la Asamblea Nacional, la sanción, el pasado dos de noviembre del presente año 2007, de la Ley Constitucional contentiva de la fraudulenta Reforma a la Constitución vigente solicitada por el Presidente de la República.

A este Golpe de Estado dado por la Asamblea Nacional se sumó el Consejo Nacional Electoral, cuando procedió a convocar un referendo aprobatorio de la mencionada Ley Constitucional. Y sería dramático que el Tribunal Supremo de Justicia, como guardián de la Constitución, le diera respaldo al acto de fuerza ejecutado por la Asamblea Nacional.

En este momento existe, entonces, una situación de facto en Venezuela y un decaimiento completo de la institucionalidad constitucional, que la doctrina de Derecho comparado denomina degradación y desviación crítica del orden constitucional, y entre nosotros se llama "pérdida de su efectiva vigencia". (Art. 333) Hay una situación de facto, al estar el Estado de Derecho "en un intervalo de crisis" (Carré de Malberg). Se ha producido en Venezuela una ruptura del orden y el hilo constitucional, que destruye las bases mismas de la autoridad de la Asamblea Nacional, deslegitima los demás órganos del Poder Público y violenta radicalmente el orden político y la integridad constitucional de la Democracia. Por lo que Venezuela, en este momento, luego de la "pérdida de vigencia" de la Constitución, se encuentra en una transición de facto de su régimen político, que busca un camuflaje electoral y pretende esconderse detrás de una ficticia y falsa fachada democrática.

3. *El ilegítimo referendo autoritario para convalidar la Dictadura militar*

Ante la realidad del Golpe de Estado dado por la Asamblea Nacional que se adueñó del Poder Constituyente Originario del pueblo, y frente a una ruptura consumada del orden constitucional y democrático, hay que señalar y advertir que ha cambiado sustancial y radicalmente en Derecho, la naturaleza constituyente y el contenido jurídico constitucional del Referendo convocado para los primeros días del próximo mes de diciembre de 2007. Pues dejó de ser un referendo aprobatorio de una Reforma regular a la Constitución que ya no existe ni de hecho ni de derecho, para transformarse en un ilegítimo referendo autoritario con el cual se pretende convalidar la Dictadura militar.

Ya que, "lo cierto es que la nueva Constitución no se confeccionará según el procedimiento, el modo constituyente y las formas que habían sido previstos por la precedente. Al quedar ésta radicalmente destruida por efecto del Golpe de Estado, nada queda de ella". (Esmein). Por tanto, el Referendo de diciembre no tiene ningún fundamento constitucional, ni se trata de una Reforma a una Constitución que se viene de violentar y abolir, sino que, simplemente, se está convocando de facto a un Referendo, con el objetivo de aprobar y dotar a la Dictadura militar de una Constitución instrumental y descriptiva, para que se constituya en la Ley Fundacional del nuevo régimen militar que nació con el Golpe de Estado activado por la Asamblea Nacional. La cual consagra un sistema de confusión de poderes típico de esta categoría de dictaduras, propia de los regímenes comunistas que se hacen llamar también socialistas, como es bien conocido en el Derecho comparado. El Golpe de Estado ejecutado por la Asamblea Nacional es un nuevo y trascendental elemento, que apareció en la realidad política a partir del dos de noviembre de 2007, y que cambió todo el cuadro constituyente, la naturaleza constitucional y la ubicación política de dicho Referendo.

Además, los Poderes Constituidos que se han comprometido tan íntimamente con el Golpe de Estado han perdido toda la legitimidad adquirida y derivada de las elecciones pasadas, y tienen una responsabilidad política. La actuación de la Asamblea Nacional es un asunto difícilmente justificable, y el Presidente de la República como autor intelectual y colaborador inmediato del Golpe de Estado está críticamente comprometido. El país ya no puede ser conducido por quienes lo han llevado a esta crisis política sin precedentes y deben responder por sus acciones políticas contra la Democracia y las libertades y derechos fundamentales de los venezolanos.

Finalmente hay que recordar, que “un país que sólo se puede salvar por tal o cual hombre, no se salvaría por mucho tiempo aunque lo sea por ese hombre, y, además, no merece de ser salvado” (Constant).

BIBLIOGRAFÍA:

- Avril, Pierre; Gicquel, Jean. *Droit Parlementaire*. Montchrestien. Paris. 2004.
- Carré de Malberg, R. *Teoría General del Estado*. F.C.E. México. 1998.
- Le Divellec, Armel. *Le Gouvernement Parlementaire en Allemagne*. LGDJ. Paris 2004.
- Leruez, Jacques. *Le Système politique britannique*. Armand Colin. Paris.2001.
- Mitterrand, François. *Le Coup d'État Permanent*. Éditions 10/18. Paris.1993

*La soberanía popular y
el trámite de la reforma constitucional
promovida por iniciativa presidencial
el 15 de agosto de 2007*

Claudia Nikken

Abogado. Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Administrativo de la UCV

Miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Público

La Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 19 de enero de 1999 (*Fundahumanos*), al permitir la convocatoria de la Asamblea Constituyente que dio origen a la vigente Constitución, señaló lo siguiente:

“(…) para realizar el cambio que el país exige, es el Poder Constituyente, como poder soberano previo y total, el que puede, en todo momento, modificar y transformar el ordenamiento constitucional. Pero ello no podrá hacerse sino en el ejercicio de sus atribuciones soberanas, operando como titular de la soberanía. A la inversa *el poder de revisión, o Poder Constituido, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado*” (énfasis añadido).

El 15 de agosto de 2007, el ciudadano Presidente de la República ejerció ante la Asamblea Nacional el derecho de iniciativa que le acuerda el artículo 343 de la Constitución, correspondiente a la reforma constitucional. Seguidamente se dio inicio a las discusiones relativas a la reforma y, concluidas éstas, se convocó para el día 2 de diciembre de 2007 el referendo aprobatorio previsto en el artículo 344 constitucional. Para el momento en que se escriben estas líneas, no ha intervenido en el proceso de reforma el cuerpo electoral, sólo los órganos representativos dotados, en su conjunto, de las facultades de iniciar una reforma constitucional, de adoptar un texto de reforma constitucional y de convocar al cuerpo electoral para que se pronuncie por o contra esa reforma constitucional. Esos órganos desconocieron el principio fundamental del sistema republicano venezolano: el principio de la soberanía popular. Ese desconocimiento deriva de la transgresión de los límites sustanciales y formales que impuestos al mencionado Poder, al poner en marcha el procedimiento de reforma constitucional iniciado por el Presidente de la República el 15 de agosto de 2007.

I. LA TRANSGRESIÓN DE LOS LÍMITES SUSTANCIALES DEL MECANISMO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Según lo establecido en el artículo 342, la reforma de la Constitución consiste en su “revisión parcial y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional”. Atendiendo a su noción material, visto que la *constitución* reúne las normas de organización, distribución y limitaciones del poder público, aunque la reforma admite su modificación parcial, está prohibida mediante ese mecanismo *la modificación de lo fundamental de la organización, distribución y limitaciones*

del *poder público*. También está prohibido modificar los “principios fundamentales” de la Constitución¹.

A partir de lo anterior, debe concluirse que la reforma constitucional permitiría la modificación de *sistemas* parciales, de organización, distribución o límites del poder público y, por qué no, la adecuación progresiva -no regresiva- de los principios fundamentales de la Constitución; pero no podría nunca, conforme a los términos de la Constitución, perseguir la modificación de los sistemas generales, bien sea de organización, de distribución o de limitaciones dirigidas al poder público; ni modificar en su esencia el contenido de los principios fundamentales de la Constitución.

De hecho, como lo ha reconocido la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, incluso la Asamblea Nacional Constituyente prevista en el artículo 347 de la Constitución está sujeta a límites, a los límites que le impone el artículo 350:

“En efecto, esta norma está contenida en el Capítulo III (De la Asamblea Nacional Constituyente) del Título IX (De la Reforma Constitucional), **como un límite al Poder Constituyente**. Cuando se anunció la decisión de convocar una Asamblea Constituyente bajo la vigencia de la Carta Magna de 1961, se planteó la duda acerca de si ese poder originario era o no ilimitado. **Como lo reconoció la antigua Corte Suprema de Justicia**, en sentencia de la Sala Político administrativa del 19-01-99, que abrió el camino a la convocatoria de la Asamblea Constituyente, **en principio, el poder constituyente originario es incondicionado e ilimitado, en relación a la organización de los poderes del Estado. Sin embargo, en doctrina se han establecido límites generales a dicho poder, como el respeto de los derechos fundamentales del hombre (Sieyés); al principio de la división de los poderes; a la idea de la democracia (Torres del Moral); a las condiciones existenciales del Estado, entre otros**. Algunos de estos límites fueron incorporados dentro de las bases comiciales para el referendo consultivo del 25 de abril de 1999, concretamente la Base Octava, que a la letra señala:

“Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, como poder originario que recoge la soberanía popular, deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos”.

1 Para definir qué o cuáles son esos principios fundamentales, habría que comenzar por descartar el *simplismo* de considerar que la limitación se refiere únicamente a las normas contenidas en el Título I de la Constitución, designado precisamente como “Principios Fundamentales”. El título en cuestión contiene ciertamente *principios fundamentales* y muy diversos; pero no es el único que los contiene. Así, por ejemplo, es fundamental el principio de la *progresividad* de los derechos constitucionales, como lo es el principio de la legalidad, ambos contenidos en normas no enumeradas en el Título I. Algunos dirán que esos principios desarrollan otros que sí están en el mencionado título, y es que precisamente de eso se trata: los principios contenidos en el Título I tienen significado sólo si se interpretan según su desarrollo en el resto de la Constitución. Así, por ejemplo, en cuanto al “Estado de Derecho” adoptado como principio en el Título I, la Constitución establece fuera del mismo, entre otros, el ya aludido principio de la legalidad, garantiza los derechos ciudadanos, define el principio de separación de poderes... ¿No es este principio acaso fundamental en la Constitución? Los principios fundamentales serían entonces no sólo los contenidos en el Título I de la Constitución, sino también los vertidos en su articulado para dotar de contenido a esos principios.

Pues bien, **al incorporar el Constituyente esta modalidad de revisión constitucional en la Constitución de 1999 estableció, en el artículo 350, último del Capítulo III, los límites a este Poder, que sigue en lo fundamental lo contenido en la Base Octava ya aludida. El régimen constitucional resultante, así como la normativa legal o las autoridades públicas que se funden o deriven de dicho régimen, deben respetar la tradición republicana, la independencia, la paz, la libertad, la democracia y los derechos humanos** (TSJ-SC, 22/1/2003, *Elba Paredes Yéspica y Agustín Hernández*; negritas añadidas).

Incluso los límites impuestos a la Asamblea Nacional Constituyente fueron rebasados por el objeto de la reforma constitucional iniciada por el Presidente de la República el 15 de agosto de 2007.

En efecto, mediante la “reforma” se pretende sustituir el régimen democrático y republicano previsto en la Constitución, por uno de corte abiertamente socialista -contrario además a los principios del Estado Social de Derecho y de Justicia (artículo 2); se pretende también eliminar la forma federal del Estado venezolano (artículo 4); “matizar” el principio de alterabilidad (artículo 5); anular el principio de separación de poderes (artículo 136); modificar el sistema de los derechos humanos, contrariándose en particular los principios de progresividad (artículo 19), igualdad (artículo 21) y libertad (artículo 20). Ni siquiera la Asamblea Nacional Constituyente prevista en la Constitución estaría habilitada para “proponer” tales cambios...

La conclusión es simple, pero no por ello deja de ser grave: los poderes constituidos desconocieron los límites sustanciales que les impuso el Pueblo de Venezuela, titular de la soberanía y, por lo tanto, desconocen el principio de la soberanía popular. Tanto es así que, fuera de otras consideraciones de mayor trascendencia, el propuesto artículo 136 de la Constitución señala que el Pueblo, “depositario” de la soberanía, “la ejerce directamente a través del Poder Popular”. Este Poder Popular, según la misma norma, *no nace del sufragio ni de elección alguna, sino de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población*; a pesar de que, según la misma norma, es uno de los “poderes públicos” territoriales.

¿Por qué se dice que lo anterior desconoce la soberanía popular?

Sencillo, porque contraviene lo dispuesto en el artículo 5 constitucional. La norma establece, por una parte, que el Pueblo ejerce directamente su soberanía de conformidad con lo previsto en la Constitución, e indirectamente mediante el sufragio a través de los órganos del poder público. Así, si el Poder Popular es uno de los Poderes Públicos, no puede no emanar del sufragio como se pretende en la propuesta de reforma constitucional, sin vulnerar el principio representativo que emana del sufragio. El trasfondo es otro, sin embargo. Esperemos no corroborarlo.

II. LA TRANSGRESIÓN DE LOS LÍMITES FORMALES DEL PROCEDIMIENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Mediante el proceso de reforma constitucional se desconoció el principio de la soberanía popular por el solo hecho de que los órganos del Poder de Revisión rebasaron los límites sustanciales de su competencia. Ese principio fue igualmente desconocido por los mismos órganos, en razón ahora de la violación de las normas de procedimiento inherentes al ejercicio de esa competencia.

1. *De la violación de las normas formales para la preparación del anteproyecto de reforma constitucional*

La iniciativa inherente a la tramitación de una reforma constitucional puede ser de naturaleza *popular*, *presidencial* o bien *legislativa*. En el caso que nos ocupa, la iniciativa fue “presidencial”.

La iniciativa *presidencial*, atendiendo a diversos principios constitucionales, en particular al principio de legalidad, al principio democrático y al derecho a la participación política, debería formularse conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública, relativas al procedimiento de iniciativa legislativa (artículo 86). Contrariamente a esto, el ciudadano Presidente de la República *inventó* un procedimiento, el contenido en el “Decreto N° 5.138, mediante el cual se crea, con carácter temporal, el Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. Ese procedimiento fue el siguiente:

1) Con supuesto fundamento en los artículos 40, 70 y 71 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, se creó un Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “para que se avoque al estudio y preparación de un anteproyecto de reforma constitucional que, sin modificar la estructura y principios fundamentales del texto constitucional, pueda convertirse en un instrumento idóneo para la obtención de los fines superiores del Estado, a través de la edificación de una serie de propuestas que permitan adaptar el texto constitucional al nuevo modelo basado en los cambios profundos que el pueblo reclama y en el nuevo orden económico, político y social para la República” (artículo 1° del Decreto N° 5.138).

Ahora bien, ninguna de las normas aludidas como base legal del Decreto faculta al Presidente de la República para crear “consejos presidenciales”. El artículo 40 se refiere al convenio interadministrativo que debe existir entre distintos entes públicos, territoriales o no, que tengan por objeto la llamada “encomienda de gestión”, figura que nada tiene que ver con el contenido del Decreto que nos ocupa². El artículo 70, por su parte, regula la figura de los “consejos nacionales”, para la “consulta de las políticas públicas sectoriales que determine el decreto de creación”; no para plantear los términos de una reforma de la Constitución. El artículo 71, por último, se refiere a las “comisiones presidenciales” y a las “comisiones interministeriales”, que tendrían por objeto “el examen y consideración en la materia que se determine en el decreto de creación”; pudiendo también “tener por objeto la coordinación de criterios y el examen conjunto de materias asignadas a diversos ministerios”. Examinar y considerar, coordinar criterios... ¡Esto es muy distinto a estudiar y preparar un anteproyecto de reforma constitucional!

2 El artículo 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública señala que “En la Administración Pública Nacional, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios, *los órganos de adscripción* podrán encomendar, total o parcialmente, la realización de actividades de carácter material o técnico de determinadas competencias a sus respectivos entes descentralizados funcionalmente por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos para su desempeño, de conformidad con las formalidades que determinen la presente Ley y su reglamento.

La encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda” (énfasis añadido).

2) En los términos del artículo 2 del Decreto, el Consejo Presidencial debía informar permanentemente al Presidente de la República sobre sus avances, siendo que tales avances debían realizarse “*de conformidad con los lineamientos del Jefe de Estado en estricta confidencialidad*”. En complemento, el artículo 4, que reconoce algún grado de autonomía (capacidad de auto-normación), impone al Consejo Presidencial rendir cuenta al Presidente de la República sobre los logros alcanzados en ejecución del Decreto que nos ocupa.

Esta disposición llama la atención en virtud de dos cosas: i) la sujeción del Consejo Presidencial al Presidente de la República individualmente y no al Poder Ejecutivo; ii) la obligación de “confidencialidad”.

En efecto, conforme a lo establecido en el artículo 343 de la Constitución, la iniciativa para la reforma de la Constitución corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros. ¿Por qué, entonces, el Consejo Presidencial encargado de preparar un anteproyecto de reforma constitucional no estaba sujeto al Consejo de Ministros, sino sólo al Presidente de la República, por qué sólo debía seguir sus lineamientos y rendirle cuenta personalmente?

Partiendo de la misma idea, y limitándonos a ella por ahora, ¿cómo es que la labor del Consejo Presidencial debió hacerse “en estricta confidencialidad”? Al menos los miembros del Consejo de Ministros debían conocer el objeto de la reforma, qué decir del Pueblo de Venezuela.

3) De acuerdo con el artículo 6 de su Decreto de creación, el Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contaría con la asesoría de todas las instituciones públicas o privadas que considerara conveniente, *pudiendo* solicitar su participación mediante convocatoria y constituir grupos técnicos de trabajo para desarrollar temas específicos. Esta disposición es acorde con las ya comentadas y las desarrolla, pues deja al “libre criterio”, al arbitrio, del Consejo Presidencial la posibilidad de solicitar la participación de instituciones públicas o privadas, para que constituyan *grupos técnicos de trabajo* en materias específicas, suponemos que igualmente bajo la obligación de confidencialidad que se impuso al Consejo mismo.

4) Para terminar, el artículo 3 del Decreto señala la conformación del Consejo Presidencial:

La ciudadana Presidenta de la Asamblea Nacional, quien presidió el Consejo; el ciudadano Vicepresidente de la Asamblea Nacional; cuatro (4) diputados, de los cuales una representante de los pueblos indígenas; la entonces Presidenta de esa Sala Constitucional, hoy también Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, quien se desempeñó como Secretaria Ejecutiva del Consejo; el ciudadano Defensor del Pueblo; el ciudadano Fiscal General de la República; la ciudadana Procuradora General de la República; el ciudadano Ministro del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social; un escritor y un abogado.

La iniciativa, en este caso, correspondía al Presidente de la República en Consejo de Ministros, ¿qué hacían ahí la ciudadana Presidenta, el Segundo Vicepresidente y cuatro diputados de la Asamblea Nacional?, ¿no estaban ellos encargados de adoptar el proyecto definitivo de reforma constitucional? ¿Por qué se incluyó a la ciudadana Presidenta de la Sala Constitucional -luego y aún Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia?, ¿cómo se garantiza ahora su imparcialidad, su independencia con respecto a la reforma, no sólo la de ella o la de esa Sala, sino la del Poder Judicial entero, cómo? ¿Por qué se incluyó a los ciudadanos Fiscal General de la República y Defensor del Pueblo? Su rol no estaba en la preparación de

un anteproyecto de reforma constitucional, sino en la defensa de todos los ciudadanos durante el proceso de reforma constitucional. ¿Qué pasó?

Lo que ocurrió es que se desconoció la soberanía popular, que dio el derecho de iniciativa de reforma constitucional al Presidente de la República en Consejo de Ministros, por una parte; por otra a la Asamblea Nacional, mediante acuerdo adoptado por la mayoría de sus miembros; por último al 15% de los electores. En el caso, porque si bien existe un documento formal suscrito por el Presidente de la República en Consejo de Ministros (¿existe?); la realidad muestra que la iniciativa partió del Presidente de la República, de seis diputados, del Tribunal Supremo de Justicia representado por su Presidenta, del Fiscal General de la República, del Defensor del Pueblo, de la Procuradora General de la República, de un Ministro, de un escritor y de un abogado. ¿Qué es esto?

La respuesta es “simple”: el desconocimiento del límite más esencial impuesto a los poderes constituidos por el soberano, pues *no sólo se desconoció la separación del poder constituyente y del poder de revisión*, como poder constituido que es, sino que se violentó el principio de la separación de los poderes al acordar, a los que no las tienen, facultades de revisión.

2. *De la violación de las normas de procedimiento para la discusión del anteproyecto de reforma constitucional y la adopción del proyecto definitivo*

En los términos del artículo 343 de la Constitución, sin importar el origen de la iniciativa, el anteproyecto de reforma constitucional debe ser objeto de una primera discusión (general) dentro del período de sesiones correspondiente a su presentación; debe ser objeto de una segunda discusión “por Título o Capítulo”, según el caso; debe ser objeto de una tercera discusión artículo por artículo; todo, respetando el derecho de participación previsto en los artículos 206 y 211 de la Constitución. El proyecto definitivo debe ser aprobado con el voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, en un plazo *no mayor a dos (2) años*, contados a partir de la fecha en la cual se conoció y aprobó la solicitud de reforma.

El ciudadano Presidente de la República presentó el anteproyecto de reforma constitucional el día 15 de agosto de 2007. Esta fecha marca, conforme a lo prescrito en el artículo 219 de la Constitución, el fin del primer período de sesiones de la Asamblea Nacional, correspondiente al año 2007. Así las cosas, era y fue imposible que la primera discusión del anteproyecto de reforma presentado por el Presidente de la República tuviera lugar dentro del período de sesiones en el cual fue presentado. *Primera violación* de normas de procedimiento.

La *segunda violación* consiste en que durante la primera discusión, semejante necesariamente a la primera discusión de las leyes reguladas en el artículo 208 constitucional, no fueron consideradas en la exposición de motivos del anteproyecto de reforma, ni evaluados sus objetivos, alcance y viabilidad para determinar la pertinencia de esa reforma; tampoco se discutió sobre el articulado³.

3 Según el acta publicada por la Asamblea Nacional en su portal electrónico, esa primera discusión de la reforma tuvo lugar durante una sesión extraordinaria el 21 de agosto de 2007; la sesión duró prácticamente seis (6) horas durante las cuales se dio lectura a la muy extensa exposición de motivos del anteproyecto de reforma constitucional presentado por el Presidente de la República; posteriormente intervinieron catorce (14) diputados, entre los cuales los seis (6) que conformaron el Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezue-

La *tercera violación* consiste en la arbitraria modificación del anteproyecto de reforma constitucional durante su discusión, sin respetar los más mínimos límites que al respecto impone la lógica jurídica a partir de la misma Constitución.

En efecto, durante la primera discusión del anteproyecto de reforma, ningún diputado solicitó formalmente que se agregaran nuevas modificaciones a la Constitución y, por lo tanto, tales modificaciones no fueron integradas al anteproyecto ni fueron objeto de “primera” discusión. Lo mismo ocurrió durante la segunda discusión. La lógica dice, entonces, que la Asamblea Nacional no consideró pertinente ni extender ni restringir los términos de la propuesta de reforma constitucional presentada por el ciudadano Presidente de la República.

Lo anterior se traduce en que, si bien es cierto que sería posible admitir modificaciones al anteproyecto, bien sea por proposición de la Comisión que habría de preparar el informe para la tercera discusión, o bien de algún o algunos diputados durante esa tercera discusión, tales modificaciones deberían estar íntimamente relacionadas con las propuestas por el iniciador del proceso de reforma, ir en el mismo sentido de ella o bien tendientes a preservar la norma todavía vigente. Esto se justifica no por cuestiones de mera forma, pues a fin de cuentas, si las nuevas propuestas de modificación son aceptadas por las dos terceras partes de los diputados, resulta casi incontestable que la mayoría simple las habría aprobado en la primera y la segunda discusión. Se justifica, por cuanto es necesario que *el pueblo, titular de la soberanía, llamado a sancionar o no la reforma constitucional*, tenga la posibilidad de conocer no sólo el contenido de la reforma, sino los fundamentos técnicos, económicos y financieros de la misma. Esto no se logra, si en la primera y la segunda discusiones no se abordan los temas objeto de la misma, ni se señala que debe haber más o menos modificaciones y, a pesar de ello, la Comisión Mixta y posteriormente algunos diputados, incorporan nuevas modificaciones al texto.

La *cuarta y última violación* de tipo procedimental consiste en la insuficiente, por no decir inexistente, articulación de los mecanismos de consulta previstos en los artículos 206 y 211 de la Constitución, relativos al proceso de formación de las leyes pero innegablemente aplicables al proceso de reforma constitucional.

En efecto, no conocemos que se haya llevado a cabo oficialmente el proceso de consulta a los estados previsto en el artículo 206 de la Constitución; proceso obligatorio visto que la reforma desde el principio pretende el cambio radical de su régimen constitucional actual. ¿Qué acuerdos tomaron los consejos legislativos de los 23 estados? ¿Qué dijo el Cabildo Metropolitano? ¿Cuál es la opinión de los concejos municipales de los municipios que configuran la ciudad de Caracas? ¿Qué dijo el Consejo Legislativo del Estado Miranda ante la pretensión de sustraer de su territorio sus municipios más importantes en términos poblacionales? ¿Dónde podemos leer sus consideraciones? Obvio que, por vía de consecuencia, los Consejos Legislativos de los estados -ni los señalados antes municipales- tampoco convocaron a la sociedad civil para que sus diversas organizaciones emitieran su opinión con respecto

la; en todo caso, las intervenciones fueron fundamentalmente discursos de apoyo a la reforma propuesta y, de hecho, la sesión terminó como sigue: “Los ciudadanos diputados y diputadas que estén por aprobar en primera discusión el Proyecto de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con lo establecido en el artículo 343 de la Carta Magna, se servirán manifestarlo con la señal de costumbre. (Pausa). Aprobado por unanimidad./ En consecuencia, se remite a la Comisión Mixta el Proyecto de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a los fines de la preparación del Informe para la segunda discusión”. (<http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/biblio/Sesion.doc>).

a la eventual reforma constitucional. Esto se traduce en la abierta violación, demuestra el franco desconocimiento del principio de la separación vertical del poder y, en consecuencia, una decisión soberana del Pueblo de Venezuela.

Tampoco conocemos que se haya dado apertura a un franco proceso de consulta pública de la reforma. Si se hizo alguna consulta en tanto que tal (no un mitin político), lo fue a organizaciones obviamente vinculadas o afectas al ciudadano Presidente de la República. Tan es así, que se negó expresamente la entrada de personas no vinculadas al sector oficial a varias sesiones de supuesta consulta, relacionadas con la reforma constitucional. Estos fueron hechos notorios comunicacionales, por lo que están relevados de prueba. En todo caso, correspondería a los interesados probar la intervención *sistemática y generalizada* de sectores de la sociedad opuestas al régimen del Presidente Chávez (que no las intervenciones ni siquiera objeto de discusión de algún factor de oposición ante la Asamblea Nacional).

Resulta, entonces, que tanto el ciudadano Presidente de la República (en Consejo de Ministros), como la Asamblea Nacional desconocieron las normas básicas del procedimiento de reforma constitucional; desconociendo así límites esenciales que en esa materia le fueron impuestos por el Poder Constituyente, por *el Pueblo de Venezuela en uso de su soberanía* y, por lo tanto, han desconocido el derecho de ese Pueblo, precisamente, al reconocimiento de su soberanía.

Al proceder a la convocatoria del referendo aprobatorio de la reforma, el Consejo Nacional Electoral desconoció, por su parte, los mandatos que le imponen los artículos 2, 5, 7, 137, 138, 294 y 333 de la Constitución. Desconoció, él también, los mandatos que le impuso el Pueblo de Venezuela, titular único de la soberanía popular.

La (sobre) interpretación popular constitucional y la Reforma de 2007: ¿retorno a la interpretación ideológica auténtica?

Emilio J. Urbina Mendoza

*Profesor de Pregrado en la Universidad Católica Andrés Bello
Profesor del Seminario “Ética, hermenéutica y argumentación” del
Doctorado en Derecho de la Universidad Central de Venezuela*

I. ¿EL PUEBLO LO QUIERE?, ¿EL PUEBLO LO INTERPRETA?

Desde 1999, la tarea judicial por excelencia, la interpretación del Derecho¹; ha debido franquear las contradicciones existentes en la versión venezolana de la *societas de la multitud*, autoritariamente bautizada como el “pueblo socialista del siglo XXI”². Su carácter tumultuario y provocador más que la expresión genuina del ethos local o la esencia marxiana del vocablo “revolución”, proviene de la frenética y permanente exaltación del estamento político gobernante³. Frases como “el pueblo quiere”, “el pueblo dijo”, “el pueblo repudia”,

1 Entendida en nuestro contexto contemporáneo -y para precisar las referencias al vocablo a lo largo de este trabajo- como la “actividad de doble naturaleza (intelectiva-volitiva) técnica sobre la aplicación concreta del Derecho”. Para más detalles véase Isabel Linfante Vidal. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (1999) 40-41. También véase François OST y Michel Van De Kerchove. “Interpretation”. En: *Archives de Philosophie du Droit*. París, Dalloz, N° 35 (1990) 165-190. Y en la versión clásica, de la protomodernidad jurídico-hermenéutica: Emilio Betti. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado (1971) 95-98.

2 Para nuestro estudio, es importante acotar, que la nominación como “socialismo del siglo XXI” prácticamente era inexistente en la prehistoria del discurso presidencial bolivariano (1999-2004). La tesis socialista vislumbró luz pública durante el acto de instalación de la IV Cumbre de la Deuda Social (24/02/2005), aclimatando la versión original formulada por el profesor Heinz Dieterich Stefan. *Hugo Chávez y el socialismo del siglo XXI*. Caracas, Instituto Municipal de Publicaciones de la Alcaldía de Caracas (2005).

3 En 1936, exponía el Cardenal Humberto Quintero lo siguiente: “(...) *Un agitador cualquiera, un parlanchín exaltado se presenta ante una multitud de ciudadanos más o menos incultos; grita y vocifera; prorrumpie en vítores y condenaciones: la multitud sugestionada por el imperio misterioso que tiene la voz humana, corea esas condenaciones y vítores y en el momento, sin reflexión alguna, inconscientemente, hace suyas las ideas que el agitador sugiere. ¡Y se pretende luego que esas ideas sean la expresión del pueblo soberano! (...)*”. En: *Escrituras de antier*. Caracas, Ediciones de la Contraloría General de la República (1974) 168. Vale la pena destacar que en la cultura clásica latina era nítida la frontera entre “populus” y “vulgus” como a continuación se verifica: Séneca [*De vita beata*] 2: “*Vulgus veritatis pessimus interpres*”. Horacio [*Satiras*] I, 6, 15-17: “*qui stultus honores/Saepe dat indignis et famae servit ineptus./ Qui stupet in titulis et imaginibus*”. Marco Tulio Cicerón [*Oratio pro Plancio*] 4, 9, ha denunciado los peligros que para el Derecho representa el vulgus: “*Non est enim consilium in vulgo, non ratio, non discriminen, non diligentia, semperque sapientes ea quae populus fecisset ferenda*”. Tito Livio [*Ad Urbe condita*] 28, 27: “*Multitudo omnis sicut natura maris, per se immobilis est; ventus et aurea cient*”. Tácito

“el pueblo toma”, “el pueblo conoce al patriota y al traidor” o “el pueblo lo interpreta”; se escuchan en labios de aquellos que no se comportan como el pueblo o no defienden los intereses de éste. En fin “pueblo” se impone como contraseña in fungible que abre y cierra debates, incluyendo, el trabajo dianoético del sentenciador.

Este supuesto direccionamiento popular de la intención interpretativa, nada nuevo desde que fuera acuñado a finales del siglo XVIII⁴, ha estado presente en los auditorios político-partidistas venezolanos desde 1945. Sin embargo, su aparición directa sobre el fenómeno jurídico patrio, topa con la encrucijada histórica de 1998, signada por un taladrante voluntarismo presidencial de conquista sobre el resto de las instituciones del Estado. La versión bolivariana de pueblo “golpearía” la puerta pretoriana de la extinta Corte Suprema de Justicia, franqueada hasta ese momento por la prudencia de un Derecho público, que gracias a la Constitución de 1961, era transaccional, no militante y por sobre todo, progresivo.

En el polémico fallo⁵ que autorizaría la realización de la Asamblea Constituyente de 1999, el magistrado Humberto J. La Roche, plantearía el dilema que articuló jurídicamente la introducción de la palabra “pueblo” en los procesos interpretativos constitucionales: *soberanía popular vs. Supremacía constitucional*. Desde entonces -y como preludio de las patologías hermenéuticas del actual TSJ- con la expresión “pueblo”, la *intentio lectoris*⁶ -desterrada y cuestionada por la teoría de la interpretación por su unilateralidad- ha retomado los espacios del pensar tribunalicio como un fantasma capaz de fragmentar las bases del Estado Social de Derecho, así se invoque éste último con argumentos ideológicos expresos para justificar otro modelo de Estado⁷.

[Anales] I, 20, grafica la realidad en ciernes: “*Nihil in vulgo modicum; terrere, ni paveant; ubi pertimuerint impune contemni*”.

- 4 Véase François de Chateaubriand. *Memorias de ultratumba*. (Trad. de José Ramón Monreal). Barcelona, Editorial Acantilado (2006) 231 y ss. También, véase George Carey. “La sabiduría de El Federalista”. En: *Revista de Estudios Públicos*. Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos, N° 13 (1984) 1-24. María Elton. “Rousseau y la fundamentación moral del contrato social”. En: *Revista de Estudios Públicos*. Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos, N° 36 (1989) 273-308.
- 5 Corte Suprema de Justicia. Sala Político-administrativa. Caso: *Raúl Pinto Peña y otros*. 19/01/1999. Expediente N° 15395. Para mayor ahondamiento, véase Lolymar Hernández Camargo. “La teoría del poder constituyente. Un caso de estudio: El proceso constituyente venezolano de 1999”. En: *Táchira Siglo XXI*. San Cristóbal, Universidad Católica del Táchira, N° 15 (2000) 53 y ss. El profesor Allan Brewer-Carías abordó el tema en varias oportunidades, analizando las implicaciones que trajo consigo no sólo esta sentencia, sino las subsiguientes. En: *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, Tomo I (2004) 41-47.
- 6 En la teoría hermenéutica fundamental, la intención como criterio para definir un texto, es abordada desde una triple óptica: La interpretación como búsqueda de la *intentio auctoris*, la interpretación como búsqueda de la *intentio operis*, y la interpretación como imposición en la *intentio lectoris*. La teoría clásica ha primado el enfrentamiento de intenciones para la búsqueda de una respuesta hermenéutica armónica. Véase Umberto Eco. *Los límites de la interpretación*. (Trad. de Helena Lozano). Barcelona, Editorial Lumen (2000) 29.
- 7 El ejemplo más gráfico de la afirmación se verifica en el fallo de la Sala Constitucional, mejor conocido como *Asodiviprilara* (Sentencia N° 85 del 24/01/2002). El Tribunal Supremo de Justicia asume para la construcción de los enunciados lingüísticos -incomprensiblemente familiarizada- una jerga ideológica que para un tribunal que decide ajustado a Derecho, debe ser alérgica. Palabras como “explotación desproporcionada” o atribuirle un carácter exclusivamente prestacional al Estado, como en esa oportunidad marcó el TSJ, dista del discurso jurisprudencial que el Derecho en occidente ha sostenido a los largo de medio siglo sobre el moderno Estado Social. Para más de-

Más allá de los peligros que pueda significar para el patrimonio jurídico-jurisprudencial venezolano un activismo hermenéutico desmedido [Vgr. empleo de técnicas interpretativas osadas, retorno al periclitado uso alternativo del Derecho], es más preocupante la presencia de elementos extrajurídicos direccionadores de los criterios argumentales que justifican las sentencias. Si durante los últimos 7 años el foro académico ha manifestado su incompreensión ante diversos tipos de sentencias del TSJ, que desdican de cualquier institución o rama jurídica porque se “tutelan” los intereses del pueblo; es previsible la profundización de dichos criterios discrecionales con la reforma constitucional de 2007. En la propuesta finalmente aprobada por la Asamblea Nacional, la palabra “pueblo” o su abstracción operativa⁸ “poder popular”, aparece incardinada en 20 artículos considerados claves⁹, como elemento determinante que deberá aplicar el sentenciador constitucional a la hora de resolver una litis o recurso.

Y de esta manera -cumpliéndose la profecía de Von Kirchmann- el verbo inequilibrado del constituyente de 2007 termina por echar al cesto de la basura los avances obtenidos para la teoría de la interpretación jurídica venezolana en los últimos 30 años. En pocas palabras es previsible en la futura argumentación jurisprudencial patria (a todos los niveles), el fin del horizonte hermenéutico como criterio fundante del proceso interpretativo, y lo peor, el retorno a la interpretación ideológica auténtica, gracias a la sobreinterpretación del vocablo “pueblo bolivariano”¹⁰ y su predicado sintagmático¹¹: “el socialismo”.

talles, véase Eduardo García De Enterría. “Principio de legalidad, Estado material de Derecho y Facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Nº 10 (1984) 11-61.

- 8 Por abstracción operativa entendemos como la aplicación en términos pragmáticos del núcleo “duro” de un concepto o institución. En el caso que nos ocupa, el pueblo, operacionalizado en la teoría jurídica como “voluntad general”, termina debilitando la voluntad individual de los ciudadanos en la medida que los asuntos se alejan de su círculo de influencia inmediata, no tanto en el plano material, sino, en la capacidad de la élite política que gobierna para deformar o manipular dicha voluntad general. Para más detalles, véase Francisco González Navarro. *Derecho administrativo español*. Navarra, EUNSA (1995) 84-86. Esta voluntad general termina siendo para los jueces una excusa de cumplir los deseos del “pueblo soberano” para cometer impunemente “fraude al Derecho”, como bien lo explicitara Francisco González Navarro. *De la justicia de los jueces y de otros sintagmas afines*. En: AAVV. *Libro Homenaje a Villar Palasí*. Madrid, Editorial Civitas (1989) 533.
- 9 La propuesta de reforma constitucional de 2007 está centrada en un total de 69 artículos de la Constitución de 1999. Entre los argumentos esgrimidos por los apologistas, empezando por el Presidente de la República en ejercicio, sobresale una supuesta devolución al “pueblo” de su soberanía. La “democracia plena” en este caso es confundida con voluntarismo populista, trastocando los ejes básicos del Derecho Público, en especial, el constitucional. Véase Concepción Martínez-Carrasco Pignatelli. *Postmodernidad y Derecho Público*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2002) 177-180.
- 10 Sobre la concepción de pueblo en el imaginario de Simón Bolívar, véase Diego Bautista Urbaneja. *Bolívar, el pueblo y el poder*. Caracas, Fundación para la Cultura Urbana (2004).
- 11 En la reforma constitucional se alude directamente al socialismo (arts. 136, 157, 318) sin detallar cuál de las versiones socialistas conocidas se asume, si es socialismo de Estado, militar, gremial, economía planificada o solidarismo expropiatorio. Véase Ludwig Von Mises. “Socialismos y pseudosocialismos”. En: *Revista de Estudios Públicos*. Santiago de Chile, Nº 14 (1984) 1-38.

II. EL “HORIZONTE HERMENÉUTICO” EN LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA CONTEMPORÁNEA Y SU INCOMPATIBILIDAD CON LA “INTENCIÓN DEL PUEBLO”.

Luego de las crisis que supuso para el estado liberal de Derecho el fin de una teoría clásica de la aplicación de la ley¹², donde, el sentenciador exclusivamente debía trabajar en el universo deductivo del silogismo y la horma normativa positiva¹³; la teoría de la interpretación jurídica fue asumiendo una visión pluralista donde no sólo interviene la lógica formal sino otras fuentes no precisamente jurídicas. Este pluralismo, primeramente, no sólo dará al traste con el método exegético¹⁴, sino que condujo a la formulación teórica de las versiones interpretativas¹⁵, seccionando en dos fases diferenciadas la actividad hermenéutica.

La primera, intelectual, donde el esquema de Savigny (teoría de los elementos de la interpretación)¹⁶ es aplicado con sus variantes teóricas¹⁷. La segunda etapa, de clara naturaleza volitiva, determina la escogencia de la “versión interpretativa” más acorde con las exigencias de justicia que requiera el caso. Así, la clásica pregunta que le hacía el sentenciador a Hermes cada vez que debía resolver una causa ¿qué significa esta norma?, se trasmuta en nuestro tiempo hacia ¿de qué lado estás en las múltiples respuestas y visiones hermenéuticas que permite la norma jurídica abstracta?¹⁸.

Este avance permitiría el desmontaje de las citadas teorías de las “mens”, en la cual, el intérprete, indagaba exclusivamente la intención del autor (constituyente)¹⁹ como única fuen-

12 Sobre estos procesos de cambio paradigmático de la hermenéutica jurídica, véase Alejandro Nieto García. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid, Editorial Trotta (2007) 153-178.

13 Véase Carlos Ignacio Massini. *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot (1980) 10 y ss. También, José Castán Tobeñas. *Teoría de la Aplicación e Investigación del Derecho*. Madrid, Editorial Reus (1947).

14 Véase Leon Husson. “Analyse critique de la méthode de l'exégèse”. En: *Archives de Philosophie du Droit*. París, Dalloz, N° 17 (1972) 115-133. A diferencia de lo que se percibe como el bloque de la exégesis, la escuela exegética del Derecho experimentó grados, modalidades y dimensiones temporales que diluirán el acento talmúdico originario. Véase Otto Eckart. “Ermeneutica giuridica nella Bibbia ebraica”. En: *Ars interpretandi*. Pádova, Università degli Studi di Pádova, N° 3 (1999) 215-218.

15 Formulada por Jèrzy Wróblelsky. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid, Editorial Civitas (1985) 57; la teoría de las versiones interpretativas sugiere que el juez al momento de escoger la “versión interpretativa”, necesariamente producir una “decisión justificable” tanto en los argumentos que la sustentan como en los razonamientos apropiados.

16 Fase que está presente por disposición del artículo 4° del Código Civil, incardinándonos en los sistemas interpretativos tasados, que, podría considerarse como un “consejo hermenéutico” formulado por el legislador. Véase Carlos de la Vega Benayas. *Teoría, aplicación y eficacia de las normas del Código Civil*. Madrid, Editorial Civitas (1976) 113.

17 A la par de los elementos clásicos de Savigny (gramatical, histórico, sociológico), la justicia constitucional ha creado otros de igual jerarquía y alcance, tales como: el elemento ético, el de conformidad con la Constitución, el de conservación de normas y de la continuidad del ordenamiento; el elemento de la plenitud, la no redundancia, el lugar material del significado de una disposición; el criterio analógico y otros. Véase Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael De Asís Roig. *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid, Editorial Marcial Pons (1999) 234.

18 Jan Broekman. *Derecho, filosofía del Derecho y teoría del Derecho*. Bogotá, Editorial Temis (1997) 144.

19 Sobre el papel de la “intención” en la hermenéutica jurídica, véase Joseph Raz. “La intención en la interpretación”. En: *Doxa: Revista de Filosofía del Derecho*. Alicante, Universidad de Alicante, N° 20 (1997) 201.

te válida para entender las estipulaciones lingüísticas del texto normativo. La “intención del constituyente”, hoy en día, al contrario de las enseñanzas de la modernidad jurídica clásica, se fusiona con la intención del operador jurídico que interpreta la norma. *Intérprete interpretado* en terminología gadameriana²⁰, que termina por introducirnos en una concepción dialógica y nada descriptiva sobre la interpretación. Así, intérprete y autor del texto jurídico dialogan en la medida en que están comprendidos dentro de un *tercer horizonte*, del que no disponen, pero, en el cual y por el cual están dispuestos a argumentar²¹. De esta forma, el “horizonte hermenéutico”, el mismo que ha posibilitado los cambios jurídicos, opera y reconoce la existencia de otras versiones que mitifican la “única respuesta correcta en Derecho”²².

Ahora bien, la expresa vinculación de *todos* los órganos del Estado hacia la protección y promoción de la democracia socialista, protagónica del “pueblo”, como se lee en el tenor de los artículos 136, 157 y 158 de la reforma constitucional; no sólo obligan y direccionan la hermenéutica del juez constitucional hacia esos cometidos valóricos, sobreinterpretando el texto, sino, que nos retrotraen al discurso hermenéutico de principios del siglo XIX -veda en interdicción al poder interpretativo libre del juez- cuya máxima expresión es la categoría mejor conocida como “interpretación auténtica del Derecho”²³. Un retroceso teórico inaceptable a finales de la primera década del siglo XXI.

-
- 20 Hans-Georg Gadamer. *Acotaciones hermenéuticas*. Madrid, Editorial Trotta (2002) 13-22.
- 21 Gianni Vattimo. “La hermenéutica como Koiné”. En: *Revista de Occidente*. Madrid, Nº 80 (1988) 106.
- 22 Sobre el particular véase los trabajos de Aulus Aarnio. “La tesis de la única respuesta correcta y el principio del razonamiento jurídico”. En: *Doxa: Revista de Filosofía del Derecho*. Alicante, Universidad de Alicante, Nº 8 (1990) 23-38. También, Julia Barragán. “La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica”. En: *Doxa: Revista de Filosofía del Derecho*. Alicante, Universidad de Alicante, Nº 8 (1990) 63-74.
- 23 Como indica la doctrina, esta categoría de interpretación la realiza el propio órgano creador del texto legislativo. Sus orígenes se remontan a finales del siglo XVIII, cuando por vía de ley (Ley francesa 24-90) se castigaba como delito la interpretación judicial del ordenamiento normativo. En Venezuela, sostenemos, fue reintroducida a finales de 1998, cuando, en Gaceta Oficial aparecen publicados junto al texto legal, un título en la parte superior derecha de cada uno de los artículos, indicando el legislador su sentido y alcance. Con la reforma constitucional de 2007 no sólo se cristalizará esta práctica que altera los textos normativos, sino, que atará de manos al juez al tener que decidir siempre a favor de una mal llamada “voluntad popular”, lamentablemente vivenciada en la Alemania nazi por intermedio de la jurisprudencia del Tribunal del Pueblo (Volksgerichtshof). Véase Ingo Müller. *Los juristas del horror*. (Trad. Carlos Figueredo). Caracas, Editorial Actum (2006) 193-195. En 2001, ya la Sala Constitucional habría adelantado algo sobre este direccionamiento popular en la interpretación constitucional (Sentencia 1309 del 19/07/2001: Caso *Hermann Escarrá*), al sostener: “(...) no puede ponerse un sistema de principios, supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución, ni que la interpretación de ésta llegue a contrariar la teoría política propia que la sustenta (...) la interpretación o integración debe hacerse ohne Naturrecht (sin derecho natural), según la tradición de cultura viva cuyo sentido y alcance dependen del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano (...) (Subrayado nuestro).

SEGUNDA PARTE:
ASPECTOS DEL PROYECTO DE
REFORMA QUE AFECTABAN
PRINCIPIOS FUNDAMENTALES
DEL ESTADO

I. Sobre la concepción del Estado

Personalismo político en el Siglo XXI

Manuel Rachadell

*Profesor de Finanzas Públicas de la
Universidad Central de Venezuela*

Al examinar en su conjunto el proyecto de “reforma” constitucional que auspicia el gobierno venezolano, dejando a un lado los detalles, surge la evidencia de que se trata de implantar en el país un régimen centralista y personalista que resulta inaudito en los tiempos que corren. En efecto, todo el ordenamiento propuesto lo que persigue es concentrar el poder no en unas instituciones sino en una persona concreta, determinada con nombre y apellido, y ello se pone de manifiesto cuando consideramos los diferentes ámbitos que se pretenden modificar.

I. VENEZUELA COMO ESTADO SOCIALISTA

A pesar de las reiteradas manifestaciones del Presidente de la República sobre su objetivo de instaurar en Venezuela el “socialismo del siglo XXI”, mediante el cambio constitucio-

nal, y a despecho de las 13 declaraciones sobre el socialismo que se hacen en el texto del proyecto sancionado por la Asamblea Nacional (artículos: 16, 70, 103, 112, 158, 168, 184, 299, 300, 318, 321 y Disposición Transitoria Novena), lo cierto es que en este documento no se crea un régimen socialista. En efecto, en la Ley Fundamental que se pretende aprobar se suprime la garantía de la libertad económica de los particulares y se otorgan amplias facultades a los órganos del Poder Público Nacional -al Presidente de la República en última instancia- para “la gestión y administración de los ramos de la economía nacional, así como su eventual transferencia a sectores de economía social, colectiva o mixta” (art. 156,34); para efectuar expropiaciones, ocupaciones -sin previa indemnización- y confiscaciones de propiedades de particulares, así como para “asumir sectores de la producción agrícola, pecuaria, acuícola, indispensables” para garantizar la seguridad y soberanía alimentarias (art. 305); e incluso se faculta al Ejecutivo Nacional para “mediante decretos o decreto ley, regular la transición al Modelo de Economía Socialista” (Disposición Transitoria Novena). De allí que en la Constitución no se estatizan ni se socializan los medios de producción, sino que se faculta al régimen para hacerlo, lo que en la realidad se traduce en la amenaza para determinados propietarios privados y empresarios, los cuales pueden ser desposeídos de sus bienes cuando así lo estime el régimen. Pero en cambio, el sistema de economía de mercado se mantiene como regla, y se abren inmensas oportunidades de negocios para los validos del proceso.

Así pues, la declaración de Venezuela como Estado Socialista cumple una doble función: de un lado, se pretende obligar a los actores económicos a mantenerse en actitud sumisa al régimen; del otro, se busca someter todos los aspectos de la vida nacional, especialmente la función pública -incluyendo los militares-, la educación, la cultura y la economía, a los dictados del partido socialista único, cuyo presidente es precisamente el Presidente de la República.

II. EL FIN DE LAS AUTONOMÍAS

Para que los deseos del Presidente actual valgan como voluntad de la Nación, es necesario acabar con todas las autonomías que se han venido construyendo durante décadas de institucionalización de la República, sobre todo a partir de 1958, y ello se está haciendo en la siguiente forma:

1. *Abdicación de poderes de la Asamblea Nacional y de otros órganos del Poder Público*

El presidente de la República anuncia el fin de las autonomías cuando expresa el 17 de junio de 2007, en su programa dominical, que “Se acabó la autonomía de los entes del Estado, centralización, sobre todo en la planificación, luego en la ejecución...” Pero antes, en enero de este mismo año, la Asamblea Nacional había abdicado de su función de legislar, cuando había aprobado la Ley Habilitante, por la cual se autoriza al Presidente a dictar decretos leyes sobre cualquier ámbito, e incluso desde hace varios años la misma Asamblea había renunciado parcialmente, en favor del Presidente, a su potestad de aprobar créditos presupuestarios y de otorgar recursos adicionales, desde el momento en que había permitido que se crearan presupuestos paralelos, liberados de todo control, con fondos de PDVSA y con reservas del Banco Central (FONDESPA, FONDEN y otros).

La renuncia al ejercicio de sus poderes autónomos se observa claramente en los órganos cuyos titulares son designados por la Asamblea Nacional: el Tribunal Supremo de Justicia, la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la República, el Defensor del

Pueblo, el Consejo Nacional Electoral, todos los cuales pasan a ser asesores del Presidente de la República, conforme a la nueva formulación del Consejo de Estado.

2. *Menoscabo de la autonomía de las entidades federales y municipales*

En el proyecto de Constitución se mantiene el principio fundamental sobre la federación descentralizada, porque suprimirlo habría evidenciado más aun la necesidad de convocar una Asamblea Nacional Constituyente, pero se le convierte en un carapacho: al lado o por encima de las instituciones federales (gubernaciones, consejos legislativos) se crean instituciones que les sustraen las competencias y los recursos: provincias federales, territorios federales, distritos funcionales, entre otros. En sentido similar, se mantienen las instituciones municipales (alcalde, concejales, mas no las juntas parroquiales), y se crean organismos como los municipios federales o las ciudades federales o comunales, que están destinadas a asumir las competencias municipales en sus ámbitos correspondientes. Las nuevas organizaciones tienen en común que se ponen a cargo de funcionarios que el Presidente de la República nombra y remueve libremente y cuyos mandatos no están sujetos a referendo revocatorio, con lo cual amplios espacios del territorio, sin límite alguno, se hacen depender directamente del jefe del Estado, en sustitución de funcionarios electos por las comunidades regionales y locales.

3. *Un poder popular subordinado*

En el proyecto de Constitución se crea un "poder popular", a través del cual el pueblo, supuestamente, ejerce su soberanía. La base de este Poder son los consejos comunales, que ya se habían creado anteriormente y se habían regulado por ley, en los ámbitos que corresponden a las antiguas asociaciones de vecinos. Pero a diferencia de éstas, los consejos comunales resultan sometidas a la jerarquía del Presidente de la República, quien tiene la autoridad, a través de órganos que dependen de él, para autorizar su inscripción -o para no hacerlo- y para decidir sobre si se financian o no sus proyectos, según se decida por un Fondo que depende del Presidente. El modelo vigente de los consejos comunales se extendería a los demás consejos previstos en la Constitución, los cuales no nacen del sufragio ni de elección alguna.

En definitiva, se pretende que el poder constituyente, que pertenece al pueblo, se exprese a través de órganos constituidos, los consejos populares, subordinados al jefe del Estado, financiados por el gobierno, partidizados y expuestos a la corrupción administrativa.

4. *Un Banco Central sin autonomía*

El Banco Central de Venezuela es despojado de la autonomía que se le había sido conferido desde su fundación, y que en 1999 había sido proclamada como principio constitucional. En su lugar, el Presidente de la República asume el carácter de autoridad monetaria y el manejo discrecional de las reservas de la República, lo que ya viene haciendo sin base constitucional. De este modo se ha permitido el financiamiento de políticas deficitarias del gobierno y el gasto público desbocado, que en definitiva lo paga el pueblo cuando soporta los elevados índices de inflación que estamos viviendo, con tendencia a incrementarse exponencialmente.

5. *El propósito de suprimir la autonomía universitaria*

Las reiteradas declaraciones y amenazas del Presidente y de otros personeros del régimen en contra de la autonomía universitaria buscan concretarse en la modificación de la Constitución. Se pretende extender el derecho de voto a todos los sectores de la vida universitaria, en forma paritaria, con el propósito de ubicar en las universidades autónomas, discrecionalmente, a los contingentes de estudiantes necesarios para obtener un triunfo electoral en

favor del oficialismo. Con ello se persigue colocar a las universidades autónomas bajo el mismo régimen de subordinación de las universidades experimentales, en lugar de elevar a éstas a la condición de aquellas, como se expresa en la Ley Fundamental vigente (art. 109). Esta política está en abierta contradicción con la concepción del Libertador Simón Bolívar, quien dotó a la Universidad de estatutos autonómicos y le adscribió las haciendas de cacao más productivas, para garantizarle su autonomía económica frente al gobierno.

6. *Otras autonomías en peligro.*

La ofensiva del régimen contra las autonomías se extiende a las familias, a las que se pretende despojar del derecho a decidir sobre la educación de los hijos, a las empresas privadas, las cuales ejercerían sus actividades por concesión del Estado y no en ejercicio de la libertad económica, a los medios privados de comunicación social -suprimidos, agredidos y chantajeados-, a la Iglesia y a las personas, a las que se restringen los derechos constitucionales.

III. LA REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Con la reforma se disminuye el ámbito de los derechos humanos así:

1. Se restringe el derecho a la participación política y al sufragio, porque en lugar de funcionarios electos se prevén funcionarios designados para ejercer tareas públicas y se crea un "poder popular", cuyos titulares son escogidos en asambleas tumultuarias de activistas políticos uniformados, en las que no existe el secreto del voto. Además, se aumentan los porcentajes de electores requeridos para convocar referendos o la celebración de una Asamblea Nacional Constituyente, con la abierta intención de limitar el derecho a la participación política.

2. Se autoriza a los funcionarios del régimen para efectuar confiscaciones y ocupaciones de bienes privados y para asumir ámbitos de actividad económica cuando, discrecionalmente, lo consideren necesario para garantizar la soberanía y la seguridad alimentarias, dado que se suprime la garantía de la libertad económica, con las limitaciones tradicionales en beneficio del interés colectivo, y se desconoce la garantía de la propiedad intelectual.

3. Se faculta al Presidente para decretar, a su solo criterio y sin límite de tiempo, la suspensión de aspectos fundamentales de la garantía del debido proceso, como son: la presunción de inocencia, la legalidad de las sanciones, la irretroactividad de las leyes penales, la prohibición de forzar una confesión, y para, declarada la emergencia, dejar sin efecto la garantía de la libertad de expresión, con lo cual se menoscaba el derecho de los ciudadanos a comunicar y recibir información.

4. Se impone una ideología única, con lo cual se desconoce el derecho de las familias a decidir sobre la educación de los hijos.

En general, con la disminución de las garantías constitucionales actualmente vigentes se infringe el principio de la progresividad de los derechos humanos, constitucionalmente consagrado, conforme al cual tales derechos no pueden ser retirados, renunciados ni menoscabados.

IV. LA REELEGIBILIDAD ILIMITADA

Realmente que no era necesario modificar el texto constitucional vigente para que el régimen continuara desconociendo los derechos de las personas, puesto que ello se viene haciendo con fundamento en interpretaciones sesgadas de las normas jurídicas o simplemente

con base en la fuerza desnuda, pero en cambio sí se requiere modificar la Ley Fundamental para introducir la figura de la "reelección continua". Pero un cambio de esa significación no podía ser decidido mediante el procedimiento de la reforma constitucional, sino que habría sido necesario requerir el pronunciamiento de una Asamblea Nacional Constituyente convocada al efecto. El principio de la limitación de los mandatos, que se incorporó a nuestro orden constitucional desde el inicio de nuestras instituciones republicanas, está tan arraigado en nuestro sistema político, que incluso es dudoso que una mayoría circunstancial de constituyentes pudiera suprimirlo, como tampoco puede prescindirse de principios fundamentales como el pluralismo político o la forma federal del Estado, y en todo caso, era indispensable abrir un debate nacional sobre estos aspectos. En su lugar, el régimen prefirió acudir al procedimiento de la reforma constitucional por la Asamblea Nacional, sin dar tiempo a la discusión y sin atender a las advertencias de que estaba incurriendo en un fraude constitucional.

El argumento de que la "reelección continua" amplía los derechos constitucionales es falaz. Por una parte, si ello fuera cierto cabría preguntarse por qué una disposición similar no se extendió a los gobernadores, alcaldes y otros funcionarios electos. Por el otro, porque desde comienzos del siglo XX quedó claro que entre las personas existen desigualdades de hecho que deben ser compensadas con una protección legal hacia los más vulnerables, lo cual dio origen al derecho social, a la protección de los trabajadores, de los menores y de las mujeres y a una norma que existe en la Constitución vigente, que permite la discriminación positiva en favor de los más débiles, para garantizar la igualdad real y efectiva (art. 21,2). Ya en 1848 el padre dominico Henri Lacordaire, pionero de la doctrina social de la Iglesia, había criticado la libertad de los contratos imperante en la época, por la desigualdad real entre las partes, cuando había expresado que "Entre el fuerte y el débil, entre el rico y el pobre, entre el amo y el siervo, la libertad oprime, la ley libera", frase ésta que, por cierto, el Presidente Chávez atribuye erróneamente a Rousseau en un discurso pronunciado en Roma, el 16 de octubre de 2005, al conmemorarse el bicentenario del juramento del Monte Sacro. Pues bien, en igual sentido, la limitación constitucional de los mandatos de los gobernantes hace posible la libertad de los electores, más allá de todo formalismo, tal como lo expresó Bolívar en una frase muy repetida en estos días, mas no escuchada por los oídos oficialistas.

V. EL OBJETIVO DE LA REFORMA: CONSAGRACIÓN DEL PERSONALISMO POLÍTICO

Si se examinan los artículos propuestos tanto por el Presidente como por la Asamblea Nacional, se observa que tienen en común el propósito de reforzar el poder personal del Presidente en la dirección de la economía y de las finanzas públicas, en la conducción de la Fuerza Armada Nacional, en el adoctrinamiento partidista mediante los servicios educativos y los medios de comunicación social, y en todos los demás aspectos de la vida nacional. El socialismo que se proclama como ideología del Estado venezolano no es el socialismo del estilo soviético, que se implantó luego en las llamadas democracias populares, en China, en Vietnán y en Cuba, porque no se estatizan -ni se socializan como en Yugoslavia- los medios de producción. Pero tampoco es un socialismo democrático como el que ha regido en la mayor parte de los países de Europa y en Chile, porque este sistema político amplía los derechos humanos, mientras que entre nosotros se pretende restringirlos. Ni se trata de una forma inédita de socialismo, sino de un pretexto para imponer un régimen personalista, que amenaza dividir la familia venezolana y desterrar la democracia del país.

A estos fines, el método que se utiliza es el de centralizar el poder, pero esa centralización no se hace en unas instituciones públicas, sino en una persona. Resulta evidente que la

nueva constitución propuesta no está destinada a regir el futuro del país, cualquiera sea el titular supremo del poder público, sino que está elaborada a la medida de los deseos del señor teniente coronel retirado Hugo Rafael Chávez Frías, para permitirle imponer su voluntad personal en el país durante el tiempo que dure su presidencia, sea larga o corta. Para inducir a los electores a pronunciarse favorablemente por el proyecto sometido a referendo, el Presidente lo acompaña con algunas ofertas de ampliación de derechos sociales, muchos de ellos difíciles de sostener permanentemente por una economía monoprodutora como la nuestra, otros de dudosa conveniencia y, en general, sin haber intentado antes ponerlos en vigor, cuando en la mayoría de los casos ha podido hacerlo por ley o por decreto ley.

De lo expuesto se desprende que el texto constitucional que será sometido a la consideración de los electores el próximo 2 de diciembre carece de la pretensión de permanencia en el tiempo que caracterizó a leyes fundamentales como la de 1961, e incluso la de 1999. En su lugar, se trata de un conjunto normativo transitorio, inviable en la práctica por los conflictos que suscitaría su aplicación, que en ningún caso podría sobrevivir el mandato de su impulsor y que no enfrenta los problemas reales y actuales de la sociedad venezolana, por lo que desde ya debemos pensar en la Constitución que el país requiere en las décadas por venir para alcanzar los objetivos de paz, seguridad y desarrollo sustentable con equidad social.

El sello socialista que se pretendía imponer al Estado

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

La reforma constitucional sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007 y rechazada en el referendo del 2 de diciembre de 2007, buscaba cambiar radicalmente la concepción del Estado, y por ende los principios fundamentales de la Constitución. Tenía por objeto imponerle un sello Socialista al Estado democrático y social de derecho que establece el artículo 2 de la Constitución, el cual al contrario y siguiendo la tradición del constitucionalismo contemporáneo, se configuró como un **Estado no socialista**, tal como se recogió en la post guerra, por ejemplo, en la Constitución de la República Federal de Alemania de 1949 (art. 20,1), y luego, con el advenimiento de la democracia, en la Constitución española de 1978 (art. 1º) y en América Latina, por ejemplo, en la Constitución de Colombia de 1991 (art. 1º). Por ello, sancionar una reforma constitucional para establecer un Estado Socialista sin cambiar el artículo 2 de la Constitución, lo menos que era, es una incongruencia, pues con la reforma se buscaba tocar los aspectos fundamentales del Estado definidos en dicha norma.

La rechazada reforma constitucional, en efecto, pretendía imponerle al Estado venezolano un sello socialista, tal y como lo propuso el Presidente de la República, en su “Discurso de Presentación del Anteproyecto de reforma a la Constitución ante la Asamblea Nacional” en agosto de 2007¹, donde señaló con toda claridad que el objetivo central de la reforma propuesta era **“la construcción de la Venezuela bolivariana y socialista”**²; es decir, como lo expresó, sembrar **“el socialismo en lo político y económico”**³, lo que -dijo- no se había hecho en la Constitución de 1999.

Cuando ésta última Constitución 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”⁴. Por ello, el Anteproyecto de Constitución que presentó ante la Asamblea Nacional, que luego sancionó la misma, era para “la construcción del **Socialismo Bolivariano, el Socialismo venezolano, nuestro Socialismo, nuestro modelo socialista**”⁵, cuyo “núcleo

1 Véase *Discurso de Orden pronunciado por el ciudadano Comandante Hugo Chávez Frías, Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela en la conmemoración del Ducecentésimo 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.

2 *Idem*, p. 4

3 *Idem*, p. 33.

4 *Idem*, p. 4.

5 Véase *Discurso...* p. 34

básico e indivisible” era “la comunidad”, “donde los ciudadanos y las ciudadanas comunes, tendrán el poder de construir su propia geografía y su propia historia”⁶. Y todo ello bajo la premisa de que “**sólo en el socialismo será posible la verdadera democracia**”⁷, pero por supuesto, una “democracia” sin representación que, como lo propuso el Presidente y fue sancionado por la Asamblea en la rechazada 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 en la reforma constitucional sancionada, una “democracia” que no era democracia, pues en el mundo moderno no hay ni ha habido democracia sin elección de representantes.

Todas estas propuestas que se materializaron en la reforma constitucional sancionada el 2 de noviembre de 2007, y que fueron rechazadas en el referendo de 2 de diciembre de 2007, las resumió el Presidente en su Discurso del 15 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”⁸.

Y todas estas propuestas de construcción del socialismo, además, el Presidente las vinculó al proyecto que Simón Bolívar había elaborado en plena guerra de independencia 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**”⁹.

Las rechazadas reformas constitucionales, que se habían formulado conforme a estas propuestas, sin duda, buscaban tocar las bases fundamentales del Estado, en particular, en relación con la ampliación constitucional de la llamada “doctrina bolivariana”; con la sustitución del Estado democrático y social de derecho por el Estado Socialista; con la eliminación de la descentralización como política de Estado supuestamente en aras de la participación política, la cual por otra parte se buscaba limitar; con la desarticulación de la organización de

6 *Idem*, p. 32.

7 *Idem*, p. 35. Estos conceptos se recogen igualmente en la *Exposición de Motivos* para la Reforma Constitucional, Agosto 2007, donde se expresa 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 para “**construir la vía venezolana al socialismo; construir el socialismo** venezolano como único camino a la redención de nuestro pueblo” (p. 19).

8 *Idem*, p. 74

9 *Idem*, p. 42. Sin embargo, basta leer el “Discurso de Angostura” del Libertador Simón Bolívar, al presentar el proyecto de Constitución de 1819 en Congreso reunido en aquella ciudad (Angostura), para captar que nada de lo que allí expresó tiene que ver con proyecto socialista alguno. 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.

la Administración Pública, y con la eliminación definitiva de la disciplina presupuestaria y del principio de la unidad del tesoro. Con ella, por tanto, se buscaba cambiar radicalmente el modelo de Estado descentralizado, democrático, pluralista y social de derecho que se había venido construyendo y consolidando desde la segunda guerra mundial, por el de un Estado Socialista, centralizado, policial y militarista, con una doctrina oficial "bolivariana", que se identificó como "el Socialismo del Siglo XXI"¹⁰ y un sistema económico de capitalismo de Estado. Por ello, incluso, con la propuesta de reforma al artículo 103 de la Constitución, se buscaba completar la vinculación de lo bolivariano con el socialismo, al pretender disponerse en el artículo 103 que la inversión prioritaria que debía realizar el Estado en materia educativa, era "de acuerdo a los principios humanísticos **del socialismo bolivariano**, y tomando en cuenta las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas".

La consecuencia de la rechazada reforma a la Constitución en relación con los ciudadanos, era que con la misma se buscaba establecer en Venezuela, formalmente, **una ideología y doctrina oficial, del Estado**, de impronta socialista y supuestamente "bolivariana", la cual en consecuencia, de haber sido aprobada, a pesar de su imprecisión -y he allí lo más peligroso-, siendo doctrina "oficial", no hubiera admitido disidencia alguna. No se olvide que todos los ciudadanos tienen un deber constitucional esencial y es cumplir y hacer cumplir la Constitución (art. 131), por lo que de haberse sancionado estas reformas, todos los ciudadanos hubieran tenido el deber de contribuir activamente en la implementación de la doctrina oficial del Estado. En ello no se hubiera admitido ni siquiera la neutralidad. Por tanto, de haberse aprobado la reforma, todo pensamiento, toda enseñanza, toda expresión del pensamiento, toda acción o toda omisión que pudiera ser considerada como **contraria a la doctrina oficial socialista y "bolivariana"**, o que simplemente la "autoridad" no hubiese considerado que contribuía a la construcción y siembra del socialismo, hubiera constituido una violación a un deber constitucional y hubiera podido, por tanto, ser criminalizada, es decir, hubiera podido haber dado lugar a sanciones incluso penales. Se trataba de crear un pensamiento único, que constitucionalmente no hubiera admitido disidencia.

Por otra parte, al transformar el Estado en un Estado Socialista, ello hubiera implicado a la vez, transformarlo en un Estado de economía estatista, socialista y centralizada, propia de un capitalismo de Estado, con lo que se buscaba eliminar la libertad económica y la iniciativa privada, y desaparecer la propiedad privada, que con la rechazada reforma hubieran dejado de ser derechos constitucionales, 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 hubiera dependido, y a cuya burocracia hubiera quedado sujeta la totalidad de la población. Ello chocaba, sin embargo, con las ideas de libertad y solidaridad social que se proclaman en la propia Constitución, y hubiera sentando las bases para que el Estado sustituyera a la propia sociedad y a las iniciativas particulares, minimizándoselas.

El sello socialista al Estado, en todo caso, estaba establecido a todo lo largo de la reforma constitucional, como se evidencia, por ejemplo, de las propuestas de reforma al artículo 16, donde se creaban las comunas y comunidades como "el núcleo territorial 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 mediante todo

10 Véase el *Proyecto de Exposición de Motivos para la Reforma Constitucional, Presidencia de la república, Proyecto Reforma Constitucional. Propuesta del presidente Hugo Chávez Agosto 2007*, p. 19.

tipo de consejos, 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 o unidades de **producción socialistas**”.

Además, con la rechazada reforma constitucional 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 eficiente de los cometidos estatales”, y se buscaba establecer, en cambio, sólo que “El Estado promoverá como política nacional, la participación protagónica del pueblo, restituyéndole el poder y creando las mejores condiciones para la construcción de una **Democracia Socialista**”.

Por otra parte, en la rechazada reforma del artículo 168 relativo al Municipio, se buscaba precisar que en sus actuaciones “estará obligado a incorporar, dentro del ámbito de sus competencias, la participación ciudadana a través de los Consejos del Poder Popular y de los **medios de producción socialista**”. En la propuesta de reforma del artículo 184 sobre la descentralización de Estados y Municipios hacia los entes del Poder Popular se buscaba disponer la necesidad de estimular las expresiones de la economía social y el desarrollo endógeno sustentable, mediante mecanismos “que permitan la construcción de la **economía socialista**”.

En cuanto al artículo 299 que regula el régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela, se proponía expresar que “se fundamenta en los **principios socialistas**”, y en el artículo 300 que se refiere a la creación de empresas públicas, se buscaba precisar que en lugar de que las mismas realicen “actividades sociales o empresariales” como indica la Constitución de 1999, solo se proponía establecer que era “para la promoción y realización de los fines de la **economía socialista**”. En el artículo 318, sobre el sistema monetario nacional se proponía indicar que “debe propender al logro de los fines esenciales del **Estado Socialista**”, todo de acuerdo con el Plan de Desarrollo Integral de la Nación “para alcanzar los objetivos superiores del **Estado Socialista**”. Y el artículo 321 sobre el régimen de las reservas internacionales, se buscaba disponer el establecimiento, con las reservas excedentarias, de los fondos que dispusiera el Ejecutivo Nacional para entre otros objetivos, “el desarrollo integral, endógeno, humanista y **socialista** de la Nación”.

Este sello Socialista del Estado, y la ideología única oficial, hubiera tenido además, repercusiones directas en relación con los derechos políticos de los ciudadanos, pues habiendo una doctrina oficial, no hubiera podido haber pluralismo, ni posibilidad de participación que no fuera para consolidar el socialismo. Por tanto, de haberse aprobado la reforma, no hubiera sido posible, como lo indica el artículo 62 de la Constitución, el ejercicio del derecho político de todos “de *participar libremente* en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas”, pues los medios de participación política que se buscaban enumerar en el artículo 70, en particular, los “Consejos del Poder Popular, a través de los consejos comunales, consejos de trabajadores y trabajadoras, consejos estudiantiles, consejos campesinos, consejos artesanales, consejos de pescadores y pescadoras, consejos deportivos, consejos de la juventud, consejos de adultos y adultas mayores, consejos de mujeres, consejos de personas con discapacidad”; en definitiva, resultaban restrictivos respecto del derecho ciudadano a participar en la conducción de asuntos públicos, pues hubieran quedado reduci-

dos en su objetivo, **al único propósito de “la construcción del socialismo”**, de manera que quien no quisiera construir socialismo alguno, hubiera quedado excluido del derecho a la participación política, que sólo hubiera estado destinado a desarrollar los valores de **“la solidaridad socialista”** y no hubiera sido libre como indica el artículo 62.

El sello Socialista del Estado que se buscaba establecer con la rechazada reforma constitucional, además, incidía y contradecía otros derechos constitucionales. Por ejemplo, era contradictoria con el principio de la igualdad que en las propuestas de reformas de los artículos 18 y 19 se buscaba ampliar, al agregarse a las prohibiciones de discriminación aquellas fundadas en la **“orientación política”**, pues conforme al resto de lo que se proponía en la Constitución, en el Estado Socialista sólo se hubiera admitido una única ideología y **“orientación política”**, que era la socialista. Las demás hubieran sido contrarias a la Constitución.

En cuanto al derecho de los ciudadanos de asociarse con fines políticos que se garantiza en el artículo 67, si se trataba de un Estado Socialista y de una Constitución que hubiera establecido como deber la construcción del socialismo, no hubiera podido haber otros fines políticos en las asociaciones de los ciudadanos que no fueran los de la doctrina e ideología oficial socialista. Igualmente, en cuanto a la autorización que se buscaba establecer en la reforma constitucional para que **“el Estado pueda financiar las actividades electorales”**, si el Estado hubiera sido constitucionalmente un Estado socialista y de ideología oficial socialista, las únicas actividades electorales que hubieran podido ser financiadas por dicho Estado habrían sido las que hubieran tenido por objeto la consecución y construcción del socialismo. Ninguna otra hubiera podido ser financiada por el Estado.

En definitiva, el sello socialista que se pretendía imponerle al Estado y a la sociedad con la rechazada reforma constitucional, hubiera sido el fin de la libertad, de la iniciativa privada, del pluralismo y de la democracia.

II. Sobre la distribución vertical del Poder Público y la forma del Estado

Proyecto de Reforma Constitucional (agosto a noviembre de 2007). Principios fundamentales y descentralización política

Ana Elvira Araujo García

Profesora de la Universidad Central de Venezuela

Podemos iniciar nuestro análisis señalando que, en principio, el proyecto de reforma constitucional presentado a fines de agosto pasado por el Presidente de la República está integrado, básicamente, por tres elementos

- I. Reelección indefinida del Presidente de la República.
- II. Concentración y centralización del poder en el Ejecutivo Nacional, es decir, en el Presidente de la República. Extinción (disminución muy importante) de la descentralización política con la consiguiente merma de competencias y recursos para los Estados y Municipios.
- III. Instauración de un modelo económico estatizado y centralizado.

1.- Antes de entrar en el análisis de los elementos indicados, debo referirme, en forma sucinta, a los **problemas de forma** que tiene este proyecto de reforma constitucional. La ausencia de respeto por las formas (cuyo contenido es la función pública), de porqué y qué se quiere cambiar, es impresionante. La Constitución de 1999 regula tres supuestos de modificación de su texto, cada uno de los cuáles genera un procedimiento para su tramitación (Armando Rodríguez García, 2007). Estos son la Enmienda, la Reforma y la Asamblea Nacional Constituyente. La Enmienda (artículo 340) comporta una adición o modificación parcial, con escasa incidencia en los postulados esenciales de la Constitución. La Reforma (artículos 342, 343y 344) supone una revisión parcial del texto constitucional **“que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional”**.

Su aprobación se cumple ante la Asamblea Nacional mediante tres discusiones que deben darse en el transcurso de hasta dos años. Requiere el voto favorable de las dos terceras partes de los diputados a la Asamblea Nacional. Debe someterse a referendo dentro de los treinta días siguientes a su sanción. Por su parte, la Asamblea Nacional Constituyente persigue “transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución” (artículo 347). El alcance de modificar el texto constitucional afecta a toda la sociedad venezolana, por eso la exigencia de unos requerimientos de forma (y de fondo) que deben ser atendidos cuidadosamente. En el proyecto de reforma presentado por el Presidente de la República en agosto de este año 2007, se observa falta de transparencia en el trámite y en los fundamentos y justificación de la iniciativa presidencial.

La violación a principios fundamentales de la Constitución y al Preámbulo por parte de este proyecto de "reforma", tales como el Artículo 2 que propugna que **"Venezuela es un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que tiene como valores superiores.....la vida, la libertad, la igualdad, la democracia,.....y el pluralismo político"**. El proyecto de "reforma" ampara abiertamente la consagración de un Estado socialista (ejemplos, artículo 70, artículo 158, entre otros) que viola el principio de democracia y pluralismo político. Otra violación de principios fundamentales es al artículo 6 que reza: **El gobierno de la República y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, electivo, descentralizado, alternativo, ...pluralista...**. Las disposiciones (artículos 136, 158, 184, 16, entre otras) del proyecto de "reforma" violan abiertamente los principios fundamentales contenidos en el artículo 6 constitucional. Esta situación obliga a plantearse en otros términos, es decir, a discutir abiertamente la supuesta reforma entre los ciudadanos, universidades, colegios profesionales, gremios, organizaciones de diversa índole, durante el tiempo que sea necesario. Lo obvio es que el proyecto presentado por el Presidente, no es una reforma a la Constitución sino que proyecta un nuevo Estado, con una estructura, fines y medios totalmente diferentes al Estado venezolano contenido en la Constitución de 1999. Es una nueva Constitución lo que está sometiendo al voto del país, una vez que los sumisos a su régimen, diputados a la Asamblea Nacional, sancionaron, añadiendo artículos al proyecto presentado por el Presidente alegando un principio de "analogía" que no logro comprender. Es una nueva Constitución y, por tanto, inconstitucional el camino escogido.

Otro vicio de forma del proyecto es que no consta que el proyecto haya sido sometido a la aprobación del Consejo de Ministros, ni que lo hubiera reunido a estos efectos (artículo 342 de la Constitución), destacando el menosprecio presidencial por la Constitución y sus exigencias.

Otro problema de forma fue la fecha de presentación del proyecto a la Asamblea Nacional (artículo 343), que debe discutirse la primera vez durante el período de sesiones que corresponde a la presentación del mismo. La fecha de presentación del proyecto por el Presidente fue posterior al día de finalizar las sesiones de ese período. Está claro que al Presidente las formas lo tienen sin cuidado, también a los altos representantes de los poderes públicos de la República, parece incluso que quien comenta estas violaciones de forma, aun cuando sean de orden constitucional, fastidia con un discurso que interesa a muy pocos. En esto se ha convertido el país.

2.- Regresemos al contenido (fondo, sustancial) de la modificación propuesta mediante el estudio de los elementos indicados al inicio.

I. REELECCIÓN INDEFINIDA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

La previsión está contenida en la modificación del artículo 230 y equivale a la perpetuación en el poder de la misma persona. Va en contra del principio de la alternabilidad en el ejercicio del poder y supone un atraso de mas de cien años, es decir, a los tiempos de la dictadura de Juan Vicente Gómez. El país es una realidad social, política y económica muy diferente al país de principios del siglo XX, al país de 1902, de 1912, de 1923... La complejidad de los problemas sociales y económicos que tenemos, aunado a la devaluación del bolívar no parecen tener solución de esta manera descabellada, por una neurosis o fijación de mantenerse en el poder a toda costa. Este artículo de la reforma viola, **de manera flagrante, los artículos 3, 4 y 5 de la Constitución de 1999**. Estos artículos son **principios o disposiciones fundamentales**, cuya modificación escapa al tema de la reforma constitucional, y por tanto, para darle cabida a ser considerado y votado por la ciudadanía venezolana, debe con-

vocarse a una Asamblea Nacional Constituyente. Proponemos, en cambio, un período presidencial de cuatro o cinco años, reelección por un **solo período**, e instaurar la doble vuelta electoral para alcanzar al menos el 50% de votos.

II. **CONCENTRACIÓN Y CENTRALIZACIÓN DEL PODER EN EL EJECUTIVO NACIONAL, ES DECIR, EN EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. EXTINCIÓN (DISMINUCIÓN MUY IMPORTANTE) DE LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA CON LA CONSIGUIENTE MERMA DE COMPETENCIAS Y RECURSOS PARA LOS ESTADOS Y MUNICIPIOS**

Haré comentarios en forma aleatoria y poca sistematización, por el momento, sobre este tema capital en la propuesta de modificación de la estructura general del Estado. En el proyecto de **reforma del artículo 16** contiene la resurrección del **Distrito Federal**. Un nuevo atraso en la evolución de las instituciones político-territoriales del país, cuando ya se había logrado un gobierno local a dos niveles en el área metropolitana de Caracas. Que no funcionen coordinadamente o en lo absoluto, es un tema distinto a la excelente concepción de los artículos 16 y 18 de la Constitución. El problema, en este caso, no es de crear instituciones, sino de hacer funcionar lo que fue bien concebido en la Constitución de 1999. Habla también este proyecto de artículo del “derecho a la ciudad”, que aquellos que estudiamos urbanismo y áreas metropolitanas sabemos que es una frase acuñada por Henry Lefebvre a mediados de los años 1970 y que destacaba ese derecho del hombre contemporáneo, de vivir en una ciudad con los servicios, las oportunidades de vida, de esparcimiento y modos de transporte propios de la vida actual. Supongo que uno de los redactores del proyecto de reforma debe haber concluido hace poco tiempo la lectura de Lefebvre y sus seguidores; utilizan la tesis del sistema nacional de ciudades de forma reglamentaria (debió dejar su regulación a una ley), incluyendo la creación del Sistema Nacional de Ciudades, pero de forma inconsistente con este criterio, extinguen el gobierno y administración local a dos niveles del área metropolitana de Caracas. Con todo respeto, por supuesto.

“**La organización político-territorial de la República se regirá por una Ley Orgánica**”, sin fijarle ámbito y límites a la norma. Ya estaba previsto en el artículo 16 de la Constitución de 1999, pero al menos la norma vigente aclara “...**que garantice la autonomía municipal y la descentralización político administrativa**”. El proyecto no lo contiene. Otra extravagancia del artículo 16 del proyecto de reforma es decir que “la unidad política primaria de la organización territorial será **la ciudad...**” Mezcla la ideología (“la ciudad será el instrumento espacial básico del Estado Socialista Venezolano”) con la división político-territorial de la República, y al ser entes político-territoriales debe, al menos, señalar constitucionalmente sus lineamientos básicos: órganos de gobierno, forma de elección de esos órganos y competencias. Estos cruciales aspectos, que deben estar constitucionalmente establecidos, repito, las deja el proyectista a una ley. La unidad política primaria de la República ha sido siempre el Municipio. Cómo se van a armonizar esos “desaguisados”?. El Municipio es fundamental para la organización política de Venezuela y por eso debe estar diseñado en la Constitución. Se hace notar que la Constitución de 1999 dio al traste con la autonomía municipal, al consagrar que “los Municipios ejercerán su autonomía dentro de los límites de esta Constitución y **la Ley**”. La Constitución de 1961 sometía a los Municipios en el ejercicio de su autonomía a los límites fijados “por esta Constitución”; es decir, el Poder Nacional podía legislar sobre los Municipios en aquellas materias **exclusivamente** autorizadas o señaladas por la Constitución. Una Ley sobre los Municipios sancionada fuera de las previsiones constitucionales podía ser impugnada por inconstitucional ante los órganos jurisdiccionales competentes. Hoy día no, con lo cual se cercena la autonomía municipal de acuerdo a las políticas del Poder Nacional.

El **artículo 18 del proyecto** establece la división político territorial. A los Estados y Municipios añade las figuras del **poder popular**, ciudad, comunas, comunidades, consejos comuna-

les...todas dependientes del Presidente de la República (supuesto epicentro del poder popular) así que no acerca el poder al pueblo, lo aleja...**La reforma del artículo 136, referida al poder público**, acaba con la descentralización. Confieso que estoy indignada ante la alegre disposición de las instituciones fundamentales del Estado venezolano, por parte del Presidente y de la Asamblea Nacional, debido al caos que creará con este "poder popular" y sus instituciones, con la norma sobre **el poder público**, así como con la creación de Administraciones paralelas, por lo que debo esperar a tener el sosiego que se requiere para un estudio mas objetivo de estas normas del proyecto de reforma.

Así mismo, el artículo 158 de la Constitución, de acuerdo con los principios fundamentales, establece que debe profundizarse la **descentralización para acercar el poder al pueblo**. **El proyecto lo modifica promoviendo la "participación protagónica del pueblo transfiriéndole poder... para construir una democracia socialista"**. De nuevo, hay una violación grosera del artículo 2 de la Constitución, que promueve y proclama el pluralismo político y la preeminencia de los derechos humanos.

La descentralización es un instrumento de la democratización del Poder y es una efectiva participación ciudadana en las instancias locales.

La creación de los consejos comunales, son una nueva concentración y centralización del poder central, van a ser controlados por la máxima instancia del ejecutivo nacional, bajo el engaño de que se trata del poder popular. Porqué no crean estas figuras del poder popular bajo la coordinación o supervisión de los Municipios o de los Estados???

Debe respetarse la voluntad de los ciudadanos en la elección de los consejos comunales y no que sus integrantes, miembros o dirigentes sean designados por el ejecutivo nacional. Porqué no son elegidos???

Respetar la autonomía municipal. O lo que quede de ella para definir las comunidades bajo conceptos homogéneos de vecindad territorial como el de parroquias. (Román J. Duque Corredor, 2007)

El proyecto en el artículo 184 consagra mecanismos (a través de una ley) para que el poder nacional, los Estados y los Municipios transfieran competencias, descentralizando dice el proyecto, a los consejos comunales, las comunas... y otros entes del poder popular. Con esto se refuerza lo de las Administraciones paralelas (la burocrática, dice el proyecto, y la de las misiones, que responden a planes dictados por el Ejecutivo Nacional). Y se ponen en peligro los derechos individuales, por la inseguridad jurídica que generará no saber a cuáles órganos solicitar la aplicación del principio de legalidad para exigir la restitución de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas.

En las nuevas competencias del poder nacional contenidas en el proyecto, en qué medida afectan y revierten la descentralización, lograda ésta a trozos y con enormes esfuerzos a lo largo de muchos años (sólo hay que pensar que, contempladas en la Constitución de 1961, sólo en 1989 se dictó la Ley de Elección y Remoción de los Gobernadores, en 1989 se dictó la llamada ley de descentralización, cuyas líneas básicas recoge la Constitución de 1999 sin gran éxito en su aplicación real, y sólo en 1987-1989 se promulgó la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que instauró la figura y elección de los Alcaldes, como jefe del ejecutivo municipal; también esta Ley adecuó la organización municipal a lo establecido por la Constitución de 1961 sobre los Municipios, que habían tenido hasta ese momento (1986) la organización contemplada en la Constitución de 1955). Ahora, según el proyecto de reforma, se pierde para los Estados la administración de las carreteras nacionales, con lo cual volveremos a tener las carreteras, por ejemplo las del Estado Trujillo, todas llenas de huecos y descuidadas; con perdón de los trujillenses.

Se modifica el situado constitucional... en detrimento de Estados y Municipios y a favor de las comunas, los consejos comunales y otros entes. Esto produce, de facto, la creación de dos administraciones públicas paralelas, y yo pregunto: con dos presupuestos nacionales? No parece ser el espíritu de la reforma, porque advierte que sus actividades se

regularán a través de planes de misiones, elaborados por el Ejecutivo Nacional. Los integrantes o miembros directivos de las comunas y de los consejos comunales son funcionarios o concurso de credenciales, podrán ser públicos? Están sometidos al Estatuto de la Función Pública? No pareciera, porque son como “hongos” que nacerán del poder popular (léase el presidente) y como no son elegidos por el soberano, el pueblo, en elecciones libres (que dejamos de tenerlas), ni designados según un sistema de oposición, serán despedidos cada vez que piensen algo que pueda hacer dudar de su lealtad con el régimen, con el tradicional anatema de “traidores” aplicable a cualquiera que disienta del gobierno. **NO HAY PAÍS QUE PUEDA PROGRESAR CON ESTE ESQUEMA. Muy diferente si estas figuras institucionales dependieran de los Municipios o los Estados, en este caso, si pueden acercar el poder al pueblo, pero no quitándole (restando) competencias y recursos a los Estados y Municipios, para entregárselos a unas oficinas dependientes del Presidente (quien parece erigirse en el Poder Popular), en detrimento de los organismos locales y estatales”.**

III. INSTAURACIÓN DE UN MODELO ECONÓMICO ESTATIZADO Y CENTRALIZADO

“El art. 318, en su modificación, elimina **la autonomía del Banco Central de Venezuela**, con lo cuál el Presidente manejará las reservas internacionales y mantendrá el equilibrio dictando la política monetaria que impulsa el equilibrio fiscal y económico de la República, competencias esenciales de cualquier Banco Central. Está demostrado que, a mayor autonomía del Banco Central, mayor desempeño económico y equilibrio monetario del país. El proyecto de modificación al artículo **112 elimina la libertad de empresa** (“cada quien puede dedicarse a la actividad económica de su preferencia...”). La propuesta de reforma de este artículo 112 dice, entre otras cosas, “...la preponderancia de los intereses comunes sobre los individuales, que garantice... la mayor suma de felicidad posible...” ¿Cómo puede ser una persona feliz si no puede dedicarse al trabajo o actividad de su preferencia? No lo entiendo...este mismo artículo provee las formas de empresas de **propiedad social**... **“para la creación de una economía socialista”**. Esta propuesta viola principios fundamentales de la Constitución como son el artículo 2 y el 3. La propuesta de modificación del **artículo 115 elimina el derecho de propiedad privada**.

Estatiza aun mas la actividad de hidrocarburos”.

Como conclusión, o como síntesis de lo anteriormente expuesto, tenemos el fin de la democracia, y la profundización del autoritarismo, concentrado y centralizado en una sola persona: el presidente de la república.

El proyecto de reforma, todo, es una burla al país. El proyecto (“no modifiquen ni una coma” expresó el Presidente a la Asamblea Nacional en su discurso de presentación), no hubo, no ha habido, consulta o discusión. Según el Presidente tuvimos la “participación” de los diferentes sectores del país, burda mentira. La Asamblea Nacional ha sido feliz de sancionar esta “reforma” en el menor tiempo posible... añadiendo artículos hasta en la tercera discusión... Todo es un teatro y una gran burla a la dignidad del país. Es un golpe de Estado disfrazado de legalidad y constitucionalidad. Es una nueva Constitución muy diferente a la de 1999, se modifican principios fundamentales, como vimos, al incorporar una estructura político-territorial ajena a la tradición histórica constitucional.

Estado de la Potestad Tributaria de los Estados en la Reforma Constitucional de 2007

Betty Andrade Rodríguez

Profesora de la Universidad Central de Venezuela

El Estado venezolano ha sido tradicional y formalmente conformado bajo la figura de una federación aún cuando, contra tal estructura, nuestras Constituciones han reconocido un gran número de competencias al Poder Central y sólo ciertas competencias a los entes menores. En este sentido, durante la década de los ochenta, la Comisión para la Reforma del Estado (COPRE) llamó la atención acerca de la excesiva concentración de poderes en manos del Poder Central en detrimento de los Estados y los Municipios, lo cual implicaba que sus gobiernos carecían de una verdadera autonomía financiera y política. Al decir de la COPRE, ello se tradujo en una débil o nula participación de la sociedad en las decisiones locales, contribuyendo de esta forma a la crisis institucional y política imperante en tales momentos. Por ello, urgía la adopción de medidas necesarias para profundizar el proceso de descentralización y lograr con ello el acercamiento del poder al pueblo.

En el marco del proceso de descentralización afianzado a finales de los ochenta con la aprobación de diversas leyes que permitieron la elección directa de los gobernadores por el pueblo y la descentralización de diversas competencias a los Estados -incrementándose así la autonomía de los Estados y los Municipios-, se dictó la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público¹ -conocida como la Ley de Descentralización-, por la cual se atribuyeron a los Estados, entre otros: (i) el régimen y aprovechamiento de minerales metálicos no reservados al Poder Nacional, de salinas y ostrales, la administración de tierras baldías localizadas en su jurisdicción, de conformidad con la ley², (ii) la ejecución, conservación y aprovechamiento de vías terrestres estatales³ y (iii) la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional⁴.

La atribución de estas competencias a los Estados permitió a dichos entes la creación y recaudación de las tasas por el uso de los bienes o el aprovechamiento de los servicios prestados por los entes menores y la creación de regalías por el uso de bienes cuyo aprovechamiento les corresponde. De esta forma, la atribución de estas potestades permitió incrementar los ramos tributarios originarios atribuidos a los Estados en la Constitución de 1961, por demás, prácticamente inexistentes.

Asimismo, el artículo 11, numeral 1 de la Ley Orgánica de Descentralización transfirió a los Estados el ramo de papel sellado, no reconocido en la Constitución de 1961 a favor de los entes menores. La atribución de ramos tributarios a los Estados en el marco del proceso

1 Publicada en la Gaceta Oficial N° 4.153 Extraordinaria del 28 de diciembre de 1989.

2 Artículo 11, numeral 2 de la Ley de Descentralización

3 Artículo 11, numeral 3 de la Ley de Descentralización

4 Artículo 11, numerales 3 y 5 de la Ley de Descentralización

de descentralización, resultó esencial para materializar el modelo federal plasmado en el artículo 2 de la Constitución de 1961, el cual dispuso que Venezuela se constituía en un Estado Federal “*en los términos señalados en la Constitución*”. Según ha sido indicado por la doctrina, con esta expresión se reconoció que para la fecha de aprobación del Texto Fundamental, Venezuela no revestía las características del modelo federal clásico, en virtud de que el Poder Central concentraba en sí un gran número de competencias, pero marca con ello el norte del proceso evolutivo del Estado venezolano, el cual debía tender a la descentralización de tales potestades, en búsqueda de la consagración del modelo federal. Con ello, se reconocería a los Estados una mayor autonomía, concentrando en ellos un mayor número de potestades que las expresamente incluidas en el texto constitucional para la asignación de un mayor número de recursos necesarios para la ejecución de tales funciones.

En este sentido, vale destacar que la jurisprudencia⁵ reiteradamente ha reconocido que la autonomía de los entes político-territoriales se manifiesta en cinco formas esenciales:

- a) *Autonomía política*, entendida como la posibilidad de elegir sus autoridades,
- b) *Autonomía normativa*, que implica la facultad de los entes de dictar leyes en las materias de su competencia,
- c) *Autonomía organizativa*, referida a la facultad de los entes de autoorganizarse,
- d) *Autonomía administrativa*, o libre gestión de las materias competencia de los entes y
- e) *Autonomía financiera*, que implica la posibilidad de los entes de autogenerar sus ingresos, siendo mayor la autonomía en tanto se reconozca la facultad de crear y organizar tributos para obtener los recursos necesarios destinados a satisfacer las necesidades colectivas. Por ello, la participación de los Estados en el situado constitucional, aun cuando constituye un medio de obtención de ingresos de los Estados, no constituye una forma de autonomía de dichos entes.

Conforme a lo señalado, es claro que la atribución de un mayor y más importante elenco de ramos tributarios a los Estados, incrementará su autonomía financiera, permitiéndoles obtener los recursos necesarios para la ejecución de sus funciones, lo cual los hará menos dependientes del Poder Central.

En este contexto, la Constitución de 1999 modificó el artículo 2 de la Constitución de 1961 e indicó en su artículo 4 que Venezuela se organiza bajo la figura del Estado federal descentralizado. De esta forma, se declara la intención evidente de avanzar en el proceso de descentralización, permitiendo convertir a Venezuela en un estado federal en sentido propio⁶. Ello se constata también del análisis del artículo 158 de la Constitución de 1999, el cual asimila la descentralización a un mecanismo de profundización de la democracia, acercando

5 Sentencia de la Corte en Pleno de la antigua Corte Suprema de Justicia, caso *Heberto Contreras Cuenca*, de fecha 13 de noviembre de 1989.

6 Aun cuando ésta ha sido el propósito evidente de la calificación del Estado venezolano como “federal descentralizado”, muchas han sido las críticas en la doctrina acerca de tal mención. Fundamentalmente se ha afirmado que por esencia todo Estado Federal es en sí mismo descentralizado, por lo cual la expresión resulta redundante (Cfr. Rondó de Sansó, Hildegard. Análisis de la Constitución venezolana de 1999. Caracas, Ex Libris. 2000, p. 49). Otros han señalado que la descentralización constituye una forma del Estado unitario, que implica la transferencia de potestades del Poder Central a otros entes, mientras que el Estado Federal implica la atribución originaria de funciones a distintos entes político-territoriales (Carmona, Juan Cristóbal. Descentralización fiscal estatal en Venezuela. Caracas. Ediciones Paredes. 2005. p. 30).

el poder a la población. Aun cuando personalmente no creemos que el carácter democrático de un Estado esté asociado a su configuración como un Estado Federal, siendo perfectamente posible que un Estado centralizado o unitario funcionen democráticamente, ha sido una tradición venezolana asociar el Estado federal a un mayor proceso democrático. En este marco, la Constitución de 1999 reconoció expresamente la necesidad de profundizar el proceso de descentralización con el objetivo señalado.

Sin embargo, la organización del Estado en la forma indicada en la Constitución de 1999 fue objeto de diversas críticas. Por una parte, se consideró que, a pesar de la intención manifestada en el Título I del Texto Fundamental, la Constitución no profundizó realmente en la federación, en virtud de que no se transfirieron competencias a los Estados adicionales a las ya reconocidas. Por el contrario, el artículo 156 de la Constitución atribuye al Poder Nacional un gran número de competencias, incluyendo la potestad tributaria residual, anteriormente atribuida en la Constitución de 1961 a los Estados⁷.

Por otra parte, se ha señalado que el texto constitucional se limitó a reconocer como originarias las potestades que habían sido previamente transferidas a los Estados a través de la Ley de Descentralización. De esta forma, el numeral 4 del artículo 164 de la Constitución de 1999 reconoce como competencia de los Estados la organización, recaudación, control y administración de ramos tributarios propios, los cuales corresponden fundamentalmente a la recaudación de las tasas por el uso de bienes o aprovechamiento de servicios prestados por los Estados, referidos al régimen de minerales no metálicos, salinas y ostrales de perlas, vías terrestres estatales, carreteras, y autopistas nacionales y puertos y aeropuertos de uso comercial⁸.

En lo que se refiere al régimen de timbre fiscal, el numeral 7 del artículo 164 de la Constitución de 1999 reconoce a los Estados no sólo la potestad de crear tributos sobre el ramo de papel sellado, sino sobre timbres y estampillas⁹. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹⁰ ha indicado que este ramo está formado por los siguientes conceptos: (i) las tasas por el uso o el aprovechamiento de los bienes prestados por los Estados¹¹; (ii) la recaudación de las tasas establecidas en la Ley nacional de Timbre Fiscal, por los servicios prestados por entes administrados por el Poder Nacional o pertenecientes a éste; a tales efectos, el Estado recaudará las tasas por los servicios prestados por entes localizados en su jurisdicción, por lo cual, sólo podrá cumplirse con el pago de estas tasas¹² mediante el uso de timbres emitidos por el Estado correspondiente y (iii) los impuestos establecidos en la Ley

7 En efecto, el numeral 12 del artículo 156 de la Constitución atribuye al Poder Nacional todos los tributos no atribuidos por la Constitución a los Estados y los Municipios.

8 Numerales 5, 9 y 10 del artículo 165 de la Constitución de 1999.

9 No obstante, como lo indica Juan Cristóbal Carmona, técnicamente el papel sellado y las estampillas son subespecies del timbre fiscal, como verdadero ramo tributario (Carmona, Juan Cristóbal. Viabilidad de la descentralización fiscal estatal en el marco de la Constitución de 1999. V Jornadas venezolanas de Derecho Tributario. Caracas. 2000. Livrosca. P. 313).

10 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso Bolívar, Banco Universal, de fecha 30 de abril de 2003.

11 Sin embargo, este ramo ya había sido reconocido en el numeral 1 del artículo 167 y en el numeral 4 del artículo 167 de la Constitución de 1999, al reconocer a los Estados como ingresos el uso de sus bienes o servicios.

12 Es importante destacar que estos tributos no revisten propiamente la naturaleza de tasas, por cuanto su recaudación no está destinada a financiar al ente prestador del servicio.

nacional de Timbre Fiscal. Aun cuando la Constitución reconoce a los Estados la potestad de crear el tributo de timbre fiscal, de acuerdo con la posición jurisprudencial los Estados sólo podrán dictar la ley creadora del tributo en los mismos términos indicados en la Ley Nacional de Timbre Fiscal, restando con ello autonomía tributaria a dichos entes.

Con relación al régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, la Ley Especial sobre el régimen del Distrito Metropolitano de Caracas atribuye a este ente las potestades tributarias de los Estados. La sentencia en comentarios indica que en los casos de hechos que ocurran en el territorio de los Municipios pertenecientes al Estado Miranda y que forman parte del territorio del Distrito Federal, la recaudación del tributo corresponderá al Distrito Metropolitano y su producto será repartido en un 50% con el Estado Miranda.

Ahora bien, aun cuando en la reforma constitucional de 2007 no se modifica el artículo 4 de la Constitución de 1999, se elimina en otros artículos la utilización del término “descentralización”¹³ y se concentra en el Poder Nacional un mayor número de potestades que las atribuidas en nuestro texto vigente. Tales modificaciones atentan contra la existencia del Estado federal venezolano, implicando una alteración profunda del sistema organizativo existente.

En el artículo 156 de la Constitución se atribuye al Poder Nacional la explotación de las salinas y ostrales, el aprovechamiento de minerales, la conservación y administración de las autopistas y carreteras nacionales, las cuales corresponden a los Estados bajo la Constitución de 1999, tal y como vimos anteriormente. En consecuencia, el cobro de tasas -incluyendo peajes- o regalías por estos ramos corresponderá al Poder Nacional.

Conforme a lo señalado, es claro que en el nuevo texto se eliminan diversas de las hoy escasas potestades tributarias de los Estados, aumentando con ello los elementos que permiten afirmar que el Estado venezolano reviste efectivamente la forma de un estado unitario, aun cuando el Título I indique formalmente lo contrario. Tal y como hemos señalado, uno de los atributos necesarios para afirmar que un ente político-territorial es verdaderamente autónomo, es que dicho ente esté revestido de potestades tributarias que le permitan organizar y obtener recursos para el cumplimiento de las funciones que le han sido atribuidas. La merma en dichas potestades se traduce en la disminución de la autonomía y, en consecuencia, en una mayor concentración de competencias en el Poder Central.

Por su parte, en lo que se refiere al timbre fiscal, vale indicar que el numeral 7 del artículo 164 del proyecto ratifica que corresponde a los Estados este ramo, pero establece que este régimen estará limitado por lo que establezca la Ley nacional. Asimismo, dispone que los Estados estarán obligados a “*aceptar especies de valor equivalente expedidas por el Poder Nacional u otros Estados*”. Conforme a lo señalado en esta norma, las tasas por servicios prestados por entes pertenecientes a los Estados o por aquéllos adscritos o pertenecientes al Poder Nacional, podrán pagarse mediante la entrega de timbres emitidos por cualquier ente político-territorial, inclusive por el Poder Nacional, lo cual puede implicar una merma en la

13 Como ejemplo, podemos citar los artículos 157 y 158 de la Constitución, los cuales actualmente constituyen base fundamental del proceso de descentralización. Estos artículos permiten la transferencia de potestades del Poder Nacional a los Estados y a los Municipios y establecen que la descentralización es elemento esencial para acercar el poder a la población y garantizar el ejercicio de la democracia. En la nueva normativa se establece que las potestades del Poder Nacional podrán transferirse al Poder Popular, al Distrito Federal, a los Estados y a los Municipios, para promover la democracia protagónica. Asimismo se dispone que uno de los objetivos esenciales del Estado será la construcción de la participación protagónica del pueblo y de la democracia socialista.

recaudación de los Estados, que limitará inclusive la posibilidad de planificar y ordenar su presupuesto público¹⁴. Con ello, se reduce más aún la autonomía de los Estados, al quedar condicionada la recaudación del tributo a la voluntad del contribuyente, quien podrá decidir a qué ente pagar el monto debido.

No obstante, en nuestra consideración esta disposición no implica la imposibilidad de que los Estados continúen recaudando los impuestos establecidos en la Ley nacional de Timbre Fiscal, como es el caso del impuesto del 1x1000 pagadero por la emisión de pagarés bancarios o de órdenes de pagos emitidos por entes públicos. Tal potestad podría ser sustraída a los Estados sólo mediante una reforma a la Ley nacional de Timbre Fiscal o la modificación en otro texto legislativo de las normas creadoras del impuesto del 1x1000.

Por su parte, en el artículo 16 de la reforma constitucional de 2007 sustituye la figura del Distrito Metropolitano de Caracas por la del Distrito Federal, lo cual podría generar dudas acerca de si el Distrito Federal podrá continuar recaudando este tributo o si su recaudación pasará al Estado Miranda. Sobre este particular, la Disposición Transitoria Segunda del proyecto de reforma constitucional indica que corresponderá al Presidente, a través de decreto, regular el régimen de transición del Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Federal. En esta norma se indica, igualmente, que todas las competencias, atribuciones, entes adscritos, bienes y personal del Distrito Metropolitano serán "asumidos inmediatamente" por el Distrito Federal, mientras se dicte la ley sobre la materia.

En nuestra interpretación, la norma anterior implica que el régimen tributario del Distrito Metropolitano de Caracas es transferido en su integridad al Distrito Federal una vez que el Ejecutivo Nacional dicte el decreto de transición correspondiente. De esta forma, corresponderá al Distrito Federal la recaudación de los ramos de timbre fiscal por las actividades ejecutadas en su territorio.

En cualquier caso, será necesario esperar a que se dicten las leyes que rigen la distribución y organización del territorio nacional, a los fines de precisar si existirá una redistribución del territorio del Estado Miranda. Hasta tanto ello no ocurra, entendemos que la distribución político-territorial permanecerá igual a la existente. Por ello, el régimen actual que dispone que lo recaudado en concepto de timbre fiscal deberá distribuirse en partes iguales entre el Distrito Metropolitano (sustituido por el Distrito Federal) y el Estado Miranda, se mantiene luego de aprobada la reforma.

14 En efecto, por cuanto el pago de las tasas podrá hacerse con timbres emitidos por otros entes, los Estados no podrán prever al inicio de cada ejercicio los ingresos estimados por este ramo tributario.

*Los Consejos Comunales
(una breve aproximación a su realidad y a su
proyección ante la propuesta presidencial de
Reforma Constitucional)*

Giancarlo Henríquez Maionica

*Abogado de la Universidad católica Andrés Bello y
Master en Derecho Administrativo
Universidad Austral, Buenos Aires*

*Non è giusto... che il cittadino e la famiglia siano assorbiti dallo Stato:
è giusto invece che si lasci all'uno e all'altra tanta indipendenza
di operare quanta se ne può, salvo il bene comune e gli altrui diritti*

LEÓN XIII, Rerum Novarum, N° 28, 15-mayo-1891

I. UN BREVE PLANTEO

Todos han escuchado acerca de los Consejos Comunales. Mucho se dice de ellos pero, curiosamente, poco se ha precisado al respecto. Naturalmente existen (y existirán) los buenos comentarios -en su mayoría técnicos- a la Ley de los Consejos Comunales y a todo texto legal que se presente esquemáticamente sobre los mismos, y que, ahora, encuentran su mayor atracción en la propuesta presidencial de reforma constitucional.

Para no redundar en tantos comentarios -que han sido muchísimos, pero no sé si suficientes- he considerado conveniente hacer una breve aproximación a la realidad de los Consejos Comunales y a su proyección de cara a la propuesta de reforma.

Esto lo haré -o al menos así lo intentaré- sin circunscribirme únicamente al texto de la Ley de los Consejos Comunales, sino que me referiré también -y quizás con mayor énfasis- a las principales competencias de tales Consejos que se encuentran dispersas en muchas Leyes, a algunos pronunciamientos de funcionarios estatales sobre su realidad, y a otras tantas dudas que se presentan como lo son, por ejemplo, la eventual identificación de los Consejos Comunales con los Batallones del Partido Socialista Unido de Venezuela, y el alcance del concepto de la contraloría social.

II. LOS CONSEJOS COMUNALES: SU REALIDAD ACTUAL

1. *El leitmotiv: darle el poder al pueblo, en lugar de sólo acercárselo*

Los Consejos Comunales surgen en el marco de la democracia participativa y protagónica¹, ajenos en cierta medida a la descentralización, pues ésta, suele afirmarse, sólo le 'acercar' el poder al pueblo pero no se lo 'da'.

1 Cfr. el art. 2 de la Ley de los Consejos Comunales.

Por ello, se ha dicho que con la propuesta presidencial de reforma, en concreto la del art. 158, “se restituye el poder al pueblo: devuelve un poder a sus legítimos poseedores”². Este artículo en su versión aprobada por la Asamblea Nacional establece que “El Estado promoverá como política nacional, la participación protagónica del pueblo, *restituyéndole el poder* y creando las mejores condiciones para la construcción de una democracia socialista”.

Se trata, así, del poder ejercido por sus titulares en lugar de sus representantes, de lo que se conoce comúnmente como democracia de base.

Sin embargo, adviértase que el ejercicio directo que le corresponde a los Consejos Comunales no es totalmente autónomo, o al menos no parece serlo. No lo es ni ahora, y ni tampoco en la propuesta presidencial de reforma constitucional.

Hoy día, la orientación, coordinación y evaluación de los Consejos Comunales le corresponde a la Comisión Nacional Presidencial del Poder Popular³. Y en la propuesta de reforma, a pesar de que se establece el Poder Popular como Poder Público, se prevé que es competencia del Poder Público Nacional -no del Popular- “La promoción, organización y registro de los Consejos del Poder Popular, así como el apoyo técnico y financiero para el desarrollo de proyectos socioeconómicos de la economía social, de acuerdo a las disponibilidades presupuestarias y fiscales”⁴.

2. *La naturaleza jurídica de los Consejos*

He aquí el tema más debatido y cuestionado sobre los Consejos Comunales. Ciertamente, más allá de la amplia definición que trae el art. 2 de su Ley, encontramos siempre presente la pregunta: ¿Qué son, y cuál es la naturaleza de los Consejos Comunales?

Tal como adelanté, la Ley de los Consejos Comunales proporciona una definición, pero ésta, no obstante, raya en lo amplísimo. Su art. 2 establece en efecto que “Los consejos comunales en el marco constitucional de la democracia participativa y protagónica, son instancias de participación, articulación e integración entre las diversas organizaciones comunitarias, grupos sociales y los ciudadanos y ciudadanas, que permiten al pueblo organizado ejercer directamente la gestión de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las necesidades y aspiraciones de las comunidades en la construcción de una sociedad de equidad y justicia social”.

Los Consejos Comunales, en este sentido, representan para algunos un esquema organizacional completamente paralelo a la descentralización política y desvinculado de los Estados, los Municipios y las Parroquias⁵. Los Consejos, en otras palabras, surgen como una suerte de administración paralela que, paradójicamente, fomenta la participación ciudadana⁶.

2 Cfr. Ministerio del Poder Popular para la Participación y Protección Social, Noticias Comunales, *Diario Ultimas Noticias*, edición del 22-nov-2007, p. 6.

3 Cfr. el art. 30 de la Ley de los Consejos Comunales.

4 Cfr. el art. 156, inc. 35 de la Propuesta de Reforma.

5 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, ‘Introducción general al régimen público municipal’, *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 75.

6 Y digo paradójicamente pues los fenómenos ‘paralelos’ encuentran su solución en el control a través de la participación. Cfr. Agustín Gordillo, *La administración paralela*, Civitas, Madrid, 2001, p. 123.

Sin embargo, no tienen, al menos no ahora, una naturaleza administrativa y por eso es que se los considera paralelos al Estado.

Básicamente los Consejos Comunales son una forma organizativa de las comunidades - conglomerados sociales de familias y ciudadanos que habitan en una misma área geográfica, y comparten una historia e intereses comunes⁷ - y por lo tanto su naturaleza es sólo comunitaria, no constitucional ni administrativa.

Naturalmente esto no significa que los Consejos Comunales no deban o no puedan colaborar con el Estado, sin perjuicio de la democracia directa que ellos suponen. De hecho, se ha entendido que los Consejos Comunales -precisamente por su naturaleza comunitaria- permiten el ejercicio directo de la democracia a través del autogobierno, pero en conjunción con los órganos estatales⁸, y así se establece, asimismo, en el art. 10 del Proyecto de Ley del Poder Popular⁹. Esto, claro está, encuentra sus matices en la propuesta presidencial de reforma constitucional.

A. *Dos antecedentes institucionales de los Consejos*

Son varios los antecedentes iniciales de los Consejos Comunales. Sin embargo, y naturalmente sin perjuicio de las asociaciones de vecinos, sus antecedentes más inmediatos son las Mesas Técnicas de Agua y los Comités de Tierra Urbana.

Las Mesas Técnicas de Agua existen desde 1999 y están destinadas principalmente a representar a las comunidades ante los prestadores de los servicios¹⁰.

Los Comités de Tierra Urbana, por su parte, existen desde el 2004 y se crearon para atender la regularización de la tenencia de los asentamientos populares y a la democratización de la ciudad¹¹. Tanto las Mesas como estos últimos Comités, son ahora sendos Comités de Trabajo de los Consejos Comunales¹².

B. *Los Consejos y los Batallones Socialistas, ¿juntos pero no revueltos?: o de cómo los Consejos Comunales se perfilan políticamente*

En su momento las Asociaciones de Vecinos constituyeron -según se ha dicho- un instrumento para canalizar la participación política¹³. Pues bien, en este sentido ahora se pregunta si los Consejos Comunales serán una herramienta de participación política antes que de

7 Cfr. el art. 4, inc. 1 de la Ley de los Consejos Comunales.

8 Cfr. la presentación de Carlos Escarrá (*A manera de diálogo con el autor*) al libro de Heinz Dietrich, *Hugo Chávez y el Socialismo del Siglo XXII*, segunda edición, p. XXII.

9 Este artículo de la Ley -actualmente en consulta pública y cuyo texto puede obtenerse gratuitamente en www.mps.gob.ve/index.php?option=com_remository&Itemid=113&func=startdown&id=31- establece que "Las organizaciones comunitarias y grupos sociales se podrán organizar en Consejos del Poder Popular como expresión de la sociedad organizada para llevar a cabo la participación, integración y articulación entre los ciudadanos y ciudadanas y los órganos del Estado, con el objeto de permitir el ejercicio directo de la gestión de las políticas públicas y proyectos, orientados a responder a las necesidades y aspiraciones de las comunidades en la construcción de una sociedad de equidad y justicia social".

10 Cfr. los arts. 76 y 77 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua.

11 Cfr. el art. 3, inc. 1, Decreto N° 1.666.

12 Cfr. el art. 9, incs. 3 y 12 de la Ley de los Consejos Comunales.

13 Cfr. Carlos M. Ayala Corao, 'La participación ciudadana en el nuevo régimen municipal', *Ley Orgánica de Régimen Municipal 1989*, Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, p. 227.

participación social. Y, adicionalmente, si la respuesta a esa interrogante es afirmativa, existe la duda sobre si la participación política de los Consejos comportará un solapamiento de éstos con los Batallones Socialistas del Partido Socialista Unido de Venezuela.

Los Batallones Socialistas -vale advertir- son la unidad básica del Partido, conformados por cinco Comisiones -Ideología y Política, Propaganda, Trabajo Social, Organización y Logística, Defensa Territorial- e integrarán, de a diez, las Circunscripciones Socialistas.

Naturalmente la duda del solapamiento entre los Consejos y los Batallones ya se ha manifestado¹⁴ y, asimismo, ha encontrado tanto pronunciamientos a favor¹⁵, como en contra del mismo¹⁶. Sin embargo, pareciera que esta duda -con todas sus opiniones a favor y en contra- revela una inquietud mayor: la politización de los Consejos Comunales, su sometimiento al Partido Socialista Unido de Venezuela y, más concretamente, su identificación con el pensamiento marxista -muy parecido a lo que ocurre en China¹⁷.

Más allá de adelantar si ello es bueno o malo -cosa que decidirá cada quien- particularmente creo que debería delinarse el pensamiento marxista sobre el tema comunal. Y nada mejor para hacerlo que sus expresiones sobre la Comuna de París de 1871. Sobre esta Comuna -surgida de la resistencia parisina a los acuerdos de acceso a la ciudad que en virtud de la guerra se le dieron a Prusia - Marx escribió un opúsculo: *La Guerra Civil en Francia*.

En este libro se deduce que, por ejemplo, la Comuna debe sustituir al aparato burocrático, y recuérdese que en la propuesta presidencial de reforma constitucional se incluye la expresión “administraciones públicas burocráticas o tradicionales”¹⁸, cosa que bien se ha entendido¹⁹ -que más allá de los aspectos técnicos- revela una identificación con lo escrito por MARX. Es decir: la Comuna -y por lo tanto, los Consejos Comunales- deberían sustituir a la estructura administrativa tradicional. Pero si bien ello pareciera ser así, existe un óbice: constitucionalmente -aún en la propuesta de reforma- se mantiene esa estructura.

14 A principios de noviembre de 2007, Allan R. Brewer-Carías afirmó que, aún ante la reforma, los Consejos Comunales “son instituciones sin autonomía política alguna, cuyos miembros se declara que no son electos, y que son controlados desde la Jefatura del gobierno y para cuyo funcionamiento, el instrumento preciso es el partido único que el Estado ha tratado de crear durante 2007” (*Estudio sobre la reforma constitucional de 2007 - inconstitucional y fraudulentamente sancionada el 2-11-07*), 5/11/2007, ps. 13/14.

15 Así pareciera deducirse de la siguiente propuesta: “que cada militante del PSUV luche primero por tener eficacia política participando en el poder inmediato que es su Consejo Comunal. Si ya pertenece a un CC, ayude y apoye a los compatriotas para que logren conformar los consejos comunales que por diferentes razones aun no logran terminar de conformarse” (Ronald Rivas, ‘Eficacia política y compromiso revolucionario’, <http://psuvjunquito.com/?p=25>)

16 Por ejemplo, en este sentido se ha dicho que “Si un militante del PSUV también forma parte de un Consejo Comunal, jamás deberá anteponer el partido en una discusión del Consejo Comunal, y evitará la injerencia del partido en tales asuntos” (Nicmer N. Evans, ‘¿PSUV = Consejos Comunales?’, www.aporrealos.org/ideologia/a32627.html).

17 En el Preámbulo de la Constitución de la República Popular de China, se reconoce el liderazgo del Partido Comunista de China y la guía del marxismo-leninismo y el pensamiento de Mao Zeodong. El texto que he tenido a la vista se encuentra en *Constitutional Law & Administrative Law*, China Legal Publishing House, 2007, p. 4

18 *Cfr.* el art. 141.

19 *Cfr.* el trabajo de Héctor Turuhpial, *El texto oculto de la reforma*, Caracas, 2007, cap. I, pto. 3 (aún inédito).

Un segundo aspecto del que habla Marx en su libro es sobre la necesidad de suprimir el ejército y de que la Comuna asuma por sí misma su defensa armada. De hecho, el primer Decreto de la Comuna de París consistió en desarmar al ejército permanente y sustituirlo por el pueblo -los comuneros- armados²⁰. Pues bien, en este sentido se ha afirmado que “la Reserva Militar debe ser parte esencial dentro del propio pueblo, por supuesto, del poder comunal, de la explosión del poder comunal, la Reserva Militar. Y la capacidad del pueblo para defender nuestra Revolución, nuestro territorio, nuestro proyecto, el Proyecto Socialista Simón Bolívar, la construcción del socialismo”²¹.

En estos dos aspectos, salvo mejor opinión en contrario, surge una similitud entre lo hecho por la Comuna de París de 1871 analizada en los términos de Marx, y el escenario - normativo y práctico- de los Consejos Comunales.

No en vano, pues, se ha dicho que “Los Consejos Comunales son... que no son ideales, no son ideales, ¿no? Bueno pero es que, como dice Carlos Marx, la práctica va haciendo al revolucionario, es a través de la práctica, ¿no?, la práctica nos va haciendo. Los Consejos Comunales cada día cumplirán más y mejor el papel ese que yo me figuro como el motor, el más poderoso motor revolucionario del nuevo período”²².

Pareciera, así, que existe una suerte de tendencia marxista -especialmente en el ánimo comunero- y que, independientemente de los reproches que puedan o no formularse, se encuentra entre la paradoja de la doctrina de Simón Bolívar²³, y las objeciones existenciales de los marxistas mismos²⁴. Pero esto, sin embargo, lejos está de ser una única explicación.

Quizás el eventual matiz político de los Consejos Comunales -de nuevo, sea o no reprochable- encuentre también una explicación en las ideas de Antonio Gramsci. Según este famoso pensador italiano, en el Estado existen dos niveles sociales: uno político, propiamente institucional, y otro civil, o esfera privada que incluye la economía; y estos dos niveles -a pesar de su separación conceptual- pueden mezclarse en la práctica, lo cual, de cierta manera, podría reflejarse en los Consejos Comunales. En efecto: éstos concentran a los ciudadanos (sociedad civil) pero con todas sus competencias, los Consejos presionan e influyen sobre las instituciones públicas (sociedad política). El ejemplo, en este sentido, pareciera ser acertado, al menos, en tanto que los Consejos Comunales -a diferencia de lo que se propone en la re-

20 Cfr. Carlos Marx, *La Guerra Civil en Francia*, Fundación Federico Engels, Madrid, 2003, p. 64.

21 Cfr. Hugo Chávez, *Poder Popular: Alma de la Democracia Revolucionaria. Juramentación del Consejo Presidencial para la Reforma Constitucional y del Consejo Presidencial del Poder Comunal*, Caracas, 2007, ps. 46/47.

22 Cfr. Hugo Chávez, *Aló Presidente N° 263* (21-enero-2007) cuya transcripción y/o transmisión está disponible, como todos los demás programas de Aló Presidente, en www.alopresidente.gob.ve.

23 Tal como lo establece el art. 1 de la Constitución, esa doctrina es el fundamento del patrimonio moral, la libertad, la igualdad, la justicia y la paz internacional, y -he aquí la paradoja- recuérdese que Marx sentía una particular animadversión -u “odio despectivo” en palabras de Carlos Rangel- por Bolívar, y así lo transmitió en su artículo publicado en 1858 en la *New American Cyclopedía*. Cfr. Carlos Rangel, *Marx y los socialismos reales*, Monte Ávila, Caracas, 1988, ps. 31/32.

24 De hecho, se ha escrito que: “El problema es que Chávez no es un marxista y tiene una tendencia a ser inconsistente. Eso puede resultar fatal en una situación donde el equilibrio de fuerzas no es tan inestable. Si Chávez fuera un marxista, apelaría a las masas por encima de la Asamblea Nacional. Haría un llamamiento para la creación de comités de acción en cada fábrica, refinería y barracón del ejército, como única salida para defender la revolución y desarmar las fuerzas contrarrevolucionarias” (Alan Woods, *La revolución bolivariana. Un análisis marxista*, Fundación Federico Engels, Madrid, 2005, p. 23).

forma- no integren la sociedad política gramsciana y tiendan a una sociedad civil autorregulada -como si se deduce de la propuesta de reforma-.

No en vano, y en este mismo sentido, el 15 de agosto de 2007, al presentar la propuesta de reforma constitucional ante la Asamblea Nacional, el Presidente de la República expresó:

“Ahí hay algunos cambios importantes, que ya han generado bastantes perturbaciones en ese nivel de la superestructura gramsciana, la cual tiene dos niveles: La sociedad política y la sociedad civil. Insisto en el concepto.

Pero más allá, más abajo, más en profundidad, invisible muchas veces, con sus raíces profundamente enterradas en el territorio, en la conciencia, en las instituciones, en cuanto a lo que llama Gramsci y también Marx ese conjunto de las fuerzas materiales y de los hombres, de los seres humanos, de los grupos humanos que con ella perviven, conviven, esas relaciones de las fuerzas materiales de producción, esas relaciones de trabajo, esas relaciones de producción, muy poco hemos hecho, por no decir nada. Se trata de la estructura; si no cambiamos la estructura, la vieja estructura, se volverá sobre nosotros y nos demolerá. O cambiamos la estructura, o se detiene el proceso revolucionario. Esto es necesario entenderlo y llevarlo a la praxis con una fuerza, con una voluntad colectiva y, sobre todo, con muchas luces colectivas e individuales”²⁵.

3. *Algunos aspectos particulares de los Consejos*

A. *La conformación institucional: la Asamblea de Ciudadanos y las unidades ejecutiva, financiera y contralora*

Los Consejos Comunales son dirigidos por una Asamblea de Ciudadanos, cuyas decisiones son de carácter vinculante para éstos, y por su parte, están compuestos por un órgano ejecutivo, una unidad de gestión financiera y una unidad de contraloría social²⁶.

En primer lugar, la Asamblea de Ciudadanos aprueba las normas de convivencia de la comunidad, los estatutos del Consejo Comunal, el Plan de Desarrollo de la Comunidad, los proyectos presentados a los Consejos Comunales; e igualmente elige a los integrantes y voceros del Consejo²⁷.

En segundo lugar, el órgano ejecutivo está integrado por los voceros de cada Comité de Trabajo, los cuales se formarán según las necesidades comunitarias, y dentro de los cuales, pues, quedarán incluidos los Comités de Tierra Urbana y las Mesas Técnicas de Agua. Este órgano articula la participación de la comunidad, y ejecuta las decisiones de la Asamblea²⁸.

En tercer lugar, la unidad de gestión financiera de los Consejos Comunales administra los recursos, realiza inversiones, da créditos, y hace de intermediario financiero.

Esta unidad se denomina Banco Comunal -que no es lo mismo que un Banco de Desarrollo- adquirirá la forma de cooperativa, se regirá por las políticas crediticias del sistema microfinanciero, y no se le aplicará la Ley General de Bancos²⁹.

25 Hugo Chávez, *Ahora la batalla es por el SÍ*, Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información, Caracas, 2007, ps. 43/44.

26 *Cfr.* el art. 4, inc. 5, y art. 7 de la Ley de los Consejos Comunales.

27 *Cfr.* el art. 6 de la Ley de los Consejos Comunales.

28 *Cfr.* los arts. 8, 9 y 21 de la Ley de los Consejos Comunales.

29 *Cfr.* los arts. 10 y 22 de la Ley de los Consejos Comunales.

Ya en cuarto lugar, la unidad de contraloría social realiza la fiscalización, el control y la supervisión del manejo de los recursos comunitarios, así como de los programas y proyectos ejecutados tanto por el Estado como por el Consejo Comunal³⁰.

B. *El funcionamiento y el financiamiento*

Los Consejos Comunales, tal como se dijo, son orientados, coordinados y evaluados por la Comisión Nacional Presidencial del Poder Popular³¹. Esa Comisión, en efecto, tiene como tarea "darle cauce y ensamblar, en un sistema, todas esas informaciones de los diagnósticos comunales"³².

En este sentido, el registro de los Consejos actualmente se hace en la Fundación para la Promoción y el Desarrollo del Poder Comunal adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Participación y Protección Social³³.

El financiamiento de los Consejos Comunales, por su parte, proviene de los recursos que le sean transferidos por la República, los Estados y los Municipios; los generados por su actividad; los donados; y los provenientes de diversos fondos especiales, como por ejemplo, el Fondo Nacional de los Consejos Comunales³⁴ cuya Junta Directiva es, pues, designada por el Presidente de la República³⁵.

En la propuesta presidencial de reforma constitucional, sin embargo, se agrega una importante fuente de ingresos a los Consejos Comunales: el situado constitucional³⁶.

C. *El ciclo comunal*

La actuación de los Consejos Comunales, según lo prevé su Ley, se rige por los principios de corresponsabilidad, cooperación, solidaridad, transparencia, rendición de cuentas, honestidad, eficacia, eficiencia, responsabilidad social, control social, equidad, justicia e igualdad social y de género. Muchos de estos principios son igualmente considerados, por la propia Ley, deberes de los integrantes de los Consejos.

Teniendo en cuenta estos principios de actuación, así como otras nociones incorporadas en la Ley, se ha diseñado el, así denominado, ciclo comunal³⁷: un ciclo que comprende las etapas del diagnóstico comunal, del plan comunal, del presupuesto comunal, de la ejecución de obras comunales y de la contraloría comunal.

La primera etapa consiste en la detección de las realidades de la comunidad, a través de censos de habitantes, viviendas, escuelas, instituciones y los aspectos relacionados con aquella. La segunda etapa supone el diseño de un Plan Comunal -técnicamente denominado Plan de Desarrollo de la Comunidad³⁸ y que no debe confundirse con el Plan de Desarrollo Urbano

30 Cfr. arts. 11 y 23 de la Ley de los Consejos Comunales.

31 Cfr. el art. 30 de la Ley de los Consejos Comunales.

32 Hugo Chávez, *Consejos Comunales: combustible de los cinco motores constituyentes*, Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información, Caracas, 2007, p. 19.

33 Cfr. www.consejoscomunales.gob.ve.

34 Cfr. el art. 25 de la Ley de los Consejos Comunales.

35 Cfr. el art. 11 del Reglamento del Fondo Nacional de los Consejos Comunales.

36 Cfr. el art. 167, inc. 4 de la Propuesta de Reforma.

37 Cfr. Hugo Chávez, *Aló Presidente* N° 270 (28-febrero-2007).

38 Cfr. los arts. 6, inc. 3, 21, inc. 10 y 23, inc. 3 de la Ley de los Consejos Comunales.

Local que le corresponde a los Municipios³⁹ - en el que se presenten las soluciones -de ejecución anual o plurianual- a los problemas y las necesidades detectadas en el diagnóstico comunal.

El presupuesto comunal, como tercera etapa, consiste en la determinación de los ingresos y de los egresos previstos que el Consejo devengará e invertirá en la solución de esos problemas y necesidades. En este presupuesto -extremadamente similar al presupuesto participativo municipal⁴⁰- las personas deliberan y deciden en la formulación, ejecución, control y evaluación del presupuesto de sus comunidades.

La cuarta etapa -la de ejecución de obras- no es otra cosa que la materialización de las soluciones propuestas en el Plan Comunal. Y la quinta etapa, finalmente, es la de contraloría social, la cual, pues, por su importancia e imprecisión se analizará separadamente a continuación.

D. *La contraloría social*

La Ley no ha definido a la contraloría social, sino que se ha limitado a precisarla como una competencia, por ejemplo, de las Parroquias⁴¹ y de los Consejos Comunales⁴². Creo, no obstante, que se trata de un concepto cuyo contenido es determinable.

En primer lugar, la contraloría social alude al control de la gestión pública, a un sistema de supervisión pública⁴³. Es decir: es el derecho que tienen los ciudadanos a intervenir en la planificación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas puestas en marcha por los distintos organismos del Estado⁴⁴. Consiste así, inicialmente, en el control de las actividades públicas.

Sin embargo, la contraloría social válidamente podría enfocarse en las actividades de los particulares, sea que colaboren ocasionalmente con el Estado, o elaboren productos de primera necesidad, o bien se dediquen a una actividad de su interés, pues, entre otras razones, el interés comunal así lo puede permitir⁴⁵. Quizás el dechado más evidente de esto sea el del control del acaparamiento.

La contraloría social, ese control del correcto ejercicio de las actividades por parte de los ciudadanos, por lo tanto, la ejercen esos mismos ciudadanos -o si se prefiere, comuneros, en tanto que en virtud de la propuesta presidencial de reforma constitucional integrarán las comunas- tanto sobre el Estado -que paradójicamente integrarían en esa reforma- como sobre los ciudadanos en general.

39 Cfr. los arts. 178, inc. 1 de la Constitución y 61 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

40 Cfr. el art. 271 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

41 Cfr. el art. 37, inc. 6 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

42 Cfr. los arts. 11 y 23 de la Ley de los Consejos Comunales.

43 Cfr. el art. 62 de la Constitución.

44 Cfr. el libro: *Contraloría Social*, Ministerio de Comunicación e Información, Caracas, 2005, ps. 6/7.

45 Cfr. el art. 11 de la Ley de los Consejos Comunales.

4. *Las muchas competencias de los Consejos: desde la lactancia materna y el abastecimiento, hasta la guardería ambiental*

Las competencias de los Consejos Comunales son muchas. Ellos, por ejemplo, integran los Consejos de Región Hidrográfica, y ejercen la contraloría social en materia de lactancia materna⁴⁶.

Pero, además de esto, y en una relación mucho más directa con la actividad privada:

A. Los Consejos Comunales actuando a través del Comité de Contraloría Social para el Abastecimiento, fiscalizarán, vigilarán y exigirán el cumplimiento del régimen de control de precios de los productos a las personas sometidas a la Ley contra el Acaparamiento, y además, harán del conocimiento del ente administrativo competente y por cualquier medio, la existencia de hechos que pudieran constituir acaparamiento, especulación, boicot, alteración de precios, contrabando de extracción y otras conductas que afecten el acceso de los productos sometidos a control de precios⁴⁷.

B. Los Consejos Comunales, también, son órganos auxiliares en materia de guardería ambiental⁴⁸, es decir, en la acción de vigilancia y fiscalización de las actividades que directa o indirectamente puedan incidir sobre el ambiente para la verificación del cumplimiento de las disposiciones relativas a la conservación de un ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado⁴⁹.

C. Y, por último, los Consejos Comunales podrían controlar la debida aplicación de la licencia de paternidad remunerada y la inamovilidad laboral de los padres⁵⁰. Estos derechos, de reciente aparición, consisten en la inamovilidad de los padres hasta un año después del nacimiento de su hijo, y en una licencia remunerada de catorce días continuos, a partir del nacimiento de su hijo⁵¹.

III. LOS CONSEJOS COMUNALES Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL: SU PROYECCIÓN

Si bien con o sin reforma constitucional, los Consejos Comunales serán la máxima figura organizativa en el país y su intervención se incrementará constantemente⁵²; no puede desconocerse que si eventualmente se aprueba la propuesta presidencial de reforma, la proyección de tales Consejos será aún mayor a la actual. Entre otros aspectos, los Consejos Comunales serán parte del Estado, tendrán una fuerte relación (¿tensión?) con los Municipios, y estarán, aparentemente, sometidos al Poder Público Nacional.

46 *Cfr.* los arts. 28 de la Ley de Aguas, y 4 de la Ley de Promoción y Protección de la Lactancia Materna.

47 *Cfr.* el art. 7, incs. 2 y 6 de la Ley contra el Acaparamiento.

48 *Cfr.* el art. 100 de la Ley Orgánica del Ambiente.

49 *Cfr.* el art. 2 del Reglamento sobre Guardería Ambiental.

50 *Cfr.* el art. 6 de la Ley para Protección de las Familias.

51 *Cfr.* los arts. 8 y 9 de la Ley para Protección de las Familias.

52 *Cfr.* las *Líneas Generales del Plan de Desarrollo de la Nación 2007-2013*, pto. II-3.8.1, p. 16.

1. *Naturaleza jurídica: los Consejos como parte del Estado*

La propuesta presidencial de reforma constitucional modifica, en mucho, la naturaleza jurídica de los Consejos Comunales. En ella se prevé que éstos integrarán un Poder Público: el Poder Popular. Los Consejos, así, pasarían a integrar directamente una parte del Estado en lugar de hacerlo paralelamente como pareciera ocurrir hoy día.

Los Consejos Comunales -el más importante, pero no el único de los Consejos del Poder Popular- serán el ente potenciador de dicho Poder⁵³. Y, como parte integrante del mismo, necesariamente deberán aplicársele normas de derecho público que actualmente no se le aplican, como las referidas a la corrupción, a los procedimientos de contratación, al uso de tecnologías de información y comunicación y a la simplificación de trámites, entre muchas otras.

2. *La relación con los Municipios: ¿desaparecerán estos últimos?*

Mucho se ha discutido sobre la relación de los Consejos Comunales con los Municipios, en especial, a raíz del art. 184 de la propuesta presidencial de reforma constitucional que establece 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”.

Se ha considerado, ante esta propuesta, que los Municipios serán eventualmente absorbidos por los Consejos Comunales⁵⁴, pero también hay quienes dicen, pues, que ello no sucederá⁵⁵.

Sin embargo, sea de una u otra manera, lo cierto del caso es que pareciera que la nueva geometría del poder -cuyo tejido social corresponde expresamente a los Consejos del Poder Popular y particularmente a los Consejos Comunales- precisada en la propuesta presidencial, da pie a dos fuerzas ordenadoras y de potencia: una descendente, venida desde el Poder Nacional, y otra ascendente, llegada desde la base de la pirámide social⁵⁶.

53 *Cfr.* Hugo Chávez, *Tercer Motor: Moral y Luces, educación con valores socialistas*, Caracas, 2007, p. 23.

54 El Alcalde del Municipio El Hatillo, Alfredo Catalán, ha declarado que en la propuesta de reforma “Existen claros indicios de que vamos hacia el fin de los municipios” (*Diario El Espectador*, Año IX, N° 55, El Hatillo, octubre 2007, p. 1). En este mismo sentido pareciera pronunciarse el Vicepresidente de la República, Jorge Rodríguez, quien ha declarado que “El gobierno del futuro, y el futuro es ya, es el gobierno comunal. La democracia verdadera, la llamada democracia participativa y protagónica se expresa en los Consejos Comunales” (www.vicepresidencia.gov.ve/boletin.asp?id=3033).

55 El Presidente de la República ha declarado que “Ya están diciendo que es que yo quiero eliminar las gobernaciones, que quiero eliminar los Municipios y la autonomía municipal y la descentralización, no, nada de eso, ¡pero por supuesto que no!” (*Poder Popular: Alma de la Democracia Revolucionaria. Juramentación del Consejo Presidencial para la Reforma Constitucional y del Consejo Presidencial del Poder Comunal*, Caracas, 2007, p. 61). Mientras tanto, el diputado Carlos Escarrá -integrante del Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución- ha señalado que “el poder se irá dirigiendo a las figuras de los consejos comunales. Eso no quiere decir que la figura del gobernador o alcalde vaya a desaparecer, simplemente la distribución del poder será distinta” (www.diarioeltiempo.com.ve).

56 *Cfr.* Asdrúbal Aguiar, ‘La geometría del poder, el eje para la dominación directa’, *Diario El Universal*, edición del 27-ago-2007.

3. *La aparente dependencia del Poder Público Nacional*

El art. 156, inc. 35 de la propuesta presidencial de reforma constitucional se establece como competencia del Poder Público Nacional “La promoción, organización y registro de los Consejos del Poder Popular, así como el apoyo técnico y financiero para el desarrollo de proyectos socioeconómicos de la economía social, de acuerdo a las disponibilidades presupuestarias y fiscales”.

Semejante competencia supone, al parecer, una dependencia de los Consejos Comunales -en tanto Consejos del Poder Popular- al Poder Público Nacional. Pero ello no podría ser así, pues las organizaciones -tales como los Consejos Comunales- deben un “respeto general a la libertad y una falta de sumisión al gobierno”⁵⁷. Quizás por eso, el Presidente de la República, refiriéndose específicamente a los Consejos Comunales, ha afirmado en este sentido que:

“no hay ninguna intención para subordinar todos los poderes a la Presidencia, es al revés, yo lamento que haya intelectuales venezolanos que todavía no lo capten, aun, no me refiero a los de la oposición que bueno, si uno dice “fa”, ellos dicen “fu”; a esa gente uno no les hace ni caso, pero a intelectuales serios pues, respetados, yo los invito a que vean la realidad, que la veamos todos, yo me invito a mí mismo también siempre a ver la realidad, estoy muy atento a esto para contribuir, pero de que sea subordinar los poderes a la Presidencia, para nada, para nada; más bien le he pedido colaboración a los demás poderes para que actuemos dándole protagonismo al pueblo”⁵⁸.

IV. UNA REFLEXIÓN ¿FINAL?

Los Consejos Comunales, en la actualidad, concentran la participación ciudadana. Quizás esto se deba al poder de presión social que hoy se les atribuye a los Consejos, quizás sea por la cantidad -en constante ampliación cualitativa y cuantitativa- de competencias que detentan, o quizás por razones que probablemente desconozca.

Pero, más allá de esto, los Consejos Comunales se muestran como ‘la’ forma organizativa para gestionar los problemas comunitarios (políticos o no) y para interactuar con los órganos del Estado. Y es que, por último, si bien la propuesta presidencial de reforma constitucional los dota de mayor institucionalidad pública, lo cierto del caso es que, con o sin reforma, la presencia de los Consejos Comunales se incrementará constantemente en todos los ámbitos.

57 Bertrand Russell, *Los caminos de la libertad. El socialismo, el anarquismo y el sindicalismo*, Orbis, Barcelona, s/f, p. 152.

58 Hugo Chávez, *Aló Presidente* N° 263 (21-enero-2007).

Sólo un Poder Público más. El Poder Popular en la Reforma del 2007

Gustavo Linares Benzo
*Profesor de Derecho Administrativo,
Universidad Central de Venezuela*

El nuevo artículo 136 es el epítome de la reforma constitucional de 2007:

“El Poder Público se distribuye territorialmente en la siguiente forma: el Poder Popular, el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. Con relación al contenido de las funciones que ejerce, el Poder Público se organiza en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

El pueblo es el depositario de la soberanía y la ejerce directamente a través del Poder Popular. Éste no nace del sufragio ni de elección alguna, sino 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, consejos de trabajadores y trabajadoras, consejos estudiantiles, consejos campesinos, consejos artesanales, consejos de pescadores y pescadoras, consejos deportivos, consejos de la juventud, consejos de adultos y adultas mayores, consejos de mujeres, consejos de personas con discapacidad y otros entes que señale la ley”.

Más allá de la eliminación de la fórmula tradicional venezolana de la separación de poderes (“cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias”), la novedad mayor de esta norma es la creación y definición del Poder Popular, una nueva rama territorial del poder público que viene a ser vehículo privilegiado de la soberanía, al menos según la letra de esta norma. A ese respecto, en estas líneas trataré de averiguar qué es ese Poder Popular en la reforma constitucional, su vínculo con la soberanía y su hermenéutica dentro del contexto constitucional reformado como un todo.

I. EL CUARTO PODER TERRITORIAL

El artículo 136 no deja dudas de que el Poder Popular se constituye como un nuevo nivel territorial del Poder Público, a la par de los Municipios, los Estados y el Poder Nacional. Desde luego debemos recordar que por diversas razones, muy probablemente conscientes, el lenguaje y la sintaxis de la reforma son sumamente ambiguos, ambigüedad que alcanza su cota máxima en el caso del Poder Popular.

Que sea territorial no sólo se deriva expresamente del comienzo del artículo 136: “El Poder Público se distribuye territorialmente en la siguiente forma: el Poder Popular (...)” sino que en el segundo aparte de ese mismo artículo menciona que ese Poder Popular “se expresa constituyendo las comunidades, las comunas y el autogobierno de las ciudades (...)”, expresión que se hace a través de variados consejos como los comunales, de trabajadores, artesanales, etc.

El Poder Popular es pues el Poder Público de la ciudad, que es ahora la “unidad política primaria de la organización territorial nacional” de acuerdo con el artículo 16. Este artículo es de gran ambigüedad. La ciudad, dice, es cualquier asentamiento poblacional dentro del municipio, integrada por comunas, “células sociales del territorio” y éstas por comunidades, “núcleo territorial básico e indivisible del Estado Socialista Venezolano”. Entonces, “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 nacional, y que constituyan formas de autogobierno y cualquier otra expresión de democracia directa”. Será pues la ley la que determine la organización del Poder Popular, pero la Constitución usa ya la expresión “democracia directa” para referirse al autogobierno que representa.

La relación entre el Poder Popular y los otros niveles territoriales del Poder Público es, por decir lo menos, muy problemática. Para empezar, cada uno de los restantes tiene competencias propias, como es obvio y tradicional en cualquier Constitución del mundo, inclusive ésta reforma (Poder Nacional, art. 156; Estados, art. 164; Municipios, art. 168 y 178). Pero asombrosamente no existe ninguna lista de competencias del Poder Popular. Si se intenta buscarlas artículo por artículo, sólo se encuentra la mencionada referencia a las formas de autogobierno (art. 16); al “poder de los ciudadanos y ciudadanas de construir su propia geografía y su propia historia” (art. 16); colaborar con el Poder Ejecutivo en el gobierno de Caracas (art. 18); actuar en las designaciones de contralores estatales (art. 163), contralores municipales (art. 176), magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 264), miembros del Poder Ciudadano (art. 279) y del Consejo Nacional Electoral (art. 295). Además de estas instancias, muy semejantes a las que la Constitución de 1999 atribuía a la sociedad civil, algunas de ellas estrictamente en sustitución de ella, el Poder Popular se dedica exclusivamente a la gestión de actividades prestacionales y sociales, como puede verse de las menciones a los proyectos socioeconómicos con fondos del Fisco Nacional (art. 156,35) y de las actividades referidas en el artículo 184.

A nivel constitucional, pues, el Poder Popular carece de competencias. Será necesario que los demás niveles territoriales se las transfieran, de acuerdo con el artículo 184, y solamente en materia de servicios. Sin embargo, por la vía del artículo 157 podrían transferirse también otras competencias.

El Poder Popular nace, asombrosamente, con enormes semejanzas a lo que eran los Estados antes de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias de 1989: una entidad política pero sin potestades públicas. No se le atribuye ninguna potestad legislativa, ninguna rama tributaria, ninguna competencia ejecutiva, ninguna competencia judicial.

Tan poca sustancia tienen las competencias del Poder Popular que no se generan mayores conflictos con las de los Estados y Municipios. Ciertamente las de aquéllos fueron sustancialmente reducidas en aras del Poder Nacional (art. 164), pero las de éstos se mantuvieron y, en todo caso, ninguna pasó a las ciudades, Consejos Comunales y demás estructuras del Poder Popular. Un cascarón vacío, pues, que deberá llenar la ley, pero dentro de los límites estrechos del artículo 184.

II. EL PODER POPULAR ES UN PODER PÚBLICO

A pesar de este carácter marcadamente social, prestacional, ciudadano, del Poder Popular, la propia Constitución lo califica de Poder Público; concretamente, como una rama territorial del Poder Público.

Es con esa base que puede analizarse la frase más extraña a nuestra tradición también republicana de toda la reforma constitucional, contenida precisamente en el artículo 136

“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 de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población”.

Esta disposición fue propuesta inicialmente por el Presidente de la República y no fue modificada por la Asamblea Nacional. Llamó poderosamente la atención desde el inicio del debate sobre la reforma constitucional, pues desvinculaba las nociones de soberanía y sufragio y relacionaba aquella más bien con una expresión sin precedentes en nuestro Derecho Constitucional, una “condición de los grupos humanos”.

La primera operación que debe hacerse es comparar esta cláusula del artículo 136 con el artículo 5 de la Constitución:

“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 ejerce el Poder Público.

Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos”

Este artículo forma parte del Título I de la Constitución, “Principios Fundamentales”. Una de las consecuencias de que la Constitución haya sufrido una reforma es que ahora conviven en ella dos niveles normativos, las normas de 1999 y las de la reforma de 2007; estas últimas al haber sido producto precisamente del mecanismo de reforma previsto en el artículo 342 y siguientes de la Constitución, tienen un rango menor a aquéllas, por orden del 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.

Como mediante la reforma constitucional no pueden modificarse ni la estructura ni los principios fundamentales de la Constitución, las normas reformadas que colidan con ellos serán nulas y sería perfectamente posible para la Sala Constitucional declararlas tales. De allí que puedan existir razones materiales y no sólo procesales (violación de los trámites) para anular normas reformadas de la Constitución. De hecho, ya la Sala Constitucional asomó la posibilidad de que existiesen disposiciones constitucionales inconstitucionales en la sentencia líder Servio Tulio León (Sent. 1289/2000 de 22/09).

Así que el artículo 5 de la Constitución, contenido en los principios fundamentales y por ello de mayor rango normativo que el artículo 136 reformado, establece dos maneras del pueblo para ejercer la soberanía: directa, en las maneras que determine la Constitución y la ley; e indirecta, por los órganos del Poder Público que ha elegido mediante el sufragio. En otras palabras, es imposible el ejercicio directo de la soberanía mediante órganos del Poder Público. La Constitución establece modos directos de ejercicio como los referendos (art. 71 al 74) y cuando se listaban los “medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía” (art. 70 de 1999), donde se incluían modos directos, como los referendos y los revocatorios de mandatos, e indirectos como las elecciones de cargos públicos, no se calificaba ese ejercicio de directo o indirecto. La reforma del 2007, para ser coherente con el reformado 136, pero violando también el artículo 5, modificó ese artículo 70: “son modos de participación y protagonismo del pueblo, en ejercicio directo de su soberanía y para la constitución del socialismo”.

Contradicción evidente, que dada la mayor jerarquía del artículo 5 por las razones apuntadas, se resuelve en la nulidad de entender las actuaciones de los órganos del Poder Popular como ejercicio directo de la soberanía, tanto en el artículo 136 como en este artículo 70.

El artículo 5 de la Constitución, de mayor jerarquía que los reformados 70 y 136, establece que las formas directas de ejercicio de la soberanía son las que establece la Constitución y la ley, pero nunca pueden serlo las actuaciones del Poder Público, como expresamente queda definido el Poder Popular por el propio artículo 136. Luego ambos artículos reformados, 70 y 36, son inconstitucionales en cuanto declaran ejercicio directo de la soberanía las actuaciones del Poder Popular. Si así fuera, también podrían serlo las de los demás Poderes.

III. NI SUFRAGIO NI ELECCIÓN

El artículo 136 incluye la cláusula tan extraña a nuestra tradición constitucional y republicana que dice:

“Éste (el poder popular) no nace del sufragio ni de elección alguna, sino de la conducción de los grupos humanos organizados como base de la población”.

Ante frases como ésta es necesario recordar que estamos interpretando una Constitución, “norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico” (art. 7), antes que una proclama política o un texto sociológico. En consecuencia, lo que se dice aquí que “nace” (o mejor dicho, “no nace”) es un Poder Público, el Poder Popular, idéntico en naturaleza al Poder Nacional, Estatal o Municipal, y no una entidad mística, suprajurídica. En consecuencia, ya desmitificada, se rige por toda la Constitución y sobre todo por los principios fundamentales de ésta. De nuevo el artículo 5, en su aparte, ordena que:

“Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos”.

Luego, el Poder Popular está por debajo de la soberanía, como se dijo. Pero además, como asienta el mismo artículo 5 en su acápite, todo ejercicio de la soberanía implica un acto electoral, o indirecto al escoger los órganos del Poder Público mediante el sufragio; o directo al elegir en elecciones entre distintas posibilidades, como al aprobar o no una reforma constitucional, revocar un mandato, u opinar sobre materias de especial trascendencia (art. 71 al 74 de la Constitución). En lo político, el pueblo no tiene una manera de ejercer la soberanía distinta al voto, tal como se deduce de la interpretación de los artículos 5 y 70 (antes de la reforma).

De allí que la expresión de que el Poder Popular “no nace del sufragio ni de elección alguna” es abiertamente inconstitucional, pues todo Poder Público debe nacer del sufragio. Esa expresión del artículo 136 reformado repugna a los más elementales principios republicanos y, formalmente, al artículo 5 de la Constitución, superior en rango, que somete el Poder Popular al sufragio como manifestación de la soberanía popular.

Así, siendo el Poder Popular uno más entre los niveles territoriales del Poder Público, necesita como ellos una justificación democrática y un origen electivo, de acuerdo con el artículo 6 de la Constitución, también de mayor rango por encontrarse entre los principios fundamentales. Las autoridades del Poder Nacional (art. 186 y 227), del Poder Estatal (art. 160 y 162) y del Poder Municipal (art. 174 y 175) son electas popularmente; también deben serlo las del Poder Popular. Así como sería inconstitucional sostener que el Poder Nacional “no nace del sufragio ni de elección alguna”, de igual manera lo es para el Poder Popular.

IV. EL PODER POPULAR, SOMETIDO AL PODER ELECTORAL

De allí que carezca de todo sentido jurídico que el Poder Popular nazca “de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población”, pues pareciera añadirle un plus a la única condición necesaria para participar políticamente en el sistema constitucional venezolano: la condición de ciudadano. Si hay que insertarse en una organización distinta al pueblo, sea ésta un partido, una lista de beneficiarios, un programa asistencial, será inmediata la violación a los principios de igualdad y pluralismo, también de rango superior en virtud del artículo 2 de la Constitución.

Por esta misma razón, es violatorio del artículo 5 de la Constitución el numeral 6 del artículo 293 reformado, cuando hace potestativo del Poder Popular que sus elecciones sean organizadas por el Poder Electoral. Siendo un Poder Público, las elecciones de ese Poder se encuadran en el numeral 5 de ese artículo (elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos). Subsumirlo en el numeral 6 equivale a considerar al Poder Popular como una entidad distinta al Poder Público y que por ello puede tener una base electoral distinta al Registro Electoral común, con todos los efectos discriminatorios apuntados.

Reforma, Democracia Participativa y Poder Popular

Arturo Peraza

El ciudadano Presidente de la República el 15 agosto ha presentado ante la nación su propuesta de reforma constitucional. Ésta tiene un conjunto importante de aristas que progresivamente han sido comentadas por los distintos medios de comunicación e incluso en las calles, cafés y reuniones de diversos grupos de nuestras ciudades. Un problema se refiere al mecanismo usado, pues dada la entidad de la modificación propuesta, pareciese que el camino debió ser una Asamblea Nacional Constituyente. Otro se refiere al fondo mismo de la reforma que podemos sintetizarla en 4 aspectos: la creación del Estado Socialista tanto en lo político como en lo económico, el Poder Popular como cuarto poder en la distribución territorial, la centralización y reforzamiento del presidencialismo (en el cual hay que incluir la extensión del período presidencial y su reelección continua o indefinida), la Fuerza Armada Bolivariana. Hay otros aspectos en la reforma que para los sectores populares tiene gran interés, como la reducción de la jornada laboral o la creación de un fondo de pensión para trabajadores informales o por cuenta propia.

I. LA PROPUESTA DEL PODER POPULAR

De los aspectos señalados quisiéramos centrarnos en la propuesta del Poder Popular contenida al menos en los artículos: 16, 70, 115, 136, 156.35, 158 y 184. Nos preguntamos si efectivamente la reforma va en la dirección de dar mayor poder al pueblo o se trata de una velada forma de concentración del poder en manos del Poder Nacional y en concreto del Poder Ejecutivo Nacional.

Hemos insistido a lo largo de varias décadas que el camino hacia una verdadera democracia en Venezuela pasa por hacer real la condición de sujeto del pueblo, es decir que los sectores populares, que a lo largo de esta misma historia han quedado muchas veces marginados o excluidos del proceso político y social venezolano, sean reales actores y protagonistas de su proceso social y político. Muchas veces estos sectores han sido objeto de la acción política de quienes han detentado la dirección del país, pero no han sido tratados como sujeto de su propio proceso. En ello ha hecho hincapié desde que llego al poder el ciudadano Presidente de la República. De hecho una parte importante de la población que anteriormente se sentía excluida, hoy parece percibir que en el actual proceso político se le ha tomado en cuenta y que efectivamente una mayor democracia en la medida en que su voz es tomada en cuenta.

Es importante señalar que el actual proceso político ha hecho que en los sectores populares se de una explosión de organizaciones de diversa índole. Mesas de agua, centros de alimentación, comités de tierra, comités de salud, comités de abasto y alimentación, consejos comunales, bancos comunales, cooperativas de diversa índole, asamblea de ciudadanos, etc. Pero si algo le es esencial a cualquier organización popular para recibir tal calificativo es su autonomía y en particular su autonomía frente al Estado ya sea éste representado por el Poder Municipal, Estatal o Nacional. Incluso se afirma dicha autonomía frente a organizaciones políticas, económicas o religiosas.

La reforma pretende la entrega del poder al pueblo organizado y lo estructura como un cuarto nivel de poder. Este nivel es llamado Poder Popular y es caracterizado como: "(...) 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."

Este Poder Popular se ubica en el espacio local y se funda en un sistema de democracia directa en clara oposición a cualquier mecanismo representativo. Su fuerza está en la asamblea de ciudadanos quien designa a los órganos del Poder Comunal y en concreto al Consejo Comunal (artículo 184 de la reforma). Se postula mecanismos de agregación (de carácter piramidal) hasta llegar a conformar desde las comunidades, las comunas y de éstas las ciudades comunales (artículo 16 de la reforma).

A ésta entidad política se le da también entidad económica, así el artículo 115 de la reforma habla de la propiedad comunal y la propiedad ciudadana, con base a la llamada propiedad social directa. Ésta sería la base económica de sustentación real del Poder Comunal en la medida en que ella se desarrolle, aunque el Poder Popular tiene acceso al situado constitucional y al financiamiento de proyectos aprobados por el Consejo Nacional de Gobierno (artículo 185).

II. PODER POPULAR ¿SE TRATA DE UN VERDADERO PODER?

Hasta el presente todo generaría la impresión de una fuerte autonomía por parte de este nuevo poder territorial frente a los demás poderes y por lo tanto una constitucionalización de una verdadera democracia popular que en términos del artículo 158 podría calificarse de democracia socialista. Pero esta impresión comienza a deshacerse cuando vemos que el proceso es tutelado constitucionalmente por el Poder Nacional. Así el artículo 156.35 establece que es competencia del Poder Nacional: "La promoción, organización, y registro de los Consejos del Poder Popular, así como el apoyo técnico y financiero para el desarrollo de proyectos socio-económicos de la economía social, de acuerdo a la disponibilidades presupuestarias y fiscales."

Es doloroso que esta competencia no haya sido encargada al Poder Municipal, pero lo grave es la dependencia que se da entre el nuevo Poder Popular y el Poder Nacional que lo determina incluso en su reconocimiento. Ello llega al punto de que no puede existir una ciudad comunal en virtud de la decisión de sus ciudadanos de forma autónoma, sino mediante la voluntad presidencial, quien tiene exclusiva y excluyentemente la iniciativa en esta materia. Esta misma pérdida de autonomía ciudadana se da en la constitución de provincias federales, territorios federales, distritos funcionales, distrito federal, municipios federales y ciudades federales, cuyas autoridades son nombradas por el ciudadano Presidente de la República y no por la población (artículo 16).

Por otro lado la ciudad comunal no sería gobernada por alguien electo, sino eventualmente por un órgano que podemos definir como Consejo Comunal de la ciudad que nacería de un sistema de elección indirecta, pues de las asambleas de ciudadanos de las comunidades saldría el consejo comunal de la comunidad. Éste junto con los otros dentro del área o perímetro de la comuna elegiría al órgano de gobierno de la comuna. La reunión de los consejos comunales de las comunas sería la base para elegir al órgano de gobierno de la ciudad. Así

hay entre el gobierno de la ciudad y los ciudadanos una distancia de al menos dos elecciones indirectas.

III. PODER POPULAR Y DEMOCRACIA

Este es uno de los problemas que presenta la oposición entre democracia directa y representativa. Al oponerse en vez de entregar el poder al pueblo, se le quita. Es la maquinaria quien comienza a tener y controlar el poder. Volvemos al sistema ya conocido del sindicalismo por vía de agregación de sindicatos que terminan en el control por parte de la maquinaria política o lo que ocurrió en el sistema de soviets en la URSS. De la afirmación de todo el poder para el pueblo, se pasó a la de todo el poder para los soviets, de allí a todo el poder para el partido, de allí a todo el poder para el secretariado y de allí a todo el poder para el secretario del partido que en aquel momento ya era Stalin.

Esta oposición entre democracia directa y democracia representativa aleja al sistema constitucional venezolano del proyecto de democracia participativa, para construir un sistema distinto e incluso contradictorio al que se planteó el constituyente de 1999. Para que aconteciera la democracia participativa es condición necesaria la descentralización federal. Pero la reforma plantea un sistema centralista, de elecciones indirectas (por lo menos en algunos órganos del Poder Popular) y con funcionarios dependientes (no autónomos) a nivel de los gobiernos locales y regionales.

En el caso de la democracia directa, y en particular de lo que llamamos democracia plebiscitaria, se tiende a crear sistemas totalitarios, pues se confunde a la Sociedad Civil con el Estado, se niega la legítima autonomía y condición de pluralidad de esta sociedad, e incluso se llega a unificar al Estado con el gobierno y a éste con la persona que lo preside, generando sistemas personalistas. No otro fue el resultado del Leninismo y el Stalinismo como ya señalamos.

En contrapartida habría que señalar que en el caso de la democracia representativa y su actual tendencia a la tecnodemocracia se puede llegar a nuevos mecanismos de exclusión que en el fondo reproducen nuevas condiciones capacitarias e incluso cencitarias. Así la democracia deja de ser tal, para convertirse en gobierno de elites. Evitar tales desenlaces sólo es posible si integramos elementos propios del sistema representativo con elementos de la democracia directa en un nuevo sistema. De allí que percibimos a la democracia participativa como un sistema que supera dialécticamente las contradicciones propias del sistema representativo y del directo.

El respeto a los derechos humanos, en especial a la libertad de asociación y expresión, respeto al Estado de Derecho y a la separación de poderes y la posibilidad de elecciones justas suponen las condiciones necesarias para cualquier experiencia que se pretenda como democrática. Igualmente, una experiencia democrática exige el respeto al principio de igualdad formal y el impulso de procesos de mayor justicia social. Pero los mecanismos de la democracia formal no garantizan de por sí este conjunto de principios, sólo una visión de democracia integral, no sólo electoral, permitiría integrar un conjunto de principios a ciertos mecanismos para producir una experiencia política que se pretenda democrática.

IV. LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

La democracia participativa supone dos sujetos en interacción: Estado y sociedad civil. Supone la intención expresa de influir, supone la existencia de intereses sociales que se pretenden como intereses públicos, de los cuales son portadores los ciudadanos y sus organizaciones, supone la finalidad de ampliar los marcos de libertad, integrando las nociones de

libertad negativa y libertad positiva, supone la búsqueda de la justicia social tanto en el campo económico como en el campo socio cultural, por lo que tiene por fin último la *inclusión*, supone el uso de mecanismos de la democracia directa y semidirecta en el marco de una democracia representativa, supone y exige la *deliberación* y la capacidad de decisión por parte de los ciudadanos, supone la búsqueda de acuerdos con base al bien común.

Pensamos que en el plano teórico es posible integrar mecanismos directos y representativos en un solo sistema. Pero ello requiere de una estructura que se funde en dos premisas básicas. La *deliberación* como método para llegar a *decisiones* y la búsqueda constante de la *inclusión* como fin.

Definimos la democracia participativa como el modelo democrático sustentado sobre la participación ciudadana, en la cual los ciudadanos y la sociedad civil, en cuanto tales, influyen, con base a la deliberación y la decisión, en la dirección del Estado. Esto lo hacen en virtud de los intereses sociales de los que son portadores y por el derecho que nace de estos intereses a estar informados, a ser consultados, a gestionar y a controlar las decisiones públicas, con la finalidad de ampliar y hacer realidad la libertad ciudadana y la justicia social como inclusión.

Esta integración sin confusión entre Estado y Sociedad es lo que permite que puedan coexistir dialécticamente el sistema representativo y el sistema directo en la democracia participativa. Pero este modelo de integración se ve modulado por la relación espacial y la cantidad de participantes. Lo que nos conduce al problema de las escalas.

V. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y PROBLEMA DE LAS ESCALAS

En pequeñas comunidades espacial y poblacionalmente limitadas es posible la aplicación de mecanismos directos especialmente en materia de planificación y regulación normativa. Pero cuanto mayor es la escala, mayor la necesidad de aplicar mecanismos representativos. Esto nos lleva a estudiar dos sistemas de integración. El primero definido como *democratización de los subsistemas sociales*, sustentado fundamentalmente por Carol Pateman y el segundo denominado *descentralización política* defendido fundamentalmente por Macpherson.

El modelo de *democratización de los subsistemas sociales* parte de la necesaria convivencia entre el régimen representativo y el participativo, de forma tal que el segundo es un modo de corrección de las desviaciones del modelo representativo, pero incrustado en su lógica. La idea de la participación es lograr una *des-oligarquización* de los partidos, a través de la participación de los ciudadanos en diversas instancias, a la vez que significa democratizar otras instancias sociales no políticas como las empresas, la familia, escuelas, universidades, etc. En el modelo de *descentralización política* la democracia participativa implica la necesidad de que las bases tomen todas las decisiones políticas posibles, dejando la coordinación a un único centro de poder que mantiene el orden, eliminando de esta forma la democracia representativa.

Las experiencias de democracia participativa en la realidad están fuertemente vinculadas a experiencias locales como la constitución de presupuestos participativos en los municipios, o a experiencias vecinales, en las cuales asume gran preponderancia el autogobierno. Lo propiamente democrático del modelo de *descentralización política* (y su comprensión de la participación) es que entiende la democracia como democracia local. Participación, según este modelo, es que todos tengan igual derecho a participar en el ejercicio del poder, en el proceso de toma de decisiones, en la capacidad de propuesta de problemas, en la búsqueda de

alternativas, en la *deliberación* y en la *decisión* de las soluciones a los puntos planteados. Esto es sólo posible en ámbitos locales.

Pero ante la necesidad de coordinar a las diversas pequeñas comunidades, en virtud de la existencia de los Estados Nacionales, la respuesta que encuentra el modelo de *descentralización política* es crear una única instancia central de coordinación de corte monocrático. El partido. Así sucedió en la Unión Soviética durante el período Leninista y Stalinista. También ocurrió lo mismo en Yugoslavia e incluso en Cuba. El motivo de esta estructura es que la democracia participativa se piensa como contradictoria a la democracia representativa. Habría que decir que tal perspectiva puede dar al traste incluso con la autonomía local, porque en el fondo es una "democracia" supervisada desde el centro. La experiencia señaló que al negarse las estructuras de representación, los órganos locales no pasan de discutir aspectos de maquillaje, de pura política local, sin poder abordar decisiones estructurales en el país, aunque como es lógico, tales decisiones nacionales los afectasen.

El modelo de *descentralización política* postula un sistema orgánico que, partiendo de las comunidades, va creando instancias de coordinación, a través de la elección de delegados y de delegados de delegados para instancias superiores de gobierno, hasta llegar al gobierno nacional. Este modelo expresa el sistema piramidal del cual habla Macpherson. Tal esquema no hace más que redoblar el carácter representativo de lo que pretende ser una democracia participativa con tendencia a identificarse con el sistema directo. El resultado es el contrario al pretendido. Los delegados se hacen cada vez más distantes de sus supuestos delegantes o representados, pues su elección depende más de las organizaciones y maquinarias que de la gente que dice representar. Mal que supuestamente la democracia participativa desea superar. Este esquema piramidal de coordinación no logra más que sostener en el control del aparato a quien se encuentra en el centro de gestión del mismo. Esquemas de este tipo fueron implementados por los partidos políticos como Acción Democrática o COPEI evitando cambios en su dirigencia o en sindicatos como la CTV.

La predominancia del elemento comunitario está en la base de la democracia participativa, pero habría que decir que no es su único elemento y que por lo tanto siendo una condición necesaria no es suficiente. Se hace también necesario rescatar los logros del sistema de democracia formal representativo liberal y a la vez ampliarlos. En este sentido, quien esto escribe, asume como postura personal el modelo de *democratización de los subsistemas sociales*, en el cual, se busca dar el máximo de apertura posible en el nivel local (como correctamente percibe el modelo de *descentralización política*), haciendo necesaria la interacción entre la sociedad civil y los representantes de los poderes públicos, en el marco de una democracia pluralista.

Este sistema supone en principio que se respeta la autonomía y esencia de la sociedad como contradistinta al Estado. Se acepta la pluralidad de esa misma sociedad y se le invita a interactuar en virtud de los intereses de la cual es portadora, sin buscar colonizar su existencia. El Estado está conformado por representantes cuya legitimidad deriva del ordenamiento jurídico y su carácter de personas electas. Esto no así con quienes participan, pues su legitimidad no depende del número de personas que representen o su fuerza política, sino de los intereses de los cuales son portadores y las razones que los asisten. Es por ello que la relación se establece desde la *deliberación* y requiere a ambos sujetos con legitimidades diversas.

Esta integración requiere el respeto a un ordenamiento jurídico que sirva de base para la relación. Un ordenamiento que permita la interacción entre ambos principios de legitimidad, que sin desconocer su carácter dialéctico, pueden ser unidas en una unidad superior o síntesis

con base a mecanismos de participación diversos que sirven de moderación al sistema representativo. Para el modelo de *democratización de los subsistemas sociales* se debe dar una integración entre el sistema representativo y el sistema directo, siendo esta posición una de las notas fundamentales que lo diferencia del modelo de *descentralización política*.

Esta interacción entre el sistema directo y el representativo forzosamente se da en escalas, pues es distinto si se habla de un amplio territorio con una población numerosa, que de en un ámbito local. El modelo de *democratización de los subsistemas sociales* admite que existen diversos subsistemas y que dependiendo de su entidad, han de aplicarse diversos modos de democratización.

Hay pues una relación entre ambos modelos y el problema del ámbito espacio poblacional. Para el modelo de *descentralización política*, que se funda en identificar la democracia participativa con la democracia directa, el problema del espacio y de grandes poblaciones se resuelve con base a un sistema piramidal con un único control central. Para el modelo de *democratización de los subsistemas sociales*, que se funda en una visión dialéctica de integración de los sistemas representativo y directo en la democracia participativa, el problema del espacio y de la población se resuelve con base a elecciones de representantes y control social de los mismos.

En el modelo de *descentralización política* la autonomía local se afirma, pero en la realidad posteriormente queda relativizada por el control central tendiendo a generar sistemas corporativos. En el modelo de *democratización de los subsistemas sociales* se parte de la necesaria autonomía de cada subsistema y ello incluye la necesaria autonomía de las instancias locales.

VI. AUTONOMÍAS LOCALES Y DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Esto nos lleva al problema de la autonomía de las instancias locales frente al Poder Nacional. Esta autonomía se funda en el principio de *subsidiariedad* que hace centro de los procesos políticos a la persona y su autonomía, así como a las instancias más cercanas a él. La persona se encuentra invitada a ejercer su libertad y autonomía como medio de humanización y esto pasa por el hecho de que se sienta *incluida* en su capacidad de *deliberar* y *decidir* los asuntos que le afectan. Estas tres palabras señalan la dirección desde donde evaluamos los procesos: *Inclusión, deliberación y decisión*. Los tres términos los consideramos necesarios en su mutua implicación. Es en el régimen local donde los tres pueden expresarse de manera más integral. Por pensamos que existe una relación de necesidad entre la democracia participativa (como sistema para que la población participe en la *deliberación* y *decisión* de su destino con la finalidad de lograr la *inclusión*) y el principio de *subsidiariedad*.

La democracia participativa privilegia la acción directa de todos los interesados en los temas que los afectan, durante todo el proceso de *deliberación* y *decisión*. Esta actuación debe hacerse en igualdad de condiciones. Si el funcionario o el órgano con el cual se dialoga no es fácilmente asequible, o no tiene capacidad de decisión, entonces la democracia participativa deja de lado un aspecto fundamental que es la capacidad de *decisión*. Si los ciudadanos o sus organizaciones, para ejercer sus derechos a la participación, deben trasladarse geográficamente a un lugar que dista a muchas horas de sus lugares de trabajo y/o residencia, entonces la participación deja de ser igual para todos. No hay verdadera *inclusión*. Si la *deliberación* no es posible y sólo se dan elementos de consulta o decisiones plebiscitarias, entonces reducimos la democracia participativa, con los peligros que ya señalamos. La *deliberación* exige medios y espacios donde ésta pueda ocurrir y ello hasta el presente requiere del espacio local.

Por todo esto, si el espacio local no existe como ente autónomo en la democracia participativa, el resultado de esa inexistencia es el autoritarismo e incluso puede llegarse a experiencias totalitarias. Esto es lo señalado por Njaim como perversión del sistema participativo. Por eso el espacio local autónomo es una condición necesaria para la democracia participativa, si bien como ya hemos señalado no es suficiente.

Siguiendo esta lógica y bajo el principio de *subsidiariedad*, debe preferirse las instancias más locales a las instancias más generales, sin saltar los esquemas de articulación. De esta forma debe darse la mayor autonomía posible a las comunidades. Ésta se sustenta a su vez en la mayor autonomía posible a los municipios o instancias locales de gobierno. Ésta a su vez se sustenta en la mayor autonomía posible en las instancias de gobierno regional o estatal, según sea el ordenamiento jurídico político del cual se trate. Por último, la instancia nacional se convierte en garante del proceso y a su vez en parte del mismo a través de la representación.

Habría que señalar que, en la medida en que se asciende en la escala territorial se requiere de mayores elementos del sistema representativo, mientras más se desciende se pueden usar mayor cantidad de mecanismos directos. Esto se debe a la necesidad de la *deliberación* y la *democratización* de todos los *subsistemas*. En instancias más reducidas las personas involucradas pueden *deliberar* directamente y *decidir*, en instancias mayores la única forma de *inclusión* de la pluralidad es por vía de la representación.

Ahora bien, en ninguno de los niveles se debe eliminar la posibilidad de incidencia de mecanismos representativos o directos. En particular en las instancias locales debe quedar claramente diferenciado lo que pertenece al Estado de lo que es propio de la acción de la sociedad, pues la confusión conlleva a la pérdida de la autonomía propia de la sociedad civil. Por otro lado, en instancias más amplias como el nivel nacional deben implementarse mecanismos de la democracia semidirecta que garantizan el control por parte de los ciudadanos sobre sus representantes y las decisiones que éstos asuman. Por ello no deben ser obviadas las posibilidades de referendos e incluso plebiscitos dentro del marco jurídico y con límites claramente establecidos.

Puestos en este escenario de integración dialéctica (entre la democracia representativa y la democracia directa, entre las instancias comunales, locales, regionales y nacionales, entre la sociedad civil y el Estado debido a lo postulado en el modelo de *democratización de los subsistemas sociales*), bajo los principios de *subsidiariedad*, *deliberación*, *decisión e inclusión*, es que la democracia participativa adquiere su fisonomía más particular y propia como novedad histórica.

Esta novedad histórica es la que aparece como negada en el proyecto de reforma. Se trata de un sistema que abandona la democracia e incluso abandona al pueblo, sometiéndolo a una estructura corporativa, de elecciones indirectas, dependiente de un sistema central, con un calificativo ideológico (socialismo artículo 70). Si sumamos a esto la tendencia presidencialista de la reforma, aunado a una fuerte tendencia militarista de esa misma reforma, vemos como la concentración del poder y no su repartición es el eje temático real de la reforma.

BIBLIOGRAFÍA:

Bobbio, Norberto: *El Futuro de la democracia*. 3ª Edición. Fondo de Cultura Económica. Traducción de José F Fernández Santillán. Título original *Il futuro Della democrazia* 1984. México 2001.

Combellas, Ricardo: *Democratización de la Democracia*. 1º Edición. IFEDEC. Caracas 1988.

Cortina, Adela: *Ética Aplicada y Democracia Radical*. Editorial Tecnos. Madrid. 1993.

Cunill, Nuria: Participación Ciudadana. Dilemas y perspectivas para la democratización de los Estados latinoamericanos. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). Caracas. 1991.

Dahl, Robert: *Un prefacio a la Teoría Política*. UCV Ediciones de la Biblioteca. Caracas 1988.

Dieterich, Heinz: *Democracia Participativa y Protagonismo Social*. 4ª Edición. Alcaldía de Caracas. Colección Textos Políticos N° 1. Título Original *Bases de la Democracia Participativa y del Nuevo Socialismo*. Argentina 2001. Caracas 2001.

Held, David: *Modelos de Democracia*. Alianza Editorial. 2ª Edición. Traducción Teresa Albero y Adolfo Gómez Cedillo. Madrid 2001.

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL: *Federalismo y Regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* coordinado por José María Serna de la Garza. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2002.

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL: *Sistema representativo y democracia semidirecta. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Hugo A. Concha Cantú Coordinador. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 2002.

Macpherson, C. B.: *La democracia liberal y su época*. Alianza Editorial. Título Original: *The Live and Times of Liberal Democracy*. 1977. Traductor Fernando Santos Fontanela. Madrid 1997.

Macpherson, C. B.: *La Realidad Democrática. Liberalismo, Socialismo, Tercer Mundo*. Editorial Fontanella. Traducido por Carlos Sánchez Rodrigo. Título original: *The Real World of Democracy*. Oxford University Press. 1966. Barcelona 1968.

Njaim, Humberto: *Panegírico al Dr. Pascual Venegas Filardo y Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. La democracia participativa, de la retórica al aprendizaje*. Inédito. Caracas 29 de marzo de 2005.

Pateman, Carole: *Participation and Democracy Theory*. Cambridge University Press. United Kindom. 1970.

Sartori, Giovanni: *¿Qué es la democracia?* Editorial Taurus. Traducción de Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini. España 2003.

Sousa, Santos Boaventura de: *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*. Fondo de Cultura Económica. Sección Obras de Sociología. México 2004.

Vanossi, Jorge Reinaldo: *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*. Ediciones Eudeba. 3ª Edición. Buenos Aires. 2000.

Young, Iris Marion: *Inclusion and Democracy*. Oxford University Press. 2000.

La nueva geometría del Poder

Gustavo Tarre Briceño

*Profesor de Derecho Constitucional,
Universidad Central de Venezuela*

I. INTRODUCCIÓN

1) A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, se inicia en Venezuela un retorno al centralismo autoritario. En sus planteamientos fundamentales el nuevo texto constitucional reitera que nuestro país “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”. Lamentablemente no se aprovechó la redacción de un nuevo Texto Fundamental para incrementar las competencias estatales y se eliminó el Senado, cámara federal por excelencia. La aplicación de la nueva Constitución fue peor. A pesar de haber establecido el principio descentralizador, las decisiones políticas y administrativas del régimen han tenido una clara dirección centralista.

2) 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 los estados y de los municipios a percibir una proporción del ingreso público ordinario y por último, la creación de los consejos comunales pretende vaciar de contenido y de recursos a las entidades regionales existentes.¹

3) 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 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”.

4) De la propuesta presidencial que analizaremos, se desprende de manera inequívoca que se pretende modificar la Constitución para consolidar el poder central, en detrimento de los poderes estatal y municipal. Pero algo mucho más grave: Desplaza el poder regional y

¹ Para mayor información sobre este proceso de “recentralización”, ver *La Centralización del Poder en Venezuela*, del profesor Manuel Rachadell, cuya lectura es obligante para quienes se interesen por estos temas.

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” se caracteriza por el uso de conceptos imprecisos, equívocos, difusos y a veces contradictorios. Las “células geo-humanas” (ahora “células sociales”), 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. (Artículo 136)

SEGUNDO.- La propuesta es sustancialmente menos democrática y menos participativa que la actual forma del Estado. La 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 todo el texto que analizamos, pero tiene expresiones concretas en el campo de la centralización del poder.

Las Provincias Federales, los Territorios Federales, los Municipios Federales, las Ciudades Federales, y los Distritos Funcionales (así como cualquier otra entidad que establezca la Ley) serán creadas por el Gobierno Central y sus autoridades designadas de la misma manera. Ni los habitantes de las regiones y localidades afectadas, ni los consejos legislativos estatales ni los concejos municipales tendrán participación alguna en estos procesos.

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 las siguientes entidades (?) político-territoriales:

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, y cuyo Gobernador será designado por el Jefe del Estado)

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 gobernadas y administradas 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 sociales” 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 Estratégicas de Defensa** que se crearán 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 las mancomunidades de municipios que no fueron ni mencionadas ni eliminadas (artículo 170 del texto de 1999).

Esta larga enumeración es poco coherente, contradictoria y tiene por consecuencia el solapamiento de autoridades y ámbitos territoriales. La Constitución debería 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.

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 algunas regresan a ser al Poder nacional. Tal es el caso del 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. La autonomía financiera se ve mermada al repartir el Situado entre los estados, el Distrito Federal, los territorios federales, los municipios

federales, las comunas y las comunidades, de acuerdo a lo que establezca la ley orgánica del situado constitucional.

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).

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.” Del Consejo Federal de Gobierno depende el Fondo de Compensación Ínter territorial, 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.

SÉPTIMO.- Los Consejos Comunales, que no forman parte de este estudio, no pueden considerarse una modalidad nueva de descentralización pues dependen del Poder Nacional para su promoción, registro, organización y financiamiento.

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 pretende reformar.

Impacto de la Reforma Constitucional sobre las entidades locales

José Luis Villegas Moreno

Profesor de la Universidad Católica del Táchira

I. LAS ENTIDADES LOCALES EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL VIGENTE

Al igual que sucede con cualquier institución que es producto social, el perfil definitivo de las estructuras territoriales en general, y dentro de ellas de las entidades locales, se moldea en función del sistema integral dentro del cual se inscriben de manera necesaria, pues no es posible concebir entidades territoriales aisladas o desvinculadas de un marco referencial más amplio que es el Estado.

El texto constitucional de 1999 establece las bases jurídico-formales de la estructura político-territorial del Estado y, por supuesto, de las entidades locales, como parte integrante de esa organización general, que se configura no como una simple agregación de órganos o entes, sino como un verdadero sistema orgánico compuesto por figuras de diferente factura, que tiene valor y significación, en la medida en que forman parte de ese sistema. En efecto, el artículo 16 constitucional contiene:

“Con el fin de organizar políticamente la República, el territorio Nacional se divide en el de los Estados, Distrito Capital, las dependencias federales y los territorios federales. El territorio se organiza en Municipios.”

La Constitución recibe la mejor doctrina municipalista en relación a la consagración de los diferentes entes locales. El municipio constituye en la configuración constitucional la figura emblemática del sistema local, establecido como la unidad política primaria de la organización nacional (art.168 constitucional). Pero junto al municipio la Constitución recoge otras figuras locales, tanto territoriales como no territoriales¹. Es decir, como entes territoriales locales encontramos el Municipio y los Distritos Metropolitanos. Y como entes locales no territoriales, que tienen como común denominador la no territorialidad en cuanto a que se trata de estructuras organizativas, en las cuales el territorio no configura un elemento constitutivo de la entidad. Así tenemos a las Mancomunidades y las Parroquias. En este caso, los Distritos Metropolitanos y las Mancomunidades tienen carácter supramunicipal y las Parroquias inframunicipal. Esta regulación se contiene en los artículos 170 al 173 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela².

1 Sosa Wagner, Francisco, *Manual de Derecho Local*, Thomson-Aranzadi, Novena edición, Madrid 2005

2 Villegas Moreno, José Luis, *Derecho Administrativo Municipal*, Editorial Sin Límite, San Cristóbal 2007.

Por su parte el artículo 19 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal dice:

“Además de los municipios, son entidades locales territoriales:

Los distritos metropolitanos

Las parroquias y demás demarcaciones dentro del territorio del Municipio, tales como la urbanización, el barrio, la aldea y el caserío”.

La LOPPM señala que los supuestos y condiciones establecidos para la creación de estas demarcaciones dentro del territorio del Municipio, así como los recursos de que dispondrán, concatenadas a las funciones que se les asignen, incluso su participación en los ingresos propios del Municipio, deberán ser considerados en la ley estatal que la desarrolle (único aparte del artículo 19 constitucional). Señalamos como entidades especiales en el diseño existente, el Distrito Metropolitano de Caracas y el Distrito Especial del Alto Apure³.

II. LAS FIGURAS AGREGADAS AL ORDENAMIENTO TERRITORIAL VIGENTE POR LA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

La pregunta que cabe hacerse es cómo se puede descifrar lo que se ha denominado la Geometría del Poder, presentada por el Sr. Presidente de la República como uno de los motores de la revolución, y contenida en los artículos 16 y 18 de la propuesta de reforma constitucional.

Para entender este tema hemos tenido que investigar y analizar algunos aspectos vinculados con la geografía humana, e indagar donde puede anclarse esta propuesta territorial. Así, como sostiene el Geógrafo de la Universidad de los Andes José Rojas⁴, en esta concepción se sigue de cerca el pensamiento de la autora anglosajona Doreen Massey en “The Geography of Power” (2007), cuyas ideas fundamentales pueden resumirse así:

- “1.- La globalización neoliberal no es inevitable: se requieren nuevas formas de internacionalización que respeten las diferencias locales, regionales y nacionales.
- 2.- Desprenderse del fetichismo espacial, local vs. global: el capital transnacional es móvil, la pobreza social de los locales también lo es.
- 3.- En términos de poder el mundo es inmensamente desigual: las reglas y normas universales de los globales esconden la pobreza de los locales.
- 4.- Proponer formas alternativas de globalización: un paso, reconocer y privilegiar la especificidad de lo local en un mundo interconectado”.

En Venezuela estas ideas han sido difundidas por el geógrafo de la Universidad Central de Venezuela Ricardo Menéndez, asesor de la Comisión para la Reforma Constitucional, de este nuevo diseño territorial.

3 Villegas Moreno, José Luis, *Derecho Administrativo Municipal*, Editorial Sin Límite, San Cristóbal 2007.

4 Conferencia dictada en las XIII Jornadas sobre Federalismo, Descentralización y Municipio, celebradas en el Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales de la Universidad de los Andes, Mérida, 01-02 de noviembre de 2007.

Por tanto, la denominada “Geometría del Poder” es una metáfora de la geografía radical o crítica para ilustrar las formas de distribución y redistribución del poder en el espacio geográfico⁵. Esta tendencia persigue:

- “1.- Desestimar las divisiones políticas - administrativas tradicionales.
- 2.- Conceptuar al espacio como una dimensión multiescalar flexible.
- 3.- Rechazar la concentración piramidal del poder.
- 4.- Acentuar el tejido social y las especificidades de los territorios locales.
- 5.- Apuntar hacia nuevas formas de globalización: “glocales”

Así las cosas, la propuesta de Reforma Constitucional⁶ en Venezuela plantea un nuevo ordenamiento político-territorial híbrido⁷ o paralelo⁸, por cuanto a la actual división por estados, municipios y parroquias se le superponen:

- “a.- Formas socio territoriales comunales, espontáneamente agregativas en el tiempo. Son los ámbitos del poder popular: de los consejos populares a las ciudades comunales.
- b.- Formas socio territoriales subregionales y regionales agregativas atemporales. Distritos funcionales y provincias federales. Ámbitos decisorios de la Presidencia de la República.
- c.- Formas dispersas atemporales: ciudades, territorios y municipios federales; distritos insulares, regiones marítimas, regiones militares y “otras”. Ámbitos decisorios de la presidencia de la República”.

En este escenario⁹, podemos adelantar algunas reflexiones:

- “1.- La ciudad comunal sustituye al municipio como unidad primaria de la organización del territorio. Y esta figura se creará mediante referendo convocado por el Presidente de la República. En palabras del Presidente de la República “...aquí hay un cambio revolucionario extraordinario... estoy proponiendo un cambio cultural histórico...”¹⁰
- 2.- La ruralidad local desaparece. Todo asentamiento humano será conceptualizado como ciudad: por tanto se plantea una confusión entre ciudad y ciudad comunal.
- 3.- Duplicidad o contradicción entre niveles comunales y entre éstos y el poder municipal.
- 4.- Los niveles comunales desarrollan formas de autogobierno, que derivan de las asambleas populares y no de los actos del sufragio directo y secreto: entonces nos preguntamos, ¿cómo se organizan las asambleas?
- 5.- El reto de la dimensionalidad espacial flexible de las unidades comunales: Nos preguntamos, ¿cómo será el problema de los linderos”.

5 Rojas, *ob. cit.*

6 Brewer Carías, Allan: *La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 02 de noviembre de 2007)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

7 Rojas, *ob. cit.*

8 Rachadell, Manuel: *Socialismo del Siglo XXI. Análisis de la Propuesta de Reforma Constitucional presentada por el Presidente de la República*, FUNEDA, Caracas 2007.

9 Ayala Corao, Carlos: “El federalismo y la división territorial del poder”, en *La Reforma Constitucional a Debate: preguntas y respuestas*, Centro Gumilla, Caracas 2007.

10 Discurso de orden pronunciado por el Presidente de la República en ocasión de la presentación del proyecto de Reforma de la Constitución ante la Asamblea Nacional, Agosto de 2007, Ediciones de la Asamblea Nacional.

Ante este escenario son muchas las preguntas que nos hacemos respecto a la planificación o impacto aplicativo de estas instituciones¹¹:

1.- ¿Se evaluaron las Zonas de Desarrollo Económico Sostenibles (ZEDES) del 2001 y los Núcleos de Desarrollo Endógeno (NUDES) del 2004?

2.- ¿Operarían las agregaciones del poder comunal en los distritos funcionales y provincias federales?

3.- ¿Relaciones de cooperación, competencia o antagonismo entre autoridades designadas y autoridades electas? ¿Sería viable la gobernabilidad?

4.- ¿Cuáles son los criterios de agregación funcional? ¿Serán Casuísticos?

5.- ¿Y las Áreas bajo Régimen de Administración Especial, como quedan?

6.- ¿Cuál será el destino de los gobiernos municipales y estatales, dado que las únicas competencias no transferidas son salud y educación? Pareciera que su existencia es transitoria. Parece configurarse una responsabilidad ampliada del poder comunal: y así nos preguntamos, ¿ tendrá capacidad de gestión socio-territorial del poder popular?.

7.- Las máximas autoridades del poder comunal son las asambleas ciudadanas. La soberanía popular no se ejerce mediante el sufragio: ¿Poder comunal contra poder electoral?

8.- Incertidumbre en mecanismos de transferencia de recursos financieros, ¿cómo se efectuarán desde el poder central, gobernaciones y alcaldías hacia consejos, comunas y ciudades comunales?.

9.- Hibridación o paralelismo de la trama político-territorial imposibilita una lógica de desarrollo socio-territorial. ¿Cómo articular las escalas y linderos espaciales con la movilidad de los grupos humanos? La escalabilidad móvil está hoy resuelta en la geomática, pero no en el territorio.

10.-La posibilidad de gestión multiescalar y multisocietal de la ordenación del territorio está en franca contradicción con la evidente concentración del poder: ¿Cuál es la viabilidad de la geometría del poder?.

11.- El discurso de la geografía radical o crítica es débil en términos operativos¹². La geometría del poder luce como una derivación muy poco pensada para la reordenación del territorio nacional: ¿Está en sintonía con la elevada renta petrolera?

III. IMPACTO DE ESTA PROPUESTA DE NUEVAS ENTIDADES TERRITORIALES EN LAS ENTIDADES LOCALES EXISTENTES.

La propuesta de reforma constitucional, en lo referente a la organización territorial, está dirigida a desvalorizar, a desdibujar la figura de los Municipios y demás entidades locales existentes. A continuación señalamos los aspectos más relevantes de ese impacto:

1. El Municipio deja de constituir la unidad política primaria de la organización nacional (art. 168), atribución que se da a la Ciudad (art.16).

11 Compartimos lo expuesto por el geógrafo José Rojas, ya citado.

12 Rojas, *ob. cit.*

2. Se le escamotean a los municipios ámbitos territoriales, ya que se agregan los denominados municipios federales y las ciudades federales, los cuales además dependerán del Ejecutivo Nacional.

3. Se trastocan las competencias municipales por la creación de los Distritos Funcionales (art.16).

4. Se disminuirían los ingresos municipales, pese al aparente aumento del Situado¹³: El situado se calcularía sobre ingresos estimados, y no sobre ingresos realmente percibidos, ni sobre los que van a fondos de inversión. Según el Proyecto, el Situado debe ser compartido con otras figuras como las comunas y las comunidades y el porcentaje que corresponda se determina por ley.

5. Se atribuye al Ejecutivo Nacional no solo la creación y organización de impuestos territoriales o sobre previos rurales y sobre transacciones inmobiliarias, sino también la recaudación, que corresponde a los Municipios por la Constitución vigente (art. 156,15).

6. Se le sustraerán al Municipios las competencias sobre el régimen de la participación de los ciudadanos en la gestión local, la cual se asigna a los órganos del Poder Popular.

7. Se privaría al Municipio de la competencia sobre la justicia de paz, prevista actualmente en el numeral 7 del artículo 178 de la Constitución y en la Ley sobre la Justicia de Paz, y se le asignaría a los consejos comunales (art.184,7).

8. Los Consejos Locales de Planificación Pública quedan sin competencias (CLPP).

9. Se dejan sin competencias a las Parroquias y a las Juntas Parroquiales.

10. Pérdida de competencias municipales en materia de urbanismo.

11. En este escenario el Municipio quedaría para: incorporar, dentro del ámbito de sus competencias, la participación ciudadana, a través de los Consejos del Poder Popular y de los medios de producción socialista (art. 168), y transferir a las Comunidades organizadas, a los Consejos Comunales, a las Comunas y otros Entes del Poder Popular los servicios que éstos gestionen (art. 184). En otras palabras, estamos ante la crónica de una muerte anunciada de los municipios, parafraseando la novela garciamarquiana.

Para concluir esta reflexión transcribimos lo dicho por el Sr. Presidente de la República, proponente de la reforma, en el acto de presentación de los cinco motores de la revolución al anunciar la Geometría del Poder como uno de los motores de la misma. De ellas se deduce claramente lo que vendría en la propuesta de reforma:

“Yo diría que a nivel de estados la situación no es grave; ahora, donde sí es grave es a nivel municipal. Pensemos, ¿Venezuela necesita estar dividida en tantos municipios como hoy tenemos?. Hay alcaldías o municipios que tienen una extensión de territorio gigantesca, hay otros que tienen poco territorio y están superpoblados, sin capacidad de maniobra ni de decisiones y casi todo el presupuesto se va en la burocracia...”. (subrayado nuestro)

13 Rachadell, *ob. cit.*

III. Sobre la actuación internacional del Estado

La reforma del artículo 153 de la Constitución de 1999: un severo retroceso luego de un gran avance

Jorge Luis Suárez M.

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la
Universidad Católica Andrés Bello*

En 1999, un grupo de profesores y expertos en integración regional y Derecho Comunitario de Venezuela, Europa y otros países latinoamericanos, nos reunimos en Caracas, con el apoyo de la Secretaría General de la Comunidad Andina y dentro de las actividades del Foro para la Integración y el Comercio Internacional (FICI), para discutir sobre temas de esta área.

En esta reunión surgió la idea de proponer a la Asamblea Nacional Constituyente venezolana, que en ese momento se encontraba en plenas actividades en Venezuela, un capítulo para que la Carta Magna que estaba elaborándose tuviera un capítulo dedicado a la integración regional en general y sobre todo en Derecho Comunitario, en lo que la Constitución de 1961 tenía serias deficiencias y debilidades, en parte porque cuando se redactó esta última Ley Suprema no había habido los avances en esta materia que ya en 1999 se tenían, en gran parte por el extraordinario desarrollo y consiguientes aportes de lo que ahora se conoce como la Unión Europea (UE).

Lamentablemente, de ese gran capítulo propuesto a la Asamblea Nacional Constituyente por nosotros, solamente quedó en la Carta Magna de 1999 lo que la parte medular del artículo 153¹, el cual dispone, aparte de aspectos programáticos en materia de integración regional y relaciones internacionales, que era lo que originalmente iba a contener esa Constitución, según el Proyecto del Presidente Chávez, en primer lugar que la República Bolivariana de Venezuela podrá suscribir tratados internacionales para llevar a cabo procesos de integración en los que pueda atribuir el ejercicio de competencias nacionales a organizaciones supranacionales.

En segundo lugar, el artículo 153 de la Carta Magna de 1999 establece en su parte final que las normas que se adopten en estos procesos de integración supranacionales serán parte del ordenamiento jurídico venezolano y de aplicación directa y preferente en nuestro país,

1 El artículo 153 de la Constitución de 1999 reza así: "La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, **la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración.** Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. **Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.**" (negritas nuestras)

con todo lo cual se pretendía acabar de una buena vez con la discusión de si podían aplicarse, como sucede normalmente en los países miembros de las Comunidades Europeas, las normas comunitarias andinas, tal como lo tenían previsto los tratados de este proceso de integración desde 1979².

A partir del establecimiento constitucional de este novedoso artículo, que ya tenía un cercano antecedente, además de los existentes en varias Constituciones europeas, el de la Constitución de la República de Colombia, pudimos considerar sin lugar a dudas, como lo dejó sentado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en las famosas sentencias de los casos LAVE³ y Biotech del año 2005, que en Venezuela podían aplicarse, sin tener que pasar por la aprobación legislativa de la Asamblea Nacional, tal como lo establece el artículo 154 de la misma Constitución para los tratados internacionales en general, no solamente las normas que se dictaran en la entonces vigente para nosotros Comunidad Andina, de la que formamos parte desde 1973⁴, sino también las que se produjeran en cualquier proceso de integración del que Venezuela formara parte a futuro y que tuviera esta característica, como podría ser el MERCOSUR, que todavía no tiene esta naturaleza jurídica comunitaria como la Comunidad Andina, pero que podría tenerla en los años venideros, o la proyectada Comunidad Suramericana de Naciones, llamada ahora Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).

Así las cosas, el artículo 153 de la Constitución de 1999 constituyó un gran avance en materia jurídica en Venezuela, con todas las deficiencias que podía tener porque, efectivamente, fue redactado finalmente con defectos de técnica legislativa y no acogió la propuesta original nuestra en otros aspectos, porque estableció nada más y nada menos, al estilo de los desarrollados países europeos y acogiendo criterios constitucionales muy avanzados en la vecina República de Colombia, la posibilidad de que el Poder Público venezolano pudiera descentralizarse, no solamente “hacia adentro”, en desarrollo del Estado federal descentralizado venezolano previsto en los artículos 4, 157 y 158 de la Constitución de 1999, sino que también pudiera descentralizarse este Poder Público “hacia afuera”, a través de la atribución del ejercicio de competencias nacionales a las denominadas por la propia Constitución de 1999 “organizaciones supranacionales”.

-
- 2 En efecto, en 1979 se suscribió el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el cual, además de crear este órgano judicial con sede en Quito, Ecuador, con competencias propias que puede ejercer con independencia de los gobiernos nacionales, con autonomía y que crea todo un sistema judicial en el que los jueces nacionales también son jueces comunitarios, se estableció expresamente que las normas andinas tendrán aplicación directa en los países miembros desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, la primacía del Derecho Andino frente a los derechos nacionales en caso de conflicto, la seguridad jurídica en la aplicación de éste en los Estados miembros y la posibilidad de responsabilidad patrimonial de éstos frente a los ciudadanos, entre otros aspectos importantes que lo que hacía era establecer de una manera clara e indudable la supranacionalidad de esta organización de integración.
 - 3 Sobre estas sentencias véase Suárez Mejías, Jorge Luis, “La relación del derecho comunitario y los derechos nacionales diez años después: el caso LAVE”, *Derecho Administrativo Iberoamericano*, Paredes Editores, Tomo II, Caracas, 2007.
 - 4 Si bien, el Acuerdo de Cartagena se suscribió en 1969, con lo cual se fundó esta organización internacional con Chile, Colombia, Ecuador, Bolivia y Perú, originalmente llamado Pacto Andino, Venezuela se incorporó a ella en 1973, luego de resolver problemas internos y con sus socios que le impidieron entrar en esta organización desde su fundación, pese a que fue uno de los promotores originales de esta idea, junto con los gobiernos de Chile y Colombia en 1966. Lamentablemente en 1976, Chile se retiró de este pacto y Venezuela lo hizo en 2006.

Esta nueva manera de entender la descentralización, llamada comúnmente supranacionalidad, permite a este tipo de organizaciones que en gran parte de sus actividades, sin perder su esencia internacional, puedan disfrutar del ejercicio de sus competencias, las que pueden usar directamente sin reunir necesariamente a los Estados miembros en todos los casos, tener autonomía funcional, independencia de los gobiernos nacionales y generar sus propias normas, sin que para ello se interpongan obstáculos nacionales, como siempre ocurre con las organizaciones internacionales tradicionales, que fue lo que precisamente dio lugar a la creación de aquel tipo de organizaciones en la Europa de la postguerra de finales de los cincuenta.

En efecto, cuando en la quinta década del siglo XX Europa se encontraba postrada en la miseria y la destrucción por efecto de las guerras mundiales, se ideó una manera de salir de esa situación, pero también buscando que lo que se produjera de allí, con la idea original de formar un gran Estado europeo, tuviera efectividad y permitiera desarrollarse a esos países. Fue cuando se creó, en 1951, la primera comunidad europea, la del Carbón y del Acero (CECA), a la que luego se le agregaron en 1957 la Comunidad Económica Europea (CEE), ahora Comunidad Europea a secas (CE), y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o EURATOM), todo lo cual hoy, junto con otros aspectos intergubernamentales, conforma ese complejo entramado llamado Unión Europea (UE), que contiene, además, tratados y acuerdos internacionales manejados de la manera tradicional, pero que todo junto lleva adelante ese exitoso proceso de integración europeo, que hasta una moneda única (el Euro) ha logrado crear y fortalecer, con el planteamiento a futuro de avanzar hacia aspectos políticos muy importantes, hoy lamentablemente retrasados con el freno sufrido por la mal llamada Constitución Europea.

Pues bien, la manera que se pensó en Europa para salir de la ruina que dejaron las guerras mundiales y el profundo subdesarrollo de muchos de esos países fue crear otro tipo de organizaciones internacionales, siempre dentro de esta naturaleza pero aplicando principios de los federalismos nacionales, con la posibilidad de que a futuro todo ello se convierta en un nuevo Estado, lo que, independientemente de que esto se lleve a cabo, permita a Europa integrarse para desarrollarse mientras tanto.

Para lo anterior, la propia organización tenía que tener su propio poder público, que pudiera ejercer con efectividad, lo que se pensó que pudiera ser, más que con los clásicos tratados internacionales y los mecanismos intergubernamentales, lo que lamentablemente en un altísimo porcentaje tienen grandes problemas de ejecución al quedar ello en manos de los propios países, con el otorgamiento, también por tratados internacionales, del ejercicio de competencias nacionales a favor de la organización creada, que a partir de allí se considerará como "supranacional"⁵, es decir, con un estatus jurídico que las organizaciones internacionales tradicionales no tienen porque, además de su propia personalidad jurídica, pueden producir normas y actos jurídicos que no pueden tener obstáculos nacionales para su aplicación y que inclusive tienen primacía sobre los derechos nacionales en caso de conflicto entre ellos.

5 Aunque normalmente a esta situación jurídica se le denomina "supranacionalidad", ello no significa que la organización esté por encima de los Estados miembros en un plano de superioridad como pudiera interpretarse literalmente de este término, sino que la organización de esta naturaleza tiene competencias propias otorgadas por los Estados, las cuales deben ser respetadas por éstos y permitir su aplicación directa y preferente en sus territorios, con la posibilidad de incurrir en responsabilidad patrimonial si no permiten esta aplicación. Por esto, es más exacto llamar a estas organizaciones como comunitarias, porque con este mecanismo se crea una comunidad de Estados. Al respecto, véase Suárez Mejías, Jorge Luis, *El Derecho Administrativo en los procesos de Integración: la Comunidad Andina*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2005.

A este nuevo derecho, producido por estos nuevos y complejos mecanismos jurídicos, mucho de lo cual se tomó de los Derechos Constitucionales y Administrativos de los Estados, es lo que se ha denominado como Derecho Comunitario, cuyos principios rectores son, en consecuencia, su aplicación directa, preferente, su seguridad jurídica y la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros frente a sus ciudadanos.

Ahora bien, esta realidad europea, que si bien ahora está en discusión si pudiera derivar en un nuevo Estado, pero que, sin embargo no hay dudas que es un proceso de integración irreversible e indetenible y que muy pocos europeos quieren evitar porque ha dado innumerables beneficios económicos, sociales, laborales, de seguridad, culturales, pero sobre todo humanos, se quiso trasplantar a finales de los años sesenta, pero sobre todo en los setenta, a la región andina y producto de ello existe en la actualidad la hoy denominada Comunidad Andina (CAN), con una naturaleza jurídica y una organización muy parecida, para no decir igual, a las Comunidades Europeas, hasta el punto de haber creado ya una estructura de instituciones y órganos, todo lo cual se ha llamado, al estilo de la Unión Europea, Sistema Andino de Integración (SAI), con una parte estrictamente comunitaria (la CAN) y otra de naturaleza internacional pura, lo que, en todo caso, coexisten en armonía para llevar a cabo, juntas y en armonía, la integración andina.

De este proceso de integración andina formamos parte los venezolanos, más que la República Bolivariana de Venezuela, hasta el 22 de abril de 2006, cuando el Presidente de la República, en una decisión inconsulta, personalista y sin ningún tipo de control de los demás poderes del Estado⁶, basada en razones estrictamente ideológicas y subjetivas, denunció la base jurídica del mismo, el Acuerdo de Cartagena, pese a los importantes resultados que había tenido este proceso de integración para nuestro país y que nuestras relaciones internacionales, comerciales y humanas son en gran medida con los países andinos.

Ahora bien, no puede decirse que la Comunidad Andina haya tenido en nuestra región los resultados que ha tenido en Europa la hoy llamada Unión Europea. Ello jamás puede pretenderse por muchas razones, tanto porque se trata de procesos que evolutivamente son distintos, están en distintas fases de actuación, nuestras economías son más modestas, pero sobre todo por la conciencia y madurez que no se ha tenido todavía en Latinoamérica con este tipo de procesos internacionales, que no existe en los ciudadanos, gobernantes, funcionarios, legisladores y jueces una verdadera asunción y convencimiento de lo que estos procesos pueden significar al país y de su obligatoriedad y conveniencia.

Por ello, en 1999, cuando varios profesores y expertos nacionales e internacionales nos reunimos en Caracas para analizar estos temas, quisimos que nuestra Constitución, más que un artículo, que podía ser, efectivamente, algo parecido al artículo 153 de la Carta Magna de ese año, lo que tenía que tener era un capítulo entero dedicado a la integración regional, en donde se asumiera a ésta constitucionalmente hablando como política de Estado, que los tratados internacionales que los conforman no son unos tratados más sino que ellos implican una serie de obligaciones para los Estados, sus gobernantes, sus funcionarios, jueces y legisladores, adicionales y trascendentales a los que tienen los tratados internacionales clásicos.

Lamentablemente, como dijimos antes, incorporar a la Constitución de 1999 este gran capítulo sobre integración regional y Derecho Comunitario no fue posible, pero afortunadamente quedó de toda esa intención el artículo 153, con una sustancia jurídica bien interesante

6 Contra esta decisión presidencial, quien realiza este trabajo intentó una Acción de Amparo en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en agosto de 2006, la cual, lamentablemente, fue declarada inadmisibile 8 meses después, con el voto salvado de los magistrados Jesús Eduardo Cabrera y Pedro Rondón Haaz.

que permite, como lo demuestran las mencionadas sentencias LAVE y Biotech del Tribunal Supremo de Justicia, que en Venezuela se asuman los procesos de integración, pero sobre todo los tratados y normas comunitarios, con seriedad jurídica, como verdaderas fuentes de Derecho en Venezuela y que ello no quede a la discreción de los gobiernos, parlamentos o tribunales nacionales de los países, como siempre pasa con los demás tratados internacionales.

Y ha sido éste el gran defecto, más que la propia organización andina como tal, lo que ha hecho que en los países que forman parte de la CAN, las normas comunitarias no hayan tenido la efectividad deseada, al habersele puesto obstáculos administrativos, legislativos y judiciales para su aplicación. Ello porque, en gran parte, la mayoría de las Constituciones de los países andinos no han tenido una consideración vinculante de este nuevo derecho llamado Derecho Comunitario, para que éste sea tratado como tal, casi con las características del Derecho Nacional y no como tradicionales tratados internacionales.

Venezuela fue precisamente uno de los países que padeció de grandes problemas jurídicos con respecto a la aplicación de las normas andinas porque nuestra Constitución no estaba preparada hasta 1999 para aceptar la fuerza y obligatoriedad directa y preferente de las mismas como lo decían los tratados andinos y por ello, desde que nos hicimos miembros del Acuerdo de Cartagena, la actitud de los ciudadanos, gobiernos, legisladores, funcionarios y jueces nacionales era de gran indiferencia con respecto a las normas andinas y eran tratadas como normas internacionales tradicionales, que dependían, aunque tampoco debían serlo, de la discrecionalidad de los países para su obligatoriedad y aplicación.

Esta actitud de indiferencia, desconocimiento y asimilación equivocada con el Derecho Internacional de las normas andinas hizo que se produjeran sentencias, como la de la antigua Corte Suprema de Justicia en el famoso caso "Andueza" de 1990⁷, en donde se trató al Derecho Andino, no como Derecho Comunitario sino como Derecho Internacional, que tenía que pasar por aprobaciones legislativas del entonces vigente artículo 128 constitucional cada vez que fueran dictadas⁸, hoy artículo 154, pese a que los tratados andinos decían lo contrario y en general se observaba esa actitud en la aplicación diaria de las Decisiones andinas, hasta el punto que se publicaban en la Gaceta Oficial cuando ello no era necesario porque ya habían sido publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Esta negativa realidad jurídica venezolana fue la quiso acabar, y en gran parte la acabó, el artículo 153 de la Constitución de 1999, que dio lugar a sentencias ejemplares en los tribunales de instancia, como la muy comentada sentencia SOFAVEN⁹, que estableció que el

7 Sobre esta sentencia, véase el artículo Suárez Mejías, Jorge Luis, "Los principios rectores del derecho comunitario europeo en el Acuerdo de Cartagena; a propósito de la sentencia del caso Andueza de 1990", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, N° 100, Caracas, 1996.

8 Lo más grave de esta sentencia es que, aún cuando al Derecho Andino se le tratara como Derecho Internacional, que no lo era, el artículo 128 de la Constitución de 1961, como hoy el artículo 154 de la Constitución de 1999, permitía la aplicación directa de tratados internacionales que fueran desarrollo de otro ya aprobado legislativamente por el órgano legislativo nacional, sin necesidad de aprobación en cada caso. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena dijo que era correcto que el Congreso de la República venezolana pretendiera aprobar cada Decisión andina por separado, aunque ya había sido aprobado legislativamente el Acuerdo de Cartagena y ellas eran desarrollo de éste. Esta sentencia tuvo 7 votos salvados, 4 de magistrados de la Sala Político Administrativa, frente a 8 que la aprobaron.

9 Sobre esta sentencia véase Suárez Mejías, Jorge Luis, *La responsabilidad patrimonial del Estado y el Derecho Comunitario: una visión europea, andina y venezolana*, Editorial Sherwood, Caracas, 2006 y "El contencioso andino de la responsabilidad patrimonial de los Estados: el caso SOFA-

Derecho Andino y en general el Derecho Comunitario, previsto como tal en ese artículo constitucional, es, en primer lugar, fuente de Derecho y que debe ser considerado de aplicación directa y preferente en Venezuela, con control difuso de todos los funcionarios públicos, sean jueces o no, cuando el derecho nacional entre en colisión con aquél, hasta el punto de que no solamente consideró inaplicables normas nacionales que colidían con los actos andinos en discusión, sino que también anuló los actos internos violatorios del Acuerdo de Cartagena, pero sobre todo, y fue lo más destacado de esta decisión, dispuso la procedencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública venezolana, en persona de la República Bolivariana de Venezuela a través del SENIAT, favorable al demandante en este caso, con una altísima indemnización a su favor.

Una sentencia como la de SOFAVEN sin un artículo como el 153 de la Constitución de 1999, no hubiera sido posible o al menos su elaboración hubiera resultado muy difícil porque el Derecho Internacional clásico no permite en la generalidad de los casos, salvo en materia de derechos humanos, decisiones en las que un ciudadano pueda beneficiarse directamente o al menos son más engorrosos, como efectivamente pasa en los casos de responsabilidad patrimonial del Estado.

Lamentablemente, y todo hay que decirlo, el artículo 153 de la Constitución de 1999 nunca se entendió en su justa medida para la generalidad de los operadores jurídicos y no fue apreciado correctamente dándosele su verdadera trascendencia para el Derecho Público venezolano porque sentencias como SOFAVEN debieron producirse en mucha mayor cantidad porque la Administración Pública venezolana, los legisladores y los jueces actuaban regularmente contra el Derecho Comunitario y nunca se entendió en la mayoría de los casos la exacta dimensión del Derecho Comunitario. Los ciudadanos no vieron en este artículo un filón que pudiera beneficiarlos en sus vidas.

Sin embargo, producto de la corta existencia constitucional de este artículo 153, comenzó en 1999 un proceso de divulgación, investigación, desarrollo y madurez en este tema que, mal que bien, ya había comenzado a rendir sus frutos. Sentencias como SOFAVEN, así como las mencionadas LAVE y Biotech, entre otras, actividades docentes, de investigación y académicas en general, de las universidades venezolanas y organizaciones privadas, con sus respectivas publicaciones y estudios, ya se estaban realizando con normalidad, todo lo cual ahora se verá nuevamente paralizado y lo que es peor, se retrocederá jurídicamente en las consideraciones constitucionales de este tema, al redactarse ahora este artículo sin hacer mención a la llamada supranacionalidad y sus principios rectores, para colocar en su lugar un artículo que, más que previsiones jurídicas de avance, lo que dispone es un discurso político-partidista e ideológico cerrado, con posibilidades en materia internacional que alarman y que ojalá no vayan a generar en problemas que atenten contra nuestra paz¹⁰.

VEN", *Congreso Internacional sobre Derecho Administrativo. Homenaje al Profesor Luis Henrique Fariás Mata*, Universidad de Margarita (UNIMAR), El Valle (Isla de Margarita), 2006.

10 La versión final en el proyecto de reforma constitucional del artículo 153 quedó así: "La República promoverá la integración, la Confederación y la unión de América Latina y del Caribe a objeto de configurar un gran bloque regional de poder político, económico y social. Para el logro de este objetivo el Estado privilegiará la estructuración de nuevos modelos de integración y unión en nuestro continente, que permitan la creación de un espacio geopolítico, dentro del cual los pueblos y gobiernos de nuestra América vayan construyendo un solo proyecto Grannacional, al que Simón Bolívar llamó "Una Nación de Repúblicas."

La República podrá suscribir tratados y convenios internacionales basados en la más amplia cooperación política, social, económica, cultural, la complementariedad productiva Grannacional, la solidaridad y el comercio justo."

La integración económica latinoamericana en la Constitución de 1999 y en la Reforma Constitucional de 2007

María Auxiliadora Andrade

*Profesora de Integración Económica Latinoamericana
de la Universidad Simón Bolívar*

I. LA CONSTITUCIÓN DE 1999

El artículo 153¹ de la Constitución de 1999, ubicado en el título IV del Poder Público, Capítulo I De las Disposiciones Fundamentales, Sección Quinta de las Relaciones Internacionales, consagra el régimen jurídico-constitucional de los procesos de integración y establece claramente al Estado un fin delimitado que debe guiar su acción, como es la consolidación y promoción de la integración latinoamericana. Con ello, se establece una norma constitucional amplia que le permite al Estado participar en los procesos de integración económica latinoamericana, aun cuando es menester destacar que la norma constitucional solo reconoce el hecho de que el Estado ya venía formando parte de los esquemas de integración económica latinoamericanos desde sus inicios con la firma del Tratado de Montevideo (TM) de 1960 que creó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) y que luego en 1980 -tras un proceso de renegociación del patrimonio histórico de la desaparecida ALALC dentro del marco del Tratado de Montevideo de 1980- instituyó el nuevo esquema de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

Asimismo, dicha norma toma en consideración el enfoque liberal que define la integración económica en los términos de la teoría tradicional del comercio internacional, en tanto las medidas a adoptar por el Estado venezolano deben ser dirigidas a abolir las discriminaciones existentes entre países o las economías participantes, ello reconoce que la eliminación de estas discriminaciones permitirá a los países el intercambio económico así como el libre comercio.

Por otra parte, el artículo señala que la República “promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales

1 El artículo in comento establece lo siguiente: “Artículo 153. La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna”

de la región”, lo cual dependerá de que en los diferentes esquemas de integración regionales y del Caribe, sean compatibles con el régimen constitucional venezolano como lo han sido los esquemas regionales suscritos por Venezuela, tales como: la ALADI, la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Estos esquemas han logrado coincidir en el establecimiento del Mercado Común Latinoamericano, en el alcance del desarrollo económico mediante el máximo aprovechamiento de los factores de producción disponibles en la progresiva complementación e integración de sus economías, en el fortalecimiento de lazos de amistad y solidaridad entre sus pueblos, así como en un tratamiento preferencial para los países de menor desarrollo económico relativo.

Ello lo destaca el artículo en estudio cuando señala que “dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna”. (subrayado nuestro). Lo cual está referido a la cooperación con países o áreas de integración económica fuera de América Latina, así como se estipula en los objetivos de los esquemas de integración antes referidos en lo relacionado a impulsar el desarrollo de vínculos de solidaridad y cooperación con otros países y áreas de integración de América Latina.

De igual manera, también lo establece el TM de 1980 (ALADI) que acuerda la posibilidad de proyección externa, así como las acciones de Cooperación y Convergencia que en él se prevén no se agotan entre sus miembros, sino que son extendidas hacia otras naciones y áreas de integración de América Latina, todo ello dentro del marco de la Cooperación, tal y como lo expone el tratado en su artículo 26: “*Los países miembros realizarán acciones necesarias para establecer y desarrollar vínculos de solidaridad y cooperación con otras áreas de integración fuera de América Latina, mediante la participación de la Asociación en los programas que se realicen a nivel internacional en materia de cooperación horizontal, en ejecución de los principios normativos y compromisos asumidos en el contexto de la declaración y Plan de Acción para la obtención de un Nuevo Orden Económico Internacional y de la carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados*”.

Por lo tanto, los objetivos fundamentales de las Comunidades o Asociaciones que ellos forman -los Estados partes- así como sus disposiciones deberían respetarse siempre, pues su realización presenta un carácter imperativo para los Estados suscriptores de dichos Tratados de integración.

II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2007

Ahora bien, el artículo 153 del proyecto de Reforma Constitucional de 2007, estipulaba lo siguiente: “La República promoverá la integración, la Confederación y la unión de América Latina y del Caribe a objeto de configurar un gran bloque regional de poder político, económico y social. Para el logro de este objetivo el Estado privilegiará la estructuración de nuevos modelos de integración y unión en nuestro continente, que permitan la creación de un espacio geopolítico, dentro del cual los pueblos y gobiernos de nuestra América, vayan construyendo un solo proyecto Gran nacional al que Simón Bolívar llamó: “Una Nación de Repúblicas”

Dicha norma *prima facie* eliminaba una parte fundamental del texto constitucional vigente que permitía la favorable integración latinoamericana como es lo dispuesto en la norma constitucional de 1999 que refería que el Estado debía favorecer “(...) la integración lati-

noamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una Comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región(...)", con lo cual se evidenciaba que el Estado abandonaba *ipso facto* los esquemas de Integración Económica Latinoamericana existentes en América Latina, de los cuales forma parte, amén de olvidar que el Estado está obligado a asumir los compromisos adquiridos en materia económica, política, social, cultural y ambiental.

Es menester, sin embargo, advertir que la eliminación referida de lo dispuesto en el texto constitucional de 1999 *-afecta el desarrollo de los acuerdos de Alcance Parcial y los Acuerdos de Alcance Regional pertenecientes a la ALADI, así como de la CAN y del MERCOSUR-*, al desdibujar el sentido de la integración, eliminando dicha reforma, el fin del Estado venezolano favorecer la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una Comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región.

Una evidencia más patente de esta situación inconstitucional que ha venido operando en la práctica desconocedora del régimen jurídico-constitucional de los procesos de integración establecidos en la Constitución de 1999 *-que quería constitucionalizarse-* surgió con la ocasión de la crisis con el gobierno de Colombia, en la que el Estado sin motivación o argumentación de su decisión de retiro, *-no controlado jurisdiccionalmente y políticamente-* decidió ejercer una denuncia al Tratado de Creación de la Comunidad Andina², con lo cual dejamos de pertenecer a uno de los esquemas regionales que más logros y avances en el perfeccionamiento de sus instituciones haya logrado dentro de América Latina, alejándonos de los esquemas de integración estipulados en la constitución de 1999, como es la CAN, por cuanto la misma *-la constitución de 1999-* plantea como un requisito prioritario de integración la proximidad geográfica por cuanto genera grandes ventajas en lo conducente a la coordinación de políticas económicas, adopción de políticas comunes, así como facilitar la reducción en los costos de transporte y de las comunicaciones.

Valga recordar que todos los derechos y deberes adquiridos por Venezuela cesaron a partir de la comunicación de la denuncia³ al Tratado de Creación de la Comunidad Andina, quedando vigente únicamente el Programa de Liberación, programa que le permite seguir importando y exportando por un lapso de cinco años dentro de la Comunidad, aun cuando hay que advertir que se abandonan los convenios Andrés Bello y Simón Rodríguez en los temas sociolaborales y el Convenio Hipólito Unanue en materia de cooperación en salud.

2 Recordemos que el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela interpuso en fecha 22 de abril de 2006 ante la Secretaría de la Comunidad Andina la denuncia al Tratado de creación de la Comunidad Andina de Naciones, a los fines de formalizar su retiro, de conformidad con un anuncio público previo realizado por el Presidente de la República. La denuncia fue interpuesta el 22 de abril de 2006, y en fecha 27 de junio de 2006, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones emitió un auto en el marco del Proceso 145-AI-2005 (Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría contra la República Bolivariana de Venezuela) en la cual señaló que: *"...la República Bolivariana de Venezuela denunció el Acuerdo de Cartagena, finalizando de pleno derecho para ese País Miembro, desde el momento de la presentación de la denuncia, los derechos y obligaciones originados de su condición de País Miembro. Lo anterior significa que desde el momento de presentación de la denuncia del Tratado, cesaron los derechos y obligaciones que había adquirido, en el marco de la integración andina, con excepción de lo previsto en el artículo 135 [del Acuerdo de Cartagena]."*

3 La denuncia fue interpuesta el 22 de abril de 2006 ante la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Otra ruptura importante que planteaba el artículo 153 del proyecto de reforma de 2007 es que dejaba de lado la temática ambiental, el área de ciencia y tecnología y el de la cooperación en materia de lucha contra el narcotráfico -*aspectos de suma importancia en el MERCOSUR*- al cual Venezuela pasará a formar parte. De hecho, valga destacar que el ingreso al MERCOSUR plantea inevitablemente el someterse a las obligaciones del Tratado de Asunción en sus diferentes instrumentos, especialmente el Protocolo de Ushuaia (1998) sobre el compromiso democrático en el MERCOSUR, el cual en su artículo 1 establece que: “*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*”.

Otra consideración válida a este respecto es que el proyecto de reforma constitucional de 2007, en su artículo 153 contrasta en forma radical con lo que ha sido la participación de la República en los esquemas de integración económica Latinoamericana y del Caribe, en tanto en cuanto, se distancia del esquema de integración regional que ha venido conformando por largo tiempo un derecho supranacional de obligatorio cumplimiento para las partes contratantes, de allí que aspectos como: derechos de autor, derechos de propiedad industrial y el régimen aplicable a la inversión extranjera directa, entrarían en una confrontación abierta en los nuevos intereses establecidos en la reforma constitucional, que parecen enfocados mas hacia una postura política o partisana que económica, con lo cual es menester recordar que el poder político en los esquemas vigentes viene dado en tanto se aprueben mecanismos de control supranacional en los que se determinan los compromisos que son de obligatorio cumplimiento, no en cuanto a esquemas de integración con fines político-ideológicos. Recalquemos que la Integración de América Latina hay que buscarla, promoverla, asumirla como único camino viable que nos permitirá lograr una estabilidad política y económica tal y como reza el artículo 153 en vigor, pues un proceso integracionista basado solo en el aspecto político no es sustentable ya que abandona otros aspectos culturales, sociales y laborales de vital importancia. Sin embargo, esta crítica no la tomaba en cuenta la propuesta de reforma constitucional, pues en el artículo 153 enfatizaba el desiderátum político de “(...) *la creación de un espacio geopolítico, dentro del cual los pueblos y gobiernos de nuestra América vayan construyendo un solo proyecto Grannacional al que Simón Bolívar llamó “Una Gran nación de Repúblicas”*”, lo cual incluso no nos plantea esta situación como algo novedoso.

Recordemos que los procesos de integración, basados solo en el aspecto político por encima de otros aspectos culturales, sociales y laborales, consagran un problema constitucional⁴ para una buena integración del Estado Venezolano, pues desconocen la mayor de las veces -y esta es una muestra de esto-, la diversidad que existe en América Latina, la heterogeneidad, las asimetrías económicas, los intereses políticos, el no haber logrado en los esquemas vigentes la aproximación de nuestras legislaciones, las diferentes visiones de cómo insertarnos en el comercio internacional, el no superar los problemas de industrialización y de productividad como factores fundamentales y determinantes en el desarrollo de nuestros niveles de productividad y competitividad.

No puede haber una iniciativa de integración de tipo político, económico o social en forma unilateral ya que si falla uno de estos tres elementos fallará el proyecto y si le da mayor importancia a uno en detrimento de los otros se estaría perdiendo la acción integradora mas favorable a la nación. Basta destacar que un ejemplo de lo que podría ser una integración

4 V. Allan R. Brewer-Carías *Las Implicaciones Constitucionales de la Integración Económica Regional*. Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público. Universidad Católica del Táchira - Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1998, 163 pp.

fallida es el caso anómalo y particular de la conocida Alternativa Latinoamericana Bolivariana para las Américas (ALBA) -constitucionalizada además en la reforma de 2007- como principal referente de esa permanente búsqueda de nuevos proyectos en América Latina que hacen denodados esfuerzos por basarse en las tendencias de generar relaciones enmarcadas en la búsqueda de un Nuevo Orden Económico Internacional.

Por último, solo queremos destacar tres cosas, *primero*, el hecho de que ese ensayo integracionista del ALBA, es otro proyecto frustrado de convocatorias a conformar uniones en América Latina, Centro-América y el Caribe, como por ejemplo la convocatoria del Congreso Anfictiónico de Panamá de 1826, *segundo*; el grave error de basarnos en la continua ideologización de un esquema integracionista en la actualidad, pues repetirnos sería desconocer o darle la espalda a los grandes temas que se destacan en el ámbito internacional en lo comercial, económico, ciencia y tecnología en materia ambiental, etc., para plantearle a un país generalmente conformado por jóvenes un proceso de integración autarquizante e ideologizante y *tercero*, llamar la atención de que valores como el pleno ejercicio de la soberanía del Estado venezolano, la independencia política, igualdad de los Estados, libre determinación y no intervención en los asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, defensa y respeto a los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad, así como “*la más firme y decidida defensa de estos principios en los organismos e instituciones internacionales, propiciando su permanente democratización para la construcción de un orden justo y equilibrado*”; además de una política exterior orientada “*de forma activa hacia la configuración de un mundo pluripolar, libre de la hegemonía de cualquier centro de poder imperialista, colonialista o neocolonialista*,” parecieran conceptos muy contradictorios y ajenos a los esquemas de integración económica, pues bajo esos esquemas se plantea únicamente la propuesta de fortalecer el esquema “socialista” en los esquemas de integración, liquidando la seguridad jurídica en los procesos de integración económica latinoamericana, eliminadas totalmente en el proyecto de reforma constitucional de noviembre de 2007, dejando una ventana abierta a la posible ruptura de Venezuela con todos los esquemas de integración latinoamericana vigentes.

TERCERA PARTE:
ASPECTOS DEL PROYECTO DE
REFORMA QUE AFECTABAN
LA ORGANIZACIÓN DEL
PODER EJECUTIVO NACIONAL Y LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I. Sobre el presidencialismo

*Reforma constitucional 2007.
El Presidencialismo y la reelección*

Carlos Ayala Corao

*Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos.
Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Central de Venezuela*

Venezuela al igual que los demás países latinoamericanos, tienen un sistema de gobierno presidencial. Ello significa fundamentalmente que el jefe del Gobierno es el Presidente de la República, quien es electo directamente por el pueblo. Como jefe del Gobierno, el Presidente es la máxima autoridad de la administración pública, tanto de los ministerios (central) como de las empresas del estado e institutos autónomos (descentralizada funcionalmente), y de las otras administraciones nacionales (por ej. las misiones). El Presidente es además jefe de Estado; el comandante en jefe de la Fuerza Armada Nacional y dirige las relaciones internacionales del Estado.

En los países con sistema de gobierno parlamentario, el jefe de Gobierno es un Primer Ministro (o canciller o presidente) quien no es electo directamente por el pueblo sino a través de los diputados del Parlamento (cortes o cámaras bajas). El jefe de Estado suele ser un Presidente (electo por el Parlamento) o un Rey.

Los sistemas de gobiernos son diversos y variados; y básicamente dependen de las relaciones que se dan entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo para el nombramiento, ejecución y control del Gobierno. Además, las fórmulas clásicas presidencial y parlamentaria han dado lugar a fórmulas mixtas, que van desde los presidenciales con controles parlamentarios, semi presidenciales o semi parlamentarios y otros.

Si bien el sistema presidencial tuvo su origen en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, en los países Latinoamericanos hemos desarrollado un sistema propio y peculiar, donde los Presidentes tienen una serie de facultades y competencias adicionales, tanto constitucionales como políticas, que han llevado a denominar a nuestros sistemas como "presidencialistas".

Es importante anotar que muchos de nuestros presidentes antes de llegar a su cargo han sido antes *caudillos*. De allí que una vez convertidos en presidentes, las constituciones les quedan pequeñas frente a los poderes de mando militar, político social y económico, que ellos quieren ejercer. Desafortunadamente, salvo contadas excepciones, ni nuestros Congresos ni nuestras Cortes o Tribunales han sido capaces de ejercer un control efectivo sobre los abusos o excesos de poder de nuestros presidentes. A ello debemos añadir que, salvo excepciones en el siglo XIX como las de José María de Vargas, Juan Pablo Rojas Paúl y Raimundo Anduela Palacios y los presidentes entre 1959 a 1998, Venezuela ha sido gobernada por Presidentes militares. Algunos de los estudiosos europeos han llegado a concluir que los latinoamericanos elegimos a presidentes con poder absoluto y el único límite real es el temporal, es decir, la terminación de su período y la limitación de su reelección.

I. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

En consonancia con esa tradición constitucional, la Asamblea Nacional Constituyente estableció en la Constitución de 1999 una forma de gobierno presidencial, en la cual el Presidente es electo por el pueblo por la mayoría de votos por un período de 6 años, pudiendo ser reelecto de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período (art. 230). Sin embargo, antes de expirar su período, el mandato del Presidente (así como al resto de los funcionarios electos), puede ser terminado anticipadamente mediante la revocatoria popular de su mandato (art. 72). Por otro lado, la Constitución de 1999 aumentó las facultades del Presidente al otorgarle competencias nuevas o que antes estaban reservadas al Congreso ya sea por ley, o mediante autorizaciones o aprobaciones, como son los casos, entre otros, de la creación (modificación o eliminación) de Ministerios determinando sus competencias (art. 236, num. 20); el ascenso de oficiales militares a partir del cargo de coronel o capitán de navío (art. 236, num. 6); las materias en las cuales puede ser habilitado para dictar decretos leyes (art. 236, num. 8 y art. 203, último aparte); y la disolución de la Asamblea Nacional en caso de que sea removido el Vicepresidente Ejecutivo en tres oportunidades por voto de censura de la Asamblea Nacional en un mismo período constitucional (debiendo convocarse de inmediato a elecciones legislativas) (art. 236, num. 21 y art. 240).

En consecuencia, el Presidente de la República en la Constitución de 1999 ganó poderes respecto a lo establecido en la Constitución de 1961: no sólo porque su período pasó de 5 a 6 años, pudiendo ser reelecto de inmediato; sino además, por las facultades adicionales que vimos arriba. Pero además, en la práctica, el Presidente ha sido más poderoso que muchos

otros en nuestra historia, no sólo por los inmensos ingresos públicos que ha tenido el país en estos años provenientes del petróleo, sino por elementos esenciales como la falta de independencia de los demás poderes públicos, los cuales han pasado a depender políticamente del Ejecutivo Nacional. Esta falta de independencia ha llevado en la práctica a una inexistencia de los controles constitucionales que deben ejercer sobre el Presidente órganos como la Asamblea Nacional, el Tribunal Supremo de Justicia, la Defensoría de Pueblo, la Contraloría General y la Fiscalía General de la República. Además de ello es evidente la discrecionalidad con la cual se han administrado los recursos públicos a través de mecanismos que no por creativos, efectivos o innovadores, carecen de verdaderos controles.

II. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La propuesta de Reforma de la Constitución presentada por el Presidente de la República el 15 de agosto de 2007 a la Asamblea Nacional (PRC) con las modificaciones resultantes del trámite parlamentario, hacía mucho más poderoso al Presidente de la República, no sólo al aumentar su período y permitir su reelección ilimitada, sino al aumentar sus facultades y competencias.

1. *El aumento del período del Presidente*

La propuesta consistió en aumentar el período constitucional del Presidente de 6 años a 7 años, con el argumento de contar con los años suficientes para llevar a cabo el programa propuesto (PRC, art. 230). Con ello el Presidente venezolano pasará a tener el período más largo de todos los presidentes en Latinoamérica y el más largo de los períodos de nuestra historia constitucional, sólo igual al establecido por las Constituciones de la dictadura de Juan Vicente Gómez. La duración promedio de los períodos presidenciales tanto en la historia constitucional venezolana como actualmente en Latinoamérica es de 4 a 5 años. De hecho desde 1936 nuestros períodos presidenciales estuvieron fijados en 5 años. Recordemos incluso que la Reforma Constitucional del Presidente López Contreras en 1936 redujo de 7 años a 5 años el período presidencial, por considerar que éste era demasiado largo, acogiendo él mismo a la reducción aprobada (a pesar de que había sido electo por 7 años), como señal de sometimiento del Presidente a la Constitución. Nos preguntábamos una vez presentada la propuesta por el Presidente si a pesar de haber sido electo por 6 años, el actual Presidente decidiría con la bendición del Tribunal Supremo de Justicia (vgr. extensión de casi 6 meses del período pasado), que el aumento de su período a 7 años se le aplicaba de inmediato a él. Esta interrogante fue resuelta a posteriori por la propia Asamblea Nacional al incorporar la Disposición Transitoria Cuarta, conforme a la cual “El período presidencial establecido en el artículo 230 de esta Constitución se aplicará una vez vencido el actual período presidencial.”

Otro argumento que se ha dado para apoyar el aumento del período es que el Presidente está sometido en Venezuela a la revocatoria de su mandato. Si bien ello es cierto, conforme a la regulación actual hay que esperar que transcurra la mitad del período para que pueda solicitarse el inicio de la recolección de firmas para solicitar la convocatoria del referendo. Ello equivaldría en el mejor de los casos a que el referendo se lleve a cabo entre el cuarto y el quinto año del período presidencial. No obstante, desafortunadamente, las limitaciones a esta figura, las dificultades impuestas para la recolección de las firmas, y la persecución y discriminación política llevada a cabo contra los solicitantes del referendo revocatorio del Presidente entre los años 2003 y 2004 (lista “Tascón”), han impuesto restricciones serias a la posibilidad del uso efectivo de esta figura como un mecanismo de participación democrática. Para reforzar estas restricciones, en las reformas incorporadas por “iniciativa” de la Asamblea Nacional durante el debate, se reformaron los requisitos para convocar los referendos revoca-

torios, al aumentar el número de electores exigidos del 20% al 30%; y el quórum de asistencia de electores al referendo del 25% al 40% (art. 72).

2. *La reelección ilimitada del Presidente*

La propuesta consiste en eliminar la limitación contenida en la Constitución de 1999 para reelegir al Presidente "por una sola vez", para que así éste pueda ser reelecto ilimitadamente (PRC, art. 230). El argumento para sustentar esta propuesta ha sido que la limitación a la reelección presidencial es un invento del imperialismo norteamericano; que y que hay que dejar que sea el pueblo quien decida si quiere o no reelegir ilimitadamente a los presidentes.

En primer lugar convendría aclarar, que los Estados Unidos de América tenían la reelección ilimitada del Presidente en su Constitución desde 1787. Si bien siempre estuvo sujeta a críticas, no fue sino hasta que el Presidente Franklin Delano Roosevelt fue electo por cuatro períodos de cuatro años (entre 1933 a 1945) que se decidió modificar la Constitución mediante la enmienda 22 (de 1947 ratificada en 1951) para prohibir la elección de una persona para el cargo de Presidente por más de dos períodos.

En ningún país latinoamericano las Constituciones autorizan la reelección ilimitada del Presidente. En este sentido, en Venezuela, con excepción de las constituciones de 1957 (que duró apenas meses), y los dictadores Juan Vicente Gómez y Pérez Jiménez que no contenían límites expresos a la reelección, las demás constituciones hasta la de 1999 (a excepción de la de 1811) han autorizado la reelección de los presidentes ya sea de manera inmediata o después de transcurrir uno o más períodos.

Caso diferente es la elección en Europa de los presidentes en algunos sistemas semi parlamentarios o semi presidenciales, como es el caso de Francia. No obstante, el sistema francés es completamente distinto: el primer ministro comparte la jefatura del gobierno con el Presidente y puede ser destituido en cualquier momento por la mayoría parlamentaria (al igual que lo pueden ser los primeros ministros en los regímenes parlamentarios). Se trata de sistemas de gobierno distintos, con controles diferentes. Además, en Francia el período presidencial fue reducido en el año 2000 de 7 a 5 años; y el presidente electo en el año 2007, Nicolas Sarkozy, ha declarado que sería importante limitar la reelección de los presidentes en su país, para evitar que en lugar de dedicarse a ver cómo permanecen en el poder, se dediquen a resolver los problemas de la gente.

La idea detrás de limitar la reelección de los presidentes en Latinoamérica es impedir que los mandatarios se perpetúen en el poder, aún cuando puedan tener apoyo popular. Ello ha llevado a acoger constitucionalmente el principio del gobierno democrático "alternativo", que va desde la prohibición absoluta de reelección en México y la mayoría de los países centroamericanos como una cláusula no modificable ("pétreo"); y la prohibición de reelección inmediata por dos períodos (Panamá), hasta la reelección inmediata por un sólo período.

La verdad es que es muy difícil pensar que en Latinoamérica un Presidente en el poder pueda perder su reelección. De hecho prácticamente en casi todos los países donde se ha introducido la reelección inmediata (por un período), los presidentes en ejercicio han ganado su reelección. En estos países, con excepción de un caso en República Dominicana en el 2004 (Mejía) y Nicaragua en 1990 (Ortega), los Presidentes siempre han resultado reelectos en Colombia (Uribe); Brasil (Cardozo y Lula); Argentina (Menem); Venezuela (Chávez) y Perú (Fujimori). La reelección de presidentes en varios de estos países ha estado acompañada de señalamientos de desventajas a favor de los presidentes en ejercicio que asumieron simultáneamente la condición de candidatos. Las experiencias venezolanas en los años 2000

y 2006 ponen en evidencia el uso y abuso de los bienes y potestades presidenciales para favorecer al presidente-candidato.

Ello sustenta la conveniencia de que la Constitución garantice la *alternabilidad* del gobierno, estableciendo límites a la reelección del Presidente. En este sentido, la Constitución de 1999 consagra entre sus Principios Fundamentales que el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela es y será siempre "alternativo". Como dijimos antes, el jefe del Gobierno es el Presidente de la República, por lo que mientras este principio exista, es necesario que la Constitución garantice que ningún presidente pueda perpetuarse en el poder, así sea con el apoyo popular. Garantizar la terminación de períodos presidenciales y la alternabilidad luego de una sola reelección inmediata fue una decisión constituyente que nos ha acompañado en nuestra historia constitucional democrática. Su modificación no parece conveniente por los efectos que podrá traer, por lo que en todo caso, éstos deben debatirse con mucha sinceridad y serenidad. Las Constituciones son para un país, no para un presidente.

3. *El aumento de las facultades y competencias del Presidente*

La propuesta de Reforma Constitucional del Presidente de la República aumenta las facultades y competencias que tiene asignadas el Presidente de la República en la Constitución de 1999. Como vimos antes, constitucionalmente el Presidente es el jefe de Estado, jefe de Gobierno, Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional, jefe de la administración pública nacional, dirige las relaciones internacionales, administra la hacienda pública, nombra al Vicepresidente Ejecutivo, a todos los ministros, a otros altos funcionarios, a los presidentes de empresas del Estado, a los integrantes de comisiones y de otras instituciones. Igualmente como ya vimos, la Constitución de 1999 aumentó varias facultades del Presidente respecto a las que tenía asignadas en la Constitución de 1961.

Las principales facultades y competencias adicionales que se asignan expresa y directamente al Presidente de la República en la propuesta de Reforma Constitucional, son las siguientes:

1. Decretar Regiones Especiales Militares en cualquier parte del territorio y en los demás espacios geográficos de la República (PRC, art. 11).
2. Decretar Autoridades Especiales en situaciones de contingencia, desastres naturales, etc. (PRC, art. 11).
3. Crear por decreto Provincias Federales, Ciudades Federales y Distritos Funcionales, así como cualquier otra entidad que establezca la Ley (previo acuerdo aprobado por la mayoría simple de la Asamblea Nacional) (PRC, arts. 16 y 236 num. 3). La versión final de esta norma en la Reforma Constitucional aprobada por la Asamblea Nacional incluye dentro de las facultades del Presidente de la República, decretar la creación de regiones marítimas, territorios federales, municipios federales, distritos insulares, provincias federales, ciudades federales y distritos funcionales, así como cualquier otra entidad que establezca esta Constitución y la ley (art. 16).
4. Designar las autoridades de las Provincias Federales, Territorios Federales y/o Ciudades Federales (PRC, arts. 16 y 236 num.3). La versión final de esta norma en la Reforma Constitucional aprobada por la Asamblea Nacional, incluyó la facultad del Presidente de la República de designar y remover las autoridades respectivas de las regiones marítimas, territorios federales, Distrito Federal, municipios federales, distritos insulares, provincias federales, ciudades federales y distritos funcionales, así como cualquier otra entidad que establezca esta Constitución y la ley (art. 16).
5. Fijar el número, organización y competencias de las Vicepresidencias (PRC, art. 236, num. 21).

6. Nombrar a los Vicepresidentes que considere necesarios y removerlos (PRC, arts. 225 y 236 num. 4).
7. Presidir el Consejo Nacional de Gobierno y decidir a quienes de sus integrantes convoca (Vicepresidentes, Ministros, Gobernadores y Alcaldes) (PRC, art. 185).
8. Presidir el Consejo de Estado y determinar las demás personas que considere necesario convocar (además de las autoridades que señala la Constitución) (PRC, art. 252).
9. Ejercer la Suprema Autoridad Jerárquica en todos los Cuerpos, Componentes y Unidades de Fuerza Armada Bolivariana, determinando su contingente (PRC, art. 236 num.6).
10. Promover a los oficiales de la Fuerza Armada Bolivariana en todos los grados y jerarquías, y designarlos para los cargos correspondientes (PRC, art. 236 num.7).
11. Destinar la Guardia Nacional para formar cuerpos policiales con una parte de sus recursos humanos, técnicos y materiales (Disposición transitoria). Esta norma fue eliminada en la versión final de la Reforma Constitucional aprobada por la Asamblea Nacional.
12. Destinar la Guardia Nacional para conformar cuerpos de tierra, mar y aire, como parte integrante de otros componentes militares (Disposición transitoria). Esta norma fue eliminada en la versión final de la Reforma Constitucional aprobada por la Asamblea Nacional.
13. Formular directamente el Plan Nacional de Desarrollo (sin la aprobación de la Asamblea Nacional) (PRC, art. 236 num.19).
14. Establecer y regular la política monetaria (PRC, art. 236 num.12). El Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela, fijarán en coordinación las políticas monetarias y ejercerán las competencias monetarias del Poder Nacional (PRC, art. 318).
15. Administrar y dirigir las reservas internacionales de la República (PRC, art. 318)".

III. REFLEXIÓN FINAL

La propuesta de Reforma Constitucional presentada por el Presidente de la República con las modificaciones resultantes de la tramitación y aprobación parlamentaria, no sólo aumentaba el período del Presidente de la República de 6 a 7 años y permitía su reelección ilimitada, sino que además aumentaba significativa y desmesuradamente sus facultades y competencias directas en materias de gobierno, órganos de consulta, creación y nombramiento de autoridades de entidades territoriales federales, mando militar, planificación nacional y monetaria, entre otras. Estas competencias iban seguidas de una disminución de los controles de otros poderes sobre ellas.

En definitiva podemos calificar que se trataba de una reforma constitucional que propendía a la creación de una "presidencia imperial", concentrando y aumentando los poderes formales del Presidente de la República en desmedro de la participación ciudadana en el ejercicio de la democracia y el control del poder.

Esta "presidencia imperial" distorsionaría y conspiraría contra el propio ejercicio de la presidencia, ya que para poder ejercer otras materias como los ascensos de todos los militares en todos los grados y jerarquías requeriría de una dedicación personal de prácticamente todo su tiempo, para no violar la Constitución por incumplimiento de sus deberes. Lo mismo ocurriría con otras facultades como la política monetaria y la administración de las divisas. Éstas son tareas propias de órganos especializados como el Banco Central de Venezuela, que colaboran con la gestión de gobierno pero con una independencia relativa del propio Presidente.

El desmedro en la participación ciudadana como consecuencia de la “presidencia imperial” ocurriría en varios casos, como por ejemplo: el actual Distrito Metropolitano de Caracas cuyas autoridades (Alcalde y Concejales) son electos por el pueblo de la ciudad, habría pasado a ser un Distrito Federal bajo el control y mando directo del Presidente de la República, quien designaría sus autoridades. De esta forma, los caraqueños perderíamos nuestro derecho actual a elegir los gobernantes de nuestra ciudad.

Otra distorsión de la democracia ocurriría en los la creación de por parte del Presidente de la República de territorios federales, municipios federales, distritos insulares, provincias federales, ciudades federales y distritos funcionales en los cuales él designaría y removería las autoridades. En los estados del país donde se crearan provincias federales o en los municipios autónomos donde se crearan municipios federales o en las ciudades donde se crearan ciudades federales y el Presidente designara sus autoridades y les asignara a éstas sus presupuestos, se afectaría el derecho democrático ser gobernado por las autoridades que elegimos. Así mismo, se crearía una distorsión entre el gobernante designado a dedo por el Presidente con recursos y competencias que competirían con las de los gobernantes naturales electos.

*La desnaturalización del
sistema presidencial en Venezuela.
Del presidencialismo exacerbado consagrado en la
Constitución de 1999 al ultrapresidencialismo
pretendido en la Reforma Constitucional de 2007*

Carlos Luis Carrillo Artilles

*Profesor Derecho Administrativo de las
Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello*

Casi al ocaso del año 2007, en Venezuela nos encontramos ante una nueva convocatoria de pretensión de activación del poder constituyente con la intención de cambiar el texto constitucional a menos de una década de vigencia del texto de 1999 mediante una propuesta de modificación inédita en nuestra historia constitucional, que ambiciona traer aparejada los cambios más profundos y radicales en el diseño del Estado Venezolano, la ramificación del Poder Público y de la dimensión y contenido de sus relaciones con los particulares.

La particularidad de esta convocatoria, es que se arribó a dicha propuesta, implementando inexplicablemente el mecanismo previsto en el precepto 342 de reforma constitucional, a través de la exclusiva participación de la Asamblea Nacional ante la iniciativa del actual Presidente de la República, que solo fue discutida cerradamente bajo cláusula de confidencialidad, en un “Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución”, el cual aún cuando era una comisión del Ejecutivo Federal estaba singularmente compuesta por la Presidenta de la Asamblea Nacional, por la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia y Magistrada de la Sala Constitucional, la Procuradora General de la República, el Fiscal General de la República, el Defensor del Pueblo y el Ministro del Trabajo, en evidente exclusión de otros sectores representativos, del consenso y de todas las tendencias de la sociedad.

Como es fácil observar, este ejercicio fue concretado de manera absoluta y diametralmente diferente al implementado en el año de 1999, cuando expresamente se recurrió a la vía de una discusión en el seno de una Asamblea Nacional Constituyente¹ sobre un papel de trabajo presentado por el mismo Presidente de la República en su primer período gubernamental que concluyó en el texto constitucional vigente, aún cuando curiosamente las modificaciones para aquél entonces eran menos trascendentes que las actualmente sugeridas, por su impacto en la estructura del Poder Público, la organización social, el sistema económico y político, el desmontaje de la descentralización, la supuesta mutación del Estado Social de Derecho al Estado Socialista Centralizado, y los principios fundamentales.

De lo anteriormente expuesto emergería la inevitable conclusión que, en algunos de sus aspectos, los cambios normativos pretendidos en 2007, solo podrían ser materializados me-

¹ Al respecto ver nuestro análisis histórico jurídico en: Carrillo Artilles, Carlos Luis. “Las singularidades del Proceso Constituyente en Venezuela”. *Revista de Derecho Constitucional* N° 2 Editorial Sherwood. Caracas. Venezuela, enero junio 2000, pp. 183 al 214.

dante la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente de acuerdo a lo dispuesto en el precepto 347 fundamental, por ser el único vehículo constitucional para alcanzar la radical transformación del Estado y de la sociedad a los niveles insinuados², mientras que en otros aspectos, ni siquiera podrían ser conseguidos a través de ese mecanismo fundamental, en virtud de la inviabilidad de ciertos contenidos sugeridos, por su esencia regresiva, atentatoria y de involución de derechos humanos, la supresión del pluralismo y la extirpación radical de cualquier forma de disidencia frente a la irrupción y eventual establecimiento de una única fórmula de pensamiento y de una doctrina oficial híbrida "socialista bolivariana".

Ahora bien, incontrovertiblemente el texto ofertado altera la estructura fundamental de la arquitectura constitucional tradicional venezolana, promoviendo la configuración de una fórmula de Estado Socialista férreamente Centralizado, con rasgos de una omnímoda concentración de poder en cabeza del Presidente de la República, sin precedentes en nuestro devenir constitucional.

Peculiar y extravagantemente como nunca antes, al Ejecutivo Nacional y más concretamente a la figura del Presidente de la República, se le apalanca en una especie de inédita supraordinación frente a las otras ramas del Poder Público, sus autoridades y funcionarios, llegando inclusive a la expresa alusión constitucional de unirlo con el carácter de "coordinador de las relaciones con los otros Poderes (sic) Públicos Nacionales"³, con lo cual, dada la pretendida distensión de sus atribuciones y potestades se configuraría un tangible ensanchamiento y dilatación del presidencialismo en Venezuela, en una especie de salto del actual presidencialismo exacerbado consagrado en la Constitución de 1999, a lo que pudiese ser considerado como un Ultrapresidencialismo producto de la oferta de reforma.

Ejemplos que ilustran este paroxismo presidencialista, emerge de la formulación de los artículos 11, 16, 136, 230, 236, 141, 337 y la Disposición Transitoria Novena, que demuestran la efervescente concentración de poder en la figura del Presidente.

De acuerdo al artículo 11, estaría en manos del Presidente, el poder discrecional de decretar "regiones estratégicas de defensa" vinculadas con fines de protección de la soberanía, seguridad y defensa del territorio y sus espacios geográficos; al igual que decretar "autoridades especiales" en situaciones de contingencias, desastres o "cualquier otra situación" -sin determinación expresa del contenido en una franca laxitud normativa salvo la exigua alusión que se requiera la intervención inmediata y estratégica del Estado-

En virtud del artículo 16, se ansia proyectar una nueva geometría del poder, en donde solo mediante Decreto Ejecutivo del Presidente de la República en Consejo de Ministros, se podrían constituir Ciudades Comunales; y aunado al previo acuerdo aprobado por la mayoría de los Diputados de la Asamblea Nacional podría decretarse regiones marítimas, territorios federales, municipios federales, distritos insulares, provincias federales, ciudades federales y distritos funcionales, y elásticamente "cualquier otra entidad que establezca esa Constitución y la ley". Asimismo, por la simple voluntad personal del Presidente, de acuerdo al 236 numeral 4, se designaría y removería todas sus autoridades, en franca regresión a los logros que

2 En el mismo sentido, ver votos salvados de los Magistrados Jesús Cabrera Romero, y Pedro Rondón Haaz, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 2 de noviembre de 2007, en la sentencia 2042, referida a la inadmisibilidad de una acción de amparo constitucional.

3 Artículo 236 numeral 2 de la pretendida reforma propuesta, referida a las atribuciones y obligaciones del Presidente de la República.

con mucho esfuerzo y lento avance fueron alcanzados a partir de 1989, entre los cuales resalta, la elección y remoción directa mediante comicios populares de las autoridades del ejecutivo descentralizado territorial estadual y municipal. Esta proposición claramente amputa una expresión esencial de la descentralización política y por ende de la autonomía territorial, y además es evidentemente antidemocrática, involucionando a esquemas centralistas, en donde todas las instancias territoriales -preexistentes y nuevas- estarían sometidas al Poder Ejecutivo Central, bajo el imperio de la designación y remoción libre de sus titulares.

Otro de los efectos colaterales acarreados por lo que se ha denominado como la nueva geometría del poder se consagra en el artículo 164 de la aspirada reforma, al proponer un evidente cercenamiento de algunas competencias pertenecientes en la actual Constitución a las entidades federadas estaduais. Como es por todos conocido, la Constitución de 1999, apalancó al rango fundamental, algunos elementos del rango legal del proceso de descentralización territorial que se gestó a partir de 1989, mientras que la actual propuesta involuciona en diversos aspectos, entre las cuales resaltan: 1) la eliminación expresa de la facultad para dictar sus Constituciones Estaduales para organizar la ramificación del poder público estadual, en su carácter de normas de rango legal con equiparación material a lo que serían leyes orgánicas con sustrato organizativo en el ámbito federal, ahora solo pudiendo dictar un "estatuto"⁴ de ordenación; 2) la supresión del arbitrio de organizar sus municipios, ya que en la propuesta detentarían solo su coordinación⁵; 3) el retiro de la administración de minerales no metálicos, salinas y ostrales⁶, 4) se le descarta la facultad de organizar de la policía estadual suplantándose solo por su coordinación⁷; 5) se les quita la competencia de la conservación, administración y aprovechamiento de puertos y aeropuertos.

Ese desmembramiento competencial del Poder Estadual se propone frente al nacimiento -en el artículo 136- del inédito Poder Popular, quien paradójicamente se enmarca dentro de la distribución territorial del Poder Público pese a que su integración corresponde a particulares, a través de "consejos comunales, consejos de trabajadores, consejos estudiantiles, consejos campesinos, consejos artesanales, consejos de pescadores, consejos deportivos, consejos de la juventud, consejos de adultos y mayores, consejos de mujeres, consejos de personas con discapacidad", con el agravante que dicho Poder Popular es el mecanismo de ejercicio directo de la soberanía cuyo depositario es el pueblo, sin nacer del sufragio, ni de elección alguna, sino bajo la abstracción que su fuente proviene de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población.

Esta pretensión normativa resulta inviable en la praxis, por cuanto pretende extirpar radicalmente el ejercicio de democracia representativa al considerarla erróneamente excluyente y opuesta a la democracia participativa, cuando en realidad "los dos principios fundamentales de la democracia en el mundo contemporáneo siguen siendo la representación y la participación. La primera, la representación, sin duda, si a algo se contraponen es a la democracia directa: la dicotomía está aquí entre democracia representativa o indirecta y democracia directa. La segunda, la participación, a la vez, si a algo se contraponen es a la exclusión política, no a

4 Numeral 1 del artículo 156 de la pretendida reforma.
5 Numeral 2 del artículo 156 de la ofertada reforma.
6 Numeral 5 del artículo 156 de la sugerida reforma.
7 Numeral 6 del artículo 156 de la propuesta de reforma

la representación.”⁸ La democracia representativa en sociedades complejas y plurales de millones de ciudadanos, -como el caso venezolano- es absolutamente necesaria; la idea aristotélica y luego rouseoniana de democracia directa, en donde siempre se consulte cada mínima y cotidiana decisión a toda la universalidad de la población, en la actualidad es imposible, por cuanto siempre se impone en mayor o menor grado la representatividad como una forma de participación indirecta del pueblo y la sociedad en la toma de decisiones, a través del ejercicio efectivo del sufragio y consecuentemente la transferencia a mandatarios de la figura del mandato bajo el principio de responsabilidad del elegido para la función encomendada.

Ahora bien, retornando al análisis de la pretensión conformación de un Ultrapresidencialismo en la norma fundamental en Venezuela, se impone efectuar una inmersión en el artículo 230 que pretende extender ahora hasta siete años, el período presidencial que ya fue prolongado en la Constitución de 1999, de cinco a seis años, con la posibilidad inédita de reelección del Presidente inmediata e indefinida en número de veces, lo cual visiblemente desnaturaliza el principio histórico de raigambre fundamental de alternabilidad.

Sobre la extensión del período presidencial, nuestro devenir constitucional ha mutado desde un período de cuatro años -1811, 1819, 1821, 1830, 1858, 1864, 1893 y 1909-, de cinco años -1936, 1945 y 1961-, y seis años -1901, 1999 y 2000-. En torno a la plausibilidad de la reelección, las transformaciones constitucionales han abarcado desde una eventual posibilidad de ser reelegido por solo una vez sin intermisión -1819 y 1821-; la imposibilidad de ser reelegido inmediatamente solo permitiéndose la reelección luego de un período constitucional -1830, 1858, 1864, 1893, 1901, 1904, 1909, 1936, 1945 y 1947-; la eventual reelección solo luego de diez años de su mandato -dos períodos presidenciales de latencia- prevista en la Constitución de 1961; la reelección inmediata y por una sola vez en la Constitución de 1999, hasta la propuesta de 2007 de reelección sin límite en número de veces ni temporalidad de latencia, posibilitando la perpetuación individual en el ejercicio de la primera magistratura federal.

Por otra parte, las atribuciones presidenciales son laxamente extendidas en conformidad con el precepto 236, al permitírsele: numeral 1, crear y suprimir libremente “provincias federales, territorios federales, ciudades federales, distritos funcionales, municipios federales, regiones marítimas, distritos insulares y regiones estratégicas de defensa así como designar y remover a sus autoridades; numeral 5, nombrar no sólo al actual Vicepresidente Ejecutivo, que ahora se denominaría Primer Vicepresidente, sino también a otros Vicepresidentes Territoriales⁹, cuyo número y territorialidad se deja al arbitrio presidencial; numeral 6, decretar no solo la restricción de garantías en caso de declaratoria de estados de excepción, sino también además suspenderlas; numeral 8, promover en todos los grados y jerarquías¹⁰ a los oficiales de la Fuerza Armada -que ahora se pretende denominar Fuerza Armada Bolivariana-, a diferencia de la actual redacción constitucional vigente en la cual solo podría promover a los oficiales a partir del grado de coronel o capitán de navío; numeral 13, administrar fluida y discre-

8 Brewer Carías, Allan Randolph. “Democracia Municipal, Municipio, Descentralización y Lugari-zación”, *Revista Jurídica* N° 1. Universidad Arturo Michelena. Carabobo. Venezuela. Enero di-ciembre 2004

9 Numeral 2 artículo 236.

10 Numeral 8 artículo 236.

cionalmente las reservas internacionales¹¹ a su libre albedrío, ya que de acuerdo al artículo 318 estarían bajo su dirección por ser el administrador de la Hacienda Pública Nacional, y por el 321, se le permitiría establecer no solo el monto necesario para la economía nacional, sino también el monto de las reservas excedentarias que se dedicarían a fondos creados por la volición unilateral del Ejecutivo en franco rompimiento del principio de unidad del tesoro o erario público, que facultativamente pudieran ser empleados, en lo que de acuerdo a su criterio sea inversión productiva, desarrollo de infraestructura, financiamiento de las misiones, o, en la indeterminada e ilimitada enunciación de “desarrollo integral endógeno, humanista y socialista de la nación”.

Por último, intencionalmente hemos querido dejar en este opúsculo, la revisión de dos normas insertas en la propuesta de reforma que desbordan la esfera racional de potestades presidenciales, como lo son las previstas insidiosamente en el artículo 141 y en la Disposición Transitoria Novena, atribuyendo elásticas potestades normativas a quien ocupase la primera Magistratura Federal.

El artículo 141 consagra en el rango fundamental, una fractura el concepto de indivisibilidad de la Administración Pública, planteando la idea de diferentes Administraciones Públicas que estarían al servicio de los mal llamados “poderes públicos” y no como se había constitucionalizado desde 1999, de estar al servicio de los ciudadanos.

Así pues, edifica dos categorías de Administraciones Públicas, una “Burocrática Tradicional” que atendería a las estructuras previstas y reguladas en la Constitución, por ende sometida al imperio pleno de la ley y al derecho de acuerdo al principio de legalidad, y otra denominada comúnmente como “Misiones”, constituida en organizaciones de indeterminada naturaleza por su variedad, que tendrían la necesidad -por su actividad desformalizada- de acudir a sistemas excepcionales e incluso experimentales diferentes a los tradicionales, los cuales serían establecidos mediante reglamentos organizativos y funcionales por el Ejecutivo, con lo cual se abre una compuerta inusitada y extremadamente dúctil para que el Presidente en Consejo de Ministros, mediante esas normas sub legales, no solo detentase potestad organizativa genérica sino que inclusive pudiese determinar competencias, presupuesto y manejo financiero, más allá del actual poder que le otorga el 236 numeral 20 de la vigente Constitución.

Finalmente, la reforma constitucional trae insita una Disposición Transitoria Novena que dispone que el Ejecutivo Nacional podrá reglar la transición al Modelo de Economía Socialista, mediante Decretos Ejecutivos en su carácter de normas sub legales o vía Decretos Leyes como normas de rango legal, en una temporalidad indefinida hasta tanto se dicten las normas que desarrollen los principios establecidos en el artículo 112 de esa Constitución, con lo cual se unge constitucionalmente al Presidente en Consejo de Ministros, para que sobre unos supuestos amplísimos regule las libertades económicas en la conversión al indefinido modelo y sistema socio económico socialista.

Como es fácil observar de los párrafos precedentes, la pretendida oferta de reforma constitucional invita a la sociedad a que se auto inmole mediante su participación por referendo, al pretender la aprobación de una configuración constitucional de un modelo singular de ultrapresidencialismo exacerbado que consagra como nunca antes una concentración de poderes y atribuciones en cabeza de la figura presidencial.

11 Numeral 13 precepto 236.

*La concentración de poderes en el
Presidente de la República de acuerdo con la
propuesta de Reforma Constitucional sancionada por
la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007*

Margarita Escudero León

*Profesora de Derecho Constitucional de la
Universidad Católica Andrés Bello y de Derecho Administrativo
de la Universidad Central de Venezuela*

El 15 de agosto de 2007 el Presidente de la República tomó la iniciativa de reformar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en lo adelante Constitución de 1999) en 33 de sus artículos. Durante la tramitación de dicha iniciativa ante la Asamblea Nacional, ésta incorporó la modificación de otros 36 artículos del texto constitucional. Así, el 2 de noviembre de 2007 la Asamblea Nacional sancionó el proyecto de reforma de la Constitución de 1999, contentivo de 69 artículos, 15 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y una disposición final (en lo adelante el Proyecto de Reforma), el cual será sometido a referendo popular el próximo 2 de diciembre de 2007.

Dicho Proyecto de Reforma propone la radical modificación de condiciones de vida del venezolano, tales como (i) la imposición del socialismo como ideología única para la participación en la vida política del país, (ii) la eliminación de la libertad económica, (iii) la limitación del contenido de la propiedad privada, así como la eliminación de su carácter de derecho fundamental, (iv) limitaciones a la iniciativa privada, (v) limitaciones al derecho a la participación política, (v) la ampliación de los derechos fundamentales que son restringibles en estados de excepción. Asimismo se plantean trascendentales cambios institucionales y en la estructura del Estado. Por ejemplo, se plantea (i) la calificación del Estado como socialista, (ii) un debilitamiento de la autonomía e independencia de los Poderes Judicial, Ciudadano y Electoral, (iii) un cambio sustancial en la división política territorial del país, (iv) la afectación del Estado Federal, de la descentralización y de la autonomía de los Estados y municipios, (v) el debilitamiento del Banco Central de Venezuela, (vi) la posibilidad de unión en Confederación con otros Estados, (vii) la ideologización y eliminación del carácter profesional de la Fuerza Armada Nacional.

Sin embargo, más allá de la diversidad de cambios planteados que conllevan a una verdadera transformación del Estado y una regresión en materia de derechos fundamentales de los ciudadanos, una de las características más preocupantes de la reforma propuesta es la concentración de poderes en cabeza de la figura del Presidente de la República. Estas primeras reflexiones pretenden hacer una revisión rápida de este abultamiento de poderes en cabeza del jefe del Ejecutivo Nacional que, como toda concentración excesiva de poderes, facilita el abuso de poder y la violación de los derechos y libertades de los ciudadanos. Revisemos algunas de estas nuevas atribuciones.

I. EN MATERIA DE DIVISIÓN POLÍTICO-TERRITORIAL

El Artículo 16 del Proyecto de Reforma prevé la creación de nuevos entes político-territoriales como son las regiones marítimas, los municipios federales y los distritos insulares. La creación de dichos entes queda en cabeza del Presidente de la República, en Consejo de Ministros, previo acuerdo aprobado por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional. En el caso de los territorios federales, que ya existen en la Constitución de 1999, se propone que no sean creados por ley ni sujetos a referendo aprobatorio, tal como ésta establece, sino que también sean creados por el Presidente de la República, previo acuerdo de la Asamblea Nacional.

Además se establece que el Presidente de la República, en Consejo de Ministros y previo el acuerdo de la Asamblea Nacional, pueda crear también provincias federales, ciudades federales y distritos funcionales. Asimismo el Artículo 16 hace referencia a unas ciudades comunales que serán creadas sólo por el Presidente de la República en Consejo de Ministros y el Artículo 11 del Proyecto de Reforma propone que el Presidente de la República pueda decretar Regiones Estratégicas de Defensa en cualquier parte del territorio nacional.

Por último se prevé que en todas estas nuevas figuras territoriales el Presidente designe y remueva a las autoridades respectivas. Igual sucede con el Distrito Federal, cuya autoridad también sería designada y removida por el Presidente de la República. Ello claramente sustituye la voluntad del electorado en lo que respecta a la elección de sus autoridades por la sola voluntad del Presidente de la República.

II. EN MATERIA DE FUNCIÓN NORMATIVA

Las Disposiciones Transitorias Novena y Décima Segunda otorgan facultades extraordinarias de normación al Presidente de la República en Consejo de Ministros. La Disposición Transitoria Novena señala que hasta que se dicten las normas que desarrollen el modelo de economía socialista contenido en el Proyecto de Reforma, el Ejecutivo Nacional podrá regular la transición a dicho modelo. Es decir, materias de estricta reserva legal, como son las relacionadas con el derecho de propiedad, la libertad económica y la libertad del trabajo podrían ser decididas por el Presidente de la República, en desconocimiento de la garantía a la que tenemos derecho todos los venezolanos de que restricciones a nuestros derechos sólo puedan ser previstas por ley emanada de la Asamblea Nacional, órgano de representación popular.

Lo mismo sucede con la Disposición Transitoria Décima Segunda que señala que corresponde al Presidente, en Consejo de Ministros, regular el régimen de transición del Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Federal.

III. EN MATERIA DEL PODER POPULAR

El Proyecto de Reforma propone la creación de una nueva rama del Poder Público que se denominaría Poder Popular, el cual se expresaría a través de consejos comunales, de trabajadores, de campesinos, estudiantiles, entre otros. Sin embargo, el Artículo 156 numeral 35 propone que la promoción, organización y registro de estos consejos, así como el apoyo técnico y financiero que requieran esté en cabeza del Poder Nacional, lo cual implica que todas las funciones administrativas relacionadas con estos temas estarán en manos del Presidente de la República. Es decir, se trata de una rama del Poder Público que no gozaría de autonomía, supeditada principalmente al Poder Ejecutivo nacional, tal como ya sucede con los consejos comunales que existen en la actualidad.

IV. EN MATERIA ECONÓMICA

El Artículo 156 en su numeral 34 del Proyecto de Reforma propone que sea competencia del Poder Público Nacional “la gestión y administración de los ramos de la economía nacional, así como su eventual transferencia a sectores de economía de propiedad social, colectiva o mixta”. Esta redacción confirma la pretensión del Proyecto de Reforma de eliminar la libertad económica y de establecer un sistema de economía central planificada, donde sea el Estado el que establezca las actividades económicas a realizar dependiendo de las necesidades que determine tiene el pueblo venezolano. Por tratarse la gestión y administración de los ramos de la economía nacional de una función administrativa, dicha competencia quedaría en cabeza del Presidente de la República, pudiendo entenderse que éste también podría transferir ramos de la economía nacional a sectores de propiedad social, colectiva o mixta, vista la propuesta de desaparición de la libertad económica como derecho de los venezolanos. El ejercicio parcial de esta competencia se ha pretendido iniciar a través de la creación, en junio de 2007, de la Comisión Central de Planificación por parte del Presidente de la República.

V. EN MATERIA DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DURACIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN EL PODER

El Artículo 230 del Proyecto de Reforma aumenta el período presidencial a 7 años y permite reelecciones continuas. La gran concentración de poderes que propone el Proyecto de Reforma en cabeza del Presidente de la República, incluidos sus poderes de manejo de todos los recursos financieros del Estado, le otorgan un claro ventajismo electoral que hace poco probable la posibilidad de alternancia en el poder y en consecuencia de un verdadero control popular sobre la gestión del Jefe del Estado.

El Artículo 141 del Proyecto de Reforma propone que se creen dos categorías de la Administración Pública: las administraciones públicas burocráticas o tradicionales y las “misiones” que son aquellas organizaciones que ha ido creando el Presidente de la República para afrontar variados problemas del pueblo venezolano y que pasan ya de la veintena. Ahora bien, se propone que la actividad de las “misiones” sea regulada por “sistemas excepcionales e incluso experimentales, los cuales serán establecidos por el Poder Ejecutivo mediante reglamentos organizativos y funcionales”. Es decir, que podrían dejar de aplicarse a las “misiones” los principios tradicionales a los que la ley somete a la Administración Pública, dejando su funcionamiento y control a la sola voluntad del Presidente de la República.

Por su parte, el numeral 20 del Artículo 236 del Proyecto de Reforma propone que el Plan de Desarrollo Integral de la Nación, que formula el Presidente de la República, no requiera de la aprobación de la Asamblea Nacional. Es decir, se elimina el control político que existía sobre la función planificadora del Presidente de la República.

VI. EN MATERIA DE FUERZA ARMADA

El Proyecto de Reforma establece, en el numeral 8 del Artículo 236, que será el Presidente de la República quien promoverá a los oficiales de la Fuerza Armada en todos los grados y jerarquías, a diferencia de lo que en la actualidad establece la Constitución de 1999 que le da competencia para promover a los oficiales sólo a partir del grado de coronel o coronela o capitán o capitana de navío. Por su parte el Artículo 329 crea un nuevo componente de la Fuerza Armada, la Milicia Popular Bolivariana.

Asimismo se incorporan en los Artículos 328 y 329 modificaciones que incorporan elementos propios del proyecto político del Presidente de la República, tales como que la Fuerza Armada deje de ser una institución profesional y sin militancia política, y pase a ser un cuerpo patriótico, popular y antiimperialista; que en vez de no estar al servicio de persona o parcialidad política alguna pase a no estar al servicio de oligarquía alguna o poder imperial extranjero. Dichas modificaciones sugieren una Fuerza Armada que proteja el proyecto político encabezado por el Presidente de la República.

VII. EN MATERIA DE ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO

En el Artículo 156 del Proyecto de la Reforma, que establece las competencias del Poder Nacional, se desfigura el Estado federal descentralizado, asumiendo el Poder Nacional competencias actuales de los Estados y Municipios, afectando de forma importante la autonomía de éstos y tendiendo a una clara centralización del poder. Así, por ejemplo, el Ejecutivo Nacional asumirá competencias en materia de ordenación y gestión de Estados y Municipios, políticas de control fiscal, carreteras y autopistas nacionales, puertos y aeropuertos, aprovechamiento de minerales no metálicos, salinas y ostrales, impuestos territoriales o sobre predios rurales y sobre transacciones inmobiliarias. Además de ello se le transfiere la "competencia residual" de los Estados a la República, por lo que toda materia que no esté atribuida expresamente a la competencia estatal o municipal será de la competencia de los órganos nacionales. Asimismo, el Artículo 18 le otorga al Ejecutivo Nacional un importante número de competencias en materia de ciudades, propias de los Municipios, de acuerdo con la Constitución de 1999.

VIII. SISTEMA MONETARIO NACIONAL

El Proyecto de Reforma propone la modificación de los Artículos 318, 320 y 321 de la Constitución de 1999. Dicha propuesta elimina la autonomía del Banco Central de Venezuela, convirtiéndolo en un ente del Ejecutivo Nacional, supeditado al Plan Nacional de Desarrollo que el Presidente de la República formula. Asimismo se propone que sea el Ejecutivo Nacional el que fije, a través del Banco Central de Venezuela, las políticas monetarias y que éste ejecute la política cambiaria, regule la moneda, el crédito y fije las tasas de interés, conjuntamente con el Ejecutivo Nacional.

Además se traspaşa del Banco Central de Venezuela al Presidente de la República la administración de las reservas internacionales, quien además establecerá las reservas excepcionarias, las cuales podrá destinar a las misiones y al desarrollo socialista de la nación.

IX. ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Los Artículos 337, 338 y 338 del Proyecto de Reforma proponen una modificación sustancial del régimen de los estados de excepción, dándole importantes atribuciones nuevas al Presidente de la República y eliminando controles que sobre éste contiene la Constitución de 1999.

Así, tenemos que (i) se le permite al Presidente de la República la restricción de las garantías al derecho a la información, a los derechos humanos intangibles y algunas relacionadas con el derecho al debido proceso (tales como presunción de inocencia, reserva legal sancionatoria, cosa juzgada, etc.); (ii) se eliminan los límites de tiempo a los estados de excepción y se incorpora la posibilidad de decretar un nuevo estado de excepción (estado de alerta); (iii) se elimina el mandato de que una ley determine las medidas que el Presidente de

la República puede adoptar en un estado de excepción (y además se deroga la actual ley en la materia); (iv) se elimina la obligación que tiene el Presidente de la República de presentar ante la Sala Constitucional el decreto que declara el estado de excepción; (v) se elimina la posibilidad de que la Asamblea Nacional revoque el estado de excepción decretado; (vi) se eliminan las exigencias de que el decreto de estado de excepción cumpla con las garantías del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

X. CONSEJO NACIONAL DE GOBIERNO Y CONSEJO DE ESTADO

Se propone la modificación de los Artículos 185 y 252, estableciendo que el Consejo Federal de Gobierno (cuyo nombre se propone sea cambiado a Consejo Nacional de Gobierno y cuyas competencias en materia de descentralización se transforman en competencias de planificación) y el Consejo de Estado (órgano superior de consulta del Gobierno) serán presididos por el Presidente de la República y no por el Vicepresidente Ejecutivo, como lo prevé en la actualidad la Constitución de 1999.

De todo lo anterior es evidente que el aumento de poderes en cabeza del Presidente de la República abarca diversos y múltiples sectores constitucionales. No existe en la historia constitucional venezolana un tratamiento ni remotamente similar de la figura del Presidente de la República, atreviéndonos a decir que no tiene similar en el Derecho Comparado de los Estados democráticos.

El pretender que un Presidente de la República (i) pueda gobernar indefinidamente, (ii) tenga competencias en materia de creación de figuras territoriales y de designación de las autoridades de éstas, (iii) pueda dictar normas que restrinjan derechos fundamentales de los ciudadanos, (iv) pueda administrar y gestionar todos los sectores de la economía nacional, (v) controle una rama del Poder Público, como es el Poder Popular, (vi) pueda definir el control de su propia administración cuando la realiza a través de las "misiones", (vii) tenga una Fuerza Armada que apoya su proyecto político, (viii) pase a tener competencia plena en todas las políticas económicas y en la administración de las reservas internacionales, (ix) asuma competencias que históricamente han sido de los Estados y Municipios, y (x) tenga tan amplios poderes en estados de excepción, pretende un gobernante con un poder desmesurado y dañino para un Estado de Derecho, para un sistema democrático. No podemos olvidar que las democracias se fundamentan en el equilibrio de poderes y en el control del poder. Un poder excesivo, la historia lo demuestra, facilita los abusos, la violación de las libertades de los ciudadanos, facilita la tiranía.

La ampliación de los poderes presidenciales en la práctica y en el proyecto de Reforma Constitucional de 2007

Aurilivi Linares Martínez

*Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela
y Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política,
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid*

Una vez más se apeló a la reforma constitucional como mecanismo para lograr mayor concentración de poder.¹ Pero, en esta oportunidad, los venezolanos rechazaron, con tan sólo el 50,7% de los votos, la reforma constitucional propuesta por el Presidente Hugo Chávez y sancionada por la Asamblea Nacional en 2007. De haber resultado victorioso el "SÍ" en el referéndum aprobatorio del pasado 2 de diciembre, ¿qué cambios habría supuesto para el presidencialismo venezolano el nuevo diseño institucional de los poderes presidenciales? La expectación que produce conocer cuánto poder podría haber ganado el Presidente en razón de una reforma constitucional que constituyó, sin duda, un proceso inédito en nuestra historia republicana, nos motivó a escribir estas breves notas. Nuestro propósito no es sólo encontrar una respuesta a la duda planteada, sino también precisar qué relación existe entre los poderes formales del Presidente y su desempeño efectivo, teniendo en cuenta que en los últimos años Hugo Chávez ha ido alcanzado, en la práctica, altos niveles de concentración de poder, con independencia del texto constitucional de 1999.

El informe más reciente del Banco Interamericano de Desarrollo (*La Política de las Políticas Públicas. Progreso Económico y Social en América Latina*, 2006), destaca que, de acuerdo con la medición tradicional de los poderes presidenciales que refiere la amplia literatura empírica sobre los presidencialismos latinoamericanos², en Venezuela los Presidentes son débiles en relación con sus poderes constitucionales, pero cuentan con poderes partidistas moderadamente fuertes.³ Ahora bien, el Presidente Chávez, como titular de un liderazgo

1 A lo largo de la década de los años noventa, algunos presidentes latinoamericanos han utilizado la reforma constitucional como mecanismo para lograr la ampliación de los poderes presidenciales, la prolongación del mandato, o la disolución y renovación del Congreso. Este recurso fue hábilmente utilizado por el Presidente venezolano en 1999.

2 En la literatura que subraya la heterogeneidad al interior de los presidencialismos latinoamericanos, la medición y comparación de los poderes presidenciales parte del análisis tanto de las atribuciones constitucionales (legislativas y no legislativas) de los Presidentes, como de los poderes que derivan del nivel de apoyo partidista en el ámbito legislativo, pues la resultante del concurso de ambas categorías de poderes parece condicionar la capacidad presidencial para influir en la agenda política.

3 Esta opinión coincide con la ya expresada en años anteriores por Mainwaring, S. y S. M. Shugart (1997), *Presidentialism and the Party System*, en *Presidentialism and Democracy in Latin America*. New York: Cambridge University Press; Crisp, B. F. (1998), El sistema electoral venezolano y las relaciones entre los poderes gubernamentales, *Cuestiones Políticas*, N° 21: pp. 11-46; y Levine, D. y B. Crisp (1999), Venezuela: características, crisis y posible futuro democrático, *América La-*

enérgico, ha hecho uso y abuso de un temperamento hegemónico desde su llegada a la presidencia en 1999. Sin duda, es un mandatario que ha gozado, en todo momento, de mayorías representativas en la Asamblea Nacional, de dilatados apoyos partidistas y corporativos, y de una gran popularidad. Sus gobiernos se han caracterizado por una concentración amplia de poderes en manos de una única magistratura y poco respeto por los equilibrios institucionales, pues hasta ahora los distintos poderes públicos -ocasionalmente independientes y sistemáticamente debilitados en sus funciones de control sobre el Ejecutivo- no han hecho un contrapeso eficaz al progresivo encumbramiento del poder presidencial.

La pregunta que surge en este momento es ¿por qué el actual Presidente venezolano se percibe más fuerte de lo que deriva del diseño formal de los poderes presidenciales? Algunas señales reveladoras de la realidad política permiten responder a esta interrogante. Centrándonos sólo en un ejemplo, podemos mencionar que, en 2001, el presidente Chávez aprobó, en Consejo de Ministros, cuarenta y nueve decretos con fuerza de ley -que en su mayoría fortalecieron la intervención del Estado en la economía- en uso de las facultades extraordinarias que le había conferido la Asamblea Nacional a través de una Ley Habilitante -la segunda en menos de dos años⁴-, para dictar medidas legislativas en diversas materias por espacio de un año. Se trató de un procedimiento reñido con el concepto "participativo" de la Constitución de 1999, que permitió que tales decretos con fuerza de ley fuesen aprobados para regular distintas materias sin previa deliberación, ni negociación entre los sectores afectados y el gobierno, desnaturalizándose, de esta forma, el marcado carácter excepcional de las potestades normativas extraordinarias del Presidente, y reduciéndose significativamente las funciones legislativas de la Asamblea Nacional.

No podemos negar que las Leyes Habilitantes son una práctica habitual en Venezuela, pero los Presidentes anteriores a Hugo Chávez sólo fueron favorecidos con una habilitación legislativa, cuya duración no excedía de un año. Sólo dos ex Presidentes, que contaron con apoyo mayoritario en el viejo Congreso, podrían asimilarse a Chávez, sin llegar a superarlo en cuanto al importante número de decretos con fuerza de ley emitidos dentro del período señalado en las respectivas Leyes Habilitantes⁵. Sin embargo, la inoperancia del poder Legislativo respecto del obligatorio control posterior de dichos decretos con fuerza de ley, parece ser una constante en todos los períodos presidenciales en los que se ha delegado al Presidente el poder de legislar por decreto. Esta situación se agravó, sin embargo, en el caso del Presidente Chávez, debido a que la Comisión de seguimiento de la habilitación de la Asamblea Nacional no sólo no se reunió ni interpeló funcionarios para conocer los contenidos de los

tina Hoy, N° 21, abril: pp. 5-23, en atención al sistema presidencialista imperante en la Constitución de 1961.

4 En virtud de la Ley Habilitante que, en 1999, aprobó el entonces Congreso para que el Presidente gobernara por decreto durante seis meses, en materia económica y financiera, Chávez sólo pudo crear dos nuevos tributos y una reforma a la ley de Impuestos Sobre la Renta, debido a la férrea oposición que protagonizó el propio órgano legislativo.

5 Entre 1961 y 1994 se dictaron en Venezuela, al menos, 194 decretos con rango de ley. Los Presidentes Carlos Andrés Pérez (1974-1979) y Jaime Lusinchi (1984-1989), cuyo partido Acción Democrática (AD) siempre contó con mayoría en el Congreso, firmaron 53 y 71 decretos, respectivamente, aunque en el caso de Lusinchi más de la mitad de los decretos emitidos se usaron con el único propósito de vender bonos gubernamentales para refinanciar la deuda pública de acuerdo con lo pautado por la Ley Habilitante. En el caso del Presidente Rafael Caldera, en 1994 el Congreso le delegó la autoridad para decretar leyes en materia económica y financiera sólo durante treinta días, en los cuales Caldera únicamente emitió 4 decretos legislativos justificados por la Ley Habilitante. *Cfr.* Crisp, B. F. (1998), *ob. cit.*, pp. 30-36.

decretos legislativos, sino que, además, no precisó con cuidado las materias que podrían ser objeto de regulación por el Presidente.

El apoyo fuerte y disciplinado del poder Legislativo al Presidente ha generado tanto un fracaso de las actividades de control, como una voluntad de ceder atribuciones propias, delegándole la capacidad de legislar por decretos. Así pues, con un apoyo tácito de la Asamblea Nacional -al que se sumó después el del Tribunal Supremo de Justicia⁶-, el Presidente Chávez no ha tenido, ni tendrá, ningún temor en utilizar a placer los poderes para legislar por decreto, incluso cuando no parezca imperioso apelar a esta facultad. Téngase en cuenta que, en 2007, ante una Asamblea Nacional en la cual no hay ningún tipo de oposición al gobierno, ya que está totalmente conformada por partidarios del Presidente⁷, este último solicitó y obtuvo la sanción de una Ley Habilitante que le permite, durante un período de 18 meses, legislar en cualquier materia. Con ello, nuevamente, el Presidente podrá seguir emitiendo decretos con fuerza de ley sin transparencia alguna, sin que se conozcan los proyectos ni puedan debatirse, y sin que se realice la consulta pública que exige la Constitución de 1999.

Aunque parezca paradójico, según la Constitución de 1999, el Presidente sigue sin tener verdaderos poderes de decreto⁸ para defender o cambiar, según el caso, el *estatus quo* contra los intentos contrarios de las mayorías legislativas. Sin embargo, este texto constitucional mantuvo la atribución que tiene el Presidente para dictar, previa autorización con una Ley Habilitante, "decretos con fuerza de ley", eliminando las restricciones que existían en la Constitución de 1961 en relación con las materias que pueden ser objeto de una Ley Habilitante.⁹ Siendo ello así, dudamos que la actual fortaleza del Presidente para influir en la agenda legislativa resulte, esencialmente, del diseño de los poderes presidenciales que recoge la Constitución de 1999. Si bien las reformas institucionales incorporadas con ocasión del proceso constituyente tuvieron nombre y apellido, no debe sorprendernos que la Constitución de 1999 defienda el predominio del poder Ejecutivo sobre los otros poderes del Estado y facilite,

6 Obsérvese que siempre que el poder Ejecutivo controle políticamente al poder Legislativo, y éste último tenga la posibilidad de elegir y remover, en cualquier momento, a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia por mayorías no calificadas, implica que la justicia en Venezuela ha quedado a la merced del poder político, como en efecto ha ocurrido en la práctica.

7 Como resultado de las elecciones legislativas de 2005, los partidos oficialistas ganaron la totalidad de los escaños en la Asamblea Nacional, en virtud de que los partidos de oposición boicotearon dichos comicios. De esta forma quedó asegurada la aprobación, casi unánime, de las políticas legislativas del gobierno de Chávez, dada la ausencia de una verdadera tacha por parte de la oposición política dentro de la Asamblea Nacional.

8 Según Carey, J. y M. Shugart (1998), *Executive Decree Authority*. Cambridge: Cambridge University Press, los poderes de decreto se refieren a poderes propios del Presidente que la Constitución le otorga para legislar sin el poder Legislativo, en todas o sólo determinadas materias, cuya mayor o menor incidencia en la agenda política se mide por la menor o mayor posibilidad que tenga el Parlamento para modificar o derogar posteriormente los decretos dictados por el Presidente, respectivamente. Tales poderes deben diferenciarse de otras facultades normativas presidenciales, como la de dictar decretos con rango de ley que le sean delegados por el Congreso, pues en estos casos los poderes del Presidente se ejercen de acuerdo con los lineamientos y controles previamente establecidos en las Leyes Habilitantes.

9 Esta facultad no está circunscrita expresamente a las materias económicas y financieras en la Constitución de 1999. Sin embargo, la habilitación legislativa en el texto constitucional tiene de entrada sus límites en cuanto al *quórum* de aprobación (tres quintas partes de los integrantes de la Asamblea), requisito no contemplado por cierto en la Constitución de 1961, así como la exigencia de que la Ley Habilitante establezca expresamente en su texto tanto las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al presidente, como la fijación del plazo de su ejercicio.

de forma directa o indirecta, el reforzamiento de los poderes presidenciales, pese al incremento de restricciones al ejercicio de ciertas facultades, y la introducción de instituciones parlamentarias o semipresidencialistas con la intención de establecer límites y contrapesos frente al significativo poder real de los presidentes venezolanos.¹⁰ Lo que sí nos parece claro es que no existe una asociación directa entre poderes institucionales formalmente atribuidos al Presidente y su desempeño efectivo, pues el poder real de éste no depende únicamente de sus atribuciones formales, sino de los distintos recursos de poder que maneje en ejercicio del gobierno. De manera que, para evaluar la capacidad de que dispone el Presidente para intervenir en la realidad política, es necesario no sólo tener en cuenta los poderes constitucionales y partidistas, sino además el creciente culto a la personalidad que va tomando cuerpo en el país, la capacidad del Presidente de proveer carreras exitosas para sí mismo y sus acólitos, atendiendo, de alguna forma, las demandas corrientes de sus cuadros partidistas, de acuerdo con la cultura política; la calidad de liderazgo del Presidente; la debilidad de los controles del poder Legislativo y la falta de autonomía del poder Judicial para administrar justicia.

En un contexto político obviamente favorable al Presidente, como el que hemos descrito, se planteó la reforma constitucional en 2007. Tanto en el proyecto presentado por el Presidente como en la reforma constitucional sancionada por la Asamblea Nacional, las particularidades del sistema presidencialista de la Constitución de 1999 se mantuvieron intactas¹¹. No obstante, la reforma trae consigo innovaciones significativas respecto de las atribuciones constitucionales del Presidente, que fortalecen su predominio sobre los otros poderes públicos, y afectan distintos aspectos fundamentales del Estado que rompen con la tradición constitucional venezolana. En efecto, la reelección indefinida del Presidente junto a una prolongación del mandato a siete años, evapora materialmente del texto constitucional el principio de la alternabilidad, cuyo objeto central es la consolidación democrática del pluralismo político.¹² Además, en virtud de la denominada nueva geometría del poder, consistente en el "reordenamiento socialista de la geopolítica venezolana", se pone fin a la autonomía de los municipios, que quedan sujetos completamente al poder central; se usurpa el derecho ciudadano a elegir las autoridades locales y regionales al otorgarse al Presidente la facultad para nombrarlas; y la división político territorial del país deja de ser una materia de rango constitucional y

10 Cfr. Fernández Toro, J. C. (2000), "Las reformas político-institucionales en la Constitución de 1999", *Revista de Derecho Constitucional*, N° 3, julio-diciembre: pp. 101-150.

11 La Constitución de 1999 pretende establecer una forma de gobierno básicamente presidencialista, pero introduciendo algunos elementos que permitan flexibilizar la rigidez propia de este sistema, y de hecho el texto constitucional no equipara al poder Ejecutivo con el Presidente. Pero en todo caso la figura del Presidente ocupa una incuestionable posición de preeminencia, no sólo dentro del poder Ejecutivo, sino en el conjunto de los poderes del Estado. Esta posición se manifiesta en la importancia de las atribuciones que la propia Constitución le concede como cabeza del Estado, del poder Ejecutivo y del Gobierno.

12 Téngase en cuenta, además, que el efecto teórico compensatorio a la reelección del Presidente, consistente en la posibilidad de que siempre se pueda revocar su mandato mediante referendo revocatorio, se hizo menos participativo y más enrevesado en virtud de las innovaciones introducidas con la reforma constitucional que dificultan tanto su convocatoria como la posibilidad de que triunfen. Ello es así porque se aumenta el porcentaje de electores que debe solicitarlos hasta el 30%, y para que salgan adelante debe acudir a la votación al menos el 40% del censo. Al respecto, Cfr. Brewer-Carías, A. R. (2007), *La reforma constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

pasa a ser una materia de la sola regulación ejecutiva.¹³ La tendencia a la militarización junto a la capacidad del Presidente para decidir todos los ascensos militares y comandar la Fuerza Armada, resultan preocupantes, así como también que la proclamación y la determinación de las garantías constitucionales que pueden suspenderse o restringirse en los estados de excepción, queden supeditadas únicamente a la voluntad del Presidente. La posibilidad de formular y dirigir el Plan Nacional de Desarrollo, manejar las reservas internacionales y establecer, junto al Banco Central, la política monetaria, disminuye, a nuestro juicio, la capacidad de control del Legislativo respecto de los actos del Ejecutivo y la colaboración entre los poderes públicos; elimina la autonomía del Banco Central, sometiéndolo plenamente al Ejecutivo; y formaliza la ruptura definitiva del principio de la unidad del Tesoro con la constitucionalización de mecanismos de financiación paralelos al presupuesto, creados con la sola decisión del Presidente.

En conclusión, la reforma constitucional procura acentuar el presidencialismo que ha distinguido la Constitución de 1999, y consolidar, por consiguiente, un modelo de Estado caracterizado por la definitiva centralización y concentración total del poder en la única decisión del Presidente. Las críticas que en alguna oportunidad generó la ampliación de los poderes presidenciales en la Constitución de 1999, se han visto potenciadas ahora respecto del contenido del proyecto de reforma constitucional de 2007, particularmente desde el punto de vista del presidencialismo, pues modificaciones como las descritas exponen al sistema político al riesgo de una "dictadura democrática", y refuerzan la tendencia hacia un liderazgo personalista y hegemónico, y una mayor influencia del Presidente para imponer sus políticas de gobierno y llevar adelante sus objetivos de cambio. Una mala noticia, sin duda, para la actual democracia venezolana, caracterizada por la debilidad institucional, la personalización creciente de la política y la concentración de poderes en la figura presidencial.

13 La reforma constitucional defiende la reducción del número de municipios y la creación de dependencias o territorios federales con un régimen político-administrativo especial, basado en los consejos comunales. Así, se autoriza al Presidente, en Consejo de Ministros, para que "previo acuerdo aprobado por la mayoría simple de los diputados y diputadas de la Asamblea Nacional", pueda "decretar regiones marítimas, territorios federales, municipios federales, distritos insulares, provincias federales, ciudades federales y distritos funcionales, así como cualquier otra entidad que establezca esta Constitución y la Ley" (artículo 16), e incluso "designar y remover sus autoridades, conforme a la ley" (artículo 236).

II. Sobre la administración pública

El trastocamiento de la Administración Pública en la Reforma constitucional de 2007

José Antonio Muci Borjas

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello

1. El artículo 141 de la Constitución de 1999 dispone que “la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos...”. Dispone además que la actuación de dicha Administración “... se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

2. Centremos ahora nuestra atención en el artículo 141 según el Proyecto de Reforma de la Constitución de 2007 (en lo adelante, por causa de brevedad, la Reforma), que contiene dos proposiciones, a saber:

a) De acuerdo a la primera, “las Administraciones Públicas son las estructuras organizativas destinadas a servir de instrumento a los poderes públicos para el ejercicio de sus funciones para la prestación de los servicios, se fundamentan en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley”.

b) Conforme a la segunda, hay dos tipos o categorías de Administraciones Públicas, a saber: “las administraciones públicas burocráticas o tradicionales, que son las que atienden a las estructuras previstas y reguladas en esta Constitución; 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”.

3. Dejando de lado la pobre técnica legislativa de la Reforma, la lectura comparativa de las dos previsiones permite constatar cuanto sigue:

a) La expresión Administración Pública en singular es sustituida por Administraciones Públicas en plural. De acuerdo a la Reforma esas Administraciones Públicas estarían integradas, primero, por una Administración burocrática o tradicional, y, segundo, por otra, denominada “misiones”, sometida a reglas o principios (sistema) “...excepcionales e incluso experimentales...”.

b) La Administración “...al servicio de los ciudadanos...” es reemplazada por Administraciones “...destinadas a servir de instrumento a los poderes públicos para el ejercicio de

sus funciones...”. Nótese que la Reforma no hace ninguna alusión a los ciudadanos. No lo hace porque las Administraciones forman parte de un sistema Estado-Céntrico¹.

c) La Administración, sometida a la ley y al Derecho en la Constitución de 1999, es sustituida por Administraciones sometidas a la ley, sólo a la ley, a la ley “a secas”. El sometimiento al Derecho como un todo desaparece de la letra de la norma.

d) Es al Ejecutivo, mediante “...reglamentos organizativos y funcionales...”, a quien incumbe dictar las reglas que disciplinan a las “misiones”, esto es, a las Administraciones no tradicionales, no burocráticas.

4. Centremos nuestra atención en las “misiones”. Y para hacerlo permítasenos una brevísima digresión: Al Estado, esa organización que surge en la Europa del siglo XVI, se desarrolla en el siglo XVIII y domina en los siglos sucesivos, para luego entrar en crisis en el siglo XX, lo distingue -lo caracteriza- el surgimiento de una burocracia profesional² (*Beamtenstaat*). En la medida en que se han ido incrementando las tareas y actividades de los órganos llamados a ejercer el Poder Público, esa burocracia profesional no ha hecho otra cosa que crecer y desarrollarse. Siendo esto así, lo que la Reforma propone con las “misiones” es un modelo de organización social distinto, sustancialmente diferente, en el que una parte significativa de las Administraciones Públicas³ se caracteriza por ser “no burocrática”. Este modelo de organización, insistimos, es distinto al del Estado moderno tal y como lo conocemos. ¿Cuáles son las notas que identifican ese nuevo modelo? Ante esta pregunta, de difícil respuesta por la muy deficiente redacción de la norma y la ausencia de una exposición de motivos que la justifique, la clave de la respuesta pudiera encontrarse en tres datos o circunstancias, preocupantes por lo demás, que de seguida mencionamos: Primero, que en la Reforma se afirma que la autogestión, la “autogestión comunal”, constituye un medio de participación; segundo, que uno de los objetivos de la Revolución Soviética era precisamente la eliminación

1 Con la venia de estilo, en esta misma obra véase José Antonio Muci Borjas, “La suerte de la ‘libertad económica’ en el Proyecto de Reforma de la Constitución de 2007”.

2 Giannini, Massimo Severo, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Dott. A Giuffrè Editore, 1981, Milano, p. 6.

3 Para la fecha en que escribimos este ensayo, el Gobierno venezolano contaba con veintiún (21) “misiones” (Árbol, Barrio Adentro, Ciencia, Cultura, Guaicaipuro, Hábitat, Identidad, Madres del Barrio, Mercal, Milagro, Miranda, Negra Hipólita, Piar, Revolución Energética, Ribas, Robinson I y II, Sucre, Villanueva, Vuelvan Caracas y Zamora). Esas “misiones” realizan actividades verdaderamente heterogéneas, como despertar el interés por los bosques, favorecer el equilibrio ecológico y la recuperación de los espacios degradados (Árbol); garantizar el acceso a los servicios de salud de la población excluida (Barrio Adentro), restituir los derechos de los pueblos y comunidades indígenas (Guaicaipuro); dotar en pocos minutos de cédula de identidad tanto a venezolanos como a extranjeros (Identidad); apoyar a las amas de casa en situación de pobreza extrema (Madres del Barrio); efectuar el mercadeo y comercialización al mayor y al detal de alimentos y otros productos de primera necesidad (Mercal); operar de afecciones de la vista a los ciudadanos de menores recursos (Milagro); organizar y entrenar la Reserva de la Fuerza Armada Nacional (Miranda); combatir la marginalidad y ayudar a los niños de la calle (Negra Hipólita); promover el uso racional de la energía a través del empleo de bombillos ahorradores de energía (Revolución Energética); enseñar a leer y escribir a los analfabetos (Robinson I y II); garantizar el acceso a la educación universitaria a todos los bachilleres sin cupo (Sucre); y, reorganizar la tenencia y uso de las tierras ociosas con vocación agrícola (Zamora). A todas esas misiones nacionales, verdaderas Administraciones paralelas creadas por el Ejecutivo sin fundamento constitucional, habría que agregar las “misiones” Distritales y Locales creadas por la Reforma (artículo 16).

de la burocracia, que debía ser sustituida por un sistema de autogestión, de autogobierno⁴; y, tercero, que en la Reforma se afirma, así lo proclaman los artículos 16 y 318, que Venezuela es un “Estado Socialista”⁵.

5. Siempre en materia de “misiones” permítasenos una segunda digresión: Con la Revolución francesa se crea un novedoso tipo de Estado que fue denominado Estado de Derecho Administrativo. Del modelo estatal inglés, por una parte, ese Estado -de Derecho Administrativo- toma prestado el principio de división de poderes y el principio de la primacía de la ley, del cual se deriva el principio de legalidad administrativa. De la estructura del Estado Absoluto de la Iluminación, por la otra, el Estado de Derecho Administrativo toma prestada la idea de una normativa especial -el Derecho Administrativo-, destinada a regular la actividad de la Administración Pública, y transforma los poderes absolutos de la corona en poderes del Estado regulados -sometidos- a la ley⁶.

Sentadas esas premisas, las “misiones”, Administración Pública que ni es burocrática ni es tampoco tradicional, nos merecen dos reflexiones complementarias:

a) Nótese, primero, que las “misiones” no atienden “...a las estructuras previstas y reguladas en esta Constitución”. A tales estructuras sólo responde la Administración burocrática o tradicional. Ahora bien, teniendo presente que en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se afirma que por “estructura” ha de entenderse la distribución y orden con que está compuesta una obra, la norma pareciera sugerir, y esta posibilidad es motivo de alarma, de profunda angustia, que las “misiones” no se encuentra sometidas, *exempli gratia*,

4 En 1974 García Pelayo afirmaba textualmente: “...recordemos que entre los objetivos esenciales de la Revolución soviética estaba la extinción de la burocracia, que sería sustituida por un sistema de autogestión...” (García Pelayo, Manuel, “Burocracia y Tecnocracia y otros escritos”, en *Obras Completas*, Volumen II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 1.390). En la Reforma se alude tanto a la autogestión (artículo 70) como al autogobierno (artículos 16 y 136). De acuerdo al artículo 70, ya lo anotábamos, “...la autogestión comunal...” es medio “...de participación y protagonismo del pueblo, en ejercicio directo de su soberanía y para la construcción del socialismo”. De acuerdo al artículo 16, “a partir de la comunidad y la comuna, el Poder Popular desarrollará formas de agregación comunitaria político-territorial... que constituyan formas de autogobierno y cualquier otra expresión de democracia directa”. En esta última norma se agrega que “la Ciudad Comunal se constituye cuando en la totalidad de su perímetro se hayan establecido las comunidades organizadas, las comunas y el autogobierno comunal, por decreto del Presidente..., en Consejo de Ministros”. Finalmente, en el artículo 136 se dispone que “el Poder Público se distribuye territorialmente en la siguiente forma: el Poder Popular, el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional”; 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 de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población”; y que “el Poder Popular se expresa constituyendo las comunidades, las comunas y el autogobierno de las ciudades...”.

5 En el artículo 16 -según la Reforma- se lee cuanto sigue: “Las comunas serán las células sociales del territorio y estarán conformadas por las comunidades, cada una de las cuales constituirá el núcleo territorial básico e indivisible del Estado Socialista Venezolano...». En el encabezamiento del artículo 318 -siempre según la Reforma- se dispone 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 esta última norma se agrega que “el Banco Central de Venezuela es persona de derecho público sin autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas correspondientes, y sus funciones estarán supeditadas a la política económica general y al Plan de Desarrollo Integral de la Nación para alcanzar los objetivos superiores del Estado Socialista y la mayor suma de felicidad posible para todo el pueblo”.

6 Giannini, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, Volume Primo, Dott. A Giuffrè Editore, 1970, Milano, p. 28.

ni al principio de la primacía de la ley, ni tampoco al principio de legalidad administrativa, toda vez que éstos, en su condición de “estructuras” previstas y reguladas por la Constitución, sólo vinculan a la Administración Pública burocrática o tradicional.

b) Nótese, segundo, que a las “misiones” las caracteriza, las distingue, su funcionamiento de acuerdo a sistemas que se califican como “...excepcionales e incluso experimentales”. Pues bien, habida consideración que por “sistemas” ha de entenderse el conjunto de reglas o principios que regulan una materia (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española), al afirmarse que las misiones están sometidas a reglas o principios extraordinarios, de excepción, es decir, a cánones distintos, menos rigurosos, que aquellos que regulan la actuación de la Administración Pública burocrática, porque de lo que se trata de atender “...las más sentidas y urgentes necesidades de la población...”, se sientan las bases para que éstas extravagantes Administraciones obren al margen -entre otros- de los principios de la primacía de la ley y legalidad administrativa. El Derecho que ha de regular a estas “misiones” no es el Derecho Administrativo, al menos en los términos en que lo conocemos hoy en día. Habida consideración que para la burocracia es clave “...una estricta observancia de las reglas”⁷, por una parte, y por la otra, esa exigencia resulta incompatible con organizaciones como las “misiones”, que han de obrar en un ambiente caracterizado por la existencia de circunstancias especiales (“...atender a la satisfacción de las más sentidas y urgentes necesidades de la población [mediante]... la aplicación de sistemas excepcionales e incluso experimentales...”), entonces, esto es lo que la Reforma sugiere, la vinculación de las “misiones” con la ley es “otra”. Para muestra un botón: Comoquiera que la Reforma prevé los gastos de las “misiones”, en lugar de hacerse con cargo a la Ley de Presupuesto aprobada por la Asamblea Nacional, serán financiados con las reservas excedentarias que el Banco Central de Venezuela debe entregarle a los “fondos” que disponga el Ejecutivo Nacional (artículo 318), las “misiones” quedan excluidas de la regla conforme a la cual “no se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto” (artículo 314 de la Constitución. La realización de gastos públicos sin autorización legislativa previa erosiona gravemente el principio de división del Poder Público y de colaboración entre los órganos llamados a ejercerlo, por una parte, y por la otra, crea una odiosa -irrazonable- excepción a los principios de transparencia y rendición de cuentas.

Como se ve, el modelo de Estado que la Reforma propone, que la Reforma contempla, no es el Estado de Derecho Administrativo previsto en la Constitución política de 1999. El modelo, así de simple, es “otro”.

6. La creación de una Administración Pública, aludimos a las “misiones”, ajena a las reglas y principios que gobiernan a la Administración Pública tradicional, no puede ser reconciliada con la idea del Estado de Derecho. Más aún, no puede ser reconciliada con el artículo 2° de la Constitución de 1999, cuya letra resta formalmente inalterada, a tenor del cual “Venezuela se constituye en un Estado Democrático y Social de Derecho...”. Y comoquiera que la reforma, que según el artículo 341 de la Constitución de 1999 es mecanismo idóneo sólo para la “...revisión parcial de esta Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas...”, siempre y cuando “...no [se] modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional...”, por una parte; y por la otra, la constitución de Venezuela en Estado Democrático y Social de Derecho contemplada en el artículo 2° constitucional (Título I, “Principios Fundamentales”) es uno de esos principios fundamentales, la crea-

7 García Pelayo, Manuel, *Op. cit.*, p. 1.393.

ción de estas novedosas Administraciones Públicas no puede ser el producto -el resultado- de una simple reforma constitucional.

7. Por lo que se refiere a las “misiones”, esta es una reflexión adicional, la Reforma crea una odiosa excepción a la “reserva legal” en materia de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional, contemplada en los artículos 156 (numeral 32), 187 (numeral 1º) y 236 (numeral 20) de la Constitución de 1999⁸. En efecto, al encomendarle al Ejecutivo la regulación de los “...sistemas excepcionales e incluso experimentales... mediante reglamentos organizativos y funcionales”, la Reforma crea una “reserva reglamentaria”, esto es, un área, unas materias, en las que la Asamblea Nacional no puede legislar, o, dicho de otro modo, la Reforma “deslegaliza” en un todo las reglas que han de regular estas Administraciones que se caracterizan por no ser burocráticas.

8. A la luz de estas sucintas reflexiones en torno al artículo 141 según la Reforma, de la radical ilegitimidad de la Reforma no caben dudas.

8 Los artículos 156 (numeral 32), 187 (numeral 1º) y 236 (numeral 20) disponen, respectivamente, que es de la competencia del Poder Público Nacional “la legislación... de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado...”; que corresponde a la Asamblea Nacional “legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional”; y, que son atribuciones y deberes del Presidente de la República: “fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley orgánica”.

Consideraciones sobre el cambio institucional de la Administración Pública en la Reforma Constitucional

José Araujo-Juárez

*Profesor de Postgrado en Derecho Administrativo de la
Universidad Católica Andrés Bello*

I. CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL

Dentro de las innovaciones que se han introducido en los últimos tiempos con respecto a la reforma del Estado y muy particularmente sobre la modernización de la Administración Pública, la más importante aparece en la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en la cual, en el Capítulo I “*De las disposiciones generales*”, del Título IV sobre “*El Poder Público*”, se encuentra una sección Segunda relativa específicamente a “*De la Administración Pública*” con tres importantes temas: i) los principios de la Administración Pública (Art. 141); ii) la creación de las entidades descentralizadas (Art. 142); y iii) la regulación del derecho a la información y de acceso a los documentos oficiales (Art. 143).

Ahora bien, el Proyecto de Reforma Constitucional (en lo adelante Reforma) sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007 introduce, entre otros puntos: i) la eliminación dentro de los principios de la Administración Pública, del carácter funcional u objetivo de la Administración Pública, al suprimir de la misma la mención: “*está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas*”; y ii) el debilitamiento del control sobre la Administración Pública, al suprimir la mención de su sometimiento pleno “*al derecho*”.

Ahora, ¿cuáles son según la Reforma propuesta, las consecuencias sobre los rasgos fundamentales que han de caracterizar a la Administración Pública? Para dar respuesta, señalemos que la Constitución, que es el fundamento del propio ser del Estado y se refiere al mismo en su totalidad, caracteriza y determina también en forma expresa, en sus rasgos esenciales, a la Administración Pública.

II. CARACTERES CONSTITUCIONALES

En primer lugar, observamos que la Administración Pública en sus relaciones con los ciudadanos, es un Poder Jurídico al que el Derecho le otorga importantes medios jurídicos o privilegios exorbitantes como las potestades de policía, fiscal, sancionatoria, etc. Estos privilegios se justifican como instrumentos para que la Administración Pública pueda cumplir las finalidades que la Constitución y la ley le atribuyen. Pero el mismo Derecho, como contrapartida inexcusable, prevé también mecanismos para permitir el control pleno de la actividad administrativa.

Ahora, veamos cuál es la concepción de la Administración Pública en la Constitución del año 1999. En primer lugar, desde el punto de vista de los caracteres constitucionales básicos, la Constitución del 99 está profundamente inspirada por el principio de separación y de diversidad de los poderes del Estado. Desde ese punto de vista, es evidente que hay una separación y, por tanto, la necesidad de deslindar no sólo las funciones, sino también de

separar: por un lado, la Administración Pública del Poder Legislativo; y por el otro, la Administración Pública del Poder Judicial.

Así las cosas, la Administración Pública como organización del Estado es la que tiene atribuida como propia la función administrativa, la cual sólo puede ser ejercida por aquella organización estatal investida de tal cualidad, en la forma y condiciones que la propia Constitución establece. Se destaca claramente como la Constitución ha basado la delimitación de la Administración Pública en el seno del Estado, partiendo de la caracterización de la función administrativa para atribuirle a una organización específica del mismo y estructurada internamente sobre la base de las propias características de la función que debe desarrollar. Es aquí donde encuentra plena y satisfactoria explicación la consideración subjetiva de la Administración Pública construida en torno a la función administrativa, como forma peculiar de servir a los ciudadanos y ciudadanas, y donde es posible deslindar su ámbito propio, sin implicar a los demás órganos del Poder Público.

En tal sentido, existe una correspondencia formal, de alcance y valor constitucional entre función administrativa y la organización estatal que la asume constitucionalmente, la Administración Pública subjetivada.

Desde este punto de vista, la Constitución del 99 se refiere a la Administración Pública como: i) un fenómeno organizativo; ii) una estructura compleja; y iii) una institución constitucional, de modo que la Administración Pública tiene rango constitucional. En efecto, cuando habla del Poder Público, la primera institución que menciona es efectivamente la Administración Pública; sin embargo, la Constitución no define lo que es la Administración Pública sino, por el contrario, alude a unos rasgos conceptuales y, en definitiva, al deber ser de la Administración Pública.

Ahora bien, ¿cuáles son esos caracteres básicos, a que alude el Artículo 141 de la Constitución vigente?

1. *Carácter funcional u objetivo*

Al respecto debemos empezar señalando como primera y principal reflexión, como afirma el autor RODRÍGUEZ-ARANA,¹ que el centro de la acción pública es la persona, y que desde este punto de vista la persona no puede ser entendida como un sujeto pasivo, inerte, puro receptor, destinatario inerte de las decisiones públicas. Definir a la persona como centro de la acción pública significa no sólo, ni principalmente, calificarla como centro de atención, sino sobre todo, considerarla protagonista por excelencia de la vida pública.²

De ahí que uno de los objetivos principales de la modernización de la Administración Pública es conseguir que la misma sirva efectivamente al ciudadano, auténtico propietario del aparato público. Así, los modelos políticos y administrativos deben construirse a partir del ciudadano, en función de sus necesidades colectivas.³

En tal sentido, la Constitución de 1999 aborda la regulación sobre la Administración Pública desde una perspectiva funcional u objetiva, cuando claramente afirma en el Artículo 141 que: “*La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas*”. Este

1. Rodríguez-Arana, Jaime. *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*. EJV. Caracas, 2007, p. 161.

2. *Ibidem*, p. 162.

3. *Ibidem*, p. 159.

es un precepto que tiene una referencia muy cercana al correspondiente en la Constitución española, sin embargo, esta última habla de que está al servicio de los intereses generales. En Venezuela, por el contrario, la referencia es servir directamente a “*los ciudadanos y ciudadanas*”.

En consecuencia, el mencionado Artículo 141 destaca el aspecto funcional u objetivo de la Administración Pública caracterizándola de una forma singular, no aplicable por tanto en un sentido institucional a las demás organizaciones estatales. Así, lo peculiar de la Administración Pública venezolana es que se fundamenta en la consideración de que “*está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas*”, con lo que se destaca un aspecto cualitativo que domina toda su actividad como nota esencial de su régimen jurídico. Y ello conecta directamente con la propia preocupación de los ciudadanos. Es más, el primer interés de los ciudadanos se centra en que la Administración Pública cumpla las leyes y actúe los fines constitucionales, que van desde la simple respuesta a los trámites administrativos hasta la resolución de los diversos problemas de la vida diaria. De ahí que lo importante, lo verdaderamente trascendente para el Poder Constituyente del 99 es que la Administración Pública sea efectivamente un instrumento de la sociedad al servicio de los ciudadanos y ciudadanas, como lo prevé el Artículo 141, *eiusdem*, y no caiga en la permanente tentación de erigirse en un fin en sí misma, al sólo “*servir de instrumento a los poderes públicos para el ejercicio de sus funciones*” (Reforma).

Ahora bien, su eliminación por la Reforma es un regreso al pasado, en la medida en que el paradigma organizacional y funcional sobre el que se hubo sustentado la vieja Administración Pública en Venezuela, propendía a una gestión cuya finalidad era el propio aparato burocrático y no la sociedad a la que debía servir. En propiedad, ahora se pretende introducir con el Artículo 141 de la Reforma, una concepción formalista de la noción de Estado de Derecho que lo distorsiona, al concebir a la Administración Pública sólo como herramienta del Poder Público, y no ya como instrumento garantizador de los derechos y libertades de los ciudadanos y ciudadanas. Con ello se desconoce que el ciudadano está en el centro, en el corazón del sistema político, por lo que el Poder Público no debe ejercerse nunca desde la perspectiva de los privilegios o las prerrogativas del que manda, sino como un instrumento de servicio objetivo a la entera sociedad; como un instrumento encaminado al bienestar integral y permanente de los ciudadanos y ciudadanas.⁴

2. Principio de legalidad administrativa

Otro aspecto que se destaca en el precepto constitucional 141 vigente, es la faceta relacional típica en que se manifiesta la Administración Pública. Como se establece expresamente, la Administración Pública actúa “*con sometimiento pleno a la ley y al derecho*”. Para fortalecer la noción de Estado de Derecho, inherente al régimen democrático, la Constitución del 99 ratifica el principio constitucional de legalidad, como límite y condición del ejercicio de las potestades de la Administración Pública y de su actividad. Así las cosas, el primado del Derecho -con mayúsculas- es la sumisión no sólo a la ley sino también, como también rezan las constituciones alemana y española, al Derecho. Por tanto, el Derecho (que puede coincidir o no con la ley, como distingue la propia Constitución vigente), vincula plenamente a la Administración Pública, o en palabras del Tribunal Supremo de Justicia, la Administración

4 Rodríguez-Arana, Jaime. *Ob. cit.* p. 157.

Pública “se configura como una Administración que actúa con subordinación plena a la Ley y al Derecho, que está sometida, por ello, al control integral del Poder Judicial”.⁵

Se trata -como afirma Rodríguez-Arana⁶ de un precepto capital para entender, desde la perspectiva constitucional, la funcionalidad del principio de legalidad que, en materia administrativa, actúa conjuntamente con el Derecho. Ley y Derecho, pues, son los parámetros jurídicos a los que debe ajustar su actuación la Administración Pública.

Esa dualidad de vinculación a la ley y al Derecho no es un mero concepto retórico o desiderativo, pues como señala García de Enterría,⁷ a quien también seguimos en estos razonamientos, como todos los conceptos constitucionales, son estrictamente conceptos normativos, a los que hay que atribuirles la plenitud de efectos jurídicos. Señala que al concepto hoy constitucional de “imperio de la ley” -consagrado también entre nosotros en el Preámbulo de la Constitución del 99- ha de entenderse no en su sentido estricto de imperio de las leyes formales, pues imperio de la ley es, en la Constitución misma, imperio de la ley y del derecho, ya que en efecto -continúa el señalado autor- no debe olvidarse que el concepto básico constitucional es “Estado democrático y social de *Derecho* y de Justicia” (Artículo 2 de la Constitución de 1999). El verdadero fin de la construcción constitucional es implantar el Derecho mediante la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, etc. -a los que también el artículo 2, *eiusdem*-, proclama “valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación”. Así, la construcción constitucional pretende, pues, un imperio del Derecho, entidad en la que entran, además de las leyes formales, todos los “valores” constitucionales, desde los proclamados “superiores” en el propio artículo 2, *eiusdem*, hasta los esparcidos a lo largo del Texto Fundamental y, en los que se incluyen ciertas “garantías institucionales”, y los llamados expresamente principios.

De ahí que la Reforma no puede eliminar del artículo 141, *eiusdem*, la referencia al Derecho, pues de otro modo sería desconocer que con la consagración de la cláusula “ley y derecho”, el Poder Constituyente del 99 compartió que el clásico Estado de Derecho, había dejado de ser “legal”, al haber sido hondamente transformado en nuestros días, para convertirse en “constitucional”, a tal punto que se le designa con una expresión distinta: Estado de Constitución, Estado constitucional de Derecho o Estado Constitucional. Ahora bien, el sometimiento pleno de la Administración Pública al Derecho, y no sólo a ley, implica no tanto un cambio de grado, como de naturaleza, donde los Poderes Públicos están sujetos al Derecho, no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos y, fundamentalmente, están vinculados al respeto de principios sustanciales establecidos por normas constitucionales. Es, pues, un cambio cualitativo notable, que no pasó inadvertido en la Exposición de Motivos de la Constitución del 99, al señalar que “se reitera el sometimiento a la ley y al derecho, es decir, el principio de la legalidad de la actividad administrativa”.

Por último, otro aspecto resaltante de la concepción de la Administración Pública en la Constitución del 99, son los fines de interés público. Ahora bien, la noción del “interés público” es la traducción al Derecho público de la idea filosófica del “bien común”. En el articulado de la Constitución del 99, las constantes referencias de las distintas manifestaciones o personificaciones de la Administración Pública, siempre aluden a un elemento finalista que

5 Véase. Sent. N° 1632 del TSJ/SC, de fecha 11 de agosto de 2006.

6 *Ibidem*, p. 111.

7 García De Enterría, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 5a. edición ampliada. Madrid, Civitas, 2005, pp. 126-127.

subyace en la noción de la Administración Pública, al mismo tiempo que elemento primordial para su interpretación y aplicación, que no pasó tampoco inadvertido en la Exposición de Motivos de la Constitución del 99, al señalar que: “*por definición, la función ejercida por la Administración Pública está sujeta al servicio público o interés general, por ende debe estar al servicio de la ciudadanía sin ningún tipo de distinciones, privilegios o discriminaciones*”.

III. CONCLUSIÓN

En mérito a lo antes expuesto, y siendo que a la Administración Pública le incumbe cumplir las leyes y actuar los fines constitucionales, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, debemos concluir que su legitimidad no reside en que sea representativa, sino en su carácter servicial (“*La Administración Pública está al servicio*”, dice el citado Artículo 141 de la Constitución), en su instrumentalidad al servicio de los ciudadanos y ciudadanas, sin ningún tipo de distinciones, privilegios o discriminaciones. Para ello se requiere, tanto la eficacia como el control pleno de la función administrativa que son, pues, los dos pilares constitucionales que se derivan del Artículo 141 de la Constitución, y que la Reforma pretende eliminar, conculcando así la dimensión constitucional del Estado de Derecho, por el consiguiente debilitamiento del papel garantista que la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela asegura a todos los ciudadanos y ciudadanas.

La administración paralela como instrumento del Poder Público

José Ignacio Hernández G.

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la
Universidad Católica Andrés Bello.
Director del Centro de Estudios de Derecho Público de la
Universidad Monteávila*

I. INTRODUCCIÓN

Agustín Gordillo ha expuesto cómo, junto a la Administración sujeta al principio de legalidad en sentido formal y material, existe una *Administración paralela*, que obra con fundamento en principios distintos a aquellos derivados de la estricta legalidad administrativa. Administración paralela que surge de la imposibilidad de cumplir el Derecho Administrativo positivo y que deviene en un auténtico *parasistema* jurídico: seudosistema normativo paralelo derivado del sistemático incumplimiento del sistema jurídico administrativo¹. El fenómeno es bastante conocido entre nosotros. Junto a los principios que han de informar a la Administración Pública encontramos otros, paralelos a aquéllos, que surgen de la práctica regular de incumplir las Leyes administrativas, por ignorancia, incapacidad o conveniencia. A tal punto que la reforma de la Administración Pública es y sigue siendo una tarea pendiente en Venezuela. Frente a la celeridad se impone la inactividad y pasividad; frente a la simplificación la excesiva formalización; frente a la participación surge la centralización exacerbada; frente a la transparencia la corrupción².

El artículo 141 de la Constitución de 1999, al menos en el plano constitucional, pretende poner coto a esta situación. Esa norma sigue al artículo 103.1 de la Constitución de España de 1978, conforme al cual “la Administración sirve con objetividad los intereses generales” y obra “con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”. El artículo, inspirado a su vez en el Derecho alemán, asume como categoría institucional la función vicarial de la Administración: ella se erige como un complejo orgánico de servicio a los ciudadanos, con sujeción plena a la Ley, que es la manifestación de la voluntad popular.

Ese artículo 141 constituye, a no dudarlo, la norma más relevante para el Derecho Administrativo venezolano y representó un valioso hito en las conquistas históricas que esa disciplina ha alcanzado. Sin embargo, su redacción, excesivamente apegada al citado artículo 103.1 de la Constitución española, olvidó resolver una aparente antinomia muy común en el Derecho español: la función vicarial de la Administración (con la nota de objetividad) y la circunstancia histórica conforme a la cual la Administración actúa bajo la conducción del Gobierno, tal y como dispone el artículo 97 de aquella Constitución. ¿Es contradictorio afirmar que la Administración obra con objetividad bajo la conducción política del Gobierno?

1 *La administración paralela*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 21 y ss.

2 Sin pretensión alguna de exhaustividad, sobre la reforma administrativa en Venezuela, y dentro de las muchas obras del autor, vid. Brewer-Carías, Allan, *Fundamentos de la Administración Pública*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, pp. 118 y ss.

No. Sin negar esa dependencia, la Administración ha de obrar con neutralidad, dado su “marcado carácter instrumental de servicio”, como apuntara Sebastián Martín-Retortillo Baquer³. En resumen, que la Administración esté al servicio de los ciudadanos, no empece a reconocer que ella obra bajo la conducción del Gobierno.

El mencionado artículo fue objeto de modificación en el proyecto de reforma a la Constitución de 1999 aprobado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, partiendo de la propuesta del Presidente de la República contenida en el Anteproyecto presentado el 15 de agosto. Aun cuando el sentido inicial de la reforma del artículo se reducía al reconocimiento expreso de las Misiones, en realidad, como se verá, los cambios exceden, muy mucho, de esa inicial finalidad.

1. *El origen de la reforma del artículo 141: la constitucionalización de las misiones*

En el Anteproyecto presentado el 15 de agosto, el Presidente propuso modificar ese artículo a fin de otorgar rango constitucional a las Misiones. En el discurso proferido ese día, el Presidente de la República justificó así el cambio propuesto:

“Aquí estamos incluyendo las misiones. Esto es algo estratégico, he tenido el cuidado de incluir las misiones, pero, y ruego tengamos cuidado de incluirlas, es necesario incluirlas en la Constitución como una figura alternativa de la Administración Pública, pero sin encadenarlas, sin burocratizarlas, sin limitarlas por exceso de legalismo o de estructuras jurídicas”

Las Misiones surgen en el año 2003, como formas atípicas de organización enfocadas en la satisfacción inmediata de necesidades vitales: desde la satisfacción del derecho a la vivienda (Misión Hábitat); pasando por la atención de la salud (Misión Barrio Adentro) hasta la satisfacción del derecho de acceso a alimentos de primera necesidad (Misión Alimentación). Las Misiones no se caracterizan por su organización formal sino por su faceta prestacional. Son, de esa manera, *Administraciones prestacionales* dependientes del Presidente de la República que se relacionan con la idea de la *procura existencial* formulada por Forsthoff⁴ y sobre la cual la Sala Constitucional ha venido perfilando las características de la Administración económica del Siglo XXI, desde la sentencia de 24 de enero de 2002, caso *Asodeviprilara*⁵. Las Misiones pretenden atender -temporalmente- necesidades básicas que la Administración tradicional, por sus patologías, no puede satisfacer.

Pero la propuesta de norma introducía otras reformas: la eliminación de los principios fundamentales de la Administración y, entre ellos, el principio de legalidad, lo que sembró dudas en torno al alcance último de la reforma perseguida, que fueron finalmente despejadas.

II. LA VERSIÓN DEFINITIVA DEL ARTÍCULO 141: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PARALELA

En la redacción final de la norma, producto de la tercera discusión, se mantienen los principios fundamentales que rigen a las -ahora denominadas- “Administraciones Públicas”: honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley. Se

3 *Administración y Constitución*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, pp. 14 y ss.

4 *Sociedad industrial y Administración Pública*, Estudios Administrativos, Madrid, 1967, pp. 89 y ss.

5 Vid. Rachadell, Manuel, *Socialismo del Siglo XXI. Análisis de la reforma constitucional propuesta por el Presidente Chávez en agosto de 2007*, FUNEDA-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 46 y ss.

eliminó la subordinación al sometimiento al “Derecho”, posiblemente, por no comprender el sentido último de la expresión.

Sin embargo, en su versión definitiva dentro del proyecto aprobado por la Asamblea, la norma comentada formalizó a la Administración paralela promoviendo la fragmentación de la Administración Pública, como señala Allan R. Brewer-Carías⁶. De esa manera, y resumiendo significativamente el tema, puede decirse que la norma introduce dos cambios notables: la confusión en torno al concepto vicarial de la Administración, que queda desnaturalizado, y la consagración de la Administración paralela. En resumen, la reforma consagra a la Administración paralela como instrumento del Poder Público.

1. *La confusión del carácter vicarial de la Administración*

La noción vicarial de la Administración envuelve, al menos, tres principios inherentes a tal concepto. Según el *primero*, la Administración es, ante todo, una Administración subordinada, obediente: afirmación conceptual del principio de legalidad, bajo la tesis desarrollada por A. Merkl. El *segundo* principio implica el carácter instrumental de la Administración: ella es el vehículo por medio del cual el Estado entra en relación con los particulares para la gestión del interés público, que es la nota distintiva aportada por un sector de la doctrina, como Bonnard y Zannobini. Por último, y en *tercer lugar*, encontramos la nota de *objetividad*: la Administración sirve a los ciudadanos, lo que es igual que decir que ella sirve al interés general y no a determinada parcialidad política. Como resume Sebastián Martín-retortillo Baquer, “idea de servicio que, sobre todo, configura una Administración de marcado sentido instrumental para la consecución de unos fines constitucionalmente establecidos”⁷.

La reforma confunde estos postulados al sostener que “las Administraciones Públicas son las estructuras organizativas destinadas a servir de instrumento a los poderes públicos para el ejercicio de sus funciones para la prestación de los servicios”. Un primer equívoco se resalta: pretende contraponerse las Administraciones Públicas a los Poderes Públicos, olvidándose un dato fundamental, a saber, que las Administraciones *son* Poderes Públicos, con lo que mal podría la Administración estar al servicio de ella misma. Hay aquí un mal planteamiento del principio de instrumentalidad: las Administraciones Públicas son instrumentos del Estado para la consecución de sus fines, al servicio del interés general (o del servicio público, que se afirma en la norma). Pero mal puede sostenerse que las Administraciones sirven a los Poderes Públicos. Se trata, en todo caso, de un defecto de técnica, que no parece traducirse en cambios jurídicos concretos.

2. *El reconocimiento de la Administración paralela*

El proyecto aprobado por la Asamblea reconoce distintas *Administraciones Públicas*: unas, tradicionales o burocráticas; otras, experimentales y flexibles, llamadas a satisfacer las “más sentidas y urgentes necesidades de la población” (las Misiones). La finalidad última de la norma -se desprende así del Anteproyecto- fue reconocer, constitucionalmente, que las Misiones se regirán por principios más flexibles y dinámicos que los que aplican a las Administraciones tradicionales, llamadas burocráticas en alusión a la tesis de M. Weber. Burocracia como sinónimo de estructura permanente, jerárquica y normativamente organizada. Frente a ello se apuesta por la flexibilidad, traducida en la sumisión de las Misiones a un régimen jurídico propio: ellas se regirán por los “reglamentos organizativos y funcionales”. Varios comentarios merece la norma:

6 *La reforma constitucional de 2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 50 y ss.

7 *Instituciones de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2007, p. 88

-En *primer* lugar, que ella pretende reconocer una suerte de *huida del Derecho Administrativo*, pero no a favor del Derecho Privado sino a favor del sistema jurídico paralelo derivado de los reglamentos dictados por el Presidente de la República. Las Misiones, en tanto Administraciones prestacionales, han de regirse ciertamente por normas más flexibles que las que informan a la Administración de limitación, lo que es una característica básica del Estado social anclada en el principio de eficacia⁸. Pero ello no puede llevarse a extremos: la flexibilidad no implica ausencia de sujeción al Derecho Administrativo, sino adecuación de éste a tal faceta prestacional. La flexibilidad se logra *dentro* del Derecho Administrativo, no *fuera* de él.

-En *segundo* lugar, no deja de haber cierta contradicción en la norma. Las Misiones surgen como estructuras transitorias -no burocráticas- que pretenden atender con eficacia necesidades esenciales que, por razones de urgencia, no pueden ser satisfechas debidamente por las Administraciones permanentes -burocráticas. Este carácter temporal o coyuntural de las Misiones, se pierde en la nueva redacción, en la cual las Misiones se configuran como Administraciones permanentes, paralelas a las Administraciones tradicionales.

-En *tercer* lugar, la nueva redacción del artículo 141 parece contradecir los postulados de la reforma de la Administración. Como veíamos, la justificación de las Misiones es muy comprensible: las patologías de la Administración pueden impedir atender, con eficacia, prestaciones existenciales que han de ser cubiertas temporalmente por estructuras más flexibles. Sin embargo, ello responde sólo a una solución parcial y temporal, que no empece a valorar la necesaria transformación de la Administración a fin de asegurar la efectividad de su carácter vicarial. Sin embargo, en la nueva redacción del artículo 141, las Misiones parecen surgir como justificación a la Administración formalizada e ineficiente. Las patologías de éstas se reconocen, incluso, al admitirse con carácter permanente lo que debe ser una solución transitoria.

-Hay, por último, cierta contradicción entre las Misiones y los principios fundamentales de las Administraciones Públicas. Una primera lectura del artículo 141 en el proyecto pareciera permitir concluir que las Misiones actuarán en un régimen más laxo, no subordinado a la Ley ni a los controles propios de la legalidad. De hecho, las Misiones son creadas por reglamentos, con lo cual se estaría reconociendo -como en Francia- una materia de la reserva reglamentaria. Sin embargo, lo cierto es que, según el propio artículo 141, *las Misiones son parte de las Administraciones Públicas*, y como tal, ellas *también* deben regirse por los principios superiores enunciados en el artículo comentado, y entre ellos, la subordinación plena a la Ley y, como consecuencia, la subordinación a la jurisdicción contencioso-administrativa, en los términos del artículo 259. Tampoco puede contraerse, desde el plano constitucional, las Misiones al control fiscal, en tanto la rendición de cuentas es, también, principio predicable a las Misiones, todo lo cual abona por el diseño de un régimen de control fiscal que salvaguarde el transparente y buen uso de recursos públicos manejados por tales Administraciones prestacionales.

En resumen, el artículo 141 abre las puertas para la existencia de una Administración paralela, que actuará junto con la Administración tradicional y sometida a sus mismos principios. Su particularidad derivará, entonces, de su eminente carácter prestacional y, como consecuencia de ello, la necesaria flexibilidad de su régimen jurídico, pero siempre dentro de los principios fundamentales del Derecho Administrativo, enunciados en el proyecto siguiendo lo dispuesto en la vigente Constitución.

8 Más recientemente puede verse a Rodríguez de Santiago, José María, *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 55 y ss.

El Consejo de Estado y el Plan Nacional de Desarrollo

Juan M. Raffalli A.

I. ANTECEDENTES

Los orígenes de la necesaria separación de los poderes públicos se remonta prácticamente a Aristóteles, sin embargo fue el filósofo inglés *Jhon Locke* quien en su obra "Tratados sobre el gobierno civil" (1690), comenzó a delinear con más claridad la separación de la función legislativa y ejecutiva. Finalmente, *Charles-Louis de Montesquieu* en su ensayo, "El espíritu de las leyes" (1748), fue quien concretó la idea de la división de los poderes públicos de manera tripartita en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, noción ésta que ha sido acogida por la inmensa mayoría de las Constituciones del mundo desde el siglo XVIII hasta la actualidad. Este principio fundamental que impera en todo estado libre y democrático, deriva de la necesidad racional de poner límites al poder desde el poder mismo. Dice al respecto el maestro García Pelayo citando al propio *Montesquieu*: "El peor enemigo de la libertad, dice Montesquieu, es el poder, ya que 'es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder tiende a su abuso'; mas como el poder es necesario, sólo existe un medio para garantizar la libertad, a saber: encontrar una 'disposición de cosas' en la que 'el poder detenga al poder', y ello sólo puede lograrse mediante su división."¹ Podemos así arribar entonces a una premisa básica, la separación y división de los poderes públicos es una garantía a favor de la libertad de los ciudadanos ante el absolutismo.

En Venezuela la separación y división de los Poderes Públicos ha sido consagrada de manera inveterada desde la Constitución de 1811 hasta la vigente de 1999. Ahora bien, el constitucionalismo contemporáneo ha admitido en general que, con el propósito de alcanzar los fines propios de Estado, la separación de los poderes públicos se acompase con otros principios de indispensable concurrencia, ello son, la autonomía funcional y la colaboración entre los poderes. Estos otros implican el establecimiento constitucional de competencias materiales expresas y la posibilidad de que cada uno de los poderes dentro de sus competencias pueda realizar actos cuyo contenido en principio correspondería a otro, por ejemplo la facultad del Poder Judicial para dictar actos de contenido administrativo; la normal actividad del poder ejecutivo mediante actos de contenido normativo; o las facultades investigación y control constitucionalmente conferidas a la Asamblea Nacional. Sin embargo, en ningún caso esta cooperación funcional puede atentar contra el núcleo duro, de la autonomía funcional y menos aún contra la separación de los poderes públicos pues, si así fuera, lo que estaría en peligro serían precisamente los derechos ciudadanos. Además de lo anterior, ciertamente existen algunas excepciones totalmente extraordinarias que pueden ameritar, siempre de manera temporal, interrumpir o suspender la separación y autonomía de los poderes públicos. Ellas son básicamente las habilitaciones legislativas (*Leyes Habilitantes*) que permiten al Presidente de la República dictar Decretos con rango y fuerza de Ley y las declaratorias de Estados de Excepción que podrían conllevar a la restricción temporal y parcial las garantías constitucionales.

¹ García Pelayo Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Sexta edición. Ed. Castilla. Madrid. 1961, p. 155-156.

II. EL CONSEJO DE ESTADO QUE SE PROPONE

Dentro de la mencionada tenencia natural de la colaboración entre los poderes públicos, se han instituido en no pocas constituciones figuras como los Consejos de Estado la cual, en el caso de Venezuela, aparece por primera vez consagrada en la Constitución vigente de 1999, cuyo artículo 251 lo define así:

“Artículo 251. El Consejo de Estado es el órgano superior de consulta del Gobierno y de la Administración Pública Nacional. Será de su competencia recomendar políticas de interés nacional en aquellos asuntos a los que el Presidente o Presidenta de la República reconozca de especial trascendencia y requieran de su opinión.

La ley respectiva determinará sus funciones y atribuciones.”

Del texto anterior podemos concluir que se trata de un Consejo de carácter consultivo al servicio del Gobierno y de la Administración Pública, cuya opinión podrá ser requerida por el Presidente de la República cuando se trate de materias de especial trascendencia. Las opiniones de este Consejo implicarían recomendaciones de políticas públicas de interés nacional. Ahora bien, desde el punto de vista orgánico, el Consejo de Estado conforme a la Constitución vigente está presidido por el Vicepresidente de la República y por cinco integrantes designados por el Presidente y además por un representante designado por la Asamblea Nacional, otro por el Tribunal Supremo de Justicia y un tercero que será siempre un Gobernador (a) designado de común acuerdo por los mandatarios regionales. Lo anterior está contemplado en el artículo 252 de la Constitución vigente el cual reza así:

“Artículo 252. El Consejo de Estado lo preside el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva y estará conformado, además, por cinco personas designadas por el Presidente o Presidenta de la República; un o una representante designado o designada por la Asamblea Nacional; un o una representante designado o designada por el Tribunal Supremo de Justicia y un Gobernador designado o Gobernadora designada por el conjunto de mandatarios o mandatarias estatales.”

Considerando las características funcionales y orgánicas del Consejo de Estado, resulta forzoso concluir que conforme a la Constitución de 1999, se trata de un órgano de consulta superior que, bajo criterios políticos y técnicos, brinda apoyo al Presidente por vía de su Vicepresidente. Adviértase que en el seno del mismo no hay un contacto o vinculación directa del Presidente de la República con ninguna otra rama del poder público por lo que en modo alguno podría implicar un mecanismo de control ni sumisión sino de simple consulta, además de estar ajeno a su funcionamiento el poder judicial el cual tiene por función natural controlar la constitucionalidad y legalidad de los poderes públicos.

Pues bien, esta visión consultiva, indirecta e independiente del Consejo de Estado contemplada en la Constitución de 1999, se abandona completamente en la propuesta de Reforma Constitucional sancionada por la Asamblea Nacional en noviembre de 2007, propuesta por el Presidente. En efecto el artículo 251 de dicha propuesta dispone:

“El Consejo de Estado es el órgano superior de consulta y asesoramiento del Estado y del Gobierno Nacional. Ejercerá sus atribuciones con autonomía funcional. Sus opiniones o dictámenes no tendrán carácter vinculante.

Son de su competencia:

1. Emitir opinión sobre el objeto de la consulta.
2. Velar por la observancia de la Constitución y el ordenamiento jurídico.

3. Emitir dictámenes sobre los asuntos que se sometan a su consideración.
4. Recomendar políticas de interés nacional en aquellos asuntos de especial trascendencia.

La ley orgánica respectiva podrá determinar otras funciones y competencias.

Sobre esta misma materia el artículo 252 de la misma propuesta dispone:

El Consejo de Estado lo preside el Presidente o Presidenta de la República y estará además conformado por el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional, el Presidente o Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, el Presidente o Presidenta del Poder Ciudadano, el Presidente o Presidenta del Consejo Nacional Electoral. El Presidente o Presidenta de la República podrá convocar a voceros o voceras del Poder Popular y las personas que considere necesario para tratar la materia a la que se refiere la consulta”.

De esta forma resulta evidente que la Reforma sancionada implica un cambio sustancial que, en nuestro parecer, convierte al Consejo de Estado una herramienta efectiva para agrietar la separación de los poderes públicos y su autonomía funcional. Justifiquemos esta afirmación.

- a) Bajo la redacción propuesta este Consejo de Estado asesoraría no sólo al Poder Ejecutivo y concretamente a la Administración Pública Nacional, sino que se convierte en órgano superior de asesoría a todas las ramas de poder público, es decir al Estado, como claramente lo dispone la Reforma.
- b) El Consejo de Estado gozaría de autonomía funcional, es decir aparentemente sería independiente, pero debido a su composición orgánica, como veremos, esta autonomía funcional podría tener vestigios de superior jerarquía aún y cuando sus dictámenes o recomendaciones no sean vinculantes.
- c) Sus competencias, si bien en apariencia siguen dentro del ámbito consultivo y no vinculante, se amplían adentrándose en el ámbito “contralor” al estar facultado para “velar por la observancia de la Constitución y del ordenamiento jurídico” lo cual puede implicar la asunción de otro tipo de iniciativas.
- d) Según la propuesta será el Presidente de la República y no el Vicepresidente quien presidirá este Consejo de Estado, de esta forma quien conducirá el funcionamiento “autónomo” del mismo será el jefe del ejecutivo nacional, lo cual lo colocará en el seno de este Consejo en un plano superior.
- e) Tendrían presencia en el mismo ya no un “representante” de la Asamblea Nacional y otro del Tribunal Supremo de Justicia, sino que lo integrarán directamente las máximas autoridades (Presidentes) de todos los poderes públicos. Esto, a no dudarlo, implicará una actividad subordinada de todos ellos respecto del Presidente de la República quien presidirá directamente el Consejo de Estado conforme la redacción propuesta.
- f) Pero no sólo estarían presentes en este Consejo de Estado los Presidentes de todos los poderes públicos bajo la Presidencia del Presidente de la República, sino que además, éste último podrá convocar a las personas que considere necesario para tratar la materia correspondiente y muy especialmente podrá convocar a voceros del “Poder Popular”. Esta potestad convocatoria tiene especial relevancia pues conforme al artículo 136 de la misma Reforma sancionada “El pueblo es el depositario de la soberanía y la ejerce directamente a través del Poder Popular...”. Esto conllevaría a una concurrencia directa de representantes del Poder Popular con los Presidentes de las otras ramas del poder público que al final puede derivar en imposiciones con efectos concretos plasmados en actos oficiales.
- g). Se elimina la presencia de al menos un Gobernador en el Consejo de Estado, lo cual se alinea con el contenido de la propuesta en materia de organización política y territorial, pues, como sabemos se plantea en ella la eliminación de la “descentralización” susti-

tuyéndose por una “desconcentración” de competencias en favor de las comunidades organizadas, a los consejos comunales, las comunas y otros entes del Poder Popular conforme, lo dispone el artículo 184 de la propuesta”.

En conclusión, la propuesta supone un Consejo de Estado presidido por el Presidente de la República con presencia de las máximas autoridades de todos los poderes públicos e incluso de voceros del Poder Popular que ejerce directamente la soberanía, atribuyéndose a este Consejo funciones de asesoría superior al Estado pero también de vigilancia del cumplimiento de la Constitución y las leyes. Para nosotros esta concepción del Consejo de Estado se convertirá en un foro controlado por el Presidente de la República que le permitirá incidir directamente en el funcionamiento de los otros poderes públicos atentando en consecuencia sobre la separación y autonomía funcional de los mismos.

III. EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO

A todo lo anterior referido al Consejo de Estado, debemos añadir otra figura que puede ocasionar similares efectos, es decir mayor concentración de poder en el Presidente de la República. Nos referimos al PLAN DE DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA NACIÓN, el cual según el artículo 236 ordinal 18 de la Constitución vigente de 1999, debe ser dictado por el Presidente de la República, con aprobación de la Asamblea Nacional, correspondiendo igualmente al Presidente dirigir la ejecución de este Plan de Desarrollo. En el texto de la Reforma que se propone, para la aprobación de este Plan ya no se requerirá aprobación previa de poder legislativo nacional, con lo cual la visión del desarrollo socio-económico del país, dependerá exclusivamente de la visión del Presidente de la República quien, contará con una Comisión Ad-hoc denominada COMISIÓN CENTRAL DE PLANIFICACIÓN, la cual se creó mediante Decreto-Ley especial² la cual en su artículo 1° define como objeto de esta Comisión la elaboración, coordinación, consolidación, seguimiento y evaluación de los lineamientos estratégicos, políticas y planes previstos en dicho Plan de Desarrollo, y que según su artículo 2° debe orientar el establecimiento de un modelo socialista reconocido en esa norma como el único capaz de satisfacer necesidades espirituales y materiales de la sociedad y la suprema felicidad de la misma.

De esta forma, pareciera claro el diseño y ejecución de las políticas públicas previsto en el texto constitucional propuesto. El Presidente de la República, sin aprobación del poder legislativo nacional, aprobará el PLAN DE NACIONAL DESARROLLO, el cual ejecutará apoyado en la Comisión Central de Planificación, pudiéndose valer también del Consejo de Estado coordinado y presidido por él mismo, para alinear con este plan a las máximas autoridades de los demás poderes públicos.

En nuestro criterio, este cambio no es conveniente pues la redacción de la Constitución de 1999 da un tratamiento tanto al Consejo de Estado como al Plan Nacional de Desarrollo, mucho más apegado a la pluralidad y a la separación de los poderes públicos.

2 Decreto presidencial 5.384. *Gaceta Oficial* 5.841 del 22 de junio de 2007.

Las Administraciones Públicas: Potestad organizatoria y ámbitos competenciales en el Proyecto de Reforma Constitucional

Ninoska Rodríguez Laverde

Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello

I. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD:

1. Creación

El Proyecto de Reforma Constitucional (en lo adelante Reforma) innova estableciendo una nueva estructura vertical del Poder Público, el cual se distribuirá territorialmente de la siguiente forma: Poder Popular, Poder Municipal, Poder Estatal y Poder Nacional. Considerando el contenido de las funciones que ejerce, el Poder Público se organiza en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

El *Poder Ejecutivo*, como *órgano constitucional* llamado a ejercer la *función administrativa*, es el responsable de cumplir con una función jurídicamente relevante y esencial para el Estado constitucional, dado que es a través de ella mediante la cual el Estado cumple con los llamados *cometidos estatales*¹, los cuales a su vez concretizan y permiten materializar *los fines* del Estado según sea el tipo de Estado (Estado Liberal, Estado Social de Derecho, Estado Socialista, entre otros) fijado por la Constitución.

En la Reforma se indica que la función administrativa será ejercida a nivel nacional por dos tipos de Administraciones Públicas: la *Administración Pública Burocrática* y las *Misiones*. Dicha clasificación introduce un *cambio en la estructura organizacional del Poder Ejecutivo nacional*, afianzando el establecimiento de un *Estado unitario y centralizado*, producto del ejercicio de la *potestad organizatoria* (entendida como la *potestad de crear, modificar y extinguir estructuras subjetivas de Derecho público*, en este caso la Administración Pública Nacional), de manera exclusiva y excluyente en el Presidente de la República. En este sentido dispone la Reforma:

“Artículo 236. Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: (Omissis...)”

22. Fijar el número, organización y competencia de las Vicepresidencias, ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y fun-

1 Para el autor Sayagués Lazo, “los cometidos estatales son las diversas actividades o tareas que tienen a su cargo las entidades estatales conforme al Derecho vigente. **Su extensión es muy variable y depende de la ideas predominantes acerca de los fines del Estado.** En cambio las funciones, o sea las distintas formas que asume la actividad estatal para la realización de aquellos cometidos, son siempre las mismas en todos los países de régimen institucional análogo al nuestro: constituyente, legislativo, administrativo y jurisdiccional son siempre las mismas”. (Subrayado nuestro)

cionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la ley orgánica”.

El sometimiento de la *potestad organizatoria* a la sola voluntad del Presidente de la República, *limita* tanto el *control político* como el *control social* sobre este tema, dado que sí la misma se efectuará mediante ley, dicho acto normativo estaría sometido al *control político* por parte *del Parlamento*, así como al control social por parte de *la ciudadanía*, debido a la obligatoriedad de someter a la consulta de la ciudadanía los proyectos de leyes.

El equilibrio que está llamado a garantizar la Constitución, mediante el establecimiento de la potestad organizatoria de manera proporcional entre el Poder legislativo y el Poder ejecutivo, a efectos de garantizar la autonomía e independencia de la Administración y su no politización, se ignora en la Reforma planteada, y el sometimiento de la Administración al Derecho y su juridicidad se plantea solamente como el sometimiento a una sola voluntad, la del órgano presidencial.

2. Clasificación

No es este el espacio para analizar exhaustivamente la naturaleza jurídica de los órganos y entes que integran a las Administraciones Públicas contempladas en la Reforma. Sin embargo, es necesario advertir y denunciar que la propuesta de nueva Constitución lo que pretende es *regular con rango constitucional*, lo que ha sido *una práctica por parte del Presidente de la República en el ejercicio de la potestad organizatoria*, en el establecimiento de una *Administración paralela* a través de la cual se ha ejercido la actividad administrativa, violando los controles y principios que informan el ejercicio de la función administrativa. Esta Administración paralela es la que hemos conocido con el nombre de las “*misiones*”.

La doctrina señala que “*la configuración de la Administración en sus aspectos orgánicos aparece estrechamente vinculada al correcto desempeño de las funciones administrativas. Estructura y función se hallan tan íntimamente relacionadas que puede decirse sin exageración que de las características de la organización administrativa depende en buena medida el cumplimiento por parte de la Administración de los fines que la justifican*”². Esta afirmación permite observar que las diferentes modalidades y formas que asuma la Administración se subordinan al cumplimiento de sus cometidos, los cuales al ser materia de la reserva legal, conducen a que la ley se considere como un límite a las diferentes formas de organización administrativa, límite que ha sido desconocido por la Administración vigente y el cual en la Reforma, es eliminado, indicando tal subordinación a actos de rango sublegal.

La Reforma establece:

“TRIGÉSIMO. Se reformó el artículo 141, en la forma siguiente:

Artículo 141. (Omissis...)

Las categorías de Administraciones Públicas son: las administraciones públicas burocráticas o tradicionales, que son las que atienden a las estructuras previstas y reguladas en esta Constitución; 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”.

2 Sánchez Morón, Miguel; “Función Administrativa y Constitución”; en *La Constitución Española de 1978*, Civitas, Reimpresión 1988, p. 663

Las Administraciones Públicas, conforme al artículo citado *supra*, estarán integradas por la *Administración Pública Burocrática y las Misiones*. De ser aprobada la Reforma, dicha clasificación nos conducirá a plantearnos las siguientes preguntas: *i)* naturaleza jurídica de las misiones; *ii)* naturaleza jurídica de sus actos, efectos y mecanismo de recurribilidad; *iii)* naturaleza jurídica de sus funcionarios y régimen jurídico aplicable; y *iv)* ámbito y modalidades para el ejercicio de sus competencias materiales.

Para aproximarnos a las respuestas de las anteriores preguntas, podemos apoyarnos en las referencias que ofrece el régimen actual de las misiones decretadas por el Presidente de la República, mediante la creación de Comisiones Presidenciales, las cuales como estructuras subjetivas de Derecho público, se ubican en la Administración Pública Central, pero a sus integrantes, excepto el Ministro responsable y demás Ministros del Sector, no se les ha reconocido hasta ahora la condición de empleado público u obrero al servicio de la Administración Pública Nacional. De ser contraria la situación, y fuesen considerados los integrantes de las misiones como empleados públicos, éstos no sólo estarían llamados a ejecutar los fines del interés público que dichas misiones están llamadas a satisfacer, sino también estarían obligados con los deberes inherentes al cargo, así como a la observancia de las condiciones de ingreso a la Administración Pública, con lo cual les quedaría vedada la posibilidad a las *misiones* de constituirse en instrumentos de manipulación partidista.

Lamentablemente, hasta los momentos esta *Administración por misiones* lo que ha permitido y a lo que ha contribuido es a burocratizar y politizar la participación del empleado público. La afirmación anterior es de mayor gravedad, si se plantea que dichas *misiones* estarán integradas por organizaciones del Poder Popular, entiéndase por los distintos consejos previstos en la Reforma, con lo cual sus integrantes, es decir, el ciudadano, en lugar de ejercer su derecho a la participación, escasamente será un subalterno de la Presidencia de la República. De mantenerse esta práctica, la misma conllevaría a un crecimiento engañoso del sector del empleo público, con la debida repercusión presupuestaria, y quizás, además, con una reforma del vigente Estatuto de la Función Pública, y de otras legislaciones afines, con miras a incorporar nuevos deberes funcionariales y también nuevas restricciones disciplinarias que respondan a la nueva realidad de la organización administrativa. Sólo a manera de reflexión cabe preguntarse cómo queda la posibilidad de acceso por razones de mérito o de concurso en el caso de los funcionarios superiores de las llamadas misiones, cuando conforme a la práctica, hasta el momento ha sido solamente requisito exigido la pertenencia o compromiso al grupo político del partido de Gobierno.

II. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SUS ÁMBITOS COMPETENCIALES

1. *Las misiones o comisiones presidenciales*

El Artículo 141 de la Reforma, permite develar la dependencia administrativa y, en consecuencia, la relación de subordinación y jerarquía en la cual se encontrará el llamado y novedoso Poder Popular respecto del Poder Ejecutivo Nacional, ya que sus integrantes, es decir, los distintos Consejos a través de los cuales se expresará la soberanía³, serán órganos integrantes de las misiones, como actualmente sucede -por ejemplo- con la Misión Guaicaipuro.

3 Los consejos previstos en la propuesta de nueva Constitución como sujetos a través de los cuales se ejercerá el Poder Popular y órganos a través de los cuales se ejercerá el autogobierno de las ciudades son los siguientes: consejos de trabajadores, consejos estudiantiles, consejos campesinos, consejos artesanales, consejos de pescadores, consejos deportivos, consejos de la juventud, consejos de adultos mayores, consejos de mujeres, consejos de personas con discapacidad.

La modalidad actualmente utilizada por el Presidente de la República al crear y establecer el funcionamiento de las distintas misiones, es la de crearlas mediante decretos, otorgándole la naturaleza jurídica de una *comisión presidencial*. Dichas comisiones son presididas por el Ministro competente por la materia, y están integradas por los ministros del Sector. En algunos casos, también están integradas por un representante de los consejos comunales o un representante de la comunidad. Es decir, por el llamado en la propuesta Reforma, Poder Popular, con lo cual los Consejos que lo integran quedan doblemente sometidos a la dirección y subordinación del Presidente de la República. En primer lugar, por su adscripción inicial como Consejo Comunal a una Comisión Presidencial, y en segundo lugar, por pertenecer a un órgano con competencia material también adscrito a otra Comisión Presidencial, concebida bajo la modalidad de una *"misión administrativa"*.

La *coordinación* actual de la *"Administración por misiones"* se efectúa a través una *Comisión Presidencial* presidida por el Vicepresidente Ejecutivo de la República, e integrada por el Ministro del Poder Popular, Finanzas, Educación, Vivienda y el Hábitat, Salud, Participación y Desarrollo Social, Economía Popular, y Relaciones Exteriores⁴. Conforme al Decreto de creación, esta Comisión *"está concebida como instancia superior y tendrá por objeto coordinar, promover, asesorar, vigilar y hacer seguimiento del cumplimiento de los objetivos encomendados a todas las Misiones Sociales"*, a los fines de evaluar los logros, proyecciones e impacto de aplicación y rendimiento alcanzados por las mismas en la población venezolana. *Sus funciones serán las de Evaluar, aprobar y supervisar los Planes propuestos y a ser ejecutados por las Misiones Sociales. Ejercer el seguimiento y control de las Misiones Sociales. Evaluar y medir el rendimiento de las Misiones Sociales, en cuanto a los logros obtenidos.* Elaborar y someter a la consideración, del ciudadano Presidente de la República, el establecimiento de medidas concretas para fortalecer el desarrollo y funcionamiento de las Misiones Sociales procurando la efectividad de las mismas, insertándolas en la visión de una República democrática y de justicia social. Promover la unificación de acciones llevadas a cabo por las distintas Misiones Sociales, en función de aquellas actividades en las cuales las mismas se interrelacionen. Subcomisiones de trabajo, dependiendo de las áreas específicas en las cuales se desarrollan las diferentes Misiones Sociales. Rendir cuenta permanente al Presidente de la República sobre los avances, dificultades, omisiones en el cumplimiento del objeto de la Comisión. Las demás que le sean conferidas por el Presidente de la República".

Pero no solamente el seguimiento de las misiones es de la competencia de la citada Comisión Presidencial, sino también que se han activado *unidades de asuntos civiles a la orden de los Comandos de los Teatros de Operaciones* para apoyar las diferentes misiones y programas sociales implementados por el Ejecutivo Nacional y el Ministerio de la Defensa⁵, permitiendo *maximizar el empleo operacional de las unidades de combate desplegadas en las diferentes áreas de operaciones, activando el Teatro de Conflicto en algunos de los municipios de los Estados Zulia, Mérida, Táchira, Barinas, Apure y Amazonas.*

4 Decreto N° 5.320, con carácter permanente, la Comisión Presidencial para el Seguimiento y Control de las Misiones Sociales, G.O. N° 38.671 del 26/04/ 2007

5 Decreto N° 3.613, mediante el cual se define y activa el Teatro de Conflicto en el territorio de los Municipios que en él se mencionan, G.O. N° 38.183, del 10 de mayo de 2005

2. Las misiones: ámbitos competenciales

El reparto de competencias de los órganos y entes que integran la actual Administración Pública Nacional Central y Descentralizada, así como de las Comisiones Presidenciales que integran la Administración por misiones, se establece en el *Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional* (G.O. N° 38.654 del 28/03/2007), por leyes especiales, y los Decretos de creación de cada una de las Misiones o Comisiones Presidenciales.

En el Artículo 6, numeral 3, del *Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional*, se le ha atribuido al **Ministerio del Poder Popular**, el seguimiento, control y evaluación de la gestión de políticas públicas y las misiones, en coordinación con los órganos, entes competentes en la materia y las comunidades organizadas. Lo cual ratifica el carácter de *órgano ministerial* que asumirá realmente, y no el de *órgano constitucional* integrante del Poder Público que se le pretende atribuir al Poder Popular. Actualmente el **Ministerio del Poder Popular** es el órgano rector de la *Administración Central de la Administración por Misiones*. Las cuales tienen titularidad para ejercer su competencia en los siguientes ámbitos⁶, a los fines de cumplir con los siguientes cometidos estatales:

i) en *materia de pueblos y comunidades indígenas* se creó la **Misión Guaicaipuro**, (Decreto N° 5.551, mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del decreto que crea la Comisión Presidencial «Misión Guaicaipuro, G.O. N° 38.758 del 30 de agosto de 2007);

ii) en *materia de planificación y economía* se crea, con carácter permanente, la **Comisión Presidencial para la Formación Ideológica y Política y la transformación de la Economía Capitalista en un modelo de Economía Socialista**, la cual tendrá por finalidad el estudio, formulación, coordinación, seguimiento y evaluación del Plan Extraordinario **Misión *Ché Guevara*** (G.O. N° 38.757 del 29 de agosto de 2007, Decreto N° 5.545 del 28 de agosto de 2007), con el objeto de incorporar a los miembros de la comunidad organizada en el proceso de transformación económica y social del Estado instituciones del Estado, gobiernos regionales, municipales y locales”;

iii) en *materia de ciencia y tecnología*, Decreto N° 4.474 mediante el cual se crea con carácter permanente la **Comisión Presidencial Misión Ciencia** (G.O. N° 38.434 del 11/05/2006), la cual tiene por finalidad la utilización del conocimiento científico-tecnológico por parte de los actores sociales e institucionales, motivando su incorporación y articulación a través de redes económicas, sociales, académicas y políticas que le permitan la producción y el uso intensivo y extensivo de ese conocimiento en función del desarrollo endógeno, del desarrollo científico y tecnológico del país, mejorar las condiciones de vida de la población y satisfacer sus necesidades;

iv) en materia de *vialidad urbana, servicios locales y equipamiento urbano* se creó mediante el Decreto N° 5.243, la **Misión Villanueva** (G.O. N° 38.647 del 19/03/2007) la cual tiene como propósito ejecutar la política nacional de vivienda y hábitat del Gobierno Bolivariano dirigida al reordenamiento del país, fundamentada en la *transformación de centros urbanos: y la creación de nuevas ciudades*. Los ámbitos de actuación que se contemplan son los siguientes: creación de ciudades satélites, ciudades gemelas, y micro ciudades”;⁷

6 No señalamos las misiones Barrio Adentro, Rivas y Sucre, por su notoriedad y conocimiento.

7 El Decreto define los conceptos de ciudades satélites, gemelas y macrociudades, las cuales se corresponden con criterios expresados como la nueva geometría del poder. En tal sentido define: 1.

v) en *materia de alimentación* se creó la **Comisión Presidencial «Misión Alimentación, para la Seguridad y Soberanía Agroalimentaria** (G.O. N° 38.603 del 12/01/2007), Decreto N° 5.112, la cual se encargará de diseñar, elaborar y formular lineamientos en materia alimentaria específicamente en el ciclo de producción, transformación, distribución, comercialización y consumo, integrado en un proceso que permita la elaboración del balance nacional y el establecimiento de las reservas operativas y estratégicas de alimentos, tendentes a promover mecanismos de participación protagónica en el pueblo, con la finalidad de garantizar la seguridad alimentaria del país;

vi) en materia de **atención a la niñez** se creó mediante Decreto N° 4.342 de fecha 06/03/2006, G.O. N° 38.405, del 24/03/2006, modificado por Decreto N° 4.922, mediante el cual se dicta la *Reforma Parcial del Decreto N° 4.342, de fecha 06 de marzo de 2006, reimpreso por fallas en los originales, en la G.O. N° 38.405, de fecha 24 de marzo de 2006, mediante el cual se crea la Misión Madres del Barrio* (G.O. N° 38.549 del 25 de octubre de 2006), la cual tiene por finalidad: fortalecer los vínculos de relación en el barrio, brindando afecto y ayuda a las amas de casa más pobres y sus familias, y velar por el cuidado de los niños, niñas, jóvenes ancianos y ancianas de su comunidad, entre otras;

vii) en **materia de reforestación de árboles** se creó mediante Decreto N° 4.500, mediante el cual se crea con carácter temporal la **Comisión Presidencial Misión Árbol**, G.O. N° 38.445 del 26/05/2006, que tendrá como objeto promover, asesorar y coordinar al Ejecutivo Nacional en el desarrollo y seguimiento de los proyectos y acciones del “Plan Nacional de Reforestación Productiva”;

viii) en *materia de apoyo a la pequeña y mediana industria se creó la Comisión Presidencial para el apoyo e incorporación de la pequeña y mediana industria, asociaciones cooperativas, microempresas, empresas familiares y demás formas asociativas, en las actividades agrícolas, industriales, turísticas, de infraestructura, de producción de bienes y de prestación de servicios del país*, la cual tendrá por finalidad el estudio, formulación, coordinación, seguimiento y evaluación del Plan Extraordinario **Misión Vuelvan Caras**, con el objeto de incorporar a la asociación comunitaria en el proceso de transformación económica y social del Estado, a través de la creación de núcleos de desarrollo endógeno y de nuevas fuentes de trabajo. Decreto N° 2.898 del 28 de abril de 2004, G.O. N° 37.966 del 23/06/2004;

ix) en **materia alimentaria** se crearon dos misiones la **Misión Mercal y la Misión Alimentación», para la Seguridad y Soberanía Agroalimentaria**, Decreto N° 2.742 G.O. N° 37.867 del 28/01/2004, y Decreto N° 5.112, G.O. N° 38.603 del 12/01/2007. La **Comisión Presidencial Misión Alimentación para la Seguridad y Soberanía Agroalimentaria**, la cual se encargará de diseñar, elaborar y formular lineamientos en materia alimentaria específicamente en el ciclo de producción, transformación, distribución, comercialización y consumo, con la finalidad de garantizar la seguridad alimentaria del país.

Ciudades Satélites: Núcleo urbano dotado de cierta autonomía funcional, pero que mantiene relaciones económicas, históricas, geográficas, legales y sociales con un núcleo urbano mayor. 2. Ciudades Gemelas: son dos ciudades que, geográficamente se encuentran muy cercanas y que parece que forman una única unidad. A menudo están unidas por un puente u otro medio de comunicación, pero pueden pertenecer a diferentes unidades político-administrativas. 3. Micro Ciudades: núcleos urbanos pequeños ubicados dentro o adyacentes a la poligonal urbana de una ciudad mucho mayor. Reproducen en un espacio reducido rasgos propios de un hábitat ordenado. Se ubican hasta 4.500 familias.

Lo anterior evidencia la absoluta intención ya iniciada de ideologizar el ejercicio de la potestad organizatoria y su alcance jurídico en el Sistema de la Administración Pública, constituyendo la Reforma el vaciamiento con rango constitucional de los principios que informan la organización y el funcionamiento de la Administración Pública Nacional, entre ellos dos de gran importancia: el *principio de legalidad* y el principio de *racionalidad* administrativa.

La aprobación de la Reforma desconoce además el *principio democrático*. La titularidad para definir los *intereses públicos*, materia que subordina la organización de la Administración, es de la competencia exclusiva del presidente de la República. La vinculación de la Administración a la ley queda prácticamente desconocida. Es el *órgano presidencial* el competente para determinar cuál el será el *interés público* y los *medios* para su atención. Los *finés* del Estado determinados por la Constitución, solo competente al del *Poder ejecutivo*.

La propuesta de modificación constitucional y el Régimen de la Administración Financiera Pública

Enrique J. Sánchez Falcón

I. LAS PROPUESTAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL PLANTEADAS POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA INCIDEN DE MANERA EVIDENTE SOBRE EL RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA PÚBLICA, PREVISTO EN EL TÍTULO DE LA CONSTITUCIÓN REFERIDO AL SISTEMA SOCIO-ECONÓMICO

En algunos aspectos la incidencia es directa, como en el caso de la eliminación de la autonomía del Banco Central de Venezuela, planteada expresamente en la propuesta de reforma del artículo 318; o, también, en la defenestración del Fondo de Estabilización Macroeconómica, claramente sugerida con la modificación del artículo 321. En otros casos la incidencia es indirecta, pero no por ello menos contundente. Tal es el caso de las que derivan de la distinción propuesta en relación a las administraciones públicas, según la cual existirían dos categorías de ellas: las denominadas administraciones públicas tradicionales o burocráticas “que son las que atienden 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” (artículo 141). Más adelante veremos como la administración por *misiones*, unida a la facultad que se propone sea otorgada al Ejecutivo Nacional para administrar las reservas internacionales y depositarlas en fondos creados a tal efecto no será otra cosa que la regularización de las prácticas de relajación de las reglas de disciplina fiscal que de manera ilegal e inconstitucional ha venido realizando el gobierno nacional. En todo caso, esa incidencia configura, sin lugar a dudas, el absoluto desmoronamiento de la administración financiera pública y de las reglas de disciplina fiscal que fueron diseñadas en la Constitución de 1999, para hacer de esa administración un instrumento eficaz del Estado Venezolano “para velar por la estabilidad macroeconómica, promoviendo un ambiente propicio para el crecimiento y la generación de bienestar para los ciudadanos”, lo cual, tal como lo expuso el constituyente en la Exposición de Motivos de ese texto fundamental, se lograría “con base en tres principios fundamentales, a saber: equilibrio fiscal y un nivel prudente de deuda pública; autonomía del Banco Central en el cumplimiento de sus funciones, con un claro mecanismo de rendición de cuentas y coordinación transparente de las políticas macroeconómicas” (Exposición de Motivos de la Constitución, Título VI, Capítulo II, párrafos primero y segundo, *GORBV* N° 5.453 Extraordinario, del viernes 24 de marzo de 2000). Teniendo en cuenta la forma en que se ha venido conduciendo la administración financiera pública en los últimos tiempos, era obvio suponer que del seno del alto gobierno surgirían, como en efecto han surgido, propuestas de reforma tendentes a legitimar esa irregular forma de conducir la gestión fiscal. En este sentido es conveniente reflexionar críticamente sobre tales sugerencias de reforma, sean estas explícitas o supuestas, tal como seguidamente haremos.

II. LA DESAPARICIÓN DE LA AUTONOMÍA DEL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA

a) Es suficientemente conocido el manifiesto incumplimiento que se ha verificado en el país con relación al mandato constitucional que establece que 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, una de las cuales es, por expresa asignación constitucional, la administración de las reservas internacionales (artículo 318). Este incumplimiento se hizo aún más evidente mediante la concreción de otro, violatorio a su vez de la regla según la cual el banco “no estará subordinado a directivas del Poder Ejecutivo y no podrá convalidar o financiar políticas fiscales deficitarias” (artículo 320). En efecto, con el especioso argumento que invoca la existencia del concepto del “Nivel Adecuado de Reservas Internacionales”, se llegó, incluso, a modificar, inconstitucionalmente, la Ley del Banco Central de Venezuela, con el único propósito de liberar y transferir recursos de las reservas internacionales al Poder Ejecutivo (*GORBV* N° 5.606 del 20 de julio de 2005), en cuenta del Fondo creado a tal fin. Sin duda, tal irregular actuación es el origen de la propuesta de eliminar del texto constitucional la previsión contenida en el artículo 318 referida a la autonomía constitucional del Banco Central de Venezuela, y las normas conexas como la del artículo 320 citado.

b) Planteada como ha quedado la propuesta presidencial, el Banco Central de Venezuela, en lo adelante, será una “persona de derecho público sin autonomía para la formulación de las políticas correspondientes” que “compartirá” con el Poder Ejecutivo Nacional 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” (propuesta de reforma del artículo 318). Ahora bien, aparte el hecho de que luce ilógico que una institución sin autonomía pueda “compartir funciones”, pues, precisamente, por esa falta de autonomía lo más seguro será que, simplemente, obedezca instrucciones, la propuesta presidencial comporta una tal concentración de poderes en el Ejecutivo Nacional, vale a decir en la persona del Presidente de la República, que sin duda alguna los peligros de que esas políticas se manejen oportunamente, se hacen cada vez más evidentes.

c) Al respecto sea suficiente recordar lo siguiente: “El Premio Nobel de economía del año 2004 se otorgó a los economistas Finn Kydland y Edward Prescott, precisamente por su importante contribución a la política monetaria. Ellos han subrayado la importancia de crear instituciones que aseguren a los agentes económicos que el gobierno no va a utilizar la política monetaria en forma oportunista para, por ejemplo, causar un alza temporal en la actividad económica antes de una elección. En ausencia de una institucionalidad que limite el uso populista de la política monetaria, los agentes económicos presumen que el gobierno la utilizará con dichos fines, incrementando los precios y salarios en anticipación a las acciones del gobierno, con lo que la inflación resulta una profecía autocumplida. Esta base analítica para la autonomía de los bancos centrales ha jugado un rol importante en promover la creación de bancos centrales autónomos en el mundo” (La Estabilidad de Precios y la Autonomía de los Bancos Centrales, por **Vittorio Corbo**, consultada <http://www.bcentral.cl/esp/politicas/exposiciones/miembrosconsejos>, el 10 de febrero de 2007).

d) Frente a la idea de transformar el perfil del Banco Central de Venezuela, para que deje de ser un instrumento direccionado, básicamente, hacia el logro de la estabilidad y se convierta en un banco central comprometido con “los fines esenciales del Estado socialista y el bienestar del pueblo, cabe advertir que la experiencia histórica ha demostrado también que dichas instituciones “han tenido más éxito, como agentes de desarrollo, cuando sus políticas han sido coordinadas, no subordinadas, con las políticas del gobierno en un plan de desarro-

llo”, sin desconocer que “también necesitan tener autonomía para mantener la estabilidad”. (Gerald Epstein, codirector del Centro para la Investigación Económica y Política de Estados Unidos, de la Universidad de Massachussets, en conferencia dictada el 27 de octubre de 2005, en el Banco Central de Venezuela, consultada en [http://www.bcv.org.ve/c4/ Conferencias.asp](http://www.bcv.org.ve/c4/Conferencias.asp), el 10 de febrero de 2007).

e) La propuesta de transformar el Banco Central de Venezuela para convertirlo en un simple instrumento del Presidente de la República y de sus planes políticos representa no sólo un atentado a la base analítica que domina la creación y existencia de instituciones de ese tipo en el mundo, sino que anuncia que las políticas monetaria, cambiaria y fiscal del país, ya no serán el resultado de análisis científicos y técnicos madurados por los conocedores del oficio, sino de las veleidades ideológicas de una única voluntad personal.

III. ELIMINACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA UNIDAD DEL PRESUPUESTO.

a) No obstante la precisa regulación sobre el principio de la unidad del presupuesto contenida en los artículos 313 y 314 de la Constitución, según los cuales “la administración económica y financiera del Estado se regirá por un presupuesto aprobado anualmente por ley” y “no se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la ley de presupuesto”, desde el año 2005, el país vive un proceso de franca “*depresupuestación*”, de lo cual es ejemplo paradigmático la creación y funcionamiento del Fondo Nacional de Desarrollo, FONDEN, S.A.. (Ver Decreto autorizatorio de su creación en GORBV N° 38.261 del 30/08/2005 y Acta Constitutiva y Estatutaria en GORBV N° 38.269), sociedad anónima cuyo objeto es “financiar los proyectos de inversión real productiva, la educación, la salud, el mejoramiento del perfil y saldo de la deuda pública externa y la atención de situaciones especiales”, así como “financiar proyectos de conveniencia, de evidente necesidad y aquellos dirigidos al desarrollo económico y social, reembolsables y no reembolsables, nacionales e internacionales, en moneda nacional o extranjera; así como cualquier otro proyecto que sea necesario financiar a juicio del Directorio Ejecutivo, previa aprobación del Presidente de la República” (Cláusula Tercera del Acta Constitutiva y Estatutaria). Es manifiestamente evidente que la creación de este ente, con forma de sociedad anónima, tuvo como único propósito permitir la tramitación de todos los gastos que a través de él se realicen, sin ninguna vinculación con la Ley de Presupuesto Anual. Vale decir, una excusa para obviar el principio de la unidad del presupuesto.

b) No es necesario argumentar demasiado para demostrar que el abandono del principio de la unidad del presupuesto, es el mayor atentado que puede hacerse a la transparencia en la gestión de las finanzas públicas. La información contenida y presentada en él es fundamental para asegurar dicha transparencia. Además, con importantes volúmenes de gasto público fuera del presupuesto es imposible contar con éste como un instrumento fundamental de la política fiscal. Basta, a este respecto, destacar las dificultades que por ese motivo surgirían para evaluar la ejecución presupuestaria, así como la incidencia que esas dificultades tendrían tanto en la respectiva rendición de cuentas y establecimiento de responsabilidades, como en la posibilidad de utilizar los resultados de esa evaluación como insumo para la formulación del presupuesto subsiguiente.

c) Ahora bien, es evidente que la propuesta presidencial de modificar el artículo 321 a fin de otorgar al Jefe del Estado la facultad de destinar reservas internacionales, supuestamente excedentarias, “a fondos que disponga el Ejecutivo Nacional para la inversión productiva, desarrollo e infraestructura, financiamiento de las misiones y, en definitiva, el desarrollo integral, endógeno, humanista y socialista de la nación”, no hará otra cosa que regularizar la

indebida práctica antes mencionada de mantener presupuestos separados que contra toda regla de transparencia y disciplina fiscal se ha venido experimentando bajo el actual régimen gubernamental. Es más, si a ello le añadimos que cuando se trate del financiamiento de las misiones, en la administración de éstas se aplicarán “sistemas excepcionales e, incluso, experimentales, los cuales serán establecidos por el Poder Ejecutivo mediante reglamentos organizativos o funcionales” (ver propuesta de reforma del artículo 141), es legítimo plantearse que de aprobarse la reforma, toda la preceptiva desarrollada hasta ahora por el derecho presupuestario, incluido el principio de la legalidad del gasto contenido en el viejo principio según el cual no se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto (324 actual) quedará virtualmente anulada.

d) Es obvio, pues que la propuesta de degradar los principios de la unidad del presupuesto y de la legalidad del gasto, mediante la aprobación de esa facultad presidencial de destinar reservas internacionales a fondos paralelos al presupuesto nacional y que en el caso de las *misiones* podrían ser manejados con sujeción a una regulación reglamentaria absolutamente dependiente del Presidente de la República, con los controles que él decida autoimponerse -vale decir, manejados “por la libre”,- debe ser rechazada

IV. ELIMINACIÓN DEL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LA GESTIÓN FISCAL

a) A pesar de la muy clara regulación constitucional que, para asegurar el *principio del equilibrio económico* en la gestión fiscal, estatuye que el Ejecutivo Nacional presentará a la Asamblea Nacional, para su sanción legal, un marco plurianual del presupuesto, con límites máximos de gasto y endeudamiento anual, de manera de asegurar que los ingresos ordinarios sean suficientes para cubrir los gastos ordinarios en el período a que se refiera el marco plurianual (ver artículo 311), dicho marco plurianual nunca ha sido presentado para su sanción legal y nunca ha sido posible conocer si se ha cumplido con la citada regla del equilibrio corriente.

b) En este sentido, es necesario insistir en lo que el constituyente de 1999, en la Exposición de Motivos calificó como una de las innovaciones más importantes de la Constitución: la regla efectiva del equilibrio presupuestario. Tal como se señaló en esa Exposición: “Al establecer una regla de equilibrio presupuestario sostenible se dota a la política económica de un efectivo antídoto contra el endeudamiento público descontrolado. En el marco plurianual del presupuesto, que se fijará por ley, los ingresos ordinarios tienen que ser suficientes para cubrir los gastos ordinarios, es decir el Estado no puede endeudarse para cubrir el servicio de intereses de la deuda. Esta noción de equilibrio en el marco plurianual implica que es posible tener déficit en uno o dos años y luego corregir el desequilibrio, de forma de compensar déficits o superávits fiscales en el tiempo” (Exposición de Motivos de la Constitución, Título VI, Capítulo II, Sección Primera, GORBV N° 5.453 Extraordinario, del viernes 24 de marzo de 2000). Obviamente, cualquier propuesta de eliminación del principio del equilibrio económico, contenido en el artículo 311 de la Constitución, debe ser categóricamente rechazada.

c) Aunque en la propuesta presidencial de reforma de la Constitución no existe ninguna sugerencia que, expresamente, postule la eliminación del referido principio, es obvio que permitir presupuestos paralelos y administraciones excepcionales o experimentales que no se avengan a la disciplina fiscal y presupuestaria que supone la existencia de un marco plurianual del presupuesto y límites máximos de gasto y endeudamiento anual, imposibilitará o dificultará asegurar que los ingresos ordinarios sean suficientes para cubrir los gastos ordina-

rios; vale decir, imposibilitará o dificultará el logro del equilibrio económico de las fianzas públicas.

V. DESACTIVACIÓN DEL EL FONDO DE ESTABILIZACIÓN MACROECONÓMICA

a) No obstante la claridad con la cual la Constitución ordenó el establecimiento de un *fondo de estabilización macroeconómica*, a fin de garantizar la estabilidad de los gastos del Estado en los niveles municipal, regional y nacional, ante las fluctuaciones de los ingresos ordinarios; y aunque dicho fondo fue formalmente instituido por la Ley que Crea el Fondo Para la Estabilización Macroeconómica, promulgada el 27 de noviembre de 2003, modificada por ley de reforma mandada a ejecutar el 4 de octubre de 2005 (ver *GORBV* N° 38.286, de esa fecha), el mismo se halla desactivado desde su creación, supuestamente, “a los fines de proveer a la aplicación de las nuevas reglas y desarrollos institucionales contemplados en esta ley”, hasta el presente nunca provistos.

b) Esta insincera situación se pone ahora de manifiesto con la propuesta presidencial de borrar dicho fondo de entre las instituciones de la administración financiera del Sector Público y, en su lugar, crear la posibilidad de destinar reservas internacionales, ahora llamadas excedentarias, a fondos dispuestos por el Poder Ejecutivo, “para la inversión productiva, desarrollo e infraestructura, financiamiento de misiones y, en definitiva, desarrollo integral, endógeno, humanista y socialista de la Nación”, tal como ha sido planteado con la sugerencia de modificar el artículo 321.

c) Las consecuencias de una tal modificación son, en este momento impredecibles. Sin embargo, debe ser fácil entender que no es poca cosa la eliminación del único instrumento, de rango constitucional, “para garantizar la estabilidad del presupuesto y conservar, más allá de las contingencias por cambios de gobierno y de las leyes, un dispositivo que permita amortiguar las fluctuaciones de los ingresos fiscales” (Exposición de Motivos de la Constitución, Título VI, Capítulo II, Sección Primera, *GORBV* N° 5.453 Extraordinario, del viernes 24 de marzo de 2000); todo ello, además, con minas a asegurar la sostenibilidad financiera de las políticas públicas, su consolidación y el logro de los resultados esperados.

d) Dicho de otra manera, sin un Banco Central con autonomía para velar por la estabilidad de los precios y preservar el valor de la moneda; con un sistema presupuestario desprovisto de reglas de disciplina que limiten el uso dispendioso y clientelar del gasto público; y, en fin, sin posibilidad institucional de garantizar la sostenibilidad financiera de las políticas públicas frente a las fluctuaciones de los ingresos, el Estado venezolano carecerá de medios para enfrentar a esos demonios devoradores de pueblos que son la ineficiencia, la corrupción y la inflación.

CUARTA PARTE:
ASPECTOS DEL PROYECTO DE
REFORMA QUE AFECTABAN EL
RÉGIMEN POLÍTICO Y LOS
DERECHOS POLÍTICOS

*Menoscabo al derecho humano a la participación,
por la Reforma Constitucional*

Alberto Blanco-Urbe Quintero¹.

*“Toda comunidad en la que no esté estipulada
la separación de poderes y la seguridad de derechos
necesita una Constitución”².*

I. INTRODUCCIÓN:

La superación de esquemas exclusivamente representativos, por las sociedades democráticas modernas, en donde también se dejan atrás la visión paternalista del Estado y los nefastos y populistas liderazgos mesiánicos, conlleva a la instalación, sin renunciar obviamente a los inflexibles mecanismos representativos, de esquemas en grado diverso de

1 Abogado “magna cum laude”, UCV 1983; Especialista en Derecho Administrativo, UCV 1987; DESS en Derecho Ambiental, Université Robert Schuman, Francia, 1988; DEA en Derecho Público, Université Robert Schuman, Francia, 1989; Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos, Universidad de Castilla-La Mancha, España, 2006 y 2007. Profesor Agregado de Derecho Constitucional en la UCV.

2 El Principio XVI de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, siempre ha sido interpretado bajo la idea de que allí donde no este establecida la separación de poderes y garantizados los derechos humanos, no existe Constitución.

democracia participativa, en donde se ganan espacios cada vez mayores para el ejercicio pleno de la ciudadanía, en ámbitos de corresponsabilidad social y de real legitimación del poder, mediando la intervención efectiva del “hombre común” en los procedimientos de toma y ejecución de decisiones, en provecho de la constante mejoría de su calidad de vida.

Es pues la participación ciudadana, como derecho humano, inseparable, como todo derecho humano, de la existencia cierta de una democracia, bajo la convicción irrenunciable de que toda persona nace libre e igual (dogma preestatal), acorde ello con documentos tan trascendentes como la Declaración Universal de Derechos Humanos y, entre muchos otros, la Carta Democrática Interamericana.

En este orden de ideas, es clara la vinculación irrestricta entre la vigencia efectiva de la democracia, por un lado, y por el otro, el ineluctable respeto de los derechos humanos, en recíproca interdependencia, en el entendido de que no puede haber “Gobernanza” o gobernabilidad democrática, si no existe real participación ciudadana, con garantía de acceso al ejercicio del poder, en condiciones de Estado de Derecho, pluralismo y alternabilidad.

Partimos pues del mas elemental concepto de democracia, propugnado por el gran jurista austriaco Hans Kelsen, al afirmar que la democracia es el gobierno de la mayoría, con respeto de las minorías, en el entendido de que a quien corresponde participar es a la “sociedad civil”, vista como “conjunto de organizaciones de ciudadanos capaces de influir, controlar y participar en la administración pública, en la formulación y aplicación de políticas y en su control integral”, de modo que se produzcan decisiones participativas entre gobierno y sociedad civil³ (es la huida de la representatividad, del liderazgo único y del monopolio partidista).

II. EL DERECHO HUMANO A LA PARTICIPACIÓN:

La participación ciudadana, como uno de los derechos humanos fundamentales, se encuentra consagrada de forma explícita en la Constitución de 1999, en general y en ámbitos especiales, como se desprende de sus artículos 5 (soberanía popular), 62 (derecho de todos a participar libremente en los asuntos públicos, siendo “la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública”, “el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo”), 70 (medios de participación), 128 (ordenación del territorio), 211 (formación de las leyes), etc.

Tratándose de un derecho humano, la participación ciudadana se encuentra salvaguardada por todas sus garantías genéricas, como: principio de preeminencia de los derechos humanos como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 2 C); cumplimiento de los derechos humanos como fin esencial del Estado (art. 3 C); principio de supremacía constitucional (art. 7 C); deber de obediencia de la Constitución (art. 131 C); nulidad de actos violatorios de los derechos humanos y subsiguiente responsabilidad funcional (art. 25 C); imprescriptibilidad de los delitos contra derechos humanos (art. 29 C); obligación estatal de indemnizar a las víctimas de violación de derechos humanos (art. 30 C); goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos (art. 19 C); y, en posición destacada, principio de progresividad de los derechos humanos (art. 19 C).

Por otro lado, atendiendo a su contenido, tenemos que, ante todo, para poder participar en forma efectiva, se debe estar suficiente y previamente informado, por lo que el derecho a la información aparece como un presupuesto indispensable de la participación, materializable a través de medios como el libre acceso a registros nominativos o patrimoniales (art. 28 C); el

3 “Participación Social en el Manejo de las Áreas Protegidas”, Taller Regional, The Nature Conservancy, 2005, p. 12.

derecho de petición (art. 51 C); el libre acceso a los documentos administrativos (art. 143 C); los principios de transparencia y de rendición de cuentas como fundamento de la Administración Pública (art. 141 C); y, el derecho a la educación, en derechos humanos (art. 3 C), ciudadana -para la construcción de ciudadanía- (art. 102 C), y particularmente pluralista, mediando la autonomía universitaria (art. 109 C), todo ello con el fin de lograr un manejo legítimo de la cosa pública, tendente a fomentar la vigencia del principio del consentimiento fundamentado previo.

Desde esta perspectiva, este derecho ha de manifestarse por medio de un gobierno participativo y pluralista (art. 6 C); del debido proceso administrativo (art. 49 C); del derecho de petición (art. 51 C); del deber de defender los derechos humanos (art. 132 C); del principio de participación como fundamento de la Administración Pública (art. 141 C): en el diseño, normativa, control, seguimiento o ejecución y evaluación de las políticas públicas y las decisiones administrativas, mediando una Administración Pública concertada, consensuada o compartida, basada en la corresponsabilidad, la cogestión, la autogestión, la descentralización y la verdadera autonomía local, con posibilidad cierta de transferencia de servicios a las comunidades (art. 184 C); y todo ello, determinado por la creatividad del ser humano, con la única limitación del principio de legalidad y del Estado de Derecho, en el goce efectivo de la libertad asociativa (art. 52 C).

Sin perjuicio, de formas del derecho a la participación, en campos políticos, con concreción del derecho a manifestar (art. 68 C); los mecanismos referendarios: referéndum consultivo (art. 71 C), referéndum revocatorio (art. 72 C), referéndum aprobatorio (art. 73 C) y referéndum abrogatorio (art. 74 C); e iniciativas legislativa (art. 204 C) y constituyente (arts. 341, 343 y 349 C).

Y, del acceso a la justicia en la materia, circunscrito al derecho a accionar en defensa de intereses privados, colectivos o difusos (art. 26 C); en amparo (art. 27 C); en amparo internacional (art. 31 C); al debido proceso judicial (art. 49 C); al contencioso administrativo (arts. 139 y 259 C); y, al control de constitucionalidad (arts. 334 y 336 C).

III. LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD:

Ahora bien, del análisis comparativo entre algunas de las normas consagratorias y reguladoras del derecho a la participación ciudadana, las contenidas en la Constitución de 1999 y las propuestas para la "reforma" constitucional, se aprecia un retroceso significativo en cuanto al alcance obtenido ya por el constitucionalismo venezolano, y su reducción propuesta, lo cual vulnera el principio de progresividad de los derechos humanos, que puja por cada vez más y más libertad ciudadana y menos y menos poder para el funcionariado público.

Lo anterior, para no ser exhaustivos, se puede fácilmente apreciar en el campo de las figuras ciudadanas de participación, y en materia referendaria, cuando se obvia de plano la participación ciudadana o se la dificulta al exigirse porcentajes más altos de electores para la iniciativa o la aprobación, como veremos:

CONSTITUCIÓN DE 1999

Territorio y participación (Art. 16)

La creación de territorios federales en determinadas áreas de los Estados, dispuesta mediante ley, queda supeditada a la realización de un referendo aprobatorio.

PRETENDIDA REFORMA DE 2007

La Ciudad Comunal será creada por el Presidente de la República, con aprobación de la mayoría de la Asamblea Nacional.

Las autoridades de las entidades políticas son de elección popular.

El Presidente de la República, previo acuerdo de la mayoría de la Asamblea Nacional, podrá crear ciudades comunales, provincias y ciudades federales y distritos funcionales u otras.

Solo la creación de un Distrito Funcional implica la "consulta permanente con sus habitantes", sin exigir un referéndum.

El Poder Ejecutivo designará las autoridades del Territorio, Municipio o Ciudad Federales, previa aprobación por la Asamblea Nacional.

Medios de participación (Art. 70)

No se limitan las figuras posibles de participación y protagonismo del pueblo, exigiéndose solamente que las formas asociativas persigan los valores de la mutua cooperación y la solidaridad".

Se acaba con el pluralismo y la multiculturalidad, al limitar los medios de participación, a que su única razón de ser sea "la construcción del socialismo" y el desarrollo de los valores de "la solidaridad socialista".

Referendo consultivo (Art. 71)

Un número no menor del 10% de los electores.

Un número no menor del 20% de los electores.

O un número no menor del 10% del total de inscritos en la circunscripción.

O un número no menor del 20% del total de inscritos en la circunscripción.

Referendo revocatorio (Art. 72)

Un número no menor del 20% de los electores.

Un número no menor del 30%.

Cuando igual o mayor número de electores que eligieron al funcionario hubieren votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores igual o superior al 25% de los electores.

Cuando igual o mayor número de electores que eligieron al funcionario hubieren votado a favor de la revocatoria y sea mayor el total de votos a favor que el total de votos en contra, siempre y cuando hayan concurrido al referendo más del 40% de los electores.

Referendo aprobatorio (Art. 73)

Siempre que haya concurrido el 25% de los electores.

Siempre que haya concurrido el 30% de los electores.

Los tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales, podrán ser sometidos a referendo por el 15% de los electores.

Los tratados, convenios o acuerdos internacionales podrán ser sometidos a referendo por el 30% de los electores. Si el referendo concluye en un sí aprobatorio, siempre que haya concurrido un número no menor del 30% de los electores.

Referendo abrogatorio (Art. 74)

Un número no menor del 10% de los electores.

Un número no menor del 30% de los electores...

También podrán ser sometidos a referendo abrogatorio los decretos con fuerza de ley, cuando fuere solicitado por un número no menor del 5% de los electores.

También podrán ser sometidos a referendo abrogatorio los decretos con rango, valor y fuerza de ley cuando fuere solicitado por un número no menor del 30% de los electores.

**Descentralización a las comunidades
(Art. 184)**

Prevé la descentralización y transferencia a las comunidades y grupos vecinales organizados de servicios previa demostración de su capacidad para prestarlo.

Promueve la participación de comunidades y ciudadanos, a través de asociaciones vecinales y organizaciones no gubernamentales, en la formulación de propuestas de inversión, ejecución, evaluación y control de obras, programas sociales y servicios públicos en su jurisdicción.

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 y desarrollar procesos autogestionarios y cogestionarios en la administración y control de los servicios públicos estatales y municipales.

Se omite al máximo la referencia a federación y descentralización, figuras que acercan el poder al ciudadano y facilitan su participación, y se lesiona el pluralismo y la multiculturalidad, al hacer depender la iniciativa popular de “la construcción de la economía socialista”.

Menoscaba la prohibición de discriminación, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y la libertad asociativa, al reservar a los Consejos Comunales la ejecución de las decisiones de las asambleas de ciudadanos (sin perjuicio de los peligros que el asambleísmo ha mostrado), y el financiamiento con los recursos del Fondo Nacional del Poder Popular.

Ya se han dictado normas, como la “Ley de los Consejos Comunales”, que evidencian el control decisivo que la Presidencia de la República ejercería sobre el pretendido “Poder Popular”, tornándolo en un apéndice suyo, y desdibujando el rol que corresponde a la sociedad civil, por medio de organizaciones no gubernamentales, para el fomento real de una democracia.

Enmiendas (Art. 341)

15% de los ciudadanos.

20% de los electores.

Reformas (Art. 342)

Un número no menor del 15% de los electores.

Un número no menor del 25% de los electores.

Asamblea Constituyente (Art. 348)

Los Concejos Municipales en cabildo; o el 15% de los electores.

El 30% de los electores.

IV. CONCLUSIÓN:

Ni siquiera la Asamblea Nacional Constituyente puede violar el principio de progresividad de los derechos humanos, pues reviste el carácter libertario de límite infranqueable a la

actividad del Poder Constituyente, mucho menos puede hacerlo el Poder Constituido, por medio de la Asamblea Nacional en procedimiento agravado de reforma constitucional, por lo que se perfecciona un fraude constitucional, con confiscación del Poder Constituyente. No solamente se modifican principios y valores fundamentales que exceden las posibilidades de una reforma, sino que además se disminuye el radio de acción del ciudadano, en el ejercicio de su derecho humano a la participación.

QUINTA PARTE:
ASPECTOS DEL PROYECTO DE
REFORMA QUE AFECTABAN LA
CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

I. Sobre la libertad económica y el régimen de la economía

*La suerte de la “libertad económica” en el
Proyecto de Reforma de la Constitución de 2007*

José Antonio Muci Borjas

*Profesor de Derecho Administrativo en la
Universidad Católica Andrés Bello*

1. En el artículo 112 de la Constitución de 1999 (Título III, “De Los Deberes, Derechos Humanos y Garantías”, Capítulo VII, “Derechos Económicos”) se declara que todos pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las leyes. Complementariamente, la norma le impone al Estado venezolano la obligación de promover la iniciativa privada. En su redacción actual el artículo 112 dispone textualmente lo siguiente:

“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 in-

terés social. El Estado promoverá 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”.

2. El Proyecto de reforma constitucional propuesto por el Presidente de la República, ulteriormente modificado por la Asamblea Nacional (en lo adelante, por causa de brevedad, la Reforma), propone modificar esa norma, para eliminar -sí, para eliminar- la libertad que ella reconoce. El artículo 112 de la Reforma reza textualmente así:

“El Estado promoverá 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.

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 o distribución social, pudiendo ser éstas de propiedad mixta entre el Estado, el sector privado y el poder comunal, creando las mejores condiciones para la construcción colectiva y cooperativa de una economía socialista”.

3. Una detenida lectura de la Reforma permite constatar que en el artículo 112 desaparece la voz “personas”. También desaparece el adverbio “libremente”. Desaparecen porque la norma deja de hacer énfasis en el ciudadano y en la libertad de voluntad o acción que le asiste. Desaparecen para darle paso a la acción del Estado, que, dicho sea de paso, es el único sujeto de las dos oraciones que componen el artículo 112 de la Reforma. El acento se hace, insistimos, sobre el Estado y su poder para ordenar y dirigir. El ciudadano queda relegado a un segundo plano, su libertad se torna secundaria.

En otras palabras, en la Reforma la libertad económica, entendida como ausencia de interferencias estatales, de interferencias estatales irrazonables según la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo de Justicia¹, desaparece. Desaparece, ya lo decíamos antes, para dar paso al poder estatal para ordenar y dirigir las acciones de las personas en una economía que se define como “socialista” en la que el actor, el protagonista, es el Estado, un Estado que se define como socialista². A la luz de este dato, he aquí una primera reflexión, luce como un verdadero contrasentido, como una insalvable contradicción, que el artículo 112 del Proyecto continúe formando parte del Capítulo VI, que se ocupa de los “Derechos Económicos”.

1 Con base en el artículo 112 de la Constitución de 1999 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido que “la libertad económica es manifestación específica de la libertad general del ciudadano, la cual se proyecta sobre su vertiente económica” (Sentencia de fecha 6 de febrero de 2001, asunto *Pedro Antonio Pérez Alzurut*, luego ratificada por la propia Sala Constitucional el 1° de octubre de 2003, asunto *Inversiones Parkimundo, C.A.*, y más recientemente el 19 de julio de 2005, asunto *Ordenanza sobre actividades económicas del Municipio Chacao del Estado Miranda*).

2 En la Exposición de Motivos de la Reforma puede leerse cuanto sigue: “...se plantea la imperiosa e ineludible necesidad de ir a un proceso de Reforma Constitucional a fin de adaptarla y dotarla de elementos que consoliden el avance hacia la ruptura del modelo capitalista burgués”. Con la venia de rigor, en esta misma obra véase José Antonio, Muci Borjas, “*El trastocamiento de la Administración Pública en la Reforma Constitucional de 2007*”.

4. La anulación que de la libertad económica hace la Reforma constitucional es ilegítima, además, porque por la naturaleza de las cosas el Presidente de la República, en su condición de proponente de la Reforma, no puede disponer de los derechos y libertades ciudadanos. Otro tanto cabe afirmar de la Asamblea Nacional. Esos órganos carecen de poder jurídico para privar o proponer que se prive al ciudadano, a los ciudadanos en plural, de sus libertades y derechos constitucionales.

Y que no se invoque como argumento “legitimador” de la Reforma que la misma debe ser objeto de aprobación por los ciudadanos mediante sufragio. Con ese argumento, decíamos, no cabe legitimar la anulación o eliminación de la libertad económica, porque la mayoría no puede disponer válidamente de los derechos y libertades individuales. Así de simple. El poder de las mayorías no es un poder omnipotente, un poder que todo lo puede. Así de simple, así de sencillo. Para las mayorías no todo es lícito. Así de simple, así de elemental. Por la naturaleza de las cosas, de las libertades y derechos fundamentales, valores superiores o finales del orden jurídico conforme al Preámbulo de la Constitución de 1999, que hace expresa alusión, como propósitos o finalidades suyos, a la “consolidación de los valores de libertad” y la “garantía universal e indivisible de los derechos humanos”, no pueden disponer ni los gobernantes ni las mayorías de turno³. Admitir lo contrario equivaldría a transformar las libertades fundamentales y los derechos individuales en bienes colectivos⁴, susceptibles de disposición por “otros”, esto es, por personas distintas a su titular; equivaldría, ni más ni menos, a desconocer la garantía que tales libertades y derechos representan en el Derecho contemporáneo; equivaldría, en suma, a negarles todo vigor -toda eficacia- a los derechos y libertades fundamentales, porque si las mayorías todo lo pueden entonces esos derechos y libertades universales, afirmados como “...*leyes del más débil*, en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia”⁵, no representarían ninguna garantía.

5. La redacción que para el artículo 112 propone la Reforma merece otras consideraciones adicionales. En efecto, la Reforma parte de la una errada y peligrosa premisa, a saber, que es el Estado, únicamente el Estado, quien sabe qué es lo que le conviene al ciudadano. Es por ello que incumbe al Estado imponer las reglas del modelo económico. Es por ello, además, que las acciones del ciudadano deben quedar sometidas -en un todo- a las reglas unilateralmente impuestas por el Estado.

Ahora bien, Norberto Bobbio⁶ observaba, y para ello parafraseaba a Locke, que el poder del padre sobre el hijo, por una parte, y por la otra, el poder del gobernante civil sobre sus conciudadanos, descansan sobre dos realidades, dos premisas, diferentes: Mientras el primero obedece a un hecho natural, la generación y da lugar a un gobierno *ex natura*, el gobierno

3 En sentido coincidente, Luigi Ferrajoli, “Derechos Fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio De Cabo, y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2001, p. 36. También, *mutatis mutandis*, Palombella, Gianluigi, *Constitución y soberanía: el sentido de la democracia constitucional*, citado por Magdalena, Correa Henao, *La limitación de los derechos fundamentales*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2003, por p. 49.

4 Con respecto a la ilegitimidad del acto en virtud del cual se pretena transformar un derecho fundamental individual en bien o derecho colectivo consúltese, *mutatis mutandis*, el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia en Pleno en fecha 11 de febrero de 1993 (*Revista de Derecho Público* N° 53-54, enero junio 1993, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 398 y ss.).

5 Luigi Ferrajoli, *Op. cit.*, p. 39.

6 Norberto Bobbio, *Teoria generale della politica*, Giulio Einaudi editore, s.p.a., Torino, 1999, p. 162.

civil debe siempre fundarse en los consensos, porque es un gobierno *ex contractu*. Complementariamente, Bobbio observaba que se está frente a una degeneración del poder político, frente a un supuesto de “mal gobierno”, cuando el gobernante no respeta el carácter o condición específica de la relación que se establece entre él y los ciudadanos. Esto ocurre, *exempli gratia*, cuando el gobernante trata a los ciudadanos como si fuesen sus hijos, esto es, como “eternos” menores de edad, como sujetos que no pueden ni querer ni hacer por sí mismos y que, por ende, necesitan de otro que quiera y haga por ellos, en suma, cuando necesitan a alguien que los sustituya y decida por ellos. Ese tipo de gobierno civil, cuyos poderes descansan sobre una supuesta relación *ex natura* entre el gobernante y los ciudadanos, que quedan reducidos a “súbditos”, constituye hipótesis de “mal gobierno”, de gobierno patriarcal o despótico *lato sensu*.

La Reforma constitucional -este dato es más que lamentable- sienta las bases para un “mal gobierno”, porque en la economía, que se califica como “socialista”, se le dispensa al ciudadano el mismo trato que el padre dispensa a su hijo menor de edad, incapaz por razón de la edad. Insistimos en la idea: En el ámbito económico al ciudadano se le trata como si fuese un sujeto que no sabe qué es lo que le conviene y, por tanto, se pretende someterlo en un todo a las reglas que el Estado defina e imponga. El Estado que la Reforma prevé es una “suerte” de *Führerstaat* (Schmitt⁷).

Ahora bien, comoquiera que la reforma, que según el artículo 341 de la Constitución es mecanismo idóneo para la “...revisión parcial de esta Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas...”, siempre y cuando “...no [se] modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional...”, por una parte, y por la otra, la libertad, porque así lo dispone el artículo 2° constitucional (Título I, “Principios Fundamentales”), es un “valor superior” del ordenamiento jurídico venezolano, y como “valor superior” que es dicha libertad constituye principio y fin de todo el sistema normativo, esencia de dicho ordenamiento⁸, la supresión o eliminación de la libertad económica no puede ser el producto -el resultado- de una simple reforma constitucional. Otro tanto cabe decir respecto de la seguridad jurídica, esto es, el derecho al Derecho, si se quiere el más básico o elemental de los derechos, porque la seguridad jurídica en el ámbito económico ha sido suprimida -sin explicaciones de ningún género- del texto del artículo 299 de la Constitución de 1999 (Título VI, “Del Sistema Socioeconómico”, Capítulo I, “Del régimen Socioeconómico y de la Función del Estado en la Economía”).

La modificación del artículo 112 niega la libertad en su faceta o vertiente económica, a pesar de que la libertad, así lo proclama el artículo 2° de la Constitución, es y representa un bien merecedor de tutela, un fin digno de persecución. Y sin libertad, la verdad sea dicha, no hay -no puede haber- verdadera democracia.

7 Carl, Schmitt, *Un giurista di fronte a se stesso*, Saggi e inservite, a cura di Giorgio Agamben, Neri Pozza Editore, Vicenza, 2005, p. 299.

8 Luciano, Parejo Alfonso, “Constitución y valores del ordenamiento”, publicado en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, p. 131. Según Peces-Barba, los “valores superiores” son “meta del Estado y del Derecho”; “punto de partida del resto del ordenamiento jurídico”; “el fundamento y la meta, el fin del Derecho, que el legislador constituyente, expresión de la soberanía, se propone”; y, por ello, “suponen el marco, el límite y el objetivo a alcanzar por el ordenamiento, al que tienen que acoplarse todas las demás normas y al que tienen que ajustar su actuación todos los operadores jurídicos” (véase Joaquín, Arce y Flores-Valdés, *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1990, p. 108).

6. Como si todo lo dicho no bastara, la anulación o supresión que de la libertad en el ámbito económico hace la Reforma es incompatible, irreconciliable, con el la naturaleza o carácter progresivo (“principio de progresividad”) de los derechos humanos, reconocido por el artículo 19 de la Constitución política de 1999, que en la Reforma permanece inalterado. Copiado a la letra el artículo 19 establece que “el Estado garantiza 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 es obligatorio para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen”. Además, la eliminación de la libertad económica luce incompatible con el artículo 20 constitucional, que permanece igualmente inalterado, conforme al cual «todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social». La regresión que la Reforma representa en materia de libertad económica implica una grave e insalvable antinomia entre las normas del '99 y la Reforma.

7. Para comprender el verdadero alcance del nuevo artículo 112 resulta necesario interpretar esa norma conjuntamente con la Disposición Transitoria Novena de la Reforma constitucional. La aludida Disposición Transitoria dispone textualmente:

“Hasta tanto se dicten las normas que desarrollen los principios establecidos en el artículo 112 de esta Constitución, el Ejecutivo Nacional podrá, mediante decretos o decreto ley, regular la transición al Modelo de Economía Socialista”.

De la “libertad económica”, entendida como materia propia de la reserva legal, nada queda, porque el Ejecutivo queda autorizado *sine die*, esto es, *per saecula saeculorum* (“...hasta tanto se dicten las normas que desarrollen los principios establecidos en el artículo 112...” reza la Disposición)⁹, para regular la materia económica mediante Decretos-Leyes. También queda facultado para regular la materia mediante meros Decretos, esto es, mediante simples actos administrativos. Esa “deslegalización”¹⁰, prohibida por la Constitución de 1999, constituye evidencia adicional que el nuevo artículo 112 nada -absolutamente nada- garantiza. Y más allá de la “deslegalización” de la materia económica, grave por sí sola, conviene acotar que la Disposición Transitoria Novena irrumpe contra el principio de división de poderes, porque “de manera permanente” habilita al Ejecutivo para también disciplinar la materia económica mediante Decretos Leyes. En el ámbito económico la Disposición Transitoria Novena restringe *sine die -sine die* por la total indeterminación en el tiempo de la “transición” “...al Modelo de Economía Socialista” a la cual alude la norma- la garantía que para el ciudadano representa la “reserva legal”, esto es, el conjunto de materias que sólo pueden ser reguladas -por el Poder Legislativo- mediante Ley formal. Así las cosas, la Reforma contempla un Ejecutivo que puede rivalizar, tratarse de tú, con el Legislativo, pues a ambos se les reconoce análogo poder normativo.

8. Pero hay más: El quebrantamiento del principio de división del poder, entendido éste como presupuesto necesario -imprescindible- del Estado democrático, pone de relieve que la Reforma no puede ser aprobada siguiendo los trámites propios de las reformas consti-

9 En la Exposición de Motivos de la Reforma se admite sin tapujos que “la transición al socialismo puede durar muchos años, resultando un proceso de quiebre generacional”.

10 Sobre el tema de la “deslegalización” consúltese el fallo pronunciado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 21 de noviembre de 2001 (*asunto José Muci-Abraham et alter*).

tucionales¹¹. Sobre esto algo ya habíamos dicho (*supra*, numeral 4.). No puede ser aprobada, insistimos, porque el artículo 341 de la Constitución de 1999, aún en vigor, dispone que a través del mecanismo de la “reforma” está prohibido modificar o alterar “...la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional...”, y porque de acuerdo al artículo 6° de la Carta Magna (Título I, “Principios Fundamentales”), “el gobierno de la República... es y será siempre democrático...”. Por la naturaleza de las cosas, un gobierno en el que se desconoce el principio de división de poderes, porque es al Poder Ejecutivo a quien, por mandato constitucional, incumbe legislar en materia económica, es un gobierno antidemocrático, autoritario, y, por consiguiente, contrario a la letra y el espíritu del artículo 6° de la Constitución.

9. Como se ve, la Reforma no sobrevive el *test* de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, cuyo artículo 16 dispone: «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución»¹². De su ilegitimidad -a la luz de esta norma- no caben dudas.

10. A título de conclusión, la reforma constitucional que el Presidente de la República propuso y la Asamblea aprobó no es “reforma”. La palabra “reforma” es sólo una etiqueta, mero ropaje, que sirve para enmascarar u ocultar una cosa que no responde a la idea de Constitución; una cosa que no puede ser calificada como Constitución porque no lo es ni desde el punto de vista del *iter* procedimental seguido -faceta adjetiva-, ni lo es tampoco desde el punto de vista de su contenido -faceta sustantiva-.

11 Artículos 341 y ss. de la Constitución.

12 García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos, La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 2000, p. 139.

Actividad económica y sistemas alternativos de producción

Tamara Adrián

*Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello y de la
Universidad Central de Venezuela*

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los ámbitos en los que el proyecto de reforma constitucional transforma más drásticamente los principios contenidos en la Constitución de 1999, es en materia de actividades económicas, especialmente en lo atinente a la presencia e importancia creciente de los sistemas alternativos de producción socialista. El objetivo del presente estudio es el de tratar de delinear algunas de las características que tendría la actividad económica de aprobarse la reforma constitucional. En este sentido examinaremos brevemente: (I) el destino de las actividades económicas privadas; (II) las reglas aplicables a las actividades económicas estatales y socialistas; (III) las actividades reservadas; y (IV) las principales características de las estructuras jurídicas alternativas de producción.

II. EL DESTINO DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS PRIVADAS

Es cierto que el artículo 115 del proyecto de reforma constitucional no prohíbe la propiedad privada de los medios de producción. Empero, del análisis concatenado de una buena parte de los artículos que conforman la reforma, podemos observar que la actividad privada quedaría constitucionalmente confinada -de forma inmediata o potencial- a un mero ámbito residual, o, en el mejor de los casos, condenada a pasar a ser una actividad tolerada sólo en la medida en que no se haya reservado ese campo de la economía, o no se hayan establecido medidas de protección, a otras formas organizativas de producción socialista.

Este estado de cosas deriva no sólo como consecuencia de la supresión del derecho constitucional a la libertad de comercio e industria (art. 112), sino sobre todo del establecimiento de monopolios económicos constitucionales y de la posible ulterior creación de monopolios legales y formas de protección en numerosas áreas de la economía, tanto para el Estado como para las formas de producción socialista (art. 112, 113, 302, 305 y 307).

En suma, observamos que la actividad privada sólo sería admisible siempre que cumpla con las siguientes condiciones:

(a) Que se desarrolle en el ámbito de las actividades que no estén reservadas constitucional o legalmente al Estado, a empresas mixtas, cogestionadas, cooperativas, comunas, consejos comunales u otras estructuras de la llamada economía socialista o social (art. 112, párrafo segundo, 115 *in fine* y 156.34);

(b) Que responda a los lineamientos establecidos en los sistemas de planificación a cuatro niveles previstos constitucionalmente: planificación central (*Plan de Desarrollo Integral de la Nación*), planificación estratégica de los Distritos Funcionales a través de las Misiones Distritales (*Plan Estratégico Funcional*), planificación estratégica de las Ciudades

Federales a través de las Misiones Locales (*Plan Estratégico de Desarrollo*) y planificación comunal (decisiones comunales vinculantes) (art. 16, 167.6, 236.20, 299 y 238). Esto implica que ninguna actividad económica, particularmente privada, podría ser ejercida fuera de los lineamientos y regulaciones previstos en esos planes;

(c) Que responda a criterios de utilidad pública e interés general (art. 115), criterios éstos que estarán determinados por “*los valores humanísticos de la cooperación y la preponderancia de los intereses comunes sobre los individuales*” (art. 112), y en el entendido de que las actividades privadas no vulneren “*los métodos y sistemas de producción social y colectiva con los cuales se afecte la propiedad social y colectiva o impidan o dificulten la justa y equitativa concurrencia de bienes y servicios.*” (art. 113). Es evidente que la interpretación de estos términos puede hacer variar sustancialmente el ámbito y forma de las actividades privadas permitidas;

(d) Que se lleve a cabo bajo la supervisión estricta del Estado o de las comunidades organizadas y de los comités de distinta naturaleza creados por el texto constitucional (art. 70, 71, 112, 305). En el caso de la supervisión por parte del Estado, ésta se puede llevar a cabo, por medio de delegación presidencial orgánica, a través de las “*misiones*”, cuya creación y atribuciones serán establecidas por el Ejecutivo Nacional mediante “*reglamentos organizativos y funcionales*” (art. 141), generando así una gran incertidumbre e inseguridad jurídica, en cuanto al principio de la legalidad y las potestades administrativas de los funcionarios públicos; y

(e) Que los medios de producción utilizados en la empresa hayan sido “*legítimamente adquiridos*” (art. 115). Si analizamos este último concepto a la luz de las experiencias recientes de desconocimiento de la cadena de titularidad de ciertos activos por parte de órganos meramente administrativos -particularmente del Instituto Nacional de Tierras- y a la inacción de los tribunales ante tales circunstancias, podemos presagiar incertidumbre. Incertidumbre ésta que se extendería tanto respecto de cuándo se consideraría que la propiedad ha sido legítimamente adquirida como respecto a la existencia de remedios judiciales efectivos en contra de estos abusos administrativos, particularmente por la limitación progresiva de la vía del amparo a través de la exacerbación de la vía ordinaria y la reformulación regresiva de los requisitos de *periculum in mora* y *fumus boni iure*.

Si a todo lo anterior agregamos que la protección constitucional a la “*forma*” de “*propiedad privada*” se extiende exclusivamente a los bienes de uso y consumo y a los medios de producción legítimamente adquiridos, observamos que podría ser posible desconocer o limitar la protección a ciertos tipos de propiedad que no caen en la enumeración antes indicada. Es el caso particularmente de la supresión expresa de la protección a los derechos de propiedad industrial, es decir, marcas, patentes, denominaciones de origen, y otras similares (art. 98). Pero también podría extenderse esta falta de protección a los derechos de crédito -incorporados o no en valores negociables públicos (bonos de deuda pública, letras del tesoro y otros endeudamientos públicos) o privados (obligaciones, papeles comerciales, derivados y otros)- y a las acciones de sociedades comerciales, que no caen en ninguna de las categorías mencionadas.

III. LAS REGLAS APLICABLES A LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS ESTATALES O SOCIALISTAS

Nótese, por otra parte, que las reglas jurídicas del articulado del proyecto de reforma, aplicables a las actividades económicas desarrolladas por el Estado o por las estructuras

jurídicas de la economía alternativa, son radicalmente diferentes de las aplicables a las actividades privadas, al menos por las siguientes razones:

(a) Porque las disposiciones relacionadas con la libre competencia y los monopolios son únicamente aplicables a la actividad privada (art. 113) y no a las actividades económicas desarrolladas por el Estado o por cualesquiera de los otros sujetos económicos de la economía socialista mencionados en el texto constitucional. Éstos pueden inclusive ser protegidos frente a los particulares por medio de políticas públicas especiales (art. 299, 300 y 301). De allí que los sistemas legales de protección por abuso de posición de dominio, fijación de precios, fijación de condiciones de comercialización, demandas concentradas, y otras prácticas contrarias a la libre competencia, no sean aplicables ni al sector público ni al sector socialista de la economía, en detrimento de la actividad privada y, en última instancia, del consumidor.

(b) Porque cualquier empresa privada pueden ser ocupada durante el proceso de expropiación, aún antes de que haya terminado el juicio, para ser atribuida su explotación al Estado o algunas de las estructuras jurídicas de la economía social o socialista (art. 115 y 156.34). Esta expropiación y ocupación puede tener lugar porque (i) se declare la utilidad pública de determinada empresa o actividad individualmente considerada, o porque (ii) se reserve al Estado o a las estructuras socialistas de producción el desarrollo de una determinada área económica. En este último caso, la expropiación y eventual ocupación afectaría a la totalidad de las empresas privadas del área. Por otra parte, en cuanto a la actividad agrícola, está previsto que en el caso de los latifundios, la ley establecerá la forma en que serán necesariamente *“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”* (art. 307), sin que se establezca claramente la realización de un proceso de expropiación ni se determine el concepto de latifundio.

(c) Porque en todo caso, el nuevo paradigma constitucional propendería a la promoción del desarrollo de un modelo económico que se *hiperadjetiva* a través de conceptos jurídicos indeterminados. Los adjetivos y grupos nominales adjetivales que califican inicialmente el sistema económico son los de *“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.”* (art. 112). A estos adjetivos se agregan otros en el sentido de que el sistema socio-económico de la República *“se fundamenta en los principios socialistas, antiimperialistas, humanistas, de cooperación, de eficiencia, de protección del ambiente y de solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad.”* (art. 299). Cada uno de los anteriores términos puede ser interpretado acomodaticia o circunstancialmente para hacer variar de modo sustancial la ecuación final. Como ejemplos de la incertidumbre que pueden crear estas menciones y su interpretación, observamos que quedaría prohibida *“toda acción especulativa”* en el marco de la actividad empresarial que se desarrolle respecto de la *“renta de la tierra”* -expresión ambigua que podría englobar actividades económicas tales como construcción, venta o arrendamiento de cualquier tipo de inmuebles urbanos- (art. 18), sin que pueda saberse *a priori* qué se entiende por tal especulación. Por su parte, las actividades en materia de producción de alimentos y *“agroecología”* estarán supeditadas a las *“medidas”* que tome el Ejecutivo Nacional (art. 305), y a los lineamientos de planificación antes señalados.

(d) Porque la promoción de la actividad económica está relacionada exclusivamente con los medios alternos de protección y así la ley puede establecer “*las condiciones para la creación de empresas o entidades regionales, para la promoción y realización de actividades económicas o sociales bajo principios de la economía socialista, estableciendo los mecanismos de control y fiscalización que aseguren la transparencia en el manejo de los recursos públicos que en ellas se inviertan y su razonable productividad económica y social.*” (art. 300) y se puede reservar actividades a empresas sociales o socialistas (art. 156.34).

(e) Porque, en todo caso “el Estado se reserva el uso de la política comercial para defender y promover las actividades económicas de las empresas nacionales públicas, comunales, mixtas, colectivas, sociales y privadas.” (art. 301), pudiendo crear subsidios, barreras arancelarias, para-arancelarias y restricciones a las actividades económicas de empresas extranjeras, que podrían afectar gravemente el comercio internacional de exportación, exponiendo los productos venezolanos a la imposición de derechos compensatorios por tales subsidios.

IV. LAS ACTIVIDADES RESERVADAS

El texto del proyecto de reforma constitucional extiende la reserva estatal en materia de hidrocarburos, a los hidrocarburos gaseosos y a otros tipos de hidrocarburos. A esto se agrega que varios artículos establecen la potencial reserva de otras actividades, tanto al Estado como a las estructuras económicas de producción socialista.

(a) **Ampliación de la reserva a los hidrocarburos gaseosos y a otros tipos de hidrocarburos.** De acuerdo con el artículo 302, “*el Estado se reserva por razones de soberanía, desarrollo e interés nacional, las actividades de exploración y explotación de los hidrocarburos líquidos, sólidos y gaseosos, así como su recolección, transporte y almacenamiento iniciales y las obras que estas actividades requieran.*” Es decir, existe una reserva general de las actividades “*aguas abajo*”. En todo caso, el Estado se puede reservar, por medio de ley orgánica, cualquier otra actividad relacionada con los hidrocarburos “*aguas arriba*”. Y estas actividades las puede desarrollar el “*Ejecutivo Nacional directamente, o por medio de entes o empresas de su exclusiva propiedad, o por medio de empresas mixtas en las cuales tenga el control y la mayoría accionaria.*” Por otra parte, “*el Ejecutivo Nacional, por órgano del ministerio con competencia en la materia, fiscalizará y ejercerá el control sobre las actividades reservadas, así como sobre el transporte de los hidrocarburos y sus derivados en todo el territorio nacional, desde su extracción hasta el consumidor final en el mercado doméstico, o hasta los puertos y puntos de exportación.*” (art. 303).

(b) **Potencial reserva de la explotación de recursos naturales o bienes del dominio de la nación considerados de carácter estratégico y de la prestación de “servicios públicos vitales”.** Según el artículo 113 el Estado se puede reservar la explotación de “*recursos naturales o de cualquier otro bien del dominio de la Nación, considerados de carácter estratégico por esta Constitución o la ley*” y la “*prestación de servicios públicos vitales, considerados como tales por esta Constitución o la ley*”. Estas actividades las puede desarrollar “*directamente o mediante empresas de su propiedad, sin perjuicio de establecer empresas de propiedad social directa, empresas mixtas o unidades de producción socialistas, que aseguren la soberanía económica y social, respeten el control del Estado, y cumplan con las cargas sociales que se le impongan, todo ello conforme a los términos que desarrollen las leyes respectivas de cada sector de la economía. En los demás casos de explotación de bienes de la Nación, o de prestación de servicios públicos, el Estado, mediante ley, seleccionará el mecanismo o sistema de producción y ejecución de los mismos, pudiendo otorgar concesio-*

nes por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público, y el establecimiento de cargas sociales directas en los beneficios.” Como se observará, las nociones de recursos naturales o bienes del dominio público de la Nación considerados de carácter estratégico y de servicios públicos vitales pueden ser interpretadas de forma sumamente amplia, permitiendo, según las circunstancias, englobar prácticamente la explotación de todos los recursos naturales y de todos los servicios públicos, incluyendo telefonía, electricidad, transporte, banca, seguros y otros.

(c) **Potencial reserva de actividades del sector de alimentos.** El caso anterior se exacerbaba en el caso de cualesquiera de los eslabones de la cadena alimenticia. En efecto, según el artículo 305, “La producción de alimentos es de interés nacional y fundamental para el desarrollo económico y social de la Nación.” De allí que “Si ello fuere necesario para garantizar la seguridad y la soberanía alimentarias, la República podrá asumir sectores de la producción agrícola, pecuaria, 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 establecidos en esta Constitución y la ley.” (art. 305).

(d) **Transferencia de tierras y actividades agrícolas propiamente dichas.** Según el artículo 307, “Se prohíbe el latifundio por ser contrario al interés social. 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.” De allí que esta “transferencia” de tierras pueda estar acompañada por una declaración de reserva de determinada actividad, por concatenación de lo dispuesto en los artículos 307 y 305.

V. LAS ESTRUCTURAS JURÍDICO-POLÍTICO-ASOCIATIVAS CON CARÁCTER PRODUCTIVO

A lo largo y ancho de los artículos del proyecto de modificación constitucional encontramos una serie de disposiciones que introducen estructuras jurídico-político-asociativas con carácter productivo. Estas formas de producción están concatenadas con las distintas formas de propiedad previstas en el artículo 112. Ello nos lleva a tratar de delinear algunas de las características de estas estructuras productivas.

(a) En primer lugar, se trata de estructuras jurídico-político asociativas, en el sentido de que su creación está sometida a los requisitos constitucionales y de la ley que se dicte al respecto, y su función y actividad es considerada constitucionalmente como una forma de participación y protagonismo político. En este sentido el artículo 70 considera como medios de “participación y protagonismo del pueblo” a “la gestión democrática de los trabajadores y trabajadoras de cualquier empresa de propiedad social directa o indirecta, la autogestión comunal, las organizaciones financieras y microfinancieras comunales, las cooperativas de propiedad comunal, las cajas de ahorro comunales, las redes de productores libres asociados, el trabajo voluntario, las empresas comunitarias y demás formas asociativas constituidas para desarrollar los valores de la mutua cooperación y la solidaridad socialista.” Sin embargo, esta actuación sólo está permitida para “la construcción del socialismo”.

(b) En principio la creación de estas estructuras no es libre, y su constitución y funcionamiento (art. 136, 156.35, 168.3, 184.2 y 3, 185 y 236.4) así como su financiamiento por parte del Estado (art. 167.4, 6 y 7, 185 y 301, así como disposición transitoria Décimo Prime-

ra) están supeditados a un control centralizado en el Ejecutivo Nacional según lo disponga la ley.

(c) La determinación de las actividades a ser desarrolladas por estas estructuras productivas de economía socialista serán, en principio, determinadas por el Presidente de la República a través de decretos o decretos con rango, fuerza y valor de ley, por medio de delegación constitucional (disposición transitoria Novena, en concordancia con art. 112, 156.34 y 184.6, entre otros) bajo la forma de desconcentración de la administración central, ya que la mayor parte de las potestades que correspondían a los Estados y Municipios, han sido transferidas al Ejecutivo Nacional.

(d) La dependencia económica del Estado y la limitación de valores empresariales a una “razonable productividad económica y social” (art. 300) parecen poder crear un sistema económico que, al no responder a los criterios de producción, productividad, eficiencia y eficacia propios de toda empresa, será portador de graves ineficiencias y posibles conflictos de intereses entre la comunidad y la empresa, que afectarán sustancialmente su función económico-productiva en detrimento, en última instancia, del consumidor. A esto se agregan los poderes de los consejos comunales de tomar decisiones vinculantes en cuanto a la gestión de las empresas, decisiones éstas que no necesariamente deben ser tomadas por medio del voto (art. 70).

(e) En suma, se pretende establecer un sistema económico alternativo de producción que, al no responder necesariamente a criterios empresariales, creemos que será incapaz de responder efectivamente a las necesidades económicas y sociales y al desarrollo de la producción nacional, tal y como lo han demostrado todos los experimentos históricos de igual naturaleza, tanto nacionales como internacionales.

Réquiem por la libertad de empresa y el derecho de propiedad

Víctor Rafael Hernández-Mendible

*Profesor de Derecho Administrativo en la
Universidad Católica Andrés Bello*

I. INTRODUCCIÓN

El réquiem consiste en una composición musical que se canta con el texto litúrgico, en la misa de un difunto y si bien es cierto que el presente trabajo no tiene la pretensión de ser una composición musical, ni menos aún un texto litúrgico pronunciado en una misa de difunto, sí tiene como finalidad alertar a quienes se sientan atraídos por el título, sobre algunas de las implicaciones que tiene la inconstitucional “reforma” de la Constitución, que ha sido elaborada con el objetivo de destruir los derechos y las libertades públicas del modelo económico capitalista¹, mediante el inicio de la supresión de las libertades económicas, con la confesa finalidad de contribuir a lograr la realización del Reino de Dios en La Tierra², para lo cual pueden emplearse muchos años en ese proceso de destrucción, dirigido a aniquilar el resto de los derechos y libertades civiles, políticas, sociales y culturales, que surgieron a partir de la Revolución Francesa.

Es así como estas líneas estarán dedicadas a exponer con argumentos objetivos, basados en el derecho positivo, cuál puede ser el futuro de las libertades públicas en general y de las libertades económicas en particular.

II. LA PROGRESIVA SUPRESIÓN DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS

El principio general de libertad, le viene impuesto a los Estados por ser éste un principio general que el ordenamiento jurídico no puede desconocer, lo que lleva a admitir su existencia más allá de que se encuentre expresamente establecido en las declaraciones y pactos internacionales, las constituciones³ o las leyes.

-
- 1 La Exposición de motivos del proyecto de “reforma” de la Constitución presentado por el Presidente de la República al Poder Legislativo, el día 15 de agosto de 2007, establece que “La transición al socialismo puede durar muchos años, resultando un proceso de quiebre generacional. Esta reflexión es aún mas válida para el caso particular de Venezuela que emprende la propuesta del Socialismo del Siglo XXI, [que] debe ser vista en términos de *proceso, tanto de destrucción como de construcción, un proceso de destrucción de los elementos de la vieja sociedad que todavía permanecen (incluyendo el soporte para la lógica del capital)*, se busca así promover el ideal de establecer nuevas relaciones de convivencia humana basadas en la equidad, la justicia social y la solidaridad”.
 - 2 En otro pasaje de la exposición de motivos antes referida, se señala que la reforma constituye “una estrategia política [para] *contribuir a la construcción del Reino de Dios en La Tierra*, es decir, la conquista de la supremacía política por parte de los pueblos del mundo”.
 - 3 Artículo 2 de la Constitución.

La libertad de empresa como extensión o si se prefiere manifestación del principio general de libertad, no constituye otra cosa que la declaración del reconocimiento expreso de la posibilidad que tienen las personas para dedicarse a la actividad de su preferencia, sea ésta de trabajo, oficio, comercio, industria o profesión, sin más limitaciones o restricciones que aquéllas establecidas en la Constitución o en las leyes, debiendo éstas ser proporcionales, adecuadas y estrictamente necesarias para garantizar su ejercicio y la satisfacción del interés general, en el marco de la economía social de mercado.

Luego de entrada en vigencia la Constitución de 1999, la libertad de empresa ha sido objeto de limitaciones o restricciones, en algunos casos ajustados a la Constitución y en otros en violación de ella⁴, aunque con el apoyo del Tribunal Supremo de Justicia⁵.

El año 2007, comenzó con el anuncio del gobierno de su intención de nacionalizar las empresas privadas prestadoras de servicios en Venezuela, que contaban con la presencia de inversionistas de los Estados Unidos de América, tal como sucedió en el sector de las telecomunicaciones⁶ y en el sector eléctrico⁷, mediante las estatizaciones y re-estatizaciones efectuadas entre los meses de febrero y mayo⁸.

Paralelamente se venía llevando a cabo el proceso de estatización de las empresas privadas que operaban en el sector de los hidrocarburos, a través de una *creeping confiscation*, es decir, de una suerte de confiscación progresiva y velada de la titularidad de la empresa por el Estado, que mediante la reforma abrupta de la regulación, les impuso de manera forzosa la

4 Víctor Rafael Hernández-Mendible, La Regulación Económica. Tendencias Actuales de Derecho Público. *Libro Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 Aniversario*. Caracas. UCAB. 2004. pp. 741-746.

5 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 1613, de 17 de agosto de 2004.

6 El 1° de enero de 2007, el Estado poseía el 6,59% de las acciones de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), una semana después el gobierno anunció la nacionalización de la empresa y el día 12 de febrero de 2007, se suscribió un memorando de acuerdo de compra-venta del porcentaje de acciones que tenía *Verizon Communications*. El Estado luego de adquirir el 28,51 % que poseía en titularidad esta corporación y de realizar una oferta pública de adquisición de acciones, ha reestatizado la empresa adquiriendo el 86,21% de capital social de la empresa. Debe recordarse que esta fue una empresa que se constituyó privada, que en el año 1953 fue estatizada, que luego en 1991 fue privatizada parcialmente y que finalmente ha sido reestatizada el día 19 de mayo de 2007.

7 El Estado adquirió el 92,98% de las empresas privadas que conforman el grupo Electricidad de Caracas (ELECAR), estatizando una empresa que desde su creación y durante más de cien años fue totalmente privada y nacional, dado que sus accionistas eran venezolanos, no obstante en el año 2000, el gobierno permitió una oferta pública de adquisición de acciones que produjo la compra del 82,14% de las acciones por el inversionista extranjero *AES Corporation* con quien suscribió el memorando de entendimiento para la compra-venta de sus acciones, el día 8 de febrero de 2007. El Estado también adquirió el 88% de la empresa Sistema Eléctrico de Nueva Esparta (SENECA), que siendo originalmente estatal, por su ineficiencia económica y deficiente prestación del servicio había sido privatizada y ahora ha sido reestatizada. Sobre la situación actual del sector eléctrico puede consultarse Víctor Rafael Hernández-Mendible, La regulación del servicio eléctrico. *Libro Homenaje a Mariano R. Brito*. Montevideo. 2008.

8 Víctor Rafael Hernández-Mendible, La nacionalización de las actividades, los servicios y las empresas en Venezuela. *Libro Homenaje a Daniel Hugo Martins*. Montevideo. 2008; y, también en *Nacionalización, libertad de empresa y asociaciones mixtas*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2008. pp. 11-66.

migración de las empresas privadas hacia las denominadas empresas mixtas⁹, forzándolas a convertirse en socios del Estado siempre que pretendiesen seguir operando en el sector o quedando libres de no aceptar al Estado como socio mayoritario, en cuyo caso debían proceder a retirarse de la actividad industrial que estaban realizando y marcharse del país¹⁰.

A ello se suma el cada vez más intenso establecimiento de obligaciones a los operadores del sector bancario y financiero, que a través de distintas leyes les han impuesto restricciones y limitaciones a su actividad, que los llevan a tener comprometida un porcentaje mayor al 25% de la cartera crediticia, para la concesión de préstamos a unas tasas especiales que son fijadas mensualmente por el Banco Central de Venezuela¹¹. Este proceso iniciado a nivel legislativo desde 1999, fue refrendado por el Tribunal Supremo de Justicia¹² y ha sido complementado a través de toda la política pública que se viene realizando en el sector y que llevaron al gobierno a amenazar con la estatización de la banca privada¹³, tal como se ha dado cuenta en otras oportunidades¹⁴.

Todo esto no es más que algunas manifestaciones de los síntomas que venía padeciendo la libertad de empresa, que entró en terapia intensiva el día 15 de agosto de 2007, cuando el Presidente de la República, formuló su inconstitucional propuesta de "reforma" constitucional, en la cual se suprime formalmente la libertad de empresa, que ha gozado de reconocimiento constitucional, aunque bajo distintas denominaciones desde los orígenes de la República¹⁵.

-
- 9 Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de migración a empresas mixtas de los convenios de asociación en la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los convenios de exploración a riesgo y ganancias compartidas. *Gaceta Oficial* N° 38.632, de 26 de febrero de 2007 y la Ley sobre los efectos del proceso de migración a empresas mixtas de los convenios de asociación en la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los convenios de exploración a riesgo y ganancias compartidas. *Gaceta Oficial* N° 38.785, de 8 de octubre de 2007.
- 10 Véase Allan R. Brewer-Carías, Una 'renacionalización' petrolera en 2006-2007?. La terminación unilateral y anticipada de los contratos operativos y de asociación respecto a la actividad primaria de hidrocarburos. *Nacionalización, libertad de empresa y asociaciones mixtas*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2008. pp. 125-178.
- 11 José Antonio Muci Borjas, Los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones (BITs) y la "regulación" del negocio bancario. Algunas reflexiones sobre la furtiva "expropiación regulatoria" (*creeping expropriation*) de la banca venezolana: ¿Una obra en marcha?. *Revista de Derecho Público* N° 106. Editorial Jurídica Venezolana. 2006. pp. 7-33.
- 12 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 85 de 24 de enero de 2002.
- 13 El periódico www.eluniversal.com en la sección de economía, del día 4 de mayo de 2007, recoge las declaraciones del día anterior, del Presidente de la República en las que expresó que "si los bancos no quieren cumplir con eso (con los financiamientos a los productores nacionales) los tomamos, los nacionalizamos ...", lo que generó la respuesta del Presidente del Banco Venezolano de Crédito, Oscar García Mendoza, publicada el día 5 de mayo de 2007, en la cual sostuvo que la amenaza de estatizar el sistema financiero "ahuyenta la inversión extranjera del país y genera desempleo".
- 14 Víctor Rafael Hernández-Mendible, La actividad de servicio público y la regulación bancaria. *Las formas de la actividad administrativa*. FUNEDA. Caracas. 2005. pp. 87-106; La nacionalización de las actividades, los servicios y las empresas en Venezuela. *Libro Homenaje a Daniel Hugo Martins*. Montevideo. 2008; y, también en *Nacionalización, libertad de empresa y asociaciones mixtas*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2008. pp. 11-66.
- 15 Allan R. Brewer-Carías, El derecho de propiedad privada y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela. *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*. Tomo II. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1979. pp. 1139-1246.

Sin embargo, ha sido el equipo médico de los diputados integrantes del Poder Legislativo quienes han terminado por desahuciar a la libertad de empresa, al eliminarla formal y nominalmente del ordenamiento jurídico venezolano, más no materialmente por las razones que se exponen en este mismo trabajo.

Es así como del artículo que reconocía la libertad de empresa no ha quedado nada, ha desaparecido, sin que se haya hecho algo para conservar su evolución histórica constitucional y salvar su aporte al catálogo de derechos y libertades públicas. Aparentemente se ha marchado del ordenamiento constitucional sin que se le haya podido dar una digna despedida, para dar paso a una norma que por razones de técnica legislativa debería estar ubicada en las disposiciones relacionadas con el modelo socio-económico de la República, pero a la que le cuesta mucho ubicarse en la parte de la Constitución, destinada al reconocimiento de los derechos, libertades y sus respectivas garantías.

Sin embargo, debe señalarse que -desde la perspectiva formal- clínicamente la libertad de empresa se encuentra en un estado de coma que podría ser prolongando, pero en ningún caso ha muerto, porque materialmente el principio general de libertad sigue existiendo no solo con reconocimiento expreso en la Constitución¹⁶, sino como principio superior que informa a todo el ordenamiento jurídico.

III. EL DEBILITAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN VENEZUELA

El derecho de la propiedad privada también ha existido desde los orígenes de la República, sin perjuicio de que han existido otros tipos de propiedad como la pública y la de los indígenas. La evolución constitucional desde el establecimiento del Estado social y democrático de Derecho en el primer tercio del siglo XX, ha permitido que la propiedad privada haya pasado de no tener mayores limitaciones o restricciones en su ejercicio, a constituir un derecho sometido a las contribuciones, restricciones y obligaciones que se impongan por razones de utilidad pública o interés general, estableciéndose la interdicción de confiscación y admitiéndose la expropiación por razones de utilidad pública o interés social¹⁷.

Sin embargo, la propiedad privada también ha sido objeto de un conjunto de amenazas y ataques que han adquirido forma jurídica a través de leyes¹⁸ y aunque pudiera parecer más asombroso, de sentencias. En este último sentido debe recordarse que recientemente el Tribunal Supremo de Justicia a través de una medida cautelar¹⁹ en un proceso de amparo constitucional, autorizó al gobierno a proceder a la confiscación de las antenas de transmisión de Radio Caracas Televisión -quien no es parte en ese proceso-, a partir del momento que se produjese el cierre, -ordenado por el Presidente de la República, el 28 de diciembre de 2006, en la Academia Militar-, luego de 53 años de transmisiones ininterrumpidas de dicha empresa de difusión de televisión en señal abierta, lo que ocurrió el día 27 de mayo de 2007, a las

16 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencias 117, 6 de febrero de 2001; 968, de 5 de junio de 2001; 2641, de 1 de octubre de 2003; 1798, de 19 de julio de 2005; 1632, de 11 de agosto de 2006; 144, de 6 de febrero de 2007.

17 Artículo 115 de la Constitución.

18 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 2855, de 20 de noviembre de 2002.

19 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 956, de 25 de mayo de 2007.

11:59 p.m.²⁰. Sin ninguna duda que una sentencia emitida en tales términos es lesiva del derecho de propiedad privada y es contraria a la prohibición de confiscación²¹.

Si bien el derecho de propiedad privada, todavía no ha sido suprimido directamente, sí ha experimentado un debilitamiento progresivo en su protección, por las actuaciones u omisiones de las autoridades públicas nacionales, estatales y municipales, que se agrava con la ambigüedad de la nueva redacción constitucional y se ve potenciado por la habilitación legislativa²² otorgada al Ejecutivo Nacional para dictar decretos con rango y fuerza de ley, así como con la Disposición Transitoria Novena de la Constitución, cuya ejecución puede producir nuevas afectaciones e incluso extinciones del derecho de propiedad privada.

IV. LAS SEMEJANZAS CON SITUACIONES SIMILARES OCURRIDAS EN PAÍSES COMUNISTAS DEL CARIBE

Después de la instauración de la dictadura comunista en Cuba en el año 1959, el gobierno promulgó la Ley de reforma agraria, a través de la cual se expropiaron los inmuebles calificados como latifundios, que eran propiedad de inversionistas de los Estados Unidos de América.

Luego el día 6 de agosto de 1960, se dictó la Ley N° 851 que nacionalizaba todos los derechos e intereses en Cuba, de las personas con nacionalidad de los Estados Unidos de América señalados en dicha ley, dentro de las que se encontraban 38 centrales azucareras y las refinerías de petróleo "Esso", "Texaco", así como de la británica "Shell".

Dos meses después, el día 13 de octubre de 1960, se dictó la Ley N° 890 cuyo objeto era adoptar las medidas dirigidas a liquidar definitivamente "el poder económico de los intereses privilegiados que conspiran contra el pueblo, procediendo a la nacionalización de las grandes empresas industriales y comerciales que no se han adaptado ni se podrán adaptar jamás a la realidad revolucionaria de nuestra Patria", en razón de lo cual se procedió a adjudicar a favor del Estado, todos los bienes, derechos y acciones de 382 empresas, transfiriéndose todos sus activos y pasivos y en consecuencia, se declaró al Estado, subrogado en el lugar y grado de las personas naturales o jurídicas propietarias de las mencionadas empresas.

Ese mismo día, se dictó la Ley N° 891, que declaró pública la actividad bancaria y procedió a la estatización de 37 bancos de personas de nacionalidad cubana, completando así la absoluta estatización de los bancos, pues en el mes de septiembre se habían estatizado los bancos que eran de capital proveniente de los Estados Unidos de América.

El día 24 de octubre de 1960, el gobierno comunista estatiza las restantes 166 empresas que eran propiedad de inversionistas de los Estados Unidos de América, culminando así el proceso de estatización de todos los derechos, bienes y medios de producción existentes en Cuba.

Estas medidas condujeron a la extinción de la propiedad privada y de la libertad de empresa y darían paso al modelo de economía centralizada, dirigida y planificada de manera

20 Sobre este asunto, pueden leerse los comentarios de Allan R. Brewer-Carías, "El juez constitucional en Venezuela como instrumento para aniquilar la libertad de expresión plural y para confiscar la propiedad privada: El Caso RCTV". *University of Columbia*. New York. Consultado en original. 2007.

21 Artículo 116 de la Constitución.

22 *Gaceta Oficial* N° 38.617, de 1° de febrero de 2007.

rígida por el Estado, con precios controlados, propiedad colectiva de los medios de producción y exclusión de cualquier tipo de participación e iniciativa privada, no solo extranjera, sino incluso nacional en las actividades económicas.

Como expresión de lo señalado, seguidamente se dará cuenta de la Ley de octubre de 1960, que estatizó todos los bienes y empresas de los nacionales cubanos.

V. LA "LEY N° 890" DE ESTATIZACIÓN DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS Y BIENES POR UN GOBIERNO COMUNISTA

El texto del documento que estableció las estatizaciones, del cual se han suprimido en el artículo 1, únicamente los nombres de las 382 empresas estatizadas -por no aportar nada al presente trabajo-, dejando la mención de las actividades económicas afectadas, es el siguiente²³:

"OSWALDO DORTICOS TORRADO, Presidente de la República de Cuba...., Hago saber: Que el Consejo de Ministros ha acordado y yo he sancionado lo siguiente:

POR CUANTO: *La obra creadora de la Revolución*, en sus múltiples aspectos, está basada fundamentalmente en el pleno desarrollo de la Nación.

POR CUANTO: Es evidente que ese desarrollo no puede lograrse sino *mediante la planificación adecuada de la economía, el aumento y racionalización progresiva de la producción y el control nacional de las industrias básicas* del país.

POR CUANTO: Muchas de las grandes empresas privadas del país lejos de asumir una conducta consistente *con los objetivos y metas de la transformación revolucionaria de la economía nacional*, han seguido una política contraria a los intereses de la Revolución y del desarrollo económico, cuyos signos más evidentes y notorios han sido el sabotaje a la producción; la extracción del numerario sin reinversiones adecuadas; la utilización exagerada de los medios de financiamiento sin empleo del propio capital operativo con la ostensible finalidad de acumular efectivo y de invertirlo en el extranjero previa obtención clandestina de divisas, y el abandono frecuente de la dirección directa de las fábricas lo que, en muchas ocasiones, ha obligado la intervención por el Ministerio del Trabajo en evitación preventiva de la crisis laboral que el cierre o la disminución de la producción puedan crear.

POR CUANTO: Esa conducta resulta aún mas definitivamente contraria a los intereses de la Revolución por ocurrir, a pesar de que ha aumentado considerablemente el consumo del país y, por consiguiente, se ha ampliado el mercado interno para dichas empresas.

POR CUANTO: El desarrollo económico de la Nación ha requerido, como condición insoslayable, la radical transformación de la estructura de nuestro comercio exterior, *para lo cual se ha impuesto el control nacional de las importaciones* mediante el funcionamiento del "Banco para el Comercio Exterior de Cuba" y es evidente que la subsistencia de las grandes empresas importadoras que operan bajo el solo estímulo de la ganancia y que como intermediarias en el mecanismo de la distribución no cumplen ya función alguna en el economía nacional, constituye un obstáculo a la ejecución de la nueva política de comercio exterior.

POR CUANTO: El proceso revolucionario impuso *la necesidad de dictar leyes cuyo contenido de beneficio popular tendía a liquidar los privilegios de ciertos núcleos económicos* los que, reaccionando violentamente, ignoraron y violaron esas leyes, llegando aún al extremo de financiar con los dineros mal adquiridos a grupos contrarrevolucionarios, en franca alianza con el imperialismo financiero internacional y constituye la mejor respuesta a esas activi-

23 *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria. La Habana, jueves 13 de octubre de 1960. Año LVIII. Tomo Quincenal Número XIX.

dades que el Gobierno Revolucionario, con serena valentía, promulgue las leyes necesarias a la defensa y consolidación de la Revolución Cubana.

POR CUANTO: Es deber del Gobierno Revolucionario tomar las medidas que demandan las circunstancias expuestas en los Por Cuantos anteriores y *adoptar fórmulas que liquiden definitivamente el poder económico de los intereses privilegiados que conspiran contra el pueblo, procediendo a la nacionalización de las grandes empresas industriales y comerciales que no se han adaptado ni se podrán adaptar jamás a la realidad revolucionaria de nuestra Patria*, y a la vez brindar efectivas garantías y a facilitar por distintos medios el normal desenvolvimiento de todas aquellas empresas pequeñas y medias cuyos intereses pueden y deben coincidir con los grandes intereses de la Nación.

POR CUANTO: La *nacionalización debe verificarse mediante la expropiación forzosa de dichas empresas industriales y comerciales*, según lo autoriza el Artículo 24 de la Ley Fundamental de la República.

POR TANTO: En uso de las facultades que le están conferidas, el Consejo de Ministros resuelvo dictar la siguiente: LEY N° 890

Artículo 1.- Se dispone la nacionalización mediante expropiación forzosa de todas las empresas industriales y comerciales, así como las fábricas, almacenes, depósitos y demás bienes y derechos integrantes de las mismas, propiedad de las siguientes personas naturales o jurídicas:

- GRUPO "A". Ingenios Azucareros
- GRUPO "B". Destilerías
- GRUPO "C". Bebidas Alcohólicas
- GRUPO "D". Jabones y Perfumes
- GRUPO "E". Derivados Lácteos
- GRUPO "F". Fábricas de Chocolate
- GRUPO "G". Molinos de Harina
- GRUPO "H". Fábricas de Envases
- GRUPO "I". Fábricas de Pinturas
- GRUPO "J". Químicos
- GRUPO "K". Metalurgia Básica
- GRUPO "L". Papelerías
- GRUPO "M". Lámparas
- GRUPO "N". Textiles y Confecciones
- GRUPO "Ñ". Molinos de Arroz
- GRUPO "O". Productos Alimenticios
- GRUPO "P". Aceites y Grasas
- GRUPO "Q". Almacenes de Víveres
- GRUPO "R". Tostadores de Café
- GRUPO "S". Droguerías
- GRUPO "T". Tiendas por Departamento

GRUPO "U". Empresas de Ferrocarriles

GRUPO "V". Imprentas

GRUPO "W". Circuitos Cinematográficos y Cines

GRUPO "X". Construcción

GRUPO "Y". Electricidad

GRUPO "Z". Marítimo

Artículo 2.- Se adjudican, por lo tanto, a favor del Estado cubano, todos los bienes, derechos y acciones de las empresas relacionadas en el Artículo 1 de esta Ley, transfiriéndose todos sus activos y pasivos y en su consecuencia, se declara al Estado subrogado en el lugar y grado de sus personas naturales o jurídicas propietarias de las mencionadas empresas.

Artículo 3.- La Administración y Dirección de las empresas comerciales e industriales que se dejan adjudicadas al Estado por esta Ley, se les asigna a los siguientes organismos y dependencias:

- 1) Las empresas comprendidas en el Grupo A se asignan a la Administración General de Ingenios del Departamento de Industrialización del Instituto Nacional de Reforma Agraria.
- 2) Las empresas comprendidas bajo los Grupos B a la N, ambos inclusive, se asignan al Departamento de Industrialización del Instituto Nacional de Reforma Agraria.
- 3) Las empresas relacionadas con los Grupos Ñ a la P, ambos inclusive, se asignan al Departamento de Producción del Instituto Nacional de Reforma Agraria.
- 4) Las empresas que aparecen en los Grupos Q a la T, ambos inclusive, se le asignan a la Oficina Comercial del Instituto Nacional de Reforma Agraria.
- 5) Las empresas relacionadas con el Grupo U, se le asignan a la Corporación nacional de Transporte.
- 6) Las empresas relacionadas en el Grupo V, se le asignan a la Imprenta Nacional de Cuba.
- 7) Las empresas que aparecen relacionadas en el Grupo W, se le asignan al Instituto Cubano de Arte e Industria Cinematográficos.
- 8) Las empresas relacionadas con los Grupos X a la Y, se le asignan al Ministerio de Obras Públicas.
- 9) Las empresas relacionadas con el Grupo Z, se asignan al Departamento de Fomento Marítimo.

Artículo 4. Los funcionarios competentes de los organismos y departamentos del Estado a los cuales se les asigna la administración y dirección de las empresas nacionalizadas, podrán designar para cada una de ellas los administradores que elijan, sin perjuicio de las facultades de la Junta Central de Planificación.

Artículo 5. Las expropiaciones y consecuentes nacionalizaciones y adjudicaciones a favor del Estado cubano de las empresas señaladas en el artículo 1 de esta Ley, se hacen extensivas a las empresas subsidiarias o colaterales de aquellas, lo cual se llevará a efecto por medio de resoluciones que dictarán los jefes de los organismos o departamentos del Estado a quienes se les encomienda la dirección y administración de las empresas expresamente expropiadas por esta Ley.

Artículo 6. Se declaran como causas de utilidad pública y de interés social y nacional, así como de la necesidad de expropiación, las expuestas en los Por Cuantos de la presente Ley.

Artículo 7. Los medios y formas de pago de las indemnizaciones que correspondan a las personas naturales o jurídicas afectadas por las expropiaciones que se disponen en esta Ley, serán reguladas mediante una Ley posterior.

A este efecto, la Junta Central de Planificación procederá a elevar al Consejo de Ministros, dentro del más breve plazo posible, el correspondiente proyecto de ley.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

En cuanto a las empresas industriales y comerciales que en la actualidad se encuentren intervenidas por disposición de organismos estatales, no incluidas en la presente Ley, se faculta a la Junta Central de Planificación para proceder a la nacionalización de las que correspondan de acuerdo con los principios de esta ley, o en su defecto, disponer el cese de la intervención.

DISPOSICIÓN FINAL

Se derogan cuantas disposiciones legales y reglamentarias se opongan a lo dispuesto en la presente Ley, la que comenzará regir a partir de su publicación en la GACETA OFICIAL de la República.

Por Tanto: Mando que se cumpla y se ejecute la presente Ley en todas sus partes. Dada en el Palacio de la Presidencia, en La Habana, el 13 de octubre de 1960".

El texto anterior revela cómo se produjeron las estatizaciones por vía legislativa al comienzo de la dictadura, no obstante que formalmente se dispuso el pago de indemnizaciones, las personas de nacionalidad cubana afectadas por la "Ley" nunca recibieron la indemnización expropiatoria, lo que tradujo esa actuación del Estado en una auténtica confiscación.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

En Venezuela, la sola aprobación de la "reforma" de la Constitución elimina formalmente la libertad de empresa, -aunque siempre queda invocar su ejercicio dentro del derecho fundamental de libertad-, y con la habilitación constitucional sin límite de tiempo, otorgada por la Disposición Transitoria Novena de la misma Constitución, a la que se sumará la esperada renuncia cómplice del Poder Legislativo a ejercer su competencia constitucional a legislar en materia económica, se puede sospechar -dada la similitud en el lenguaje empleado en la exposición de motivos de la propuesta de inconstitucional "reforma" de la Constitución, con los "Por cuantos" de la Ley N° 890 de 1960-, que será el Ejecutivo Nacional bajo una cobertura de aparente constitucionalidad, quien dictará simples decretos o decretos leyes para "regular la transición al Modelo de Economía Socialista", lo que puede terminar de ponerle fin a la propiedad privada.

El panorama expuesto sin ninguna duda es poco alentador para el desarrollo y el crecimiento económico sustentable del país, pues como ha sucedido en todos los lugares que han asumido el comunismo, éste conlleva el desarrollo de un conjunto de políticas públicas dirigidas a promover:

1. El inmediato retiro de los inversionistas privados, tanto nacionales como internacionales.
2. La progresiva paralización del sector productivo y la disminución de la producción, consecuencia de la falta de inversión y de la inseguridad que genera la amenaza de nuevas intervenciones estatales sobre la propiedad y las empresas.

3. La disminución de la producción genera la escasez de productos para satisfacer las necesidades básicas de las personas, lo que conduce al desabastecimiento de bienes y a un incremento de los precios de aquéllos que efectivamente se logren conseguir, con la consecuente espiral de inflación.

4. El cierre de las empresas productivas -no de aquéllas de maletín que únicamente sirven para cobrar comisiones de los negocios que se realizan con el Estado- conduciría a la desaparición de los puestos de trabajo actualmente existentes y a la imposibilidad de creación de nuevas fuentes de empleo, lo que genera una contracción del mercado laboral y el aumento del subempleo o del desempleo.

5. La exclusión para el país en unos supuestos y escasos beneficios en otros, de los procesos de integración exitosos a nivel regional y mundial, que tienen como cimientos, las libertades de circulación de bienes, servicios, capitales y personas.

6. El país deja de ser competitivo en los mercados internacionales y por supuesto perderá aquellos en que se haya logrado posicionar, en sectores distintos a los hidrocarburos y los minerales, debiendo mantener una política de venta de *commodities*, es decir, materia prima no elaborada o sin valor agregado, dependiendo los ingresos exclusivamente de las fluctuaciones de estos bienes en los mercados internacionales.

7. La pérdida del poder adquisitivo de la moneda nacional, cuya libre convertibilidad ya se encuentra restringida por el control del mercado de divisas, que ha generado un mercado paralelo de divisas, en el cual se aumentará la demanda masiva del dólar o el euro, generando el incremento de su valor, ante la escasa confianza en la moneda nacional.

La motivación para la adquisición de divisas resulta más que evidente: Una es de carácter especulativo por parte de quienes tienen acceso a la divisas, que les otorga discrecionalmente el gobierno en su condición de relacionados con éste; otra es de protección, para resguardar el valor de las propiedades de quienes temen las pérdidas de sus bienes a través de la expropiación o confiscación, que puede ejecutar el gobierno para desarrollar el nuevo modelo económico; y otra sería para el uso en las transacciones internacionales, de quienes no tienen acceso a las divisas que administra y otorga el gobierno a sus relacionados.

Lo expresado no constituye ningún pronóstico de malos tiempos, es simplemente la repetición errada de la historia que han vivido otros países y que a pesar de su contundente fracaso el gobierno quiere ensayar aquí nuevamente. La razón para ello es doble:

Por una parte, el gobierno en su “*proceso de destrucción de los elementos de la vieja sociedad que todavía permanecen*”,²⁴ no tiene una propuesta alternativa, seria, viable y moderna para construir un proyecto de país, por lo que se encuentra irremediablemente obligado a repetir las políticas fracasadas que desarrollaron otros en el pasado sin ningún resultado positivo, con la pretendida intención de tratar de corregirlas en el presente, aunque sin la mayor posibilidad de éxito.

Por la otra, porque el gobierno pretende “*la construcción del Reino de Dios en La Tierra*”²⁵, partiendo de la premisa equivocada que esto se puede hacer desde la improvisación y la ignorancia, cuando para construir se requiere partir de un proyecto claramente definido de

24 Exposición de motivos del proyecto de “reforma” de la Constitución presentado por el Presidente de la República al Poder Legislativo, el día 15 de agosto de 2007.

25 *Ibidem*.

progreso sustentable, basado en la experiencia y el conocimiento adquiridos, algo de lo que evidentemente carecen las propuestas políticas que contiene la inconstitucional "reforma" de la Constitución.

Esto permite constatar que este es un gobierno que luego de nueve años no tiene nada que ofrecer para el futuro.

La Reforma Constitucional y su impacto sobre el Contrato de Arrendamiento

Irma Isabel Lovera De Sola

Profesora de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello

Cada vez que leo la propuesta de Reforma Constitucional, sus artículos y las consecuencias que de ellos se derivarían, de ser aprobada, me lleno de sorpresa y desconcierto por los drásticos cambios que se nos impondrían, sin mencionar el procedimiento inconstitucional mediante el cual se ha tramitado.

Una de esas consecuencias es la relacionada con la subsistencia del contrato de arrendamiento, una vez vigente la normativa de dicha propuesta de reforma, y como la propiedad es el presupuesto básico de la posibilidad de celebrar un contrato de arrendamiento, corresponde analizar el artículo 115 de la propuesta, señala las características que tendría la propiedad privada. Dicho artículo después de hacer larga enumeración de otros tipos de propiedad, entra a señalar qué será considerado propiedad privada y a este respecto dice:

“Artículo 115. ... y la propiedad privada es aquella que pertenece a personas naturales o jurídicas y que se reconoce sobre bienes de uso, consumo y medios de producción legítimamente adquiridos, con los atributos de uso, goce y disposición y las limitaciones y restricciones que establece la ley. Igualmente, toda propiedad, estará sometida a las contribuciones, cargas, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general...”

En esta suerte de definición de la propiedad privada, y para la finalidad que me he propuesto, debo subrayar lo siguiente:

- a. El artículo señalado incluye a la propiedad privada dentro de un listado de clases o tipos de propiedad, pero ninguno de esos tipos de propiedad es un derecho, son *“formas de propiedad”* entre las cuales está la privada.
- b. También dice el artículo *“se reconoce...”*, es decir que la propiedad privada además de no ser un derecho es una concesión del Estado, no es inherente al ser humano, al ciudadano como venía siendo hasta la actual Constitución de 1999.
- c. Queda limitada a los bienes de uso, consumo y producción.
- d. Y agrega que de esos bienes de uso, consumo y producción solamente serán considerados como propiedad privada los legítimamente adquiridos, sin que quede claro si esta exigencia es solamente para los bienes de producción o también para los de uso y consumo, y tampoco sabemos qué le otorga esa legitimidad ni quien concederá este calificativo.

Estos conceptos de bienes de uso y consumo y bienes de producción legítimamente adquiridos, quedan para ser definidos e interpretados en futuras leyes, tal como la propia norma proyectada señala.

Así pues los temores sobre la desaparición de la propiedad privada surgidos al conocerse la propuesta presidencial del 15 de Agosto de 2007, debido a que se le habían quitado los atributos de uso, goce y disposición, que le fueron restablecidos en la discusión asamblearia, resurgen con mayor fuerza al constatar la intencional imprecisión de los conceptos sobre los cuales descansa este tipo de propiedad y la omisión de su condición de ser un derecho.

Dice el Dr. Allan R. Brewer Carías en su Estudio sobre el proyecto de *Reforma Constitucional* inconstitucional y fraudulentamente sancionado el 2-11-07,¹ lo siguiente:

“La consecuencia más dramática de la eliminación de un derecho, como derecho constitucional, es entre otros aspectos, la desaparición de las garantías constitucionales al mismo y en particular la desaparición de la garantía de la reserva legal, es decir, que las limitaciones o restricciones al derecho sólo podrían establecerse mediante ley formal emanada de la Asamblea Nacional, y no mediante decretos reglamentarios del Ejecutivo. Por ello, precisamente, por la desaparición del derecho a la libertad económica y sus garantías constitucionales, la reforma constitucional sancionada ha incorporado una **Disposición Transitoria Novena** en la cual se dispone que: Hasta tanto se dicten las normas que desarrollen los principios establecidos en el artículo 112 de esta Constitución, el Ejecutivo Nacional podrá, mediante decretos o decreto ley, regular la transición al Modelo de Economía Socialista.”

El significado preciso de esta escandalosa consecuencia, es que si bien la pretendida nueva constitución contiene una mención, que no una definición, de la propiedad privada, en la cual se indican desde ahora algunas de las restricciones que la afectan, una vez vigente esta nueva constitucionalidad, será el Poder Ejecutivo mediante Decretos (sin necesidad de una ley que lo habilite para ello) quien normará, regulará, restringirá, calificará, en fin legislará sobre ella sin limitación alguna, ya que la propiedad privada ha sido piedra angular del régimen económico de libertades garantizadas y promovida por el Estado.

Pero no pensemos que el Ejecutivo podrá legislar solamente en lo relacionado con el art. 112 que se dedica principalmente a hacer desaparecer la libertad económica y el libre desenvolvimiento de los ciudadanos en la actividad productiva de su preferencia y a imponer un modelo económico socialista, sino que incide de manera definitiva y profunda en la subsistencia misma de la propiedad privada como la hemos conocido hasta ahora y también en las formas futuras posibles de contratación. El Ejecutivo podrá legislar en todo lo relacionado con la denominada “transición al modelo de economía socialista”, en el cual, si nos guiamos por los principios del marxismo, no es viable el arrendamiento porque es tenido como una exploración de un bien en beneficio ilegítimo de un particular.

Por otra parte, la competencia del Ejecutivo para dictar leyes no durará solamente cuanto esté vigente la actual Ley habilitante que fue dictada por la Asamblea Nacional y regirá hasta el 30 de Junio de 2008, sino que además podrá sin límite temporal alguno, dictar Decretos y Reglamentos para normar la propiedad, la actividad económica en general, y por ende la posibilidad o no de contratar mediante arrendamiento.

Ante estas limitaciones a la propiedad y a la actividad económica, ahora debemos analizar qué impacto tendrán estas normas en los contratos de arrendamiento y si bajo su vigencia se podrá arrendar o no.

1 Brewer Carías, *Estudio sobre la Reforma Constitucional*, Noviembre 2007, en: [http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Estudiosobre LA REFORMA CONSTITUCIONAL Nov.2007_doc_.pdf](http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Estudiosobre%20LA%20REFORMA%20CONSTITUCIONAL%20Nov.2007_doc_.pdf)

Dice el Código Civil en su Artículo 1.579

“El arrendamiento es un contrato por el cual una de las partes contratantes se obliga a hacer gozar a la otra de una cosa mueble o inmueble, por cierto tiempo y mediante un precio determinado que ésta se obliga a pagar a aquélla.”

La primera pregunta lógica que nos surge es: cómo un propietario que tiene tantas limitaciones para el ejercicio de la propiedad, se va a obligar frente a otra persona a “hacer (le) gozar” una cosa tan precariamente de su propiedad? Pareciera que el propietario asume el riesgo de no poder cumplir y el arrendatario el de no poder beneficiarse del goce que se le ha comprometido a cambio del pago de un canon de alquiler.

Por otra parte, si la propiedad, que es la base misma de la posibilidad de arrendar, es reconocida únicamente sobre bienes de uso y consumo y sobre bienes de producción legítimamente adquiridos, y no conocemos el significado y alcance exacto de ninguno de estos conceptos (uso, consumo y bienes de producción y tampoco de legítimamente adquirido), cómo vamos a arrendar en tan limitada situación?

Y quienes ya tienen bienes dados en arrendamiento, en qué situación quedarán a partir de la vigencia de la propuesta nueva constitución? Es que tendrán que rescindir los contratos? Es que esos contratos se transformarán en otra cosa? Es que el Estado declarará ilegítima la forma de adquisición de esa propiedad que está dada en alquiler y se quedará con esos bienes? Es que los arrendatarios tendrán que desocupar los inmuebles? Es que los inquilinos serán tenidos como dueños de los inmuebles porque se considerará ilegítima o ilegal esa propiedad o esa forma de contratación que es el arrendamiento?

Realmente no tengo respuestas a todas esas preguntas, pero sí podemos analizar otro de los artículos que forman parte de la propuesta de reforma, en el Bloque “B” emanado de la Asamblea Nacional, que podría acercarnos a lo que puede suceder no con todos los bienes arrendados pero sí con los inmuebles arrendados para vivienda.

El artículo 82 del Bloque B, dice:

“Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos.

El Estado dará prioridad a las familias y garantizará los medios para que éstas, y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas.

Toda persona tendrá derecho a la protección de su hogar o el de su familia declarándolo como vivienda principal ante los órganos del Poder Popular, y por lo tanto, contra él no podrán acordarse ni ejecutarse medidas preventivas o ejecutivas de carácter judicial, sin más limitaciones que las previstas en la ley o convención en contrario.”

Ya desde 1999, se había incluido la mención de la corresponsabilidad de los ciudadanos y el Estado en la satisfacción del derecho a una vivienda, ahora se agrega que *“toda persona tiene derecho a la protección de su hogar o el de su familia declarándolo como vivienda principal ante los órganos del Poder Popular, y por lo tanto, contra él no podrán acordarse ni ejecutarse medidas preventivas o ejecutivas de carácter judicial, sin más limitaciones que las previstas en la ley o convención en contrario”*.

Si nos dedicamos cuidadosamente a extraer las consecuencias de este artículo, podremos llegar a estas conclusiones:

- a. El Estado y los ciudadanos somos corresponsables de que cada persona y cada familia cuenten con una vivienda “*adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales*”, así pues, todos estamos obligados a poner nuestra contribución en ese sentido, que por demás es sabido que la necesidad de vivienda es una de las mayormente sentidas por millones de venezolanos y que el Estado ha demostrado su ineficiencia para resolverlo o mitigarlo.
- b. La protección al hogar ha sido vista por la mayor parte de quienes han examinado la propuesta de reforma como algo positivo, necesario y que existe en otros países desde hace muchos años, pero han temido señalar sus bondades por parecer oponentes tibios ante esta pretendida reforma, pero, en mi opinión no han profundizado con la mente puesta en los detalles e norma.

La vivienda familiar está protegida en Venezuela por dos normas de carácter tributario, la primera de la Ley de Impuesto sobre la Renta, que permite registrarla como vivienda principal, una vez demostrada la propiedad de la misma por parte del solicitante, cuyo efecto es el de dar un beneficio fiscal a la hora de vender ese inmueble para adquirir otro con el mismo objetivo de ser vivienda principal, y la otra norma, de la Ley de Impuesto sobre Sucesiones Donaciones y Ramos Conexos, mediante la cual el valor de la vivienda familiar heredada para continuar siendo tal, será considerado cero a los efectos de este impuesto. Ahora bien, ambos beneficios presuponen la demostración de la propiedad sobre dicho inmueble, además de otros requisitos que no tienen relevancia para mi objetivo actual.

Ahora se establece una plausible protección a la vivienda familiar, mediante su declaración ante los órganos del Poder Popular (que aún no sabemos cuáles son pero suponemos que serán los Consejos Comunales), ahora bien, esta declaración de vivienda principal no presupone la propiedad del bien, y en consecuencia, en mi opinión, sea cual fuere el título (comodatario, usufructuario, arrendatario, ocupante, detentador precario, invasor) mediante el cual una persona o una familia ocupe un inmueble y lo considere su hogar, podrá registrarla como tal y quedará automáticamente protegido contra cualquier medida judicial, preventiva o ejecutiva. Si bien es cierto que no se le confiere la propiedad del mismo, pero se le blindará contra toda acción judicial, preventiva o ejecutiva.

Derivar las consecuencias de esta consagración de vivienda principal por parte del ocupante de una vivienda significa, entre otras muchas cosas que: quienes viven en inmuebles adquiridos con créditos hipotecarios, no estarán obligados a pagarlos debido a que no podrán ser afectados por medidas judiciales, lo mismo con quienes los ocupan como arrendatarios a quienes les bastará acudir al Poder Popular y registrar el inmueble que ocupan como vivienda principal, para quedar excluidos del efecto de cualquier pretensión judicial, y así podríamos continuar agregando secuelas a esta protección que blindará a la vivienda principal contra la acción de acreedores, propietarios, poseedores legítimos y cualquiera otra persona que hubiera tenido justo derecho a reclamar la restitución del inmueble o el pago de una acreencia.

Considero que esta protección prevista en el artículo 82 de la propuesta de reforma de la Asamblea Nacional, si bien ampara a los actuales ocupantes de los inmuebles de vivienda, es una norma “miope” porque no visualiza lo que sucederá con quienes en la actualidad no habitan viviendas propias, que adeudan créditos hipotecarios ni viviendas arrendadas, es decir, no visualiza a los futuros demandantes de viviendas, que definitivamente no las conseguirán comprar ni arrendar, porque nadie que conozca esta norma les venderá ni les arrendará porque eso significará que se las estará regalando, no habrá más créditos para vivienda ni

habrá propietarios dispuestos a alquilar, por otra parte los ocupantes de inmuebles que los registren como vivienda principal deberán quedarse para siempre en esos lugares, se eternizarán allí, no podrán moverse, mudarse nunca, porque al no ser propietarios, no podrán vender y además si se mudan perderían la protección conseguida en forma exigua, con lo cual se consolida tanto el atropello a los propietarios, como la pobreza, la marginalidad de los ocupantes, y por otra parte, se arrebató a los propietarios de inmuebles de vivienda arrendados y otras formas de contratación, su legítimo derecho a cobrar una contraprestación por ellos y a rescatarlos, ya que se los despoja de la posibilidad de accionar judicialmente en forma efectiva.

Esto significa que, si acaso, el contrato de arrendamiento de inmuebles (y también de bienes muebles, maquinarias, etc.) sobreviviera sería en forma jurídicamente precaria, porque se le ha socavado su fundamento que es la propiedad, el arrendamiento de vivienda desaparecería y el de inmuebles destinados a otros usos, sería sometido a la decisión totalmente discrecional y por lo tanto posiblemente arbitraria del funcionario de turno que deba calificar su viabilidad, legalidad y hasta su legitimidad, y ello sin perder de vista que el Ejecutivo deberá legislar sobre toda la materia económica, para estimular el cambio al régimen socialista, lo cual incluye la valoración normativa de los tipos de contratos aceptables para esa nueva economía.

No está demás señalar que la Disposición Transitoria Novena, además de permitir al Ejecutivo legislar en materia económica en términos muy generales, viola la garantía de la reserva legal tanto a la propiedad como al régimen económico y violenta el principio de separación de poderes.

El nuevo modelo económico para el Socialismo del Siglo XXI

Alfredo Morles Hernández

Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello

I. EL PRINCIPIO FUNDAMENTAL

La idea central de la construcción del socialismo del siglo XXI en el ámbito económico se manifiesta en el Proyecto de Reforma sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007 en la atribución al Estado (artículo 112) de la función esencial de 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”; y de la función de fomentar y desarrollar distintas formas de empresas y unidades económicas de propiedad social, tanto directa o comunal como indirecta o estatal, así como empresas de producción y/o distribución social que pueden ser de propiedad mixta, creando las mejores condiciones para la construcción colectiva y cooperativa de una economía socialista.

“Esta idea central se complementa con los siguientes elementos:

- (i) la utilización de los medios de participación y protagonismo del pueblo, entre los cuales se encuentra la participación en la gestión democrática de empresas de propiedad social, cooperativas, organizaciones financieras y microfinancieras, redes de productores libres asociados, empresas comunitarias y demás formas asociativas constituidas para desarrollar los valores de la mutua cooperación y la solidaridad socialista (artículo 70);
- (ii) la atribución al Poder Público Nacional de la competencia para la gestión de los ramos de la economía nacional, así como su eventual transferencia a sectores de economía de propiedad social, colectiva o mixta (numeral 34 del artículo 156);
- (iii) la reserva al Estado de las explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico, entre los cuales se menciona la actividad de explotación de los hidrocarburos líquidos, sólidos y gaseosos (artículo 302);
- (iv) la potestad de reserva al Estado de la prestación de servicios públicos vitales, directamente o a través de empresas de su propiedad, sin perjuicio de establecer empresas de propiedad social directa, empresas mixtas y/o unidades de propiedad socialistas, que aseguren la soberanía económica y social, todo ello conforme a los términos que desarrollen las leyes respectivas de cada sector de la economía (artículo 113);
- (v) la declaración de que la producción de alimentos es de interés nacional, en razón de lo cual el Estado dictará medidas de orden financiero, comercial, transferencia tecnológica, tenencia de la tierra, infraestructura, capacitación de mano de obra y otras que fueran necesarias para alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento (artículo 305);
- (vi) la posibilidad de asumir sectores de la producción agrícola, pecuaria, pesquera y acuícola (artículo 305);
- (vii) la prohibición del latifundio (artículo 307);

- (viii) la calificación de las actividades, acuerdos, prácticas, conductas y omisiones de los particulares que vulneren los métodos y sistemas de producción social y colectiva con los cuales se afecte la propiedad social o colectiva o impidan o dificulten la justa y equitativa concurrencia de bienes y servicios, como actos contrarios a los principios fundamentales de la Constitución (artículo 113);
- (ix) la creación de una facultad para los Órganos del Estado de ocupar previamente, durante el proceso judicial, los bienes objeto de expropiación;
- (x) la reducción de la jornada de trabajo diurno o nocturno a seis horas diarias y, respectivamente, a treinta y seis y a treinta y cuatro horas semanales;
- (xi) la eliminación de la intervención de la Asamblea Nacional en la formulación del Plan Nacional de Desarrollo, función que ahora corresponde, con carácter de exclusividad, junto con su dirección, al Presidente de la República (numeral 19, artículo 236)".

De conformidad con el Proyecto de Reforma, la actividad económica pasa a ser actividad propia y directa del Estado y de las empresas colectivas que éste decida crear o promover; esa actividad se desarrollará conforme a los principios de la economía socialista, en atención a las leyes que se dicten para cada sector de la economía y de acuerdo al Plan Nacional de Desarrollo que diseñe y dirija el Presidente de la República. La participación de los particulares en ese proceso queda relegada a un estado de marginalidad y de total inseguridad, ya que tal participación dependerá de tres factores:

- “(i) de la compatibilidad que guarde con los principios de la economía socialista;
- (ii) de la discrecionalidad que se manifieste en las leyes económicas dictadas para cada sector de la economía;
- (iii) del contenido del Plan Nacional de Desarrollo que diseñe y dirija el Presidente de la República, plan que deberá estar de acuerdo con la orientación socialista de la economía”.

El nuevo modelo económico contenido en la propuesta de cambio constitucional está en sintonía con el modelo marxista ensayado en la ex Unión Soviética, en los países de Europa Oriental, en la China de los primeros treinta años posteriores al final de la segunda guerra mundial (1945), en Corea del Norte y en Cuba, país este último que supuestamente vive en el “mar de la felicidad”. Resulta coherente con la construcción de un modelo económico socialista que el sistema económico que se proponga no sea el de la propiedad privada (economía libre) ni el de la propiedad compartida (economía mixta), sino el de la propiedad colectiva (estatal) de los medios de producción en el contexto de una economía planificada. El derecho de cada quien de dedicarse a la actividad económica, comercial o profesional, de su preferencia (principio de la libre iniciativa) queda eliminado como derecho constitucional. Por ello desaparece la norma que lo consagra.

El modelo aplicado en la Unión Soviética y en los estados colectivistas surgidos después de la segunda guerra mundial instituyó un sistema que proclamaba la superación de la propiedad privada de los medios de producción y que se manifestó al comienzo por la auto administración obrera de las industrias, de los transportes y de los bancos, sustituida pronto por la administración de dirigentes nombrados y controlados por el estado. En la agricultura, después de la oleada de expropiaciones de las tierras, la propiedad privada fue sustituida por la Constitución de cooperativas agrícolas (*koljós*) y de haciendas agrícolas estatales (*sovjós*). Esa experiencia fue repetida en los países socialistas del este de Europa (Giuliano Martignetti, en Diccionario de Política de Bobbio, Matteucci y Pasquino, pág. 1.316).

La abolición de la economía de mercado como componente del sistema de economía mixta adoptado en la Constitución de 1961 -reiterado constitucionalmente en 1999- y la simultánea implantación de una economía colectiva equivale a una modificación *integral y profunda* de la Constitución de 1999, términos que ha usado el Presidente de la República para tipificar la dimensión del cambio constitucional que pretende llevar a cabo. Esta modificación supone un nuevo pacto social que sólo puede ser producto de un consenso democrático.

El modelo constitucional de un régimen de economía mixta, incluyendo el del socialismo democrático, contiene la consagración del principio de la libertad de la propiedad y de las libertades de contratación, de asociación, de trabajo, de comercio, de industria y de circulación. Estos son los supuestos de un orden económico liberal de mercado fundado en la libre concurrencia. Por ello, la declaración de estas libertades es contenido específico de los textos constitucionales. El modelo constitucional establece también los límites de la actuación de los ciudadanos en el ámbito económico, tales como la prohibición de monopolios, concentraciones o confabulaciones para fijar los precios o salarios; reducir artificialmente la producción, o cualquier otra medida que tienda a distorsionar o eliminar la competencia. De este modo se trata de configurar un sistema de mercado sobre bases éticas, justas y firmes, para sancionar las deformaciones que pueden aparecer.

La proclamación del principio de propiedad pública de todos los medios de producción implica una constitución económica socialista. Cuando la producción, la circulación y la comercialización de los bienes y la prestación de servicios están en manos del Estado, se está frente a un modelo económico totalitario, que puede ser calificado indistintamente de socialista, de colectivista, de comunista, de economía planificada o de cualquier modo similar. Lo esencial reside en que es el Estado quien decide qué se produce, cómo se produce, de qué modo se lleva a cabo la distribución de las mercaderías y en cual forma se ponen los bienes a disposición de los consumidores. El Estado pasa a ser el único y gigantesco productor, distribuidor y vendedor de todos los bienes y prestador de todos los servicios, así como los ciudadanos pasan a ser todos dependientes, empleados y obreros del Estado, sin libertad para cambiar de residencia o de oficio, por cuanto cada ciudadano cumple un papel estratégico en el lugar que el Estado le asigna. La propiedad privada se circunscribe, cuando se puede obtener, a la tenencia de un modesto lugar destinado a la habitación, a la posesión de un escaso conjunto de bienes muebles, difíciles de conseguir, y a la alimentación en base a cartillas de racionamiento. Eso fue lo que se logró alcanzar en la ex Unión Soviética y en los demás lugares que siguieron el ejemplo del llamado *socialismo real*. Ese es el modelo que actualmente existe en Cuba. Ese es el modelo contenido en el Proyecto de Reforma de 2007 que limita la propiedad privada a los bienes de uso y consumo y a los medios de producción legítimamente adquiridos.

II. LA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO FUNDAMENTAL

Las reglas de hermenéutica aplicadas en los países totalitarios, que son los países en los cuales ha sido implantado un sistema de economía socialista, deben estar dirigidas al cumplimiento de los presupuestos ideológicos sobre los cuales descansa el sistema político. Sería un error partir de la existencia de supuestos derechos humanos, derechos naturales, derechos individuales o cualquier concepto similar, entre los cuales se encontraría el derecho al desarrollo de la propia personalidad o el derecho de propiedad individual, para contraponerlo a los principios del desarrollo de una economía socialista o de los principios de realización de los fines políticos formulados por el Estado. En los países totalitarios, y el Estado socialista

marxista lo es, la interpretación jurídica está subordinada a la realización de los fines y propósitos ideológicos declarados por el Estado, estén o no éstos contenidos en la Constitución, la cual deja de ser un texto que garantiza los derechos de los ciudadanos o un pacto social, como se la entiende en los países de tradición cultural occidental. Cualquier derecho individual está colocado por debajo de la ideología que interpreta y representa el Estado. Por ello se puede afirmar que el Estado de Derecho, tal como es definido en la Constitución venezolana de 1999, deja de tener el significado que le es atribuido por la doctrina y por la jurisprudencia constitucional.

Si alguna afirmación se puede hacer en torno al modelo económico que introduce el Proyecto de Reforma de 2007 es que el Estado socialista creado por esa reforma apenas tolera la existencia de un derecho individual de propiedad, cuya dimensión, significado y existencia están en todo tiempo sujetos al cumplimiento de los principios de realización de la economía socialista, tal como los defina el Estado, de tiempo en tiempo, a través de las leyes económicas de cada sector económico y del Plan Nacional de Desarrollo que defina y dirija el Presidente de la República.

Por último, el modelo económico contenido en el Proyecto de Reforma de 2007 es de transición, mientras se establece con carácter definitivo un modelo en el cual desaparecería por completo cualquier vestigio de economía capitalista de mercado y de actividad particular que suponga la existencia de derechos de propiedad sobre medios de producción, tal como es expuesto en la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma.

Implicaciones de la Reforma Constitucional en el sector de Telecomunicaciones

Luis Abraham Vargas

Profesor de Política y Legislación de Telecomunicaciones en la Universidad Metropolitana, Profesor de Derecho de las Telecomunicaciones Postgrado Derecho Administrativo de la Universidad Santa María

1. La libertad de empresa reconocida en el artículo 112 Constitucional, es un concepto de carácter general referido a todas aquellas actividades económicas en las que una persona en el ejercicio de su libertad decide, mediante la combinación de capital y trabajo, producir bienes o prestar servicios en el mercado. La Reforma Constitucional presentada por el Presidente de la República propone la eliminación del derecho a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y las leyes. Esto ha sido planteado anteriormente por regímenes dictatoriales¹, en los cuales no se reconocen materialmente los derechos individuales de los ciudadanos, aun cuando irónicamente coexiste una economía de mercado marcada por fuertes intervenciones estatales, a través de la fijación unilateral de precios y tarifas, estrictas normas de entrada al mercado a través del otorgamiento de concesiones para el ejercicio de la actividad, una alta voracidad fiscal y una constante presión sobre los actores del mercado por parte de los entes reguladores.

Sin embargo, debemos analizar la propuesta de Reforma Constitucional como un todo, ya que la libertad de empresa debe interpretarse de manera sistemática. Es decir, conjuntamente con el resto de las normas contenidas en la propuesta constitucional que versan sobre la economía del país, tales como el artículo 113 sobre la prohibición de los monopolios, la libre competencia y, por supuesto, no puede escapar el artículo 115 sobre el derecho de propiedad. Asimismo, debemos centrar especial atención en la disposición transitoria novena que establece que: “Hasta tanto se dicten las normas que desarrollen los principios establecidos en el artículo 112 de esta Constitución, el Ejecutivo Nacional podrá, mediante decretos o decreto ley, regular la transición al Modelo de Economía Socialista”. Esta disposición otorga al Poder Ejecutivo la potestad de legislar en materia económica de forma indefinida, regulando los derechos fundamentales económicos de los particulares, sin limitación alguna hasta alcanzar el Modelo de Economía Socialista.

2. Las telecomunicaciones representan el segundo sector económico más importante del país después de los hidrocarburos en inversión y en ingresos brutos anuales. Por su naturaleza, las actividades de establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones están enfocadas a economías de gran escala, ya que requieren de grandes inversiones para su cre-

¹ Javier Viciano Pastor, *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*, Editorial Titant Lo Blanch. Valencia, España 1995, en la página 112 cita a Bassols Coma quien “considera que el denominador común del período franquista lo constituye un intervencionismo estatal empírico que adaptaba el sistema económico a las circunstancias económicas y a la estructura institucional, dando como resultado un conjunto de norma jurídicas asistemáticas.”

cimiento y una constante actualización tecnológica a fin de incrementar el número de clientes y a su vez mantener los niveles de calidad exigidos por el ente regulador. Por otra parte, los planes de inversión y el retorno de las ganancias son a muy largo plazo, por estas razones, el sector de telecomunicaciones requiere de una profunda seguridad jurídica que garantice dichas inversiones. En definitiva, el sector de telecomunicaciones persigue la rentabilidad y ganancias de las inversiones efectuadas en el país, lo que se contrapone directamente con los principios que fundamentan el “*Modelo de Economía Socialista*” planteado en el Disposición Transitoria Novena antes citada.

3. Por otro lado, el respeto al derecho de propiedad por parte del Estado es uno de los pilares de la seguridad jurídica de las empresas de telecomunicaciones sobre los bienes muebles e inmuebles constituidos por los equipos, redes e infraestructuras civiles, a través de los cuales se prestan los servicios. Esta propiedad se ve directamente amenazada por la redacción del artículo 115 en su parte final, al establecer la posibilidad de que los órganos del Estado puedan “*ocupar preventivamente, durante el proceso judicial, los bienes objeto de expropiación*”. Un ejemplo de esta situación, que observamos incluso antes de su constitucionalización, la encontramos en el decreto de medida cautelar dictada por el Tribunal Supremo de Justicia² en la que se acuerda la ocupación preventiva de las redes y equipos de transmisión de las señales de Radio Caracas Televisión hasta tanto se decida el fondo del proceso.

4. Otro de los aspectos que garantiza la seguridad jurídica es el mantenimiento de un marco jurídico estable, claro y transparente que regule el sector. En este sentido, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOTTEL) dictada en el año 2000, consagra en el artículo 2 como uno de sus fines el “*Promover la inversión nacional e internacional para la modernización y el desarrollo del sector de las telecomunicaciones*”, lo que se contrapone con la visión expresada en el Primer Plan Socialista³ 2007-2013, en el cual se contempla, por el contrario, el fortalecimiento e impulso de la creación y participación de Empresas de “**Propiedad Social**” en la Industria Nacional de las Tecnologías de Información y Comunicaciones. El proyecto de Reforma en el artículo 115 por su parte, entiende por “Propiedad Social”: “...*aquella que pertenece al pueblo en su conjunto y las futuras generaciones...*”. Esta propiedad social podrá ser directa, cuando la misma es asignada por el Estado a los ámbitos territoriales demarcados denominados “*comunas*” o “*ciudades*” y, la propiedad social indirecta, que es “*ejercida por el Estado a nombre de la Comunidad*”. En definitiva, no se observa en el texto de la Reforma Constitucional ni en el Primer Plan Socialista de las Telecomunicaciones un incentivo a la inversión privada establecida o futura lo que contradice uno de los fines u objetivos primordiales propuestos con la liberalización o apertura de los servicios de telecomunicaciones plasmados en la LOTTEL.

Este Primer Plan Socialista para las telecomunicaciones contempla como línea general, la “*Transformación del Estado*” y una de sus estrategias es “*Promover ajustes necesarios al marco jurídico*”, para ello se contempla la identificación de las barreras a la transformación presentes en el marco jurídico vigente y se contemplan los ajustes necesarios a la misma para

2 25/05/2007, SALA CONSTITUCIONAL, Magistrada Ponente: LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO “...En consecuencia, de manera temporal y a los fines de tutelar la continuidad en la prestación de un servicio público universal, se ACUERDA el uso de la frecuencia que ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión que incluye entre otros, microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de planta, cerca perimetral y acometida eléctrica...”

3 Obtenido de la página de Internet www.casetel.org

alcanzar el Modelo Socialista dentro del sector de las Telecomunicaciones y las Tecnologías de la Información.

5. Estos ajustes al marco jurídico implican una próxima modificación de los artículos de la Ley Orgánica de Telecomunicación que colidan con los principios fundamentales del proyecto de Reforma Constitucional. Entre ellos encontramos primordialmente los referidos a la concepción de las actividades de telecomunicaciones como “de interés general” prevista en el artículo 5 de la LOTEL, el cual será modificado con una involución al régimen de los “servicios públicos”, tal como se consagraba en la antigua Ley de Telecomunicaciones⁴ de 1940. En este sentido, la propuesta de Reforma Constitucional establece en el artículo 156, numeral 30, como competencia del Poder Público Nacional: “*El régimen general de los servicios públicos y en especial los servicios domiciliarios de telefonía básica, electricidad agua potable y gas.*”

En este mismo sentido, el artículo 113 de la propuesta de Reforma establece que: “*En los demás casos de explotación de bienes de la nación, o de prestación de servicios públicos, el Estado, mediante ley, seleccionará el mecanismo o sistema de producción y ejecución de los mismos, pudiendo otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público, y el establecimiento de cargas sociales directas en los beneficios.*” Esto es la consecuencia directa del cambio en la concepción de las telecomunicaciones, por ello se reformará también el régimen de otorgamiento de las habilitaciones generales por un régimen estricto de concesiones públicas marcado por un profundo intervencionismo del Estado en la actividad.

6. En el Título II del Espacio Geográfico y la Geometría del Poder, específicamente en el artículo 11, de la Reforma Constitucional señala que: “*Corresponden a la República derechos en el espacio ultraterrestre suprayacente, incluyendo las órbitas geoestacionarias respectivas y en las áreas que son o puedan ser patrimonio común de la humanidad, en los términos, extensión y condiciones que determinen los acuerdos internacionales y la legislación nacional.*” Esta norma incide directamente en el campo de las telecomunicaciones por satélites y contradice lo previsto en el artículo 122 de la LOTEL⁵, en el que se establece la posibilidad de la prestación de servicios satelitales en Venezuela a través de satélites extranjeros sin más limitaciones que el nombramiento de un representante técnico y comercial. En la práctica, el ente regulador de las telecomunicaciones ha sostenido insistentemente que las empresas extranjeras deben cumplir con una serie de requisitos y cargas adicionales no previstas en la LOTEL, obligando incluso a domiciliar dichas empresas en Venezuela⁶. Todo lo anterior, va acorde con el Primer Plan Socialista de las Telecomunicaciones que mantiene el espíritu, propósito y razón de la Reforma Constitucional prevista en el artículo 11, al consa-

4 Ley de Telecomunicaciones (1940): “Salvo lo dispuesto en esta Ley o en Leyes especiales, el establecimiento y explotación de todo sistema de comunicación Telegráfica por medio de escritos, signos señales e imágenes y sonidos de toda naturaleza, por hilos o sin ellos u otros sistemas o procedimientos de transmisión de señales eléctricas o visuales, inventados o por inventarse corresponde exclusivamente al Estado. Su administración, inspección y vigilancia, al Ejecutivo Federal, el cual lo ejercerá por el por órgano del Ministerio del ramo...”

5 Artículo 122: (...) “Sin perjuicio de los tratados internacionales y acuerdos válidamente suscritos y ratificados por la República, la explotación y prestación de servicios satelitales en Venezuela por parte de satélites extranjeros, requiere la presencia técnica y comercial en el país, de la empresa extranjera que lo representa.”

6 José, Araujo Juárez, “Derecho de las Redes y Servicios de Telecomunicaciones”. Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela 2005. p. 637.

grar la "Consolidación de la plataforma de telecomunicaciones del Estado", a través del "Proyecto Satélite Simón Bolívar", a los fines de complementar las redes de telecomunicaciones a través de la integración y consolidación de la plataforma satelital del Estado, con el objeto de apoyar los programas sociales y de desarrollo ejecutados por el Gobierno Nacional.

7. Llegamos así al punto de la problemática de la garantía de la libre y leal competencia dentro del sector de telecomunicaciones, en el cual el operador dominante es el propio Estado venezolano, quien controla las redes de acceso, de transmisión y terminación (vía satélite, fibra óptica, inalámbrica), y que luego de la estatización de la COMPAÑÍA ANÓNIMA TELÉFONOS DE VENEZUELA (CANTV) pasa a controlar los mercados de referencia de la telefonía fija local, larga distancia nacional e internacional, el mercado de la interconexión, el transporte de señales y la telefonía móvil -a través de su filial Telecomunicaciones MOVILNET- y será el propietario conjuntamente con la República del Uruguay de la capacidad satelital del "Proyecto Simón Bolívar".

8. Como competir en un sector económico en el que el operador dominante que controla los medios de producción fundamentales⁷ es el mismo ente regulador⁸ que de conformidad con el artículo 48 de la LOTEL es el encargado actuar, entre otras materias, en caso de violaciones a la libre competencia y servir como árbitro en los procedimientos administrativos de resolución de controversias entre los operadores con motivo de ocupación de vías generales de telecomunicaciones (artículo 129 LOTEL), en materia de interconexión (artículo 135), tarifas (artículo 145), acuerdos de adquisición, fusión, escisión o transformación (artículo 195 y 198). En todos estos casos, el Director de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones debe resolver de forma independiente e imparcial; sin embargo, se observan distorsiones, tales como el hecho de que uno de los miembros de la Junta Directiva de la CANTV es nombrado directamente por CONATEL. En estos casos, el propio artículo 113 de la Reforma Constitucional establece el abuso de la posición de dominio que un particular o una empresa que adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, 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 abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, de los productores y productoras. Pero qué ocurre, como ya dijimos, en el caso que el operador incumbente es el propio Estado? Quién garantiza en estos casos los efectos nocivos y restrictivos del abuso de la posición de dominio y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía?

9. El sector de las telecomunicaciones en Venezuela como toda actividad económica requiere por tanto, de un marco constitucional transparente que garantice el principio de seguridad jurídica y de respeto a los derechos económicos fundamentales de los administrados. La eliminación de la Constitución del derecho a la libre empresa acompañado de políticas públicas intervencionistas produce en los mercados un efecto nocivo a las inversiones nacionales y extranjeras afectando directamente a toda la economía nacional. Es desde todo punto de vista incongruente proponer normas constitucionales que declaren un Modelo único de Economía Socialista y, al mismo tiempo, mantener un mercado de servicios de telecomunicaciones abierto basado en criterios de alta rentabilidad e inversión. Esta antinomia conduce a que una de las dos propuestas fracase.

7 En el caso de las telecomunicaciones los medios de producción principalmente son las infraestructuras civiles, los enlaces de transporte o enlaces dedicados y las redes en general.

8 COMISIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

II. Sobre el derecho de propiedad

La Reforma Constitucional y la desnaturalización del derecho de propiedad y su transformación en una simple relación de hecho permitida por el Estado

Román José Duque Corredor

I. LA PROPIEDAD COMO DERECHO NATURAL DE LAS PERSONAS EN LAS CONSTITUCIONES DE 1961 Y DE 1999

Para ambos textos constitucionales, de la condición de persona del ciudadano surge su derecho y el de su familia a ser propietarios de bienes suficientes para su bienestar y su progreso material y para consolidar su libertad y el derecho primigenio a su libre desenvolvimiento. Como tal derecho no es una simple facultad reconocida por el Estado a los ciudadanos de tener como propios los bienes y de usarlos. Por el contrario, es un derecho consustancial con la persona, que preexiste al Estado y que no depende para su reconocimiento del tipo de bienes poseídos. Por otro lado, su carácter personal es compatible con su carácter familiar y social, de modo que como derecho debe facilitarse a todos su adquisición, lo que obliga al Estado a establecer políticas de desarrollo económico que promuevan diversas formas privadas de adquisición de la propiedad. Por ese carácter social no es un derecho absoluto en el sentido que sus atributos pueden regularse de tal forma que no impidan que otros puedan ser propietarios, o que se satisfagan necesidades colectivas. Sin embargo, no obstante esa función social sigue siendo un derecho fundamental, como lo reconocen los sistemas de protección internacional de los derechos humanos. Por ello, frente al colectivismo o estatismo es un derecho primario y no derivado. Su carácter individual procede del trabajo particular, personal, familiar o asociado, y porque sirve a la persona y a su familia. Y, su carácter social porque su ejercicio debe compatibilizarse con el bien general y con el derecho equitativo de acceso a los diferentes bienes por toda persona y debe armonizarse con la protección del ambiente. En ese orden de ideas, no puede negarse ni su carácter individual y familiar, ni su carácter social. Finalmente, la propiedad tiene un sentido personalista porque es una manifestación o expresión plena de la persona humana y del su ejercicio de su libertad en el área económica, social, cultural y política. Y tiene un sentido social, porque mira también a los intereses de la sociedad, por lo que igualmente a la propiedad le es insita una función social que corrige su ejercicio pero que no la elimina como derecho. De tal modo que por esa función social, mediante las garantías del debido proceso y el pago de una justa y oportuna indemnización, más la reserva legal de la utilidad pública, el Estado puede, entre otros supuestos, expropiar bienes inutilizados e imprescindibles cuando el beneficio colectivo justifica el sacrificio del interés particular de los propietarios individuales. Por esta otra razón, los textos constitucionales mencionados, de 1961 y de 1999, establecieron la prohibición de las confiscaciones y su carácter de excepción, pero mediante sentencia firme, en sus artículos 102 y 116, respectivamente.

Estas consideraciones personalistas y sociales, fueron tomadas en cuenta por la Constitución de 1961, en su artículos 99 y 101, y por la Constitución de 1999, en su artículos 115 y 116, al consagrarse la propiedad como derecho personal y social, "sin ambigüedades", en cada

uno de sus atributos de usar, gozar y de disponer de los bienes, como se explica en la Exposición de Motivos de este último Texto. Dentro de este contexto el reconocimiento del carácter primario de la propiedad como verdadero derecho, no impide admitir tipos de propiedades públicas, particulares, de aprovechamiento común o colectivas; en el cual el Estado no es el titular exclusivo de toda propiedad ni el único el que certifique o decida bajo qué formas las personas o los grupos sociales pueden adquirir bienes o de usarlos, gozarlos o disponer de ellos. Esas opciones de adquisición o de aprovechamiento, por principio general, son derechos de toda persona. Al Estado le corresponde regular su ejercicio pero no condicionar su existencia como derecho de toda persona en atención al tipo de bienes cuya adquisición establezca como permitida. Ello equivale a rebajar la propiedad de derecho fundamental a una relación fáctica autorizada por el Estado.

II. LA PROPIEDAD PRIVADA Y SUS MODALIDADES COMO DERECHO INDIVIDUAL Y SOCIAL SEGÚN LAS CONSTITUCIONES DEL ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL

Estas Constituciones parten del reconocimiento de la propiedad como derecho fundamental, y admiten que legislativamente se regule como propiedad privada tanto la individual como la familiar, por ejemplo, los patrimonios familiares; e, igualmente, las propiedades comuneras o colectivas, que también son propiedades privadas, sólo que su titular o beneficiario ya no es una persona, sino la familia, como grupo, o una comunidad pro-indivisa mediante el reconocimiento de cuotas partes en el todo. Al igual que los bienes que son adquiridos por una cooperativa, que no obstante ostentar una personalidad jurídica distinta a la de los cooperantes, sin embargo, para distinguirla de la propiedad personal, se le denomina propiedad cooperativa, pero no por ello dejan de ser un tipo de propiedad privada. Estos tipos de propiedad son todos propiedad privada por contraposición con la propiedad pública que se refiere a los bienes que por su naturaleza de uso público, son del dominio público; como las aguas, las minas e hidrocarburos o las costas marinas, los ostrales o los baldíos insulares o lacustre; y que por ello se reconocen dentro del dominio originario del Estado. Propiedades públicas estas que siempre han existido en el Código Civil venezolano desde 1873 hasta el Código vigente de 1982 y en las leyes especiales. Ahora bien, propiedad privada es también la propiedad horizontal, la de uso compartido o la de los condominios con aprovechamiento de áreas comunes. Todas estas propiedades privadas pueden darse al lado de las llamadas propiedades públicas, ya enunciadas, que por tratarse bienes del dominio público, la propia Constitución de 1999 los atribuye directamente al Estado, por ejemplo, en su artículos 11, 12, 13, in fine y 30, respectivamente. Asimismo, por el hecho de que el único accionistas es el estado, o sus entes, se extiende este competo de "propiedades públicas" a las sociedades mercantiles de capital enteramente estatal. O, las llamadas propiedades mixtas, que no son sino empresas en las cuales los particulares participan de su capital o patrimonio junto con el Estado, pero, que por extensión, no obstante su carácter mixto y mercantil se les engloba dentro de las propiedades públicas. Pero en verdad estas empresas del Estado o en cuya titularidad participa, son de carácter mercantil; por lo que bien pudieran denominarse propiedades estatales de derecho privado. Lo cierto es que una cosa son las formas de propiedad y otra la conceptualización de la propiedad como derecho primario frente al Estado. Las primeras son instrumentos jurídicos para su ejercicio pero no el derecho mismo. Este es un derecho potencial de cada persona, que ésta ejercita como manifestación de su derecho a la libertad y al libre desenvolvimiento de la personalidad, para lo cual puede escoger libremente las diferentes formas jurídicas, y cuyo reconocimiento como verdadero derecho no depende del instrumento a través del cual se ejercita.

III. LAS REGRESIONES EN MATERIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL SANCIONADA POR LA ASAMBLEA NACIONAL: LA PROPIEDAD PRIVADA COMO FORMA DE TENER COMO PROPIOS DETERMINADOS BIENES AUTORIZADA POR EL ESTADO

Respecto de la propiedad privada la propuesta de reforma, como se afirma en la demanda instaurada por el 20-11-2007 por los Decanos, Profesores y gremios de abogados, ante la Sala Constitucional de inconstitucionalidad de la Resolución N° 071102-282 del Consejo Nacional Electoral del 02-11-2007 y del Proyecto de reforma sancionado por la Asamblea Nacional, y presentado en la misma fecha al citado Consejo; "ya no se garantiza el derecho de propiedad. Lo que se reconoce y garantiza es que existen diversas formas de propiedad sobre un elenco tendencialmente limitado de tipos de bienes. Esta evidente limitación evidente del contenido del derecho de propiedad constituye una violación del principio de progresividad arriba enunciado" (se refiere al artículo 19 de la Constitución de 1999). En efecto el artículo 115 del proyecto ya no es una norma que consagra la garantía del derecho de propiedad privada, sino la que admite diferentes formas de propiedad, tanto por parte del Estado, los grupos sociales y las personas naturales o jurídicas privadas. La propiedad privada ya no se le garantiza como un verdadero derecho de toda persona sobre los bienes, sin limitarlos a categoría alguna, como se contempla en el artículo 115 vigente, sino como una de las formas permitidas por el estado de tener como propios, por parte de las personas naturales o jurídica, dependiendo del tipo de bienes sobre los cuales el Estado la admite como un modo de pertenencia particular. Es decir, si se trata de bienes de uso y consumo o de medios de producción siempre que hubieren sido legítimamente adquiridos.

IV. LAS FORMAS ESTATALES DE PROPIEDAD Y LAS FORMAS PERMITIDAS COMO PROPIEDAD PRIVADA

Las otras formas de propiedad, distintas a las de las personas naturales o jurídicas, según el artículo 115 del proyecto de reforma, pertenecen al Estado, como la denominada "**propiedad pública**", porque se trata de bienes que le son propios, o son controladas por éste, como la "**propiedad social indirecta**", puesto que es administrada por el Estado en nombre de la comunidad; y, la "**propiedad social directa**", o "**propiedad comunal o ciudadana**", porque se constituye mediante una asignación, concesión o adjudicación que hace el Estado de sus bienes a una o varias comunidades o comunas, que, según la propuesta de reforma del artículo 136, son parte del Poder Público como integrantes del Poder Popular, y, por ende, son también entes del Estado, y que se expresan a través de los consejos comunales. Y, **la propiedad mixta**, que también es del Estado, puesto que se constituye entre el sector público, el sector privado, el sector colectivo, para el aprovechamiento de recursos o ejecución de actividades. Por tanto, en razón, de esa pertenencia o vinculación al Estado, y, por el carácter de entes del Estado de sus titulares, estas formas de propiedad son todas "**propiedades estatales**". La propiedad denominada "**propiedad colectiva**", que puede ser de origen privado o social, por contraposición a las anteriores, junto con la que se reconoce a las personas naturales y jurídicas, pueden ser de origen estatal, si se trata de adjudicaciones de bienes estatales; o **formas de propiedad privada**, si provienen del acuerdo voluntario de sus integrantes. Sin embargo, para esta propiedad colectiva no existe limitación sobre el tipo de bienes que pueden ser objeto de propiedad, como si se establece para los que pertenecen a los particulares y personas jurídicas, que solo se pueden ser bienes de uso, de consumo y medios de producción legítimamente adquiridos. De modo que la reforma, en verdad, solo contempla dos grandes categorías de formas de propiedades: **Las propiedades estatales y las propiedades privadas**, dentro de las cuales se puede incluir **la colectiva**, que pueden tener por objeto cualquier

clase de bienes y **la propiedad de los particulares** que recae sobre bienes de uso, consumo y de producción legítimamente adquiridos. La forma de propiedad sobre los bienes de uso y consumo, que se ejerce sobre aquellas cosas que no son bienes de producción; en el lenguaje marxista socialista, es la propiedad personal; y la forma de propiedad sobre los medios de producción es la propiedad capitalista. Así, por ejemplo, se distinguía en la Constitución China de 1.954, entre la propiedad del Estado, la propiedad colectiva o cooperativa, la propiedad personal y la propiedad capitalista⁹.

V. LA INCERTIDUMBRE E INSEGURIDAD DE LA FORMA DE PROPIEDAD PRIVADA Y LA DISCRECIONALIDAD DEL ESTADO PARA SU RECONOCIMIENTO

La creación, respecto de la propiedad de las personas particulares o jurídicas, de categorías de bienes sobre los cuales se reconoce el derecho de propiedad, plantea la incertidumbre sobre la garantía de la propiedad sobre bienes que no se comprendan en esas categorías. Por ejemplo, los destinados a la generación de la renta, que es una manifestación del derecho de goce y disfrute de la propiedad. La ley, en consecuencia, por ejemplo, podría permitir la propiedad sobre unos bienes y prohibirlas sobre aquéllos que no se usen ni se consuman. Por ejemplo, admitir la propiedad sobre bienes inmuebles destinados a la habitación; y limitarla sobre los inmuebles destinados a la producción de rentas en el mercado inmobiliario. Igualmente, la distinción entre los usos de los bienes muebles es determinante. Así, ¿se seguirán permitiendo la propiedad sobre los ahorros o depósitos bancarios, o de bonos o títulos valores?. ¿O de las acciones de las sociedades anónimas y de los clubes sociales? Asimismo, ¿a qué categoría pertenecen los automóviles, son bienes de uso o de producción? Por ejemplo, un vehículo particular puede ser de uso particular, o de renta; o de producción, si forma parte de una empresa de transporte o de una empresa o industria; o deportivo. De modo, ¿en cuál de ellos se garantiza su propiedad?. Y, si se trata del fondo de comercio, ¿de qué tipo de bienes se trata, porque no son ni de uso, ni de consumo ni de producción, puesto que son bienes cuyo destino es la intermediación o el comercio o la reventa?. Los locales comerciales o de oficinas, ¿qué categoría son; ya que no son bienes de uso, de consumo o son bienes de producción. Y; ¿quienes, como por ejemplo, las personas mayores en nuestro país, han donado sus propiedades reservándose el usufructo de las cosas donadas, para mantenerse por el resto de sus vidas (Artículo 1.456 del Código Civil), podrán seguir siendo titulares del usufructo?. Igualmente, ¿esas mismas personas que han constituido rentas vitalicias sobre un inmueble (Artículos 1788 y 1789 del citado Código) podrán seguir considerándose propietarias del inmueble?.

VI. LA DESNATURALIZACIÓN DE LA PROPIEDAD POR LA REGRESIVIDAD DE SU REDUCCIÓN A UNA FORMA DE PERTENENCIA AUTORIZADA POR EL ESTADO EN LOS SISTEMAS ESTADISTAS Y COLECTIVISTAS.

Desde otro orden de ideas, como ya se ha dicho, pero sobre lo que debe insistirse, la reforma propuesta, dentro del nuevo modelo económico orientado por los principios del socialismo estatista, es un cambio regresivo respecto de la garantía de la propiedad, que atenta contra la progresividad de los derechos fundamentales que se proclama en el artículo 19 de la vigente Constitución y contra los tratados internacionales que lo consagran como derecho y no simplemente como una forma de propiedad permitida por el Estado. Ello es propio de aquéllos regímenes en donde se da primacía al estado frente al individuo y a los intereses

⁹ Ver Alberto Ballarin Marcial, "China: otra Perestroika", Editorial San Martín, S L, Madrid, 1988, página 69.

colectivos, como principio general. En efecto, en los sistemas capitalistas de Estado, la propiedad **no se reconoce como un derecho**, sino como una situación de hecho, como una forma más de apropiación, cuyo reconocimiento por parte del Estado depende del tipo de bienes que se posean. En otras palabras, que para que se respete la propiedad es necesario examinar si se trata de aquellos bienes sobre los cuales la Constitución admite su apropiación por las personas privadas. Por el contrario, en los sistemas donde el principio predominante es la libertad individual no obstante el contenido social al cual se obliga la propiedad, y tal como se proclama en los tratados y convenciones internacionales; se parte del reconocimiento de la propiedad como un derecho connatural de las personas. Esta fue la razón, por ejemplo, por la que en el actual artículo 115, se precisó su contenido como el derecho de usar, gozar y disponer, para que, según la Exposición de Motivos (Capítulo VII, Derechos Económicos), se le reconociera sin ambigüedades como derecho. En otras palabras, para que las leyes no pudieran eliminar la esencia de su contenido con restricciones o limitaciones que la redujeran a la nada; o a una simple forma de posesión de los bienes. Por eso, al eliminarse aquella previsión constitucional de garantizar la propiedad, como un derecho, nada impediría al legislador estatista; eliminar alguna u otra manifestación del derecho de usar, gozar o disponer de los bienes, en atención a su tipología, puesto que se distingue la posibilidad de su apropiación, de su goce y disposición, entre bienes de uso, consumo o medios de producción. Con el texto propuesto del artículo 115, los legisladores socialistas, podrían sostener que sólo se permite la propiedad de los medios de producción del trabajo personal o familiar, y no así sobre los que pueden ser utilizados para la obtención de ingresos provenientes del trabajo asalariado o del trabajo ajeno; tal como se contempla en el artículo 21 de la Constitución de la República Cuba de 1992.

La desnaturalización de la propiedad como derecho, afecta el principio de la progresividad de los derechos humanos, reconocido en el artículo 19 de la vigente Constitución; que se basa en la existencia de derechos que son inherentes a la persona humana, y, que por lo tanto, a los Estados y a sus Constituciones les corresponde reconocer como una situación preconstitucional. De modo que la reforma sancionada por la Asamblea nacional contradice las disposiciones de los tratados internacionales suscritos por Venezuela que reconocen la propiedad como un derecho y no como una forma de propiedad permitida por el Estado según el tipo de bienes. Así por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10-12-1948 (Artículo 17, 1); y la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22-11-1969 (Artículo 21); que proclaman la naturaleza de derecho fundamental y humano de la propiedad, como el derecho de toda persona de usar, gozar y disponer de sus bienes, con las restricciones y limitaciones previstas en las leyes. De modo que si la propuesta de reforma del artículo 115 es aprobada, con la regresión en lo que respecta al derecho de propiedad, el acto refrendario de aprobatorio de la reforma violaría el artículo 342, de la vigente Constitución, que impide que por la vía de la reforma constitucional se alteren los principios fundamentales del texto fundamental, como, sin duda, lo es la preeminencia de los derechos humanos, y, por ende, su progresividad, como se establece su artículo 2º, en concordancia con la garantía de universal e indivisible de tales derechos, que se proclama en el Preámbulo de la actual Constitución.

Por lo que se refiere a los bienes de producción, su propiedad solo se garantiza si han sido legítimamente adquiridos. Es decir, se tolera pero con desconfianza. Luego, se invierte la presunción de buena fe, pues, tocaría a quien alegue ser propietario de uno de estos bienes, demostrar que no han adquirido de mala fe, por ejemplo, las tierras agrícolas, o los locales industriales. O; incluso los vehículos de las empresas de transporte o de las asociaciones de taxistas; quien en la medida que demuestren que no han hurtado los vehículos, sus conducto-

res se reconocerán como propietarios. Sobre este tema resulta ilustrativo señalar que recientemente la Asamblea Nacional Popular de la República Comunista de China, tras trece años de debates, reformó su Constitución de 1982 para equiparar, en cuanto a su protección, la propiedad privada a la pública y a la colectiva, reconociendo por primera vez la propiedad privada, que parte del criterio de que todos los bienes son iguales, sin importar si son estatales, colectivos o privados. La reforma consiste en que la Constitución china reconoce todo tipo de propiedad, desde la estatal a la colectiva, la individual o de otro tipo, y que todas están protegidas, y que nadie puede atentar contra ellas. Se comentó en medios económicos chinos e internacionales que la reforma pretende, por un lado, proteger al sector privado productivo que ya aporta cerca de la mitad de la riqueza nacional, y por otro lado, acabar con las frecuentes expoliaciones en el medio rural por las autoridades, lo que se había convertido en un peligroso factor de inestabilidad en China¹⁰.

La Constitución Cubana, por su parte, declara de propiedad estatal socialista las tierras que no pertenecen a los pequeños agricultores o a las cooperativas integradas por éstos; los centrales azucareros, las fábricas, los medios de transporte y las empresas, bancos e instalaciones nacionalizadas, así como las fábricas, empresas e instalaciones económicas y centros científicos, sociales, culturales y deportivos. Estos bienes son administrados directamente por el Estado, o a través de empresas y entidades estatales encargadas de su administración (Artículos 15 y 17 de la Constitución de la República de Cuba de 1992) (“propiedad social indirecta”, según el proyecto de reforma del artículo 115). La propiedad privada que se reconoce en la Constitución cubana es la propiedad personal sobre los ingresos y ahorros procedentes del trabajo propio, sobre la vivienda **que se posea con justo título de dominio** y los demás bienes y objetos que sirven para la satisfacción de las necesidades materiales y culturales de la persona (“propiedad sobre bienes de usos y de consumo”). Asimismo, se reconoce la propiedad sobre los medios e instrumentos de trabajo personal o familiar, que no pueden utilizarse para la obtención de ingresos provenientes de la explotación del trabajo ajeno (Artículo 21, *ibidem*). Se reconoce, igualmente, la propiedad de los agricultores pequeños sobre las tierras que legalmente le pertenecen y los demás bienes inmuebles que le resultan necesarios para la explotación a que se dedican (propiedad limitada sobre bienes de producción). Únicamente pueden traspasar sus tierras a las cooperativas de producción agropecuaria, pero previa autorización del organismo estatal competente. Además, pueden venderlas, permutarlas o transmitir las por otro título al Estado y a cooperativas de producción agropecuaria o a agricultores pequeños en los casos, formas y condiciones que establezca la ley, pero el Estado tiene derecho preferente de adquisición mediante el pago de su justo precio. Sin embargo, se les prohíbe arrendarlas, darlas en préstamos hipotecarios y cualquier acto que implique cesión a particulares (Artículo 19). Es decir, no tienen derecho pleno al goce y disfrute de sus tierras y de disposición. En la Constitución cubana se reconoce el derecho de herencia sólo sobre la vivienda de dominio propio y demás bienes de propiedad personal (de uso); y de la tierra y demás bienes vinculados a la producción que integran la propiedad de los agricultores pequeños, pero solo se adjudican estos bienes a aquellos herederos que trabajan la tierra, salvo las excepciones legales (Artículo 24, *ibidem*).

10 En 1960 y 1961, dado los resultados catastróficos de la colectivización del sistema de las comunas, ya se habían efectuado modificaciones en el régimen de propiedad, sobre la concepción llamada “tres libertades y una seguridad”: extensión de las parcelas individuales, aumento de los mercados libres, multiplicación de las empresas que podían disponer de sus beneficios y soportar sus pérdidas. Y, de la concepción de la denominada “cuatro libertades”: prestar a interés, contratar arrendamientos, libertad de vender tierras y libertad de crear empresas (Ver, Alberto Ballarín Marcial, *Ob. cit.*, p. 73).

Finalmente, en la Constitución cubana, se reconoce la propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas que se constituyan de conformidad con la ley; y el uso, disfrute y disposición de los bienes pertenecientes a estas entidades, se rigen por lo establecido en las leyes (Artículo 23). Esta última disposición se justificó, en la reforma constitucional de 1992, por la influencia que ha tenido la introducción en la economía cubana de diferentes formas de asociación empresarial, como las empresas mixtas y otras con inversión extranjera, que han incidido en las formas de propiedad y en las regulaciones del comercio exterior, que en la Constitución anterior a la de 1992, aparecían “expresadas en formas ajenas a estas realidades”¹¹. En otras palabras, que los inversionistas extranjeros tienen un mejor derecho de propiedad que los propios cubanos.

Y, volviendo a la reforma propuesta del artículo 115, si la condición para garantizar la propiedad de los bienes de producción, es que se hayan adquirido legítimamente, las leyes pueden, en consecuencia, restringir o eliminar los medios de adquisición legítima de bienes, que hasta el presente son los contratos, la herencia, la prescripción y la ocupación.

VII. DEBILITAMIENTO DE LAS GARANTÍAS EXPROPIATORIA

Por lo que respecta a la garantía patrimonial de la expropiación, ¿qué referencia puede existir para valorar una justa indemnización, en una economía que se califica de socialista donde no existe un libre mercado?. Y; ¿qué límites tiene el concepto de utilidad pública en un cuadro de economía socialista? ¿Cuántas veces hará uso el Estado de la expropiación, cuando se ha ampliado, en la reforma del artículo 307, la posibilidad de la confiscación hasta por razones de destrucción ambiental, o de seguridad y defensa, que comprende la seguridad alimentaria, la conservación ambiental y la solidaridad, así como la satisfacción progresiva de las necesidades colectivas e individuales de los venezolanos y el principio de la corresponsabilidad sobre los ámbitos económicos, sociales, político, cultural, geográfico, ambiental y militar?.

Por otra parte, en la propuesta de reforma del artículo 307, se contempla la posibilidad de confiscar fondos en donde se ejecuten actos irreparables de destrucción ambiental, o los que se dediquen a la producción de sustancias psicotrópicas o estupefacientes, que ya se prevé en el actual artículo 116. O; la confiscación de fondos que se utilicen o en los cuales se permita su utilización como espacios para la comisión de delitos contra la seguridad y defensa de la Nación. Concepto éste donde cabe, en atención al artículo 326, no solo lo defensivo y militar, que incluye incluso la defensa ante supuestos enemigos internos, como se desprende de la propuesta de reforma del artículo 328; sino también la solidaridad, promoción y conservación ambiental, así como la satisfacción progresiva de las necesidades colectivas e individuales de los venezolanos y el principio de la corresponsabilidad sobre los ámbitos económicos, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar.

Por último, la ocupación previa, que sólo procede en casos de obras de urgente realización, antes de la declaratoria de expropiación por sentencia firme, y que por tanto, es excepcional, según el proyecto de reforma del artículo 115, pasa a ser la regla en materia expropiatoria, como una facultad ordinaria de los entes expropiantes, debilitando severamente la garantía del debido proceso en los juicios de expropiación.

11 Pérez Millán trabajo citado, p. 3.

VIII. CONCLUSIÓN

Las reformas propuestas de reforma constitucional, en concreto, en el artículo 115; constituyen una modificación regresiva del derecho de propiedad, y, por ende, de principios fundamentales de la Constitución, al desnaturalizar su naturaleza de derecho primario y al rebajarla a la simple relación de hecho entre las personas y los tipos de bienes cuya apropiación autoriza el Estado; para que se adapten al nuevo modelo de economía y de sociedad socialistas que se propugnan en el artículo 112 de dicha propuesta de reforma. Sistema éste de preponderancia de la propiedad del Estado y de arrinconamiento de la propiedad privada a un catálogo limitado de bienes susceptibles de apropiación por los particulares y de completa sujeción a los intereses colectivos como principio general.

“Este sistema”, según el voto salvado del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, en sentencia de la Sala Constitucional del 02-11-2007; “basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción cual es el propuesto por en el Proyecto de Reforma chocaría (*omissis*), con lo que era considerado Estado Social y ello (*omissis*), puede afectar toda la estructura del Texto Constitucional”. Puesto, que, ese sistema, de acuerdo con el mismo voto salvado, “plantea un concepto de propiedad, que se adapta a la propiedad socialista, (*omissis*); pero que al limitar la propiedad privada solo sobre bienes de uso, es decir de aquéllos que una persona utiliza (sin especificarse en cual forma); o de consumo, que no es otra cosa que lo fungible, surge un cambio de estructura de este derecho, conduce a una transformación de la estructura del Estado”. En el mismo orden de ideas, en el voto salvado del Magistrado Pedro Rondon Haas, en sentencia de la Sala mencionada del 07-11-2007, se destaca la “Mención especial (que) debe hacerse al carácter regresivo que se dá, en general, en el proyecto, al tema de los derechos humanos (*omissis*), en franca contradicción con el principio de la progresividad de los mismos que tiene su origen en el hecho de que éstos preceden y legitiman al Estado, que no puede desconocerlos ni desmejorarlos. Asimismo, de otra parte, el Proyecto persigue un cambio radical del sistema de economía social de mercado que recoge la vigente Constitución de 1999, y establece un modelo de economía socialista (*omissis*). En definitiva, se trata de la sustitución del Estado social y democrático de derecho y de justicia que recogió el vigente artículo 2 constitucional, (*omissis*), por el de un Estado socialista que es, a grandes rasgos, un sistema de organización social o económico basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción, lo que evidencia una transformación radical del Estado y la creación de un nuevo ordenamiento jurídico que escapa, a todas luces, de los parámetros que, para la reforma constitucional, impone el artículo 342 de la Constitución y cuya concreción exige, de conformidad con el artículo 347 eiusdem, una Asamblea Nacional Constituyente.

Aproximación preliminar al tratamiento de la propiedad privada en la primera propuesta de modificación a la Constitución de 1999

Gustavo A. Grau Fortoul

Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Central de Venezuela

I. PRELIMINARES:

El 15 de agosto de 2007, el Presidente de la República presentó ante la Asamblea Nacional lo que calificó como un "Proyecto de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela", afirmando a tal efecto obrar con pretendido apoyo en lo dispuesto por el artículo 342 de Texto Constitucional.

La propuesta planteada inicialmente sólo contemplaba la modificación de 33 artículos, pero en fecha posterior la Asamblea Nacional, en las discusiones llevadas a cabo en pretendido cumplimiento del artículo 343 del mismo texto fundamental, agregó modificaciones a otros 36 artículos e incluyó 15 disposiciones transitorias. La propuesta será sometida finalmente a referéndum el próximo 2 de diciembre de 2007.

Entre las modificaciones más relevantes planteadas en la propuesta original presentada por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional, destaca sin lugar a dudas la que se aspira introducir al artículo 115 del Texto Constitucional, el cual consagra el derecho de propiedad en los siguientes términos:

"Artículo 115.- Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. 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".

La nueva redacción propuesta para este precepto, una vez aprobada por la Asamblea Nacional, ha quedado formulada en los siguientes términos:

"Artículo 115.- Se reconocen y garantizan las diferentes formas de propiedad. 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: la propiedad social indirecta, cuando es ejercida por el Estado a nombre de la comunidad, y 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; 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; 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 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, con los atributos de uso, goce y disposición y las limitaciones y restricciones que establece la ley.

Toda propiedad, estará sometida a las contribuciones, cargas, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. 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, sin perjuicio de la facultad de los Órganos del Estado, de ocupar previamente, durante el proceso judicial, los bienes objeto de expropiación, conforme a los requisitos establecidos en la ley”.

Pues bien, en el marco de esta obra colectiva, dirigida a abordar varios temas de los muchos que son objeto de modificación en la propuesta, se me ha honrado al requerirme que ofrezca una *primera aproximación o impresión* sobre la nueva redacción planteada para esta norma, formulando algunos comentarios muy preliminares en torno a algunos de los principales aspectos que suscita la regulación de este derecho en dicha propuesta.

II. EL TRATAMIENTO DE LA PROPIEDAD EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

Al justificar la nueva regulación constitucional de la propiedad, la Exposición de Motivos presentada por el propio Presidente de la República señala específicamente lo siguiente:

“... *En la etapa de transición se establecerá un sistema de propiedad mixto: (...) que no niega a la propiedad privada, siempre y cuando la propiedad privada esté en función social y no para explotar y empobrecer a los demás* y con una nueva cultura empresarial, que trabaje honestamente, que se entregue de lleno al trabajo, junto con el Estado y los trabajadores, con una propiedad social de los medios de producción estratégicos a través del Estado. También se promueve otras formas de propiedad, como lo son las colectiva, la estatal y la mixta. “... Se reivindica el derecho de la propiedad social, la cual no es más que la propiedad real de todos y de cada uno de nosotros, por lo tanto se le debe crear jurídicamente a través de esta reforma...”.

Ante todo, cabe destacar que el nuevo esquema propuesto para el derecho de propiedad cuenta con un carácter notablemente “*temporal o provisional*”, pues está destinado a regir durante una etapa de “*transición*”, lo cual concuerda no sólo con el título de la presentación hecha por el propio Presidente de la República ante la Asamblea Nacional, al plantear su propuesta en cadena nacional de radio y televisión, en la cual calificó a ésta como la “*primera*” (sic) reforma constitucional”, sino que también se compadece con otras declaraciones contenidas en la misma Exposición de Motivos, cuando luego de anunciar que el gran objetivo de la propuesta es consagrar constitucionalmente las bases de un modelo *socialista*, se indica expresamente que “... *la transición al socialismo puede durar muchos años, resultando un proceso de quiebre generacional ...*”.

Pero el segundo aspecto que merece destacarse en esta declaración, es que el ejercicio del derecho de propiedad ahora queda condicionado a que no sea empleada para “*explotar y empobrecer a los demás*”. Para comprender qué podría significar esta expresión, así como para entender algunos de los elementos esenciales del modelo socialista cuya consagración se anuncia, el propio proponente ha sugerido reiteradamente consultar los textos de Carlos Marx y Federico Engels, ante lo cual cabe traer a colación el siguiente extracto del Manifiesto del Partido Comunista,¹ en el cual se afirma lo siguiente:

1 Carlos, Marx, y Federico, Engels: *Manifiesto del Partido Comunista*, Londres, 1948. Cito por Editorial Progreso, Moscú, 1985. Como dato curioso, el artículo 21 de la Constitución de la Re-

“.. Lo que caracteriza al comunismo no es la abolición de la propiedad en general, sino la abolición del régimen de propiedad de la burguesía. (...), la propiedad burguesa, es la última y más acabada expresión del modo de producción y de apropiación de lo producido basado en los antagonismos de clase, en la explotación de los unos por los otros. (...) Se nos reprocha que queremos destruir la propiedad personal bien adquirida, fruto del trabajo y del esfuerzo humano, esa propiedad que es para el hombre la base de toda libertad, el acicate de todas las actividades y la garantía de toda independencia. (...) ¿Os referís acaso a la propiedad del humilde artesano, del pequeño labriego, precedente histórico de la propiedad burguesa? No, ésa no necesitamos destruirla; el desarrollo de la industria lo ha hecho ya y lo está haciendo a todas horas. ¿O queréis referimos a la moderna propiedad privada de la burguesía? Decidnos: ¿es que el trabajo asalariado, el trabajo de proletario, le rinde propiedad? No, ni mucho menos. Lo que rinde es capital, esa forma de propiedad que se nutre de la explotación del trabajo asalariado, que sólo puede crecer y multiplicarse a condición de engendrar nuevo trabajo asalariado para hacerlo también objeto de su explotación. La propiedad, en la forma que hoy presenta, no admite salida a este antagonismo del capital y el trabajo asalariado...” (Subrayado nuestro).

Luego, hay varios elementos que permiten asumir, al menos preliminarmente, que la modificación propuesta busca establecer un esquema transitorio de propiedad mixta, que si bien reconoce la propiedad privada, la asume como una más entre las muchas otras formas públicas o colectivas de este derecho (que son las más),² pero sometida a una función social que ahora es entendida no sólo como la posibilidad de imponer limitaciones o restricciones al ejercicio del mismo (como razonablemente venía siendo consagrada entre nosotros, tanto por el texto de 1999, como por su predecesor de 1961), sino también como una prohibición de hacer uso de los bienes bajo un esquema de explotación de los demás, incluyendo (al parecer) la realización de actividades que impliquen el manejo o utilización de bienes por personas distintas al titular de los mismos, pero que actúan bajo una relación de trabajo asalariado.

III. EL TRATAMIENTO DE LA PROPIEDAD EN LA REDACCIÓN PROPUESTA AL 115:

Ahora bien, adicionalmente a las declaraciones contenidas en la Exposición de Motivos de la propuesta, lo cierto es que en la nueva redacción planteada para el artículo 115 destacan notablemente varios cambios que merecen ser comentados.

pública de Cuba consagra una expresión bastante similar a la empleada por la Exposición de Motivos de la propuesta de reforma, al señalar textualmente lo siguiente: “**Artículo 21.-** Se garantiza la propiedad personal sobre los ingresos y ahorros procedentes del trabajo propio, sobre la vivienda que se posea con justo título de dominio y los demás bienes y objetos que sirven para la satisfacción de las necesidades materiales y culturales de la persona. Asimismo se garantiza la propiedad sobre los medios e instrumentos de trabajo personal o familiar, los que no pueden ser utilizados para la obtención de ingresos provenientes de la explotación del trabajo ajeno. La ley establece la cuantía en que son embargables los bienes de propiedad personal”.

- 2 No sólo se trata de un tema de mayor cantidad de manifestaciones de propiedad pública o colectiva y de un reduccionismo de la privada, como tendremos ocasión de ver más adelante, sino también de la preponderancia que la misma Exposición de Motivos ordena dar aquellas formas públicas o colectivas sobre esta última, al declarar sobre el particular lo siguiente: “...En este sentido, existe claridad que el Modelo Socio-Productivo en la etapa de transición es un modelo de economía mixta, en el cual las empresas de la economía social (cooperativas, empresas de producción social, unidades productivas socialista, entre otras) ocupen un lugar preponderante en la economía nacional...”

1. *Reducción del alcance de la propiedad a bienes de uso y consumo:*

El primero de ellos viene dado por la reducción del alcance de la propiedad privada únicamente a los bienes de uso y consumo. Esto no sólo plantea de antemano la necesidad de definir cuáles son los bienes susceptibles de incluirse en cada una de estas categorías, sino que al mismo tiempo pone de manifiesto el anunciado reduccionismo con el cual se propone ahora asumir la nueva regulación de la propiedad, ya que precisado como haya sido cuáles son los bienes que si encuadran en tales modalidades, quedarán como residuo otros respecto de los cuales ya no se “reconoce” la posibilidad de ser titular del derecho de propiedad.

Sobra decir que tal reduccionismo es abiertamente contrario al principio de progresividad, que postula la necesidad de mejorar o potenciar cada vez más el tratamiento normativo que se da a los derechos fundamentales. Y cabe agregar que tal reduccionismo no queda superado totalmente por la permanencia de una disposición como el artículo 23 del texto de 1999, pues si bien en él se ordena dar aplicación preferente a las disposiciones contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos, cuando éstos den a los mismos un tratamiento más favorable que el que les otorga la propia Constitución, lo cierto es que la posibilidad de invocar esa norma y tales tratados sólo es viable para las personas naturales, no para las jurídicas, de manera que respecto de estas últimas el reduccionismo permanecería incólume.

2. *Condicionamiento a la propiedad sobre medios de producción:*

El segundo aspecto viene dado por el condicionamiento al cual se propone someter a la propiedad privada sobre medios de producción, señalando que sólo se reconocerá la posibilidad de ejercer este derecho sobre aquellos que hayan sido legítimamente adquiridos. Preliminarmente, siguiendo las reglas interpretativas previstas en el artículo 4 de nuestro Código Civil y teniendo en cuenta precisamente que la legitimidad figura en el texto de la norma como referida a (o conexas con) la adquisición, podría asumirse que en la medida en que la legitimación se define como el acto por el cual se da fe del contenido de un documento o de la autenticidad de una firma,³ la nueva redacción estaría apuntando en sentido similar al que figura en el artículo 21 de la Constitución de la República de Cuba, cuando alude que se reconoce la propiedad personal (no la privada) sobre “...la vivienda que se posea con justo título de dominio ...”.

Sin embargo, de asumirse una acepción distinta del término legitimación, podría darse pie entonces a entrar a analizar la relación en que se encuentra la persona con el bien objeto del derecho, caso en el cual se abre un campo de valoración notablemente más amplio y subjetivo, en contraposición al más concreto y objetivo al cual aluden otros términos más felices, como legal o lícito, referidos ambos a lo que estatuye el Derecho positivo.

A modo de referencia y de cara a lo que podría ser la línea interpretativa de este precepto, no puede dejar de mencionarse aquí lo que ha venido sucediendo en materia de tierras, aún bajo la vigencia del texto constitucional de 1999, donde el Instituto Nacional de Tierras, tanto en los procedimientos de rescate como en los de calificación de tierras como productivas, ociosas o incultas (según el caso), ha venido declarando en sede administrativa y sin intervención de autoridad judicial alguna, el carácter baldío de fundos de propiedad privada, al no haber exhibido los propietarios una cadena de títulos que se remonte al 10 de abril de

3 Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa Calpe, Madrid, 2001, 2 Tomos, Tomo II, pág. 1.360.

1848, invocando para ello una -por demás- equívoca interpretación de los artículos 10 y 11 de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos.⁴

Adicionalmente y desde otro enfoque, este condicionamiento al cual se platea que estará sujeta la propiedad privada sobre medios de producción, en cuanto a la legitimidad de su adquisición, también podría plantearse en cuanto a su utilización, de cara a lo cual cobran plena relevancia esas declaraciones contenidas en la Exposición de Motivos, en cuanto a la prohibición de utilizar la propiedad para explotar a los demás, así como la posibilidad de asumir como ejemplo de esa explotación a la utilización de medios de producción por parte de sujetos que trabajan bajo relación de dependencia y por un salario.⁵

Sin embargo, este es precisamente uno de esos puntos en los cuales se ponen de manifiesto algunas aporías de la propuesta, al menos al incorporar a la interpretación del texto lo anunciado en la Exposición de Motivos, pues mientras en ésta se cuestiona contundentemente el esquema de relaciones laborales asalariadas, calificándolas incluso como una forma de explotación del hombre por parte del titular del capital y de los medios de producción, buena parte de los cambios más divulgados y promocionados en la propuesta están referidos a reformas en el régimen laboral, pero que parten de la preservación del esquema de trabajo asalariado y se concentran en aspectos como la duración de la jornada y la seguridad social.

Luego, de aprobarse y exigirse efectivamente esta modificación, habrá que estar atentos a la forma en que, ya no sólo la Asamblea Nacional, sino también el propio Presidente de la República mediante Decreto o Decreto Ley, pueda desarrollar el contenido de esta disposición en este aspecto.

4 “... **Artículo 10.-** Caso de aparecer que se detentan como de propiedad particular terrenos baldíos, el Ejecutivo Federal dispondrá que se inicie el juicio civil a que haya lugar por ante los Tribunales competentes, de conformidad con presente Ley.

Artículo 11.- No podrán intentarse las acciones a que se refiere el artículo anterior contra los poseedores de tierras que por sí o por sus causantes hayan estado gozándolas con la cualidad de propietarios desde antes de la Ley de 10 abril de 1848. En todos los casos el poseedor, aunque su posesión datare de fecha posterior a la dicha Ley, puede alegar la prescripción que le favorezca, y no se ordenará la iniciación de ningún proceso de reivindicación cuando haya evidencia de que si se invocara la excepción de prescripción, ésta prosperaría.

5 Ciertamente, en la Exposición de Motivos se anuncia claramente la necesidad de “... ir a un proceso de Reforma Constitucional a fin de adaptarla y dotarla de elementos que consoliden el avance hacia la ruptura del modelo capitalista burgués (...) Este proceso de construcción social se traduce en el ámbito productivo en la modificación de las relaciones sociales de producción, enfatizando un tópico donde se define que el carácter de las revoluciones tiene que ver con la modificación sustantiva de la relaciones de producción, y en particular hay que resaltar el conflicto permanente en torno a la apropiación privada del trabajo, bajo la premisa del control por parte del capital de los medios de producción. Por lo tanto en la definición de la propiedad de los Medios de Producción es un elemento central para diseñar un nuevo modelo productivo ...” Lo anterior guarda perfecta consonancia con algunas secciones del ya citado Manifiesto del Partido Comunista (*Ob. Cit.*), en el cual se afirma lo siguiente: “...La existencia y el predominio de la clase burguesa tienen por condición esencial la concentración de la riqueza en manos de unos cuantos individuos, la formación e incremento constante del capital; y éste, a su vez, no puede existir sin el trabajo asalariado. (...) El precio medio del trabajo asalariado es el mínimo del salario, es decir, la suma de los medios de subsistencia indispensables al obrero para conservar su vida como tal obrero. (...). Lo que queremos suprimir es el carácter miserable de esa apropiación, que hace que el obrero no viva sino para acrecentar el capital y tan sólo en la medida en que el interés de la clase dominante exige que viva ...”

3. *El anuncio de una flexibilización en el régimen de expropiación:*

Otro de los aspectos de la nueva redacción propuesta para este artículo 115 que merece ser comentado, es el relativo a la alusión que se hace a "... *la facultad de los Órganos del Estado, de ocupar previamente, durante el proceso judicial, los bienes objeto de expropiación, conforme a los requisitos establecidos en la ley ...*".

Actualmente, la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social (LECUPS) ya contempla en sus artículos 56 y 57 la posibilidad de que se acuerde una ocupación previa del bien a expropiar por parte del ente expropiante, sólo que ésta tiene que ser decretada judicialmente, en el marco del propio juicio expropiatorio, y para ello resulta indispensable que el Juez practique antes una inspección, en la cual deje constancia del estado del bien antes de la ocupación, y además, que se elabore un avalúo preliminar del bien a expropiar y que se consigne en el mismo tribunal el monto que resulte de dicha valoración, como requisitos concurrentes para que se pueda dar este tipo de ocupación (previa).

Pues bien, sucede que las experiencias más recientes relacionadas con el uso de la potestad expropiatoria por parte de autoridades estatales y municipales, revela un uso equívoco de otro de tipo de ocupación denominada temporal (artículo 52 a 55 LECUPS), en sustitución de la previa a la cual nos acabamos de referir, pues mientras esta última está sujeta al cumplimiento de las formalidades recién descritas, la temporal no está sujeta al mismo tipo de formalidades y puede ser decretada por el Gobernador de Estado o por el Alcalde, pero no para ingresar anticipadamente al predio a ser expropiado, sino a los predios vecinos al mismo y únicamente para fines de estudio y replanteo de la obra.⁶

Luego, es probable que este específico modificación, en el texto de la nueva redacción propuesta para este artículo 115, anuncie no la previsión misma de la posibilidad de ocupar previamente el bien a expropiar, que ya existe, sino la mitigación o flexibilización de los rigores y formalidades a los cuales se encuentra sujeta su instrumentación en la legislación vigente.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN:

A lo largo de estas líneas, he procurado brindar una aproximación muy preliminar a algunos de los principales aspectos que revela la propuesta de modificación a la regulación constitucional de la propiedad privada.

Seguramente han quedado por fuera algunos aspectos de interés, como el análisis detallado de los atributos del derecho que se siguen reconociendo y los que ya no lo estarían en forma expresa (como el disfrute), o el "reconocimiento" de distintos "modos" de propiedad, en lugar de la "garantía de un derecho". Lo mismo en cuanto a si muchas de las formas de

⁶ Queda a salvo la denominada ocupación temporal por causa de fuerza mayor, regulada en el artículo 59 de la LECUPS en los siguientes términos: "... Artículo 59. La primera autoridad del estado o municipio, en los casos de fuerza mayor o de necesidad absoluta como incendio, inundación, terremoto, hechos calificados como catastróficos o semejantes, podrá proceder a la ocupación temporal de la propiedad ajena. Sin perjuicio de la indemnización al propietario, si a ello hubiere lugar, tomando en cuenta las circunstancias...". Sobre este uso equívoco y sustitutivo de ambos tipos de ocupación, ver Grau Fortoul, Gustavo A.: "Algunas reflexiones sobre la Expropiación, como medio de privación coactiva de la propiedad", en: A. A. V. V.: *Cuestiones actuales del Derecho de la Empresa en Venezuela*, Grau Hernández & Mónaco (ed.), Colección Estudios Jurídicos, Caracas, 2006, págs. 61 a 80.

propiedad que se contemplan como novedades (pública, comunitaria, etc.), ya no encontraban entre nosotros regulación precisa en el Código Civil (Ver artículos 525, 539, 632 y 759).

Sin embargo, se dejan expuestas algunas ideas muy elementales e iniciales sobre el tratamiento de las demás cuestiones abordadas a lo largo de esta pequeña colaboración, a modo de una reflexión meramente aproximativa y presuntiva, que habrá de aguardar necesariamente y muy pronto a ver si los cambios terminan concretándose en definitiva, y en tal caso, a que se desarrollen estos distintos aspectos que suscita el precepto destinado a consagrar entre nosotros el derecho de propiedad.

La propiedad en la propuesta de cambio constitucional

Uxúa Ojer

*Profesora de Bienes y Derechos Reales
Universidad Católica Andrés Bello*

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es exponer en pocas líneas la propuesta del Presidente y la Asamblea Nacional de cambio constitucional en relación al tema de la Propiedad Privada.

La propiedad es la relación más intensa que pueda tener una persona con una cosa. Es el derecho real más pleno que pueda existir, siendo más que una simple suma de cualidades, porque subsiste aún restringiendo dichas cualidades al máximo.

La propiedad versa sobre bienes específicos. No se puede ejercer un poder directo sobre un bien genérico. Esos bienes específicos, objeto de propiedad, son muebles e inmuebles, corporales e incorporales, si bien es cierto que hoy en día estos últimos se ven apartados del régimen de propiedad para incluirse en regímenes especiales, por no contar con características típicas de la propiedad como lo sería por ejemplo, la perpetuidad.

Para definir la propiedad se debe necesariamente mencionar lo exclusivo y excluyente que es ese derecho. La propiedad se ejerce cuando existe un poder unitario y directo sobre una cosa sin cooperación ni interferencia de terceros. Si se necesitase cooperación no sería un derecho real. Si existiese interferencia, la propiedad cuenta con el derecho de exclusión para reprimirla.

En materia inmobiliaria, el concepto moderno de propiedad evolucionó cuando desapareció la división de la propiedad del régimen feudal (*plura dominia*) en dirección a una configuración unitaria¹. La pluralidad de la propiedad en el Régimen Feudal venía representada por el dominio dividido, el cual dominó a extensos territorios europeos por largos períodos². La *plura dominia* consistía en la existencia de dos propietarios sobre el mismo bien, sin ser copropietarios, con facultades diversas que respondían a una organización económica social, distinguiendo entre quien era el dueño directo de la tierra, cuyo poder se manifestaba por una serie de cargas a su favor y a expensas del otro dueño, llamado útil, a quien le correspondían las facultades de extracción inmediata de la utilidad económica del bien³. Ese régimen fue atacado con enorme violencia por la Revolución, que bajo el signo de la ideología liberal se convirtió en la autora de los códigos civiles⁴. El concepto de propiedad con escasos límites, casi todos por razón del interés privado, evoluciona a un concepto de propiedad que busca

1 López y López, Angel M- Montés Penadés, Vicente L.; *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1994., p. 284.

2 *Idem*, p. 284.

3 *Idem*, p. 284.

4 *Idem*, p. 285.

responder a las necesidades sociales y es así como leyes especiales surgen para otorgar una función social a la propiedad, las cuales nunca desvirtuaron la estructura unitaria de la misma.

Cuando se define así la propiedad, nunca se incluirá la propiedad pública en esta definición, ya que el Estado jamás dispondrá del campo de la libertad para ejercer las facultades típicas del propietario de la era contemporánea.

El Régimen de propiedad privada garantizado por la Constitución venezolana del 99⁵, consagra la propiedad privada de estructura unitaria, con derechos exclusivos y excluyentes para su titular y sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública e interés social.

II. PROPUESTA DEL ARTÍCULO 115

En el proyecto de cambio constitucional, el art. 115 reconoce y garantiza la propiedad privada dentro de las diferentes formas de propiedad que consagra, definiéndola como aquella que pertenece a personas naturales y jurídicas y que se reconoce sobre bienes de uso, consumo y de producción legítimamente adquiridos, con los atributos de uso, goce y disposición y las limitaciones, restricciones, contribuciones, cargas y obligaciones que establezca la ley.

1. *Cambios en la propuesta*

“El 115 de la propuesta cambia la redacción con respecto al 115 del 99 en varios aspectos:

- i. Reconoce y garantiza a la propiedad privada como una forma más de propiedad, la quinta, sin que por ser la última sea menos reconocida y garantizada.
- ii. Redunda en que todas las personas, sean naturales o jurídicas, pueden ser titulares del derecho de propiedad privada, con lo cual no le quita a nadie tal posibilidad.
- iii. Describe a los objetos de la propiedad como bienes de uso, consumo o medios de producción, con lo cual define que la propiedad versa sobre bienes corporales, excluyendo a los bienes incorpóreos como lo son las creaciones científicas o humanísticas. Los derechos sobre bienes incorpóreos estarían garantizados por el artículo 98 de la propuesta (ver III).
- iv. Agrega el adjetivo “legítimamente adquirido”, el cual podría dar lugar a diversas interpretaciones, como que el bien haya sido adquirido por uno de los medios idóneos de adquirir la propiedad como son los contratos que transmiten la propiedad, la ocupación (797 CCV), la usucapión, la sucesión, la accesión, etc., u otro medio que la Asamblea estime crear o suprimir mediante la ley.
- v. Suma cuatro tipos más de propiedad: a) la propiedad pública, como aquella que pertenece a los entes del Estado; b) la propiedad social, que pertenece al pueblo en su conjunto y sus futuras generaciones, pudiendo ser indirecta o directa, la primera si el Estado la ejerce en nombre de la comunidad y la segunda si el Estado la asigna, bajo distintas formas y en ámbitos territoriales demarcados: propiedad comunal, si se asigna a una o varias comunidades y propiedad ciudadana, si se asigna a una o varias ciudades; c) la propiedad colectiva, que pertenece a grupos sociales o personas, para su aprovechamiento, uso o goce en común, pudiendo ser de origen social o de origen privado; y d) la propiedad mixta, que es la conformada entre el sector público, social, colectivo y privado, en distintas combinaciones, para el aprovechamiento de recursos ejecución de acti-

5 G.O. N° 36.860 de 30-12-99, reimpressa en G.O.E. N° 5.453 de 24-03-00.

vidades, siempre sometida al respeto absoluto de la soberanía económica y social de la Nación”.

Pareciese que esta propuesta consagra un derecho de propiedad al Estado, como tal, cuando diferencia a la propiedad pública de la social. Los bienes públicos siempre habían pertenecido al pueblo en su conjunto, manteniéndose fuera del comercio, sin poder entrar en patrimonio particular. Sin embargo la propuesta reconoce y garantiza esa “propiedad pública”, diferenciándola de la propiedad social, que es la que si pertenece al pueblo, pudiendo ser ciudadana o comunal, de uso público o privado. La propiedad colectiva vendría siendo un “derecho” ilusorio que no incluye ningún derecho exclusivo ni excluyente típico del derecho de propiedad, ni facultad de disposición alguna, asemejándose a una propiedad dividida, cuyo dueño es el Estado y los útiles las personas o grupo social que usen o gocen el bien. Por último, la propiedad mixta que pareciese otro tipo de “derecho” “sometido al respeto absoluto de la soberanía económica y social de la Nación”. Quedarían por incluir en los distintos tipos de propiedad los bienes del dominio privado, los cuales tal vez estarían difuminados en la propiedad social de “origen privado”.

2. Límites constitucionales a la Propiedad Privada

El derecho de propiedad reconocido y garantizado por el art. 115 de la propuesta encuentra límites de rango constitucional, los cuales restringen su contenido.

A. Expropiación por causa de utilidad pública e interés social (arts. 115, 305)

En la propuesta se establece la institución de la expropiación de la misma forma que en la Constitución del 99; sin embargo se le da rango constitucional a la medida de ocupación previa establecida en el art. 52 de la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social de 1 de julio de 2002.

Además el art. 305 de la propuesta establece la posibilidad de que la República utilice a plenitud los poderes de expropiación, afectación y ocupación para asumir sectores de producción agrícola, pecuaria, acuícola para garantizar la seguridad y soberanía alimentaria.

B. Función y uso social del suelo urbano (art. 18)

El artículo 18 de la propuesta garantiza la función y uso social del suelo urbano y prohíbe toda acción especulativa respecto a la renta de la tierra, propugnando la superación de 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.

El significado de la función y uso social del suelo urbano y la prohibición de especulación de la renta del mismo será desarrollado por las leyes que al respecto se promulguen.

C. Prohibición del latifundio (art. 307)

Al igual que en la constitución del 99, se prohíbe el latifundio; pero agrega que la Ley dará la “forma” mediante la cual los latifundios serán transferidos a la propiedad del Estado, entes estatales, empresas públicas, cooperativas u organizaciones sociales.

La “forma” en caso de transferencia de propiedad de “latifundio”, ¿pudiese ser distinta a la expropiación?

D. *Derecho a vivienda (art. 82)*

El art. 82 de la propuesta continúa consagrando el derecho a vivienda y sigue obligando en todos sus ámbitos a los ciudadanos conjuntamente con el Estado la satisfacción progresiva de ese derecho. Conforme a este artículo y en concordancia con el art. 299 que consagra el régimen económico de principios socialistas, antiimperialistas... solidarios, la Ley podría establecer obligaciones *propter rem* a los propietarios de vivienda.

E. *Confiscación (art. 307)*

El art. 307 permite la confiscación de aquellos fundos cuyos propietarios ejecuten en ellos actos irreparables de destrucción ambiental, los dediquen a la producción de sustancias psicotrópicas o estupefacientes o la trata de personas, los utilicen o permitan su utilización como espacios para la comisión de delitos contra la seguridad y la defensa de la Nación.

3. *Protección Constitucional del Hogar*

El aparte último del art. 82 de la propuesta declara el Hogar protegido contra cualquier medida preventiva o ejecutiva de carácter judicial, sin mas limitaciones que las previstas en la ley o convención en contrario y dispone que será Hogar el declarado como vivienda principal ante los órganos del Poder Popular.

De esta manera deroga todo el procedimiento de solicitud de Hogar establecido en los artículos 632 ss., del código civil e impediría cualquier medida judicial contra una vivienda declarada como vivienda principal ante el órgano correspondiente.

III. DERECHO DE AUTOR Y PROPIEDAD INDUSTRIAL

El artículo 98 de la propuesta dispone que la creación cultural es libre y que la misma comprende el derecho a la diversidad cultural en la invención, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección de los derechos de autor sobre sus obras. Además hace reconocer al Estado los derechos de todos los ciudadanos a participar en el progreso científico y tecnológico y en los beneficios que de el resulten.

La doctrina moderna y regímenes legales como el español y el alemán excluyen del régimen de propiedad a los derechos de autor e industriales. También nuestras leyes especiales sobre derecho de autor y propiedad industrial excluyen estos bienes incorporales del régimen de propiedad.

En todo caso no resulta muy precisa la redacción de la propuesta en cuanto a "el reconocimiento en la participación de los beneficios" que de esos derechos resulten.

IV. CONCLUSIÓN

Con esta propuesta de cambio constitucional se da continuidad a la gran incertidumbre que día a día y en todos lo ámbitos nos siembra este gobierno, el cual no sabemos todavía calificarlo, o tal vez si: Gobierno del caos.

SEXTA PARTE:
ASPECTOS DEL PROYECTO
DE REFORMA QUE AFECTABAN
EL RÉGIMEN DE LOS DERECHOS
HUMANOS

I. Sobre el principio de la progresividad y la regresión
de las reformas

*El principio de progresividad de los
Derechos Humanos*

María Verónica Espina Molina

Profesora de Derecho Administrativo en la Universidad Metropolitana

I. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento del principio de progresividad de los derechos humanos es una de las conquistas del ciudadano frente al Estado, pues este principio limita el eventual desconocimiento por parte de aquél del contenido de los derechos humanos y de los avances que en esta materia se hayan conseguido, además de conllevar una obligación de mejorar la protección y contenido de esos derechos. Es una garantía no solo para evitar que el Estado, a través de cualquier de sus órganos disminuya derechos humanos, sino que en Venezuela además es una garantía de que el Estado adopte las medidas necesarias para hacer efectivo el ejercicio de esos derechos, a través de acciones concretas.

El texto de reforma constitucional propuesto por el Presidente de la República y sancionado el 2 de noviembre de 2007 por la Asamblea Nacional (en lo adelante "Proyecto de Reforma") violenta sin disimulo el principio de progresividad de los derechos humanos contemplado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en lo adelante la "Constitución") en su artículo 19. Una de las inclusiones aplaudidas en la Constitución por todos los sectores, fue la de contemplar de manera expresa este principio.

"El Estado garantizará 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"¹

En el caso concreto, esa obligación se traduce en que tanto el Poder Ejecutivo, concretamente en cabeza del Presidente de la República al tener la iniciativa de reforma², como el Poder Legislativo, tienen la obligación de, en aplicación de la Constitución, garantizar en su actuación el ejercicio de los derechos humanos y una obligación de no empeorarlos.

Sin embargo, omitiendo y violentando la Constitución, el Proyecto de Reforma constitucional presentado por el Presidente, contenido ya de violaciones al principio de progresividad de los derechos humanos, no fue solo aprobado por la Asamblea Nacional, sino que ésta incluyó nuevas restricciones a los derechos de los venezolanos, también omitiendo su obligación de no desmejorar las conquistas que en derechos humanos hemos alcanzado como ciudadanos. Comentaremos a lo largo de estas breves reflexiones, en qué consiste este principio de progresividad según la doctrina nacional y nuestro propio Tribunal Supremo de Justicia, para entender el alcance de la violación en que incurrieron el Presidente de la República y la Asamblea Nacional al proponer y aprobar, respectivamente, el Proyecto de Reforma.

II. EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El principio de progresividad de los derechos humanos contemplado en el artículo 19 de nuestra Constitución, no es otra cosa que la garantía de que el Estado respete el ejercicio de los derechos humanos y a la vez una obligación de no regresividad, de no disminución de esos derechos. De forma que nuestra Constitución no sólo prevé la obligación del Estado de garantizar los derechos humanos simple y llanamente, sino que debe garantizarlos conforme al principio de progresividad, es decir, conforme a la obligación constitucional no solo de establecer los mecanismos para su efectivo y real goce y disfrute, sino con el compromiso de que la actuación estatal no empeore, disminuya, ni constituya un retroceso o una desmejora en el contenido de los derechos humanos.

En palabras del Dr. Brewer Carías: "[s]e establece [en la Constitución] así, en primer lugar, la garantía estatal de los derechos humanos, conforme al principio de la progresividad, lo que implica necesariamente que la interpretación de las normas correspondientes y cual-

1 Artículo 19.

2 Somos de la opinión de que las modificaciones que se pretenden con el proyecto sancionado por la Asamblea Nacional exceden con creces los límites contemplados en la Constitución para la utilización del mecanismo de reforma constitucional, sin embargo, ello no será objeto del presente artículo y para mayor facilidad nos referiremos al Proyecto de Reforma, aunque cuestionemos el mecanismo que se pretende utilizar para las modificaciones que se pretenden.

quier revisión constitucional futura debe realizarse de manera más favorable al ejercicio y goce de los derechos y, además, conforme al principio de la no discriminación.³

De manera que modificaciones a la Constitución, ya sean a través del mecanismo de enmienda, reforma o incluso a través de una Asamblea Nacional Constituyente, no pueden, en virtud del principio de progresividad, disminuir y empeorar el contenido de los derechos humanos y las garantías para su efectivo goce y ejercicio, como en efecto se pretende con el Proyecto de Reforma. La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha desarrollado el contenido de este principio constitucional de manera reiterada, en el siguiente sentido:

“Dicho principio [de progresividad de los derechos humanos] 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.⁴ (Subrayado nuestro)

La propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha interpretado pues, que uno de los aspectos fundamentales del principio de progresividad comentado, lo es el fortalecer los mecanismos de protección de los derechos y que no solo la interpretación, sino incluso la creación de las normas deben hacerse respetando el contenido de esos derechos. Veremos más adelante como el Presidente de la República con su iniciativa de reforma, y los diputados de la Asamblea Nacional al sancionarla en los términos propuestos y con inclusiones regresivas en materia de derechos humanos, actúan en contraposición al contenido del artículo 19 constitucional.

Asimismo, en una sentencia también reciente y anterior a la arriba citada, la misma Sala señaló que “[l]a progresividad de los derechos humanos se refiere a la tendencia general de mejorar cada vez más la protección al tratamiento de estos derechos⁵. Y en consecuencia, la obligación correlativa de no disminuirlos.

Pero el principio de progresividad de los derechos humanos en Venezuela debe además interpretarse de conformidad con el artículo 2 de la Constitución que propugna que “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”. En este sentido, son muy interesantes las reflexiones que sobre los derechos fundamentales en el Estado Social realiza el catedrático español Jaime Rodríguez-Arana y que son perfectamente aplicables en Venezuela⁶.

3 Allan Brewer-Carías, *La Constitución de 1999, Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, p. 550.

4 Sentencia N° 1709 del 7 de agosto de 2007, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Luis Américo Pérez y otros vs. artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal*, Magistrado ponente Jesús Eduardo Cabrera Romero, disponible en www.tsj.gov.ve; INTERNET.

5 Sentencia N° 1654 del 13 de julio de 2007, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Idania Araujo Calderón y otros*, Magistrado ponente Luis Velásquez Alvaray, disponible en www.tsj.gov.ve; INTERNET.

6 Jaime Rodríguez-Arana, “Los Derechos Fundamentales en el Estado Social y el Derecho Administrativo Constitucional”, *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 207-217.

Definiciones de Estado Social de Derecho hay muchas, nuestro Tribunal Supremo de Justicia ha tratado de delinear su contenido, y en ese intento cita al profesor Ricardo Combellas de la siguiente manera:

“La idea del derecho del Estado Social es una idea distinta a la idea del derecho del liberalismo. Es una idea social del derecho que pretende que las ideas de libertad e igualdad tengan una validez y realización efectivas en la vida social. Tal idea social del derecho es material, no formal, exige la materialización de sus contenidos valorativos en la praxis social (*Estado de Derecho. Crisis y Renovación*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1982)”⁷.

De manera que el papel del Estado social es el de un Estado activo, con iniciativas que materialicen el verdadero ejercicio y contenido de los derechos humanos. Frente a los derechos humanos entonces el Estado tiene un papel activo y no solo pasivo, en el sentido de no actuar en detrimento de aquéllos. El catedrático español Rodríguez-Arana lo dice en términos sencillos y contundentes:

“[E]l tránsito del estado liberal de derecho al Estado social ha traído consigo una nueva dimensión del papel y de la funcionalidad de los derechos fundamentales. Nueva orientación que encuentra su apoyo en la separación férrea y anacrónica entre Estado y Sociedad. Ya no son los derechos fundamentales solamente meras barreras a la acción de los Poderes Públicos. Más bien, se configuran como “un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los Poderes Públicos”. (Pérez Luno, E., *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1986, p. 19). En otras palabras, el Derecho Público del Estado Social debe orientarse hacia su realización efectiva”⁸. (Subrayado nuestro)

Los derechos humanos cobran entonces una nueva dimensión en el Estado Social de derecho, en donde los derechos no se constituyen solo en un límite a la actuación arbitraria del Estado, obligándolo a inhibirse de actuar en determinado sentido, sino que deben ser una guía para las acciones concretas del Poder Público, acciones positivas que hagan efectivo esos derechos y no sólo un límite para la retraimiento del actuar arbitrario del Estado.

El Presidente de la República y la Asamblea Nacional se encuentran obligados constitucionalmente a respetar los derechos humanos consagrados o no en el texto constitucional en cuanto a su contenido y a la interpretación progresiva que de ellos se ha hecho. Si de alguna manera la reforma pretende modificar derechos humanos, entonces estos podían ser modificados sólo para ser mejorados, aumentados o desarrollados, pero nunca para empeorarlos, disminuirlos y mucho menos para extinguirlos. Si se pretendía una reforma de derechos humanos, esta reforma, conforme al principio de progresividad de los derechos y el actuar al que está obligado el Estado Democrático y Social de Derecho, debe propender al fortalecimiento de los mecanismos institucionales para su protección. Pasemos a revisar someramente cómo fue violentado el principio de progresividad de los derechos humanos a través del Proyecto de Reforma.

III. REGRESIÓN EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS DEL PROYECTO DE REFORMA

El derecho a la libertad económica consagrado en el artículo 112 de la Constitución y que garantiza que las personas puedan dedicarse a la actividad económica de su preferencia,

7 Citado en Sentencia de fecha 24 de enero de 2002, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso *créditos indexados*, Magistrado ponente Jesús Eduardo Cabrera, disponible en www.tsj.gov.ve; INTERNET.

8 *Op. cit.*, p. 208.

simplemente queda eliminado en el Proyecto de Reforma. Adicionalmente el derecho a la propiedad intelectual también desaparece. No parece necesario explicar cómo es que una acción de este tipo violenta de manera burda el principio de progresividad de derechos humanos consagrado en el artículo 19 de la Constitución. El Estado venezolano estaría violentado además su obligación positiva de actuar para desarrollar y mejorar el contenido de los derechos constitucionales, y de garantizar su efectividad. Con la eliminación de un derecho constitucional, se incumple la obligación de no regresión que impone el principio de no progresividad. Pero este tipo de regresión se repite a lo largo del Proyecto de Reforma, como veremos.

El derecho a la propiedad consagrado en el artículo 115 de la Constitución sufre una modificación importante que implica una disminución trascendental en el contenido del derecho. En primer lugar, se elimina la categoría de derecho de propiedad, reconociendo el Estado sólo “formas” de propiedad, lo que implicaría el reconocimiento de una propiedad *sui generis*, que no llega a la categoría de derecho, perdiendo las garantías de protección de los derechos constitucionales, tal como la garantía de la reserva legal. En segundo lugar, los conceptos de las distintas formas de propiedad son vagos y confusos. En tercer lugar, concretamente en lo que se refiere a la forma de propiedad privada, ésta se limita solo a bienes de uso y consumo, sin que se defina el alcance de estos conceptos; los medios de producción se limitan a aquellos legítimamente adquiridos, sin directrices sobre cuándo una propiedad será considerada adquirida en forma legítima. Esta definición dejó fuera de la propiedad privada los bienes intangibles (acciones, cuotas de participación, derechos de crédito, por enumerar algunos), pues estos no son susceptibles de ser usados ni consumidos, siendo que actualmente nuestra Constitución reconoce el derecho de propiedad privada sobre este tipo de bienes. Todo esto constituye una clara regresión en cuanto al contenido del derecho de propiedad como se encuentra concebido hoy en nuestra Constitución.

El derecho a la participación política se ve seriamente disminuido en el Proyecto de Reforma, siendo que el ejercicio de los mecanismos de participación política que allí se consagran⁹ está condicionado a la construcción del socialismo. El artículo 70 del Proyecto de Reforma al enumerar los medios de participación política expresamente señala que éstos lo son “para la construcción del socialismo” (subrayado nuestro). La construcción del socialismo es una condición *sine qua non* para que los ciudadanos venezolanos, de aprobarse el Proyecto de Reforma, hagan uso de los mecanismos de participación política. Una norma como esa llegaría al absurdo de que la candidatura de una persona que no sea socialista quede excluida. Asimismo, iniciativas legislativas populares, que a decir de las autoridades no busquen la construcción del socialismo, tampoco podrían ejercerse. Se trataría de una clara involución de los progresos que hoy se tienen con respecto al derecho a la participación política.

En resumen, las formas de participación política serían admisibles sólo en la medida en que abonen a la construcción del socialismo, de otra manera, los mismos no serían admisibles y serían inconstitucionales. Este derecho de participación se ve aun más disminuido cuando

9 La elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativas, constitucional y constituyente, el cabildo abierto, la Asamblea de Ciudadanos y Ciudadanas, los Consejos del Poder Popular, la gestión democrática de los trabajadores y de cualquier empresa de propiedad social directa o indirecta, la autogestión comunal, las organizaciones financieras y micro financieras comunales, las cooperativas de propiedad comunal, las cajas de ahorro comunales, las redes de productores libres asociados, el trabajo voluntario, las empresas comunitarias y demás formas asociativas constituidas para desarrollar los valores de la mutua cooperación y la solidaridad socialista.

los porcentajes para activar los mecanismos de referendos revocatorios, abrogatorios, aprobatorios y consultivos por iniciativa popular fueron aumentados¹⁰, así como lo fue incluso el porcentaje de concurrencia. Todas estas son modificaciones regresivas del derecho a la participación política, estableciendo barreras que hacen mucho más difícil la activación de estos mecanismos, en una obvia limitación inconstitucional a este derecho, que lejos de mejorarlo, lo disminuye y empeora.

El derecho al sufragio también se ve seria y gravemente disminuido al excluir expresamente el Proyecto de Reforma la posibilidad de que los representantes del Poder Popular sean electos a través del sufragio o de elección alguna. Asimismo, ese derecho se ve mermado al otorgarse facultades al Presidente de la República para crear nuevas figuras políticas territoriales cuyas autoridades no son electas, sino designadas por el Presidente de la República, incluso en los casos en que la creación de dichas figuras políticas territoriales impliquen el afectar territorios con autoridades electas popularmente, como lo serían los casos de los Territorios Federales y Municipios Federales.

Asimismo, los derechos constitucionales en general se ven disminuidos al prever el Proyecto de Reforma la posibilidad de que el Presidente de la República decrete estados de excepción y suspenda garantías constitucionales. Recordemos que fue un avance el que la Constitución previera, en protección de los derechos humanos, la sola posibilidad de restricción de garantías constitucionales y no de suspensión. En una evidente violación al principio de progresividad de los derechos, el Proyecto de Reforma contempla la posibilidad de suspensión de garantías. Adicionalmente, se permite la suspensión o restricción de las garantías al derecho al debido proceso y a la información y se elimina la prohibición actual de restringir los derechos humanos intangibles.

IV. CONCLUSIONES

La involución y regresión el Proyecto de Reforma en materia de derechos es evidente y palpable. La actuación del Presidente de la República y de la Asamblea Nacional al proponer y sancionar el referido proyecto, violenta el contenido de los derechos constitucionales a la libertad económica, propiedad, propiedad intelectual, participación política. El Proyecto de Reforma lejos de desarrollar los derechos constitucionales que modifica, los elimina y hace nugatorios. Lejos de ampliarlos en su número, los disminuye y peor aún, lejos de fortalecer los mecanismos para su efectivo respeto, protección y efectividad, elimina protecciones existentes en la Constitución, empeorándolos, en una clara violación de la obligación del Estado democrático y social de derecho y de justicia de actuar positivamente (por ejemplo con la creación de normas constitucionales) para asegurar el ejercicio y contenido de estos derechos.

10 Los referendos por iniciativa popular fueron todos aumentados en cuanto al porcentaje de electores requeridos para activarlos. El referendo consultivo por iniciativa popular aumentó de un 10% a un 20%; el referendo revocatorio se incrementó de un 20% a un 30% y el porcentaje de concurrencia de electores con respecto a la elección aumentó de 25% a 40%; la concurrencia para el referendo aprobatorio de leyes sometidas por iniciativa de la Asamblea Nacional aumenta el porcentaje de concurrencia de 25% a 30% y el porcentaje requerido para someter a referendo la aprobación de tratados, convenios o acuerdos internacionales por iniciativa popular aumenta de 15% a 30%, adicionalmente se agrega un porcentaje de concurrencia de 30%; el referendo abrogatorio de leyes por iniciativa popular se incrementa de 10% a 30% y el de Decretos con rango y fuerza de ley de 5% a 30%. Por otro lado, los mecanismos de enmienda y reforma constitucional por iniciativa popular, también fueron aumentados en sus porcentajes de 15% a 20% y de 15% a 25% respectivamente.

La regresión constitucional en materia de Derechos Humanos

Víctor Rafael Hernández-Mendible
*Profesor de Derecho Administrativo en la
Universidad Católica Andrés Bello*

I. INTRODUCCIÓN

Durante el año 2007 se ha dado un intenso debate relacionado con la modificación de la Constitución de 1999¹, los mecanismos constitucionales formales que se han empleado para ello y los aspectos sustantivos que se van a ver afectados por la modificación del texto constitucional. Sería muy extenso dedicarle tiempo a cada uno de ellos en esta ocasión, por lo que he asumido abordar sucintamente el aspecto relacionado con la regresión en materia de derechos humanos.

II. LOS POSTULADOS FUNDAMENTALES DEL ACTUAL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El actual Estado democrático de Derecho² es el producto de un conjunto de circunstancias históricas, políticas, económicas, sociales y culturales que condujeron a la vigente Constitución y cuyo antecedente jurídico más próximo se ubica en el proceso constituyente de 1999.

Se ha predicado a partir de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia³, que el pueblo en ejercicio de su soberanía popular puede ser convocado para reunir una Asamblea Constituyente dirigida a la transformación del ordenamiento constitucional del Estado, lo que permitió la convocatoria de un referendo para constituir y celebrar una Asamblea Constituyente, que tendría como límites: (i) los valores y principios de nuestra historia republicana, (ii) el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República; (iii) el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre; y, (iv) las garantías democráticas⁴.

No obstante, luego la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la Asamblea Constituyente, -que según su criterio no es un poder derivado, sino que ejerce el Poder Constituyente-, no

1 Allan R. Brewer Carías, *La Reforma constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007; *Hacia la consolidación de un Estado socialista, centralizado, policial y militarista. Comentarios sobre el alcance y sentido del anteproyecto de reforma constitucional 2007*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007.

2 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 85, de 24 de enero de 2002 y en sentencia 1632, de 11 de agosto de 2006.

3 Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 17, de 19 de enero de 1999 y en sentencia 18, de 19 de enero de 1999.

4 Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 311, de 13 de abril de 1999.

se encuentra sujeta a los límites del orden jurídico establecido, como podría ser la Constitución vigente⁵.

Estas decisiones -entre otras- allanaron el camino para la aprobación de la Constitución de 30 de diciembre de 1999, que estableció como postulados fundamentales la ratificación de la República como un Estado democrático y social de Derecho⁶, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, 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 político⁷, estableciéndose entre los fines esenciales del Estado, la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos en la Constitución⁸, en tanto que el gobierno y las entidades políticas que la componen serán siempre democrático, participativo, electivo, alternativo, descentralizado, responsable, pluralista y de mandatos revocables⁹.

En materia de derechos, el Estado garantiza a todas las personas, conforme al principio de progresividad y no discriminación, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respecto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución y los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República, debiendo tener presente que conforme a la cláusula constitucional de los derechos innominados, los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no debe entenderse como negación de otros que siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de dichos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos¹⁰.

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por la República tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en la Constitución y las leyes, resultando de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público¹¹.

A ello deben sumarse dos disposiciones fundamentales, una que reconoce que todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados en la Constitución es nulo; y la otra que establece el deber que tienen todas las personas, investidas o no de autoridad pública de colaborar en el restablecimiento de la efectiva vigencia de la

5 Corte Suprema de Justicia en Pleno, en sentencia de 14 de octubre de 1999. Todas las decisiones judiciales que avalaron el proceso constituyente de 1999, han sido comentadas por Víctor Rafael Hernández-Mendible, La Contribución del Poder Judicial a la desaparición de la Constitución, de la Democracia y el Estado de Derecho. *El nuevo Derecho Constitucional Venezolano*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2000. pp. 81-108.

6 Ricardo Combella, *Estado de Derecho. Crisis y Renovación*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1990. pp. 91-98.

7 Artículo 2 de la Constitución.

8 Artículo 3 de la Constitución.

9 Artículo 6 de la Constitución.

10 Artículos 19 y 22 de la Constitución.

11 Artículo 23 de la Constitución.

Constitución, si ésta dejare de observarse por un acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella¹².

III. LA FRAUDULENTE PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL ELABORADA POR LOS PODERES CONSTITUIDOS

El proceso de “reforma” constitucional ha sido promovido por el Presidente de la República a partir del día 15 de agosto de 2007, cuando presentó al Poder Legislativo sus propuestas para el cambio de 33 artículos de la Constitución de 1999, propuestas éstas que han sido ampliadas por el órgano legislativo para incluir nuevas modificaciones (36 artículos más), en la calificada formalmente como tercera discusión realizada por el Poder Legislativo, entre los días 12 y 15 de octubre de 2007.

Este proceso se ha realizado sin ajustarse al procedimiento de reforma establecido en la propia Constitución (que exige tres discusiones para toda la propuesta, incluidas las disposiciones transitorias, derogatorias y finales)¹³, generando un *nuevo fraude constitucional* conforme a la correcta formulación efectuada por el Tribunal Supremo de Justicia¹⁴, pues dada la magnitud de las modificaciones planteadas que implican una transformación del modelo de Estado republicano que ha tenido Venezuela desde su surgimiento como país independiente¹⁵, de una redistribución territorial y un cambio en materia de derechos humanos, ha debido realizarse la convocatoria de una Asamblea Constituyente¹⁶.

Si bien esto es sumamente grave, todavía resulta más grave aún, si se actúa coherentemente con las sentencias que abrieron el camino a la Constitución de 1999, y en particular, con la sentencia de 14 de octubre de 1999, en la cual se excluía del sometimiento a la Constitución vigente en ese momento a la Asamblea Constituyente, no así a los poderes constituidos (Ejecutivo y Legislativo), que sí se encuentran sometidos a los límites impuestos por la Constitución. No obstante, actualmente estos poderes usurpando la soberanía popular (Poder Constituyente originario), han planteado y ejecutado en desconocimiento de la Constitución, una modificación del modelo de Estado, así como la restricción y supresión de derechos fundamentales, que incluso deben considerarse irrenunciables para una Asamblea Constituyente, al menos en el marco de una sociedad que se califica de democrática en un Estado constitucional de Derecho, porque ningún colectivo puede disponer de los derechos y liberta-

12 Artículos 25 y 333 de la Constitución.

13 Artículo 343 de la Constitución.

14 El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 74, de 25 de enero de 2005, señaló que el empleo de un “procedimiento de cambio en las instituciones existentes, aparentando respetar las formas y procedimientos constitucionales” o utilizando “el procedimiento de reforma constitucional para proceder a la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido”, así como “una reforma constitucional sin ningún tipo de límites, constituiría un fraude constitucional ...”.

15 Declaración de Independencia de 5 de julio de 1811 y Constitución de la República de Venezuela, de 21 de diciembre de 1811.

16 El artículo 347 de la Constitución señala que “El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”. Incluso así lo reconoce el voto salvado del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, de la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia 2042, de 2 de noviembre de 2007.

des que le corresponden a cada persona, por su sola condición de integrar parte de la especie humana.

IV. LA APROBACIÓN DE LA INCONSTITUCIONAL TRAMITACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

A lo anterior se suma el hecho que la pregunta elaborada por el Consejo Nacional Electoral para la realización del referendo contiene un problema en su formulación, porque si bien dividió la propuesta de "reforma" constitucional en dos bloques, que podían ser votados de manera separada, no formuló opción alguna sobre las disposiciones transitorias, derogatoria y final, lo que produce como consecuencia, para solo referirme a un ejemplo hipotético, que podría rechazarse el bloque donde se encuentra contenida la modificación de los estados de excepción, contemplados en los artículos 337, 338 y 339 y llegar a sostenerse que si fueron aprobadas las disposiciones transitorias, derogatoria y final, quedando derogada la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, sin que exista un auténtico y expreso pronunciamiento mediante el voto popular para abrogar dicha ley¹⁷.

V. LOS DERECHOS INHERENTES A LAS PERSONAS Y LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

Los principios de progresividad, irrenunciabilidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, incluidos aquellos inherentes a la persona humana no mencionados expresamente en la Constitución, tratados, pactos o convenciones deben respetarse y garantizarse por todos los órganos del Poder Público¹⁸ e incluso, todos los derechos reconocidos en los mencionados instrumentos jurídicos tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que la garantía de su goce y ejercicio sea más favorable a las establecidas en la Constitución y en las leyes, resultando en tales casos, de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público¹⁹.

Así las cosas, todas las disposiciones elaboradas por los poderes constituidos, dirigidas a ampliar el catálogo de derechos o a mejorar su ejercicio, goce y disfrute deben considerarse bienvenidas, en tanto que aquellas normas expedidas por los poderes constituidos, con independencia que sean estos el Poder Ejecutivo, Legislativo o incluso una Asamblea Constituyente, dirigidas a suprimir, limitar, restringir o debilitar el grado de protección que han alcanzado los derechos y libertades públicas deben ser consideradas nulas, por mandato expreso de la propia Constitución²⁰.

17 Debe recordarse que entre los mecanismos de participación política, el artículo 74 de la Constitución contempla el referendo abrogatorio tanto de leyes, como de decretos con rango y fuerza de ley, pero para ello exige una concurrencia al proceso refferndario de no menos del 40% de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral.

18 Artículo 19 de la Constitución.

19 Artículo 23 de la Constitución.

20 El artículo 25 de la Constitución señala que "Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que le sirvan de excusa órdenes superiores". Conforme a esta disposición tanto el acto jurídico del Presidente de la República a través del cual asume la iniciativa constitucional como el acto parlamentario de sanción de la "reforma" constitucional, de 2 de noviembre de 2007, que desconoce o peor aún anula derechos reconocidos en la Constitución de 1999 son absolutamente nulos y comprometen la responsabilidad penal, civil y administrativa,

En efecto, las propuestas que desconocen, debilitan o restringen los niveles de protección de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución son regresivas y plantean un problema de difícil anclaje constitucional, porque al gozar de la misma jerarquía los derechos reconocidos en el texto constitucional y aquellos establecidos en los tratados, convenciones o pactos sobre derechos humanos y contener estos últimos una mayor y mejor protección, los órganos de los poderes públicos deberán otorgarle aplicación inmediata, directa y preferente a estos textos jurídicos de origen supranacional, respecto a los derechos reconocidos en la Constitución.

Sin embargo, en caso que las propuestas conlleven a la supresión o eliminación de los derechos o las libertades públicas, ni siquiera se plantearía un problema de prevalencia de normas de origen supranacional que gozan de rango constitucional, sino que simplemente habría que darle aplicación inmediata y plena a los derechos y libertades reconocidos en los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por la República²¹, pues como consecuencia de su rango constitucional constituyen disposiciones superiores que fundamentan el ordenamiento jurídico y deben ser respetadas y aplicadas por todos los poderes públicos²².

VI. LA SUPRESIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA INCONSTITUCIONAL REFORMA CONSTITUCIONAL

Las propuestas de modificación de derechos y libertades conquistadas por la humanidad²³ y que producto de la evolución del Estado constitucional de Derecho han sido reconocidos por el pueblo en la Constitución de 1999²⁴ tienen una doble incidencia: En el primer supuesto, aquellos derechos y libertades que son afectados positivamente, amparados por el principio de progresividad, verán reforzados o ampliados los mecanismos de protección frente a las actuales garantías que refuerzan su goce y disfrute; en el segundo supuesto, los derechos y libertades que son afectados negativamente (desconocidos y suprimidos) serán debilitados en cuanto a su protección por el ordenamiento jurídico interno, en manifiesta contravención a los instrumentos internacionales que prohíben a los Estados suspender los derechos por ellos reconocidos, así como le impiden la posibilidad de negación de aquellos que se hayan reconocido por los mismos Estados, aunque no se encuentren expresamente reconocidos en dichas declaraciones internacionales.

En caso de producirse este segundo supuesto, el operador jurídico tiene no solo la posibilidad, sino el deber que comparar, estudiar, interpretar y aplicar la cláusula de progresividad para aplicar aquellas normas, disposiciones, principios y criterios contenidos en los tratados sobre derechos humanos, que garanticen un mejor y mayor ejercicio y que brinden una

tanto del Presidente de la República y de los diputados que los sancionaron, como de los miembros del Consejo Nacional Electoral que en ejecución de dicha inconstitucional actuación han convocado un referendo para aprobar la modificación regresiva de la Constitución.

21 Allan R. Brewer-Carías, "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina". *Estudios sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2007. pp. 12-24.

22 Artículo 7 de la Constitución.

23 La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención América de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

24 Artículos 19 al 129 de la Constitución.

protección más efectiva, o dicho de otra manera, que garanticen el mejor derecho de las personas²⁵.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

La modificación de la Constitución que transforme la organización del Estado, suprima el derecho del pueblo para que en ejercicio de su soberanía popular elijan a todas las autoridades públicas que lo gobiernan²⁶, que en materia de estados de excepción elimina los controles orgánicos e institucionales internos (Poderes Legislativo y Judicial) y externos (Secretaría General de la Organización de Estados Americanos)²⁷, así como el carácter temporal de éstos, que retorne a la época de la suspensión de derechos como el debido proceso²⁸ o la libertad de información²⁹, que niega la libertad de militancia o no en una corriente política determinada (Democracia Cristiana o incluso socialismo democrático), a través de la extinción del derecho al pluralismo político (por una propuesta única de socialismo-totalitario) constituye un manifiesto proceso de regresión en materia de derechos humanos, contrarios a los instrumentos internacionales y a la Carta Democrática Interamericana³⁰.

El dilema que plantea una situación así, es determinar si se sigue perteneciendo a las organizaciones supranacionales que integran la comunidad internacional o si se procede a denunciar todos los tratados y a efectuar el retiro de las organizaciones supranacionales. Si se elige esta segunda opción, habría que prepararse para subsistir aislados del concierto de países civilizados que integran el mundo occidental, si es que ello fuese posible en el siglo XXI; pero si se decide mantener la vigencia y aplicación de los instrumentos y continuar perteneciendo a las organizaciones internacionales, entonces será el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, como el máximo y último intérprete de la Constitución y la suprema instancia jurisdiccional de protección de los derechos y libertades inherentes a la persona humana, reconocidos y garantizados éstos por el ordenamiento jurídico supranacional y nacional, quien estará llamado por mandato de la propia Constitución a aplicar de manera inmediata, directa, preferente y con carácter vinculante, los instrumentos que garanticen una mayor protección a los derechos humanos, tales como el derecho general de libertad³¹, el debido proceso³², la propiedad individual³³, la propiedad intelectual³⁴, la participación en los

25 El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 2507, de 5 de agosto de 2005, ratificada en sentencia 4986, de 15 de diciembre de 2005, estableció que "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".

26 Artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana.

27 Artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

28 Corte Suprema de Justicia en Pleno, sentencia de 15 de marzo de 1993.

29 Artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana.

30 Artículo 1 de la Carta Democrática Interamericana, reconoce que la democracia es un derecho de los pueblos de América.

31 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencias 117, 6 de febrero de 2001; 968, de 5 de junio de 2001; 2641, de 1 de octubre de 2003; 1798, de 19 de julio de 2005; 1632, de 11 de agosto de 2006; 144, de 6 de febrero de 2007.

32 Artículos 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

33 Artículos 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacionales de los Derechos Civiles y Políticos, 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

asuntos públicos (elegir las autoridades públicas y a ser electo)³⁵ y el derecho al pluralismo político³⁶, todos insitos a una sociedad democrática y que incluso en el orden internacional transitan un proceso de reforzamiento y ampliación -no de supresión- con la propuesta de Carta de Derechos Humanos Emergentes³⁷.

34 Artículos 27 de la Declaración Universal de Derecho Humanos, 14 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 15 del Pacto Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

35 Artículos 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. *Cfr.* Víctor Rafael Hernández-Mendible, La participación ciudadana en la Administración Local. *Anuario de Derecho Administrativo*, Tomo XIII, Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2006. pp. 107-121.

36 El artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana, reconoce el régimen plural de partidos y organizaciones políticas.

37 Sobre los derechos humanos emergentes, véase Víctor Rafael Hernández-Mendible, "El Derecho Administrativo y el Derecho a la Ciudad en el siglo XXI". *II Congreso Iberoamericano de Direito Administrativo. A & C. Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte. Brasil, 2007.

II. Sobre el principio de la igualdad

El principio de igualdad en el proyecto de Reforma Constitucional de 2007

Carlos Urdaneta Sandoval
Abogado y Doctor en Derecho

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

En el Numeral Séptimo de la Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela decretada por la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 2 de noviembre de 2007 se establece:

“Se reformó el artículo 21, en la forma siguiente:

Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

1. **Se prohíbe discriminaciones fundadas en lo étnico, género, edad, sexo, salud, credo, orientación política, orientación sexual, condición social o religiosa** o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades.
2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.
3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana, salvo las fórmulas diplomáticas.
4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.” (Resaltado nuestro)¹

¹ Asamblea Nacional. Reforma constitucional. Disponible en: <http://www.asambleanacional.gov.ve/uploads/biblio/Reforma-%20Constitucional-%20final.doc>

En el Derecho comparado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966) expresa en su art. 26: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Por su parte, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (Diario Oficial N° C 364 de 18/12/2000) prevé en su Artículo 21 referido a la “No discriminación. 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales,

1. *El principio de igualdad*

El Art. 21 trata de la igualdad ante la Ley. No es esta una norma que reconoce un derecho, sino un *principio* con dimensión objetiva del que, si bien potencialmente pueden derivar titularidades subjetivas², vale también como principio jurídico informador de todo el orden jurídico-constitucional, el cual debe siempre asociarse al principio de no discriminación social.³

Permite eliminar discriminaciones arbitrarias entre las personas⁴, importa un grado suficiente de razonabilidad y de justicia en el trato que se depara a los hombres, y no significa igualitarismo pues hay diferencias justas que debe ser tomadas en consideración, a fin de no incurrir en el trato igual a los desiguales, ya que el derecho a la identidad y el derecho a ser diferente obligan, desde la igualdad, a tomar en consideración lo que en cada ser humano y en cada grupo social hay de diferente con los demás.⁵

características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

Asimismo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 1o, tercer párrafo, introducido en la reforma de 14 de agosto de 2001, establece que: “(...) Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

- 2 C. Zoco Zabala, *Mandato de igualdad ante la ley en la constitución española y en la carta europea de derechos fundamentales: un estudio comparado*. Pamplona: Universidad Pública de Navarra. p. 4. Disponible en: http://www.unizar.es/derecho/doctorado_humanos/CZoco.doc

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión Consultiva OC-4/84 del 11 de enero de 1984, ha establecido:

“55. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”.

- 3 J.J. Gomes Canotilho, (2002) *Direito constitucional e teoria da Constituição*. (5ta ed) Coimbra, Portugal: Almedina. p. 430.

- 4 En Venezuela, la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 01131 de 24 de septiembre de 2002, ha dicho respecto al derecho a la igualdad:

“Este derecho ha sido interpretado como el derecho de los ciudadanos a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos lo que se le concede a otros, en paridad de circunstancias. Es decir, que en virtud de este principio, no deben establecerse diferencias entre los que se encuentran en las mismas condiciones. La verdadera igualdad consiste en tratar de manera igual a los iguales y desigualmente a los que no pueden alegar esas mismas condiciones y circunstancias predeterminadas por la Ley, ya que estas no obedecen a intereses de índole individual sino a la utilidad general”.

Asimismo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 244 de 20 de febrero de 2001, ha expresado en forma conteste: “...la violación al derecho a la no discriminación se configura cuando se trata de forma desigual a los iguales”. Disponibles en: <http://www.tsj.gov.ve/>

- 5 G.J. Bidart Campos, (2001) *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar. Tomo I-B. p. 71.

Asimismo, la igualdad se configura con una eficacia trascendente, de modo que toda situación de desigualdad que persista a la entrada en vigor de la norma constitucional debe ser considerada como no admitida, si no demuestra compatibilidad con los valores que la Constitución, como norma suprema, proclama.⁶

El derecho judicial argentino ha pormenorizado los alcances de la igualdad⁷: a) la igualdad exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones; b) por eso, implica el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias; c) la regla de igualdad no es absoluta, ni obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que puedan presentarse a su consideración, pues dicha regla lo que estatuye es la obligación de igualar todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias u hostiles⁸; d) la razonabilidad es la pauta para ponderar la medida de la igualdad⁹, por lo que el

Conforme a Bobbio, "mientras la libertad se refiere a la situación de la persona, la igualdad indica una relación entre dos o más personas o grupos. Prueba de esto es que la sentencia "X está libre" tiene sentido en sí misma, mientras que sentencia "X es igual" no significa nada". Cf. N. Bobbio, (1999): **Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica**. Roma: Donzelli. p. 68. *Apud.* M. Roccato; S. Gattino; E. Patris, (2000) "Personalidad, valores y orientación política". En: *Revista de Psicología Política*, Valencia, España: Ed. Promolibro. N° 21, p. 79.

Por la necesaria vinculación entre personas se dice que "la igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (en el caso límite, al menos una dualidad), los "términos de la comparación", entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque solo sea espacial y temporal (...). La diferencia, al menos numérica, entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad". Cf. F. Rubio Llorente, (1993) **La forma del poder. Estudios sobre la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. p. 640. *Apud.* R. Brito Melgarejo, "El principio de igualdad en el derecho constitucional comparado". En: N. González Martín, (Coord.) (2006) *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*. México: UNAM. Tomo II. p. 136-137.

La Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 004 de 25 de enero de 2001, ha dicho al respecto:

"Respecto a la denunciada amenaza de violación de los derechos a la igualdad y a la no discriminación (artículo 21 de la Constitución), observa esta Sala que, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, incluyendo este órgano judicial, para que se produzca una lesión a dichos derechos constitucionales se requiere que las situaciones jurídicas subjetivas a comparar se encuentren en las mismas condiciones fácticas, a los fines de que deban ser objeto de idéntica regulación jurídica. En otros términos, para que se produzca una violación, o amenaza de violación al derecho a la igualdad y a no ser sometido a trato discriminatorio, es necesario que se esté en presencia de una situación en la cual se otorgue un tratamiento jurídico distinto a dos sujetos en idéntica situación". Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/>

6 A. de Moraes, (2007) *Direito constitucional*. (22 ed) Sao Paulo: Atlas. p. 32.

7 G.J. Bidart Campos, *Ob. Cit.* pp. 76-77.

8 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión Consultiva OC-4/84 del 11 de enero de 1984, ha dicho al respecto:

"56. Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose " en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran

legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes, a condición de que el criterio utilizado para discriminar sea "razonable"; e) las únicas desigualdades constitucionales son las arbitrarias, y por arbitrarias han de estimarse las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores o privilegios, etcétera.

¿Qué constituye la finalidad limitadora del principio de igualdad?

El principio de igualdad consagrado en la Constitución opera en tres planos diversos, lo que constituye la triple finalidad limitadora del principio de igualdad: Igualdad en la ley o

número de Estados democráticos " definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable" (Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), judgment of 23rd July 1968, p. 34). Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio."

- 9 Para que las diferencias normativas puedan ser consideradas no discriminatorias, se torna indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios valorativos generalmente aceptados, cuya exigencia se debe aplicar en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por eso una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, siempre de conformidad con los derechos y garantías constitucionalmente protegidos. Cf. Moraes, A. de *Ob. Cit.* p. 32.

La Corte Constitucional de Colombia ha dicho:

"- Mientras que la razonabilidad hace relación a lo constitucionalmente admisible, la racionalidad hace relación a la conexidad;

- La primera apunta a una finalidad legítima mientras que la segunda apunta a una finalidad lógica;

- Una -la primera- hace alusión a la coherencia externa, esto es, con los supuestos de hecho; la otra -la segunda- hace alusión a la coherencia interna, es decir, es un fenómeno estructural;

- Por último, lo razonable es de la esfera de la lógica de lo humano -material-, mientras que lo racional es de la esfera de la lógica formal". (C-530 de 1993). *Apud.* H. López Sterup, (2002) *Discriminación en la jurisprudencia constitucional de Colombia*. p. 6. Disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/nodiscriminacion/LOPEZ.PDF>

En Alemania, a partir de la Sentencia del Primer Senado del Tribunal Constitucional Federal, de 7 de octubre de 1980, la antigua fórmula según la cual "se vulnera el principio de igualdad cuando la disposición que se enjuicia debe ser catalogada como arbitraria", fue remplazada por una nueva, según la cual, se vulnera el principio y el derecho a la igualdad, "cuando un grupo de destinatarios de una norma es tratado de manera distinta, en comparación con otros destinatarios de la misma, a pesar de que entre los dos grupos no existan diferencias de tal tipo y de tal peso, que puedan justificar el trato diferente. En esta nueva fórmula, el principio de proporcionalidad es el criterio para determinar el principio de igualdad. Mediante dicho principio se determina si el tipo y el peso de las diferencias que existen entre los grupos de destinatarios implicados en el caso, justifican el trato diferente de unos en comparación con el de los otros. Cf. C. Bernal Pulido, *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte constitucional colombiana*. pp. 4-5. Disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/nodiscriminacion/BERNAL.PDF>

Sin embargo, se debe tomar en consideración que motivos de prohibición de discriminación, tales como las características genéticas, o la orientación sexual, en cuanto inherentes a la persona humana, no pueden ser objeto de distinciones razonables en la norma; mientras que en motivos de discriminación como el patrimonio o la edad es posible establecer diferencias por dichas causas cuando la finalidad es objetiva y razonable. Cf. C. Zoco Zabala, *Ob. Cit.* p. 11.

igualdad en cuanto a la creación del derecho, igualdad ante la ley o en la aplicación del derecho e igualdad en las relaciones privadas.

a) Igualdad en la ley o igualdad en cuanto a la creación del derecho: el legislador o el propio ejecutivo, en la promulgación, respectivamente, de leyes y actos normativos, no pueden crear tratamientos diferenciados a personas que se encuentran en situaciones idénticas.¹⁰

Gomes Canotilho se pregunta ¿Que significa “creación de derecho igual”? El principio de igualdad, en el sentido de igualdad en la propia ley, es un postulado de racionalidad práctica, esto es, para todos los individuos con las mismas características deben preverse, a través de la ley, iguales situaciones o resultados jurídicos. Pero reducido a un postulado de universalidad, permite pocos avances, ya que permite discriminación en cuanto al contenido, por ejemplo, todos los individuos de raza judía deben ser señalados en la cabeza; todos los individuos de “raza negra” deben ser tratados “igualmente” en “escuelas” separadas de las escuelas reservadas a los blancos. De modo pues que reducido a un sentido formal, el principio de igualdad acabaría por traducirse en un simple principio de prevalencia de la ley en sede jurisdiccional y administrativa. A diferencia de la estructura lógica formal de identidad, la igualdad presupone diferencias, pues designa una relación entre diversas personas y cosas, reconduciéndose, así, a una igualdad relacional, pues ella supone una relación tripolar (Podlech): el individuo A es igual al individuo B, teniendo en cuenta determinadas características. *Exempli gratia*, una persona casada es igual a una persona soltera en cuanto al acceso al servicio militar de la Marina, desde que reúnen las condiciones de admisión legal y regularmente exigidas.

Se exige entonces una igualdad material a través de la ley, pero la fórmula de tratar por “igual al que es igual y desigualmente al que es desigual”¹¹ no contiene ese criterio material de un juicio de valor sobre la relación de igualdad (o desigualdad). ¿Cual es el criterio de valoración para una relación de igualdad justa?

10 El Tribunal Constitucional español ha establecido: “en su sentido originario, del principio de igualdad se ha derivado, en la tradición constitucional europea un derecho de los ciudadanos a la igualdad ante la Ley, es decir, un derecho a que ésta sea aplicada a todos por igual, sin acepción de personas, o lo que es lo mismo, sin tener en cuenta otros criterios de diferenciación, entre las personas o entre las situaciones, que los contenidos de la Ley misma. Por eso como tantas veces se ha repetido, el principio de igualdad se identifica en la práctica con el de legalidad, puesto que cualquier aplicación desigualitaria de la ley es una violación de la Ley misma. Sólo al término de una evolución secular, y ya en nuestro siglo, se ha derivado del principio de igualdad también un derecho frente al legislador (o más generalmente, frente al autor de la norma), cuyas decisiones pueden así ser anuladas por la jurisdicción competente cuando establezcan distinciones basadas en criterios específicamente prohibidos (raza, sexo, etc.), o que no guarden una razonable conexión con la finalidad propia de la norma”. STC 68/91, F. J. 4. *Apud*. A. Pardell Vea, “La igualdad ante la ley”. En: *XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lleida, 28-29 de mayo de 2004.

11 De hecho, existen autores que concretan el deber de igualdad en cuatro mandatos, los cuales tienen una dimensión objetiva, el principio de igualdad, y una dimensión subjetiva, el derecho de igualdad, a saber: a) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; b) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; c) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y d) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud). *Cf.* C. Bernal Pulido, *Ob. Cit.* p. 1.

Gomes Canotilho consigue una posible respuesta derivada de algunas sentencias del Tribunal Constitucional portugués: existe observancia de la igualdad cuando individuos y situaciones iguales no son arbitrariamente (prohibición general de arbitrariedad) tratados como desiguales, por lo que el principio de igualdad es violado cuando la desigualdad de tratamiento surge como arbitraria. Pero el principio de prohibición de arbitrariedad, como simple principio de límite, debe ligarse a un razonable fundamento material o criterio material objetivo que posibilite valorar la relación de igualdad o desigualdad, por ejemplo, existe una violación arbitraria de la igualdad jurídica cuando la disciplina jurídica no se basa en un fundamento serio o no tiene un sentido legítimo o establece diferenciación jurídica sin un fundamento razonable.¹²

b) Igualdad ante la ley o en la aplicación del derecho: existe la obligatoriedad del interprete, básicamente, la autoridad pública, de aplicar la ley y actos normativos de manera igualitaria, sin el establecimiento de diferencias en razón del sexo, religión, convicciones filosóficas o políticas, raza, clase social, etc., pues las llamadas libertades materiales tienen por objetivo la igualdad de condiciones sociales, meta a ser alcanzada, no solo por medio de las leyes, sino también por la aplicación de políticas o programas de acciones estatal.¹³

c) Finalmente, no obstante que el principio de igualdad es propio del Derecho público, sería exagerado afirmar que no encuentra aplicación en las relaciones privadas, pues el particular no podrá aplicar conductas discriminatorias, prejuiciosas o racistas, bajo pena de la responsabilidad que la ley establezca.¹⁴

2. El principio de prohibición de discriminación

Las discriminaciones arbitrarias configuran una negación a la igualdad.¹⁵ De acuerdo al Comité de Derechos Humanos, la no discriminación, entendida la discriminación como

“(...) toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición

12 J.J. Gomes Canotilho, *Ob. Cit.* pp. 424-426.

A mayor abundamiento, Bandeira de Mello expresa que hay violación del principio constitucional de isonomía cuando: a) la norma singulariza actual y definitivamente un destinatario determinado, en vez de abarcar una categoría de personas, o una persona futura e indeterminada; b) la norma adopta como criterio discriminador, para fines de diferenciación de regímenes, un elemento no residente en los hechos, situaciones o personas de tal modo desequiparadas. Es lo que ocurre cuando se pretende tomar el factor "tiempo" como criterio diferencial, no obstante, que dicho factor no descansa en el objeto; c) la norma atribuye tratamientos jurídicos diferentes en atención al factor de discriminación adoptado que, entretanto, no guarda relación de pertinencia lógica con la disparidad de regímenes otorgados; d) la norma supone relación de pertinencia lógica existente en abstracto, pero la discriminación establecida conduce a efectos contrapuestos o de cualquier modo disonantes de los intereses protegidos constitucionalmente; e) en la interpretación de la norma se deben extraer las distinciones, discriminaciones, desequiparaciones que no fueren *ex professo* asumidas por ella de modo claro, o aun de manera implícita. Cf. C.A. Bandeira de Mello, (2007) *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. (3ra ed, 15ta reimpressão) São Paulo: Malheiros. pp. 47-48.

13 A. Moraes, de *op. cit.*, pp. 31-33, con sustento en Comparato, F. K. (1996) *Direito público: estudos e pareceres*. Sao Paulo: Saraiva. p. 59; J.J. Gomes Canotilho, *ob. cit.* p. 424.

14 A. de Moraes, *ob. cit.* pp. 31-33; Sundfeld, C. A. (2005) *Fundamentos de direito público*. (4ª ed, 6ª tiragem) Sao Paulo: Malheiros. p. 173.

15 G.J. Bidart Campos, *ob. cit.* p. 79.

social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”¹⁶,

es un principio básico y general relativo a todos los derechos humanos, por lo que se trata en consecuencia de un principio que subyace a ellos e informa su goce y ejercicio.¹⁷

Conforme al Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 3 de octubre de 2000 “Hanriquez, Marcelino y otros”, una distinción implica discriminación cuando: a) hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares; b) la diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable; c) no hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue.¹⁸

16 Comité de Derechos Humanos (1989) *Observación general 18*. Punto 7.

En sentencia T-098 de 1994, la Corte Constitucional de Colombia definió el acto discriminatorio:

“11. El acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende - consciente o inconscientemente - anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales.

Constituye un acto discriminatorio, el trato desigual e injustificado que, por lo común, se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada, hasta confundirse con la institucionalidad misma, o con el modo de vida de la comunidad, siendo contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, por imponer una carga, no exigible jurídica ni moralmente, a la persona.

El acto de discriminación no sólo se concreta en el trato desigual e injustificado que la ley hace de personas situadas en igualdad de condiciones. También se manifiesta en la aplicación de la misma por las autoridades administrativas cuando, pese a la irrazonabilidad de la diferenciación, se escudan bajo el manto de la legalidad para consumar la violación del derecho a la igualdad.” *Apud*. H. López Sterup, *Ob. Cit.* pp. 7-8.

17 Comisión Andina de Juristas (1997) *Protección de los Derechos Humanos (Definiciones operativas)*. Lima: CAJ. Disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/guia/s7.htm>

En Venezuela, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 01459 de 12 de julio de 2001, ha dicho respecto de la prohibición de discriminación:

“*la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra la igualdad de todas las personas ante la Ley, por lo cual a diferencia de lo que ocurría con la Constitución de 1961, que aludía expresamente a la discriminación fundada en la raza, el sexo, el credo o la condición social, en este nuevo texto constitucional se logra extender el concepto de discriminación a todas aquellas situaciones que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. Es así como esta norma constitucional ha venido a consagrar los principios que la jurisprudencia ha ido delineando, pues ésta ha sido conteste en señalar que la discriminación existe también cuando situaciones análogas o semejantes se deciden, sin aparente justificación, de manera distinta o contraria, resultando así necesario que la parte afectada en su derecho demuestre la veracidad de sus planteamientos, toda vez que sólo puede advertirse un trato discriminatorio en aquellos casos en los cuales se compruebe que ante circunstancias similares y en igualdad de condiciones, se manifieste un tratamiento desigual.*” Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/>

18 Disponible en <http://www.derhumanos.com.ar/igualdad%20ante%20la%20ley.htm>

II. LA NUEVA CASUÍSTICA EN MATERIA DE PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

Además de los tradicionales casos de prohibición de discriminación previstos de manera expresa en el Art. 21 constitucional (sexo, credo y condición social)¹⁹, se insertan en la norma nuevos supuestos (género, edad, salud, orientación política, orientación sexual, condición religiosa) e incluso se sustituye un vocablo por otro (“raza” por “lo étnico”).

1. “Se prohíbe²⁰ discriminaciones fundadas en lo étnico”

Como primera observación, se sustituye el vocablo “raza” por “lo étnico”. Se trata de afianzar así el principio constitucional de la igualdad a favor de los indígenas y de todas las minorías étnicas, raciales y nacionales.²¹

Aunque generalmente, el término “etnia” se usa a veces erróneamente como un eufemismo para raza, o como un sinónimo para grupo minoritario. La diferencia entre estos términos radica en que mientras el término etnia comprende los factores culturales (nacionalidad, afiliación tribal, religiosa, fe, lenguaje, o tradiciones) y biológicos de un grupo humano, la raza específicamente alude a los factores morfológicos distintivos de esos grupos humanos (color de piel, contextura corporal, estatura, rasgos faciales, etc.) desarrollados en su proceso de adaptación a determinado espacio geográfico y ecosistema (clima, altitud, flora, fauna, etc.) a lo largo de varias generaciones. Así, la palabra “raza” es solo un concepto que ha sido asociado al de etnia.²²

En efecto, las “razas humanas” constituyen “grupos de seres humanos que por el color de su piel y otros caracteres se distinguen en raza blanca, amarilla, cobriza y negra”, mientras que “Étnico” es un adjetivo que significa para el caso “Pertenece a una nación, raza o etnia”²³

Por su parte, la *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* (art.1), ha definido ésta como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condicio-

19 Como ejemplo de discriminación por condición social, la cual no implica la condición económica, las personas que salen de centros de reclusión después de cumplir su condena sufren también tratos discriminatorios, pues algunas veces se les pide sus antecedentes penales o policiales para realizar algún trámite personal, situación que de alguna u otra manera prolonga en el tiempo el castigo que ya han cumplido durante su detención y obstaculizan su reintegración social. Cf. Comisión Andina de Juristas *ob. cit.*

20 En realidad, en vez de decir el precepto de la reforma aprobada por la Asamblea Nacional “Se prohíbe discriminaciones fundadas en...”, debería decir “**Se prohíben las discriminaciones fundadas en...**” (Resaltado nuestro), o como dice el Art. 21 de la Constitución de 1999 “No se permitirán discriminaciones fundadas en...”

21 Cf. G.J. Bidart Campos, *ob. cit.* p. 73.

22 Disponible en <http://es.wikipedia.org/wiki/Etnia>

23 Real Academia Española (1992) *Diccionario de la Lengua Española*. (21ma ed) Madrid: Espasa Calpe. pp. 1227 y 653.

nes de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y en cualquier otra esfera de la vida pública.²⁴

Como puede apreciarse, al contrario de lo que establece el proyecto de reforma constitucional de 2007 que sustituye el vocablo "raza" por "lo étnico", en la Convención Internacional citada la discriminación racial no sólo implica cualquier clase de trato desigual por criterios de raza, sino que asimismo incluye las que se originen por razón del color, linaje u origen nacional o étnico de las personas²⁵.

2. "Se prohíbe discriminaciones fundadas en (...) género"

Según el Centro Interamericano para el Desarrollo del Conocimiento en la Formación Profesional, adscrito a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), género es el conjunto de características psicológicas, sociales y culturales, socialmente asignadas a las personas. Estas características son históricas, se van transformando con y en el tiempo y, por tanto, son modificables. El género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales, es una construcción social que supone un conjunto de acuerdos tácitos o explícitos elaborados por una comunidad determinada en un momento histórico determinado y que incluye a los procesos de enseñanza-aprendizaje.

El género es una variable de base sobre la que actúan las otras dimensiones generadoras de diferencias (etnia, edad, nivel educativo, clase social, ingresos, condición rural o urbana, etc.) por lo que los frenos y transformaciones en el ámbito de género influyen en las otras y viceversa.

Como elemento constitutivo de las relaciones sociales, el género se expresa en: a) Símbolos culturales: visualizan las representaciones sociales de ambos sexos; b) Conceptos normativos: polarizan y reprimen comportamientos y tareas; c) Instituciones y políticas: reproducen y valorizan la asignación de roles y capacidades; y d) Identidad subjetiva: posiciona y determina el proyecto de vida de unos y otras.²⁶

24 Las prácticas de discriminación racial abarcan diferentes aspectos. De acuerdo al art. 2.2 de la *Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales* (Adoptada el 27 de noviembre de 1978 por la UNESCO durante su 20ª. reunión), estas:

- engloban las ideologías racistas, las actitudes fundadas en los prejuicios raciales, los comportamientos discriminatorios, las disposiciones estructurales y las prácticas institucionalizadas que provocan la desigualdad racial, así como la idea falsa de que las relaciones discriminatorias entre grupos son moral y científicamente justificables;
- se manifiestan por medio de disposiciones legislativas o reglamentarias y prácticas discriminatorias, así como por medio de creencias y actos antisociales;
- obstaculizan el desenvolvimiento de sus víctimas, pervierten a quienes las practican, dividen a las naciones en su propio seno, constituyen un obstáculo para la cooperación internacional, crean tensiones políticas entre los pueblos; y
- son contrarias a los principios fundamentales del derecho internacional y, por consiguiente, perturba gravemente la paz y la seguridad internacionales. *Apud.* Comisión Andina de Juristas. *Ob. cit.*

25 *Ibidem.*

26 Disponible en: <http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/gender/doc/glosario/ii.htm>

Como consecuencia, de la redacción del Art. 21 propuesto, al insertarse la discriminación por género, debió desaparecer la mención a la discriminación por sexo²⁷, ya que el primer concepto incluye al segundo, esto es,

“el género de una persona está determinado por el sexo de ésta -hombre o mujer-, pero es un concepto más amplio en cuanto va más allá de la sexualidad biológica para incluir patrones y valores sociológicos. En vista de que nuestra sociedad es de carácter patriarcal, es decir, domina en ella la visión del hombre como eje o centro del poder, la discriminación por razones de género se da sobre todo respecto a las mujeres, aunque se dan también situaciones de discriminación contra los hombres.”²⁸

Así, el sexo siempre ha sido un factor de discriminación (discriminación por sexo o basada en el género), pues el sexo femenino siempre ha ocupado un sitio inferior en el orden jurídico, y solo más recientemente, a duras penas, ha conquistado una posición paritaria, en la vida social y jurídica, a la del hombre.²⁹

3. “Se prohíbe discriminaciones fundadas en (...) edad”

La edad también ha sido motivo de discriminación, normalmente en lo que atañe a las relaciones de trabajo. Por ejemplo, se rehúsa el empleo a las personas de más edad, y cuando no, se les da salarios inferiores a los de los demás trabajadores. También se paga menos a los jóvenes, aún cuando se trate de la ejecución de un trabajo idéntico al de los hombres adultos. Como corolario, si bien se deben considerar las situaciones concretas que comporten comparación entre personas de edades diferentes (adultos, menores y ancianos), con este nuevo agregado explícito a la norma del artículo 21 de la Constitución quedará, por ejemplo, prohibido establecer una edad máxima para el ingreso en el servicio o en un determinado empleo.³⁰

4. “Se prohíbe discriminaciones fundadas en (...) salud”

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Constitución de 1946, define salud como el estado de completo bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. La salud implica que todas las necesidades fundamentales de las personas estén cubiertas: afectivas, sanitarias, nutricionales,

27 Según el Centro Interamericano para el Desarrollo del Conocimiento en la Formación Profesional, adscrito a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sexo es el conjunto de características físicas, biológicas y corporales con las que nacen los hombres y las mujeres, son naturales y esencialmente inmodificables. Disponible en <http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/gender/doc/glosario/ii.htm>

28 Rama Judicial del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Voz: Discriminación. Disponible en: <http://www.tribunalpr.org/orientacion/discrimen-2.html>

29 Silva, J.A. da. (2007) *Curso de direito constitucional positivo*. (29 ed) Sao Paulo: Malheiros. pp. 223-224.

Sobre el tema, la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 7 de noviembre de 1967), en su artículo 1.1 define la discriminación contra la mujer como: “Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra esfera”. *Apud*. Comisión Andina de Juristas *Ob. Cit.*

30 J.A. Da Silva, *Ob. Cit.* p. 225.

sociales y culturales. Se critica que esta definición es utópica, pues se estima que sólo entre el 10 y el 25% de la población mundial se encuentra completamente sana.

Una definición más dinámica de salud es el logro del más alto nivel de bienestar físico, mental, social y de capacidad de funcionamiento que permitan los factores sociales en los que viven inmersos el individuo y la colectividad.³¹

Por ejemplo, las personas enfermas sufren discriminación, como ocurre en el caso de los portadores del SIDA, a quienes se les suele limitar la prestación de servicios médicos, se les trata ofensivamente o se les despide de su centro de labores por tener ese mal, situación preocupante si se toma en consideración que el 90% de las personas afectadas por esta enfermedad en todo el planeta se hallan en edad económicamente productiva³²

También suelen ser objeto de discriminación las personas discapacitadas, que en muchas ocasiones suelen tener menos oportunidades para acceder a un puesto de trabajo por su limitación física o mental, lo cual implica adoptar medidas a fin de revertir esta situación. En este sentido, la *Declaración de los derechos de los impedidos* (Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 3447) señala que quienes se encuentran en estas condiciones tienen los mismos derechos civiles y políticos que sus conciudadanos y que deben ser protegidos contra toda explotación, trato discriminatorio, abusivo o degradante.³³

5. “*Se prohíbe discriminaciones fundadas en (...) orientación política*”

La discriminación por orientación política es uno de los puntos cruciales del principio de isonomía o de igualdad ante la ley, pues ha sido totalmente irrespetado, ya que si bien, como ha expresado Paolo Barile se trata de “impedir que los órganos del Estado lleven a cabo discriminaciones en perjuicio de los oponentes políticos con base en razones políticas”, aun hoy se discriminan personas en función de su ideología política, negándoseles, *exempli gratia*, la posibilidad del ejercicio de funciones públicas, con base en información de órganos de seguridad³⁴, o de listas con información personal de ciudadanos y ciudadanas, las cuales son recopiladas por adeptos del grupo político dominante.

Respecto de la orientación política, si bien la distinción entre derecha e izquierda fue utilizada por primera vez en la Asamblea Constituyente francesa de 1789 para dividir el espacio político en dos puntos contrapuestos, se ha restado fuerza y actualidad al binomio derecha-izquierda, primero, por la crisis de las ideologías y la caída del Muro de Berlín, que provocó por un lado una profunda crisis de identidad de la izquierda y, por otro, puso de manifiesto las contradicciones del sistema capitalista³⁵; segundo, por la pérdida de importan-

31 Salud Infantil. **Definición de salud.** Disponible en: <http://www.cheesehosting.com/saludinfantil/definicion+salud.htm>

32 O.R. Puccinelli, “Sida, Constitución y derechos humanos”. En: AA.VV. (1996) *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. CIEDLA. p. 342. *Apud.* Comisión Andina de Juristas. *Ob. Cit.*

33 Comisión Andina de Juristas. *Ob. Cit.*

34 J.A. Da Silva, *Ob. Cit.* pp. 226-227.

35 Pero derecha e izquierda no hacen referencia exclusivamente a las ideologías. Más aún, “reducir esa dicotomía a simple expresión del pensamiento ideológico no deja de ser una simplificación injustificada: indica programas contrapuestos con respecto a muchos problemas cuya solución pertenece habitualmente a la acción política, refleja contrastes no sólo de ideas sino también de intereses y de valoraciones, sobre la dirección que debe tomar la sociedad, que existen en cada socie-

cia o centralidad del *conflicto de clases*, sobre el que se construyó el sentido de la diada izquierda-derecha desde la mitad del siglo XIX.³⁶

No obstante, entre los fundamentos de la distinción izquierda/derecha se encuentra la orientación respecto a la igualdad, que diferencia los objetivos: la izquierda sería igualitaria, mientras la derecha, por el contrario, sería anti-igualitaria.³⁷

Explicando los planteamientos del maestro Norberto Bobbio, los profesores de la Universidad de Turín, Michele Roccato, Silvia Gattino y Elena Patris nos dicen:

“Según Bobbio, la distinción entre derecha e izquierda se expresa en la diferente valoración que cada uno hace entre igualdad-desigualdad natural y igualdad-desigualdad social. ‘La igualdad y la desigualdad son ambas reales y están confirmadas empíricamente: los seres humanos son iguales, si consideraran como especie y se comparan con otra especie; son desiguales si se comparan entre sí. Tal aparente contradicción únicamente depende del hecho que, al observarlos, juzgarlos y extraer consecuencias prácticas, se ponga el acento sobre lo que tienen en común o sobre lo que los distingue’ (ibid., pág. 9). Igualdad y desigualdad parten de la constatación del mismo hecho, que los hombres son tan iguales como desiguales; sin embargo, los defensores de la igualdad valoran principalmente lo que les une. Creen, además, que eso es lo más importante para una buena convivencia. En cambio, los defensores de la desigualdad aprecian y dan más importancia, para una buena convivencia, a los rasgos característicos de la diversidad. ‘Los primeros piensan que la mayoría de las desigualdades (que son indignas y les gustaría que desaparecieran), son sociales y, por tanto, pueden eliminarse. Los segundos, en cambio, están convencidos de lo contrario, que las desigualdades son naturales y no se pueden evitar’ (ibid., pág. 60). Bobbio evita cualquier juicio moral, dado que ‘la derecha no es igualitaria por una malévolos intención (...), sino porque cree que las desigualdades entre los hombres no sólo no inevitables, o lo son sólo reduciendo la libertad, sino que también piensa que son útiles porque promueven una incesante lucha por mejorar la sociedad’ (ibid., pág. XXIX).”³⁸

dad y que no se ve cómo pueden desaparecer” (Bobbio, N. p. 4). *Apud.* Roccato, M.; Gattino, S.; Patris, E. *Ob. cit.* p. 74.

36 M. Roccato; S. Gattino; E. Patris, *Ob. cit.* pp. 73-74.

De hecho, en el mundo contemporáneo se entrelaza con el clásico conflicto de clases los nuevos conflictos postmaterialistas (Inglehart, R. (1990): *Culture Shift in Advanced Industrial Societies*, N.J: Princeton Univ.), centrados en la calidad de la vida, los derechos de las minorías, los estilos de vida no convencional, la defensa del medio-ambiente, la participación y la igualdad social.

Ello “incorpora elementos diferentes en la identificación de los dos términos y separa la referencia derecha e izquierda de sus tradicionales intérpretes sociales. Derecha e izquierda no siguen la antinomia entre clase obrera y burguesía: con la revolución silenciosa y la afirmación de la nueva división (materialista/postmaterialista), los sectores de clase media y la clase obrera se encuentran de la misma parte” (Ignazi, P. (2000): *L'estrema destra in Europa*. Bolonia: Il Mulino, p. 16). *Apud.* Roccato, M.; Gattino, S.; Patris, E. *Ob. cit.* p. 74.

37 *Apud.* M. Roccato; S. Gattino; E. Patris, *Ob. cit.* p. 75.

A manera de ejemplo, un enfoque de izquierda lo ofrece el constitucionalista brasileño José Afonso Da Silva: “El derecho de igualdad no ha merecido tantos discursos como la libertad. Las discusiones, los debates doctrinarios y hasta las luchas en torno de esta obnubilaron aquella. Es que la igualdad constituye el signo fundamental de la democracia. No admite los privilegios y distinciones que un régimen simplemente burgués consagra. Por eso es que la burguesía, consciente de su privilegio de clase, jamás postuló un régimen de igualdad tanto cuanto reivindicó el de libertad. Es que un régimen de igualdad contraría sus intereses y da a la libertad un sentido material que no se armoniza con el dominio de clase en que se asienta la democracia liberal burguesa.” *Cf.* J.A. Da Silva, *Ob. cit.* p. 211.

38 *Apud.* M. Roccato; S. Gattino; E. Patris, *Ob. cit.* p. 75.

Otro criterio de discriminación entre la derecha y la izquierda, se basa según Bobbio en la actitud hacia la libertad, la cual se relaciona con los medios, mas no en la diferencia de los objetivos, y permite contraponer el ala moderada y el ala extremista de cada una de las dos posiciones políticas. En efecto,

“la distinción extremismo-moderación tiene bien poco que ver con la naturaleza de las ideas profesadas, sino que se relaciona con su radicalización y consecuentemente con las diversas estrategias para imponerse en práctica (...). Si es cierto que el criterio que fundamenta la distinción entre derecha e izquierda es diferente del que fundamenta la distinción entre extremistas y moderados, entonces las ideologías opuestas pueden encontrar puntos de convergencia y acuerdo en sus extremos, aunque mantengan posicionamientos distintos respecto a los programas y a los objetivos últimos, que dependerán de su colocación en una o en otra parte de la diada, (ibid., 1999, pág. 19)”³⁹.

Finalmente, debemos acotar que el Proyecto de reforma de la Constitución del 2007 nos habla de un “Estado Socialista” (Arts. 16 y 318); de la “solidaridad socialista” (Art. 70); de una “economía socialista” (Arts. 112; 184, num. 3; 300; disposición transitoria primera, numeral 2; disposición transitoria novena); de “unidades de producción socialistas” (Art. 113); de “la construcción de una Democracia Socialista” (Art. 158); de “medios de producción socialista” (Art. 168); de un régimen socioeconómico fundamentado en “principios socialistas” (Art. 299); de un desarrollo socialista de la Nación (Art. 321), por lo que de manera expresa se identifica con la izquierda como orientación política.⁴⁰ Cabe preguntar: ¿Al establecerse en la Constitución que el rumbo del país es la izquierda, cual será la suerte de aque-

39 *Apud.* M. Roccató; S. Gattino; E. Patris, pp. 75-76.

40 Sobre el particular debemos citar el voto salvado del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 2042 del 2 de noviembre de 2007, caso *Néstor Luís Romero Méndez*, conforme al cual:

“1.- En sentencia de 24 de enero de 2002, con ponencia de quien suscribe esta Sala expreso: “Las directrices del Estado Social de Derecho, inciden sobre las libertades económicas y sobre el derecho de propiedad...”.

Igualmente el fallo citado acotó: “No es que el Estado Social de Derecho propende a un Estado Socialista, o no respete la libertad de empresa o el derecho de propiedad...”; sin embargo puede “restringir la propiedad con fines de utilidad pública o interés general, o limitar legalmente la libertad económica por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otros de interés social (artículo 112 Constitucional)”.

Apuntó igualmente el fallo citado que el Estado Social persigue mantener un equilibrio entre clases, o entre el Estado y los ciudadanos. Ahora bien, los artículos 70, 113, 158, 168, 184, 300, 318 y 321 del Anteproyecto para la primera reforma constitucional propuesta por el Presidente de la República, plantea la construcción del socialismo, de la democracia socialista.

En criterio de quien disiente, un sistema de organización social o económico basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción, como lo es básicamente el socialista, en sus distintas concepciones, cual es el propuesto en el Proyecto de Reforma, chocaría con lo que quien suscribe, y la propia Sala, era considerado Estado Social, y ello -en criterio del disidente- puede afectar toda la estructura y los principios fundamentales del Texto Constitucional, hasta el punto que un nuevo ordenamiento jurídico tendría que ser creado para desarrollar la construcción del socialismo.

No es que Venezuela no puede convertirse en un Estado Socialista. Si ello lo decide el pueblo, es posible; pero a juicio del voto salvante, tal logro sería distinto al que la Sala ha sostenido en el fallo de 24 de enero de 2002 (Caso: *Créditos Indexados*) y ello conduciría no a una reforma de la Constitución sino a una nueva Constitución, la cual debería ser votada por el Poder Constituyente Originario. Al menos, en nuestro criterio esto es la consecuencia del fallo N° 85 de 24 de enero de 2002”. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/>

llos ciudadanos y ciudadanas, partidos o movimientos políticos que se encuentren afiliados o simpaticen con ideologías diversas a la de izquierda, como la derecha, la centro-derecha, e incluso la centro-izquierda?

En interpretación estricta, si constitucionalmente se consagra de manera expresa que el modelo socioeconómico del país va a ser el socialismo y la ideología de izquierda, por interpretación a contrario debemos concluir que quedarán excluidos como opción real los representantes de las otras tendencias diversas al socialismo y a la izquierda, por devenir en inconstitucionales. Tal conclusión, desde la óptica del tema tratado, implica una discriminación por orientación política en la propia Constitución.

De ser esta la situación, y de no haber alguna variante en sede de interpretación constitucional o en ejercicio de la potestad legisferante de los órganos competentes, debemos recordar en este sentido todos los problemas que ocasiono en nuestro país el artículo 32, ordinal 6, de la Constitución de 1929, el cual establecía como limitación a la libertad de pensamiento: "Queda también prohibida la propaganda del comunismo". Bajo la vigencia de la Constitución de 1931, la cual contenía una norma similar, se dictó -meses antes de la promulgación de la Constitución de 1936- la Ley para garantizar el orden público y el ejercicio de los derechos individuales, cuyo artículo 33, vigente hasta 1945, establecía lo siguiente: "El que públicamente de palabra, por escrito o por impreso, por medio de la radiodifusión, dibujos, carteles, mítines u otros medios de publicidad, o haciendo uso de algún servicio público, haga propaganda a favor de la abolición de la propiedad privada, lucha de clases, incitación de los obreros contra los patronos, extinción de la familia, desconocimiento de la ley, dictadura del proletariado; así como las demás doctrinas o métodos que abarquen el ideal comunista, anarquista o terrorista, serán penados con prisión de uno a tres años. Si como consecuencia de la propaganda llegaran a verificarse hechos delictuosos o desórdenes públicos, la pena será de dos a seis años".⁴¹ Para no repetir una situación como la descrita habrá que practicar la tolerancia.⁴²

41 A. Brewer Carías, "Regulación jurídica de los partidos políticos en Venezuela". En: D. Zovatto, (Coord.) (2006) *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*. (1ra. reimpresión) México: Universidad Nacional Autónoma de México/Internacional Idea. p. 894.

La Corte Federal y de Casación confirmó la decisión del Gobernador del Distrito Federal de abstenerse de conceder la autorización de funcionamiento al Partido Único de las Izquierdas (Partido Democrático Nacional), aplicando el artículo 17 de la Ley para garantizar el Orden Público y el Ejercicio de los Derechos Individuales, en combinación con el inciso 6° del artículo 32 de la Constitución Nacional al declarar en sentencia del 15 de diciembre de 1936 que "no es lícita la admisión de las asociaciones políticas, de individuos de ideología comunista; que el programa donde aparezcan esos elementos puede considerarse que incluyen actividades de esa orientación y por tanto, también por este respecto, estuvo bien negado por la Gobernación el permiso que se solicitó para el Partido Democrático Nacional. La Corte hace constar que para el fundamento de su fallo le ha bastado la notoriedad de la filiación comunista de algunos de los directores del Partido, confirmada por el hecho de no haber desmentido documentos divulgados desde hace meses por la prensa, con el nombre de muchos de ellos".

En febrero de 1937, el Gobierno ilegalizó las organizaciones integradoras del PDN y el 14 de marzo del mismo año decretó la expulsión de los dirigentes políticos más destacados de la izquierda democrática y revolucionaria, quienes fueron detenidos en su mayor parte, trasladados al Puerto de La Guaira y allí embarcados con destino a México en el vapor Flandre. Cf. A. Rodríguez Barrera, "Hombres de combate y fe". En: *Analítica.com*, 26 de septiembre de 2007. Disponible en: <http://www.analitica.com/va/sociedad/articulos/5541538.asp>

42 En la *Declaración sobre la tolerancia* de la UNESCO del 16 de noviembre de 1995 queda plasmada con claridad la modalidad bajo la cual se debe plantear el tema de la tolerancia en el marco

6. “Se prohíbe discriminaciones fundadas en (...) orientación sexual”

Al diferenciar entre discriminación por sexo o basada en el género de la discriminación por orientación o preferencia sexual, del proyecto de reforma constitucional de 2007 pudiera interpretarse que al conceder igualdad, sin discriminación de orientación sexual, se reconoce, en verdad, no apenas la igualdad, sino igualmente la libertad de las personas de ambos sexos para que adopten la orientación sexual que quisiesen, y por ende, da vida a una cuestión muy debatida como lo es la discriminación de los homosexuales.⁴³ Se ha dicho en este sentido que debe entenderse que la homosexualidad en una persona es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como el derecho a tener las oportunidades que le permitan a cualquiera expresar su temperamento propio, es decir, aquello que le va dando su identidad y su sello personal.⁴⁴

7. “Se prohíbe discriminaciones fundadas en (...) condición (...) religiosa”

El Estado venezolano es constitucionalmente laico, es decir, está obligado a respetar el pluralismo religioso y a no oficializar religión alguna, aplicando valores como la tolerancia, la libertad de credos, los derechos de la persona, la educación crítica y científica y la igualdad de todos ante la ley. Como corolario, las normas y criterios de acción del Estado y de todas sus instancias no deben estar orientados por un credo religioso o moral específico.⁴⁵

De otro lado, se reconoce la libertad de religión y de ejercicio de los cultos religiosos, por lo que todos han de tener igual tratamiento en condiciones de igualdad de derechos y obligaciones, sin que su religión pueda ser atacada.⁴⁶

de cualquier democracia constitucional. En su Artículo 1 se lee lo siguiente: "La tolerancia consiste en el respeto, la aceptación y el aprecio de la rica diversidad de las culturas de nuestro mundo, de nuestras formas de expresión y medios de ser humanos. La fomentan el conocimiento, la actitud de apertura, la comunicación y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. La tolerancia consiste en la armonía en la diferencia. *No sólo es un deber moral, sino además una exigencia jurídica y política*". Cf. Rincón Gallardo, G. **El Estado de Derecho sobre la tolerancia religiosa en la sociedad mexicana**. Ponencia del Foro Nacional sobre tolerancia religiosa organizado por la Cámara de Diputados. Cámara de Diputados, México, DF, 26 de marzo de 2004. Disponible en: *Libertades laicas. Red Iberoamericana por las libertades laicas*. <http://www.libertadeslaicas.org.mx/pdfs/religios/08010606.pdf>

43 , J.A. Da Silva, *Ob. cit.* p. 224.

44 Comisión Andina de Juristas. *Ob. cit.*

45 Cf. G. Rincón Gallardo, *Ob. cit.*

46 Cf. J.A. Da Silva, *Ob. cit.* p. 226.

En el mismo Art. 21, además de la prohibición por la condición religiosa, se ha previsto tradicionalmente la no discriminación por el credo.

El Credo deriva del latín “credo” (“yo creo”). La forma es activa, denotando no sólo un conjunto de creencias sino también una confesión de fe. Esta fe es confianza: no “creo que...” (aunque eso está incluido) sino “creo en”. También es individual; los credos pueden tomar la forma plural de “creemos”, pero el término mismo viene de la primera persona del singular, en latín: “creo”. Cf. G. W. Bromiley, En: **Elwell Evangelical Dictionary**. Disponible en: <http://www.mb-soft.com/believe/tsc/creed.htm>

La palabra “credo” tiene dos significados: “Oración en la que se contienen los principales artículos de la fe enseñada por los apóstoles” y “Conjunto de doctrinas comunes a una colectividad”. Cf. Real Academia Española. *Ob. Cit.* p. 418.

Pensamos que es el segundo sentido al que se refiere el Art. 21 del proyecto de reforma de 2007, pues sostener que viene referido al primer sentido implicaría admitir que sólo es constitucional

Asimismo, en la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 36/55 del 25 de noviembre de 1981), se precisa que nadie será objeto de discriminación por motivos de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupos de personas o particulares (art. 2.2).⁴⁷

III. LA IGUALDAD MATERIAL O SUSTANCIAL

Aparte del mandato negativo del numeral 1 del Art. 21, el numeral 2 del precepto en comentario se mantiene igual a la redacción de la Constitución de 1999 y en él se regula un mandato positivo de igualdad material o sustancial, pues desde un derecho constitucional que sirve como instrumento de cambio social para evitar que se perpetúe el *status quo* generalmente marcado por condiciones de desigualdad, el poder público debe remover los obstáculos que impidan el logro de la igualdad en los hechos, lo que puede llegar a suponer o exigir la instrumentación de medidas de acción positiva o de discriminación inversa⁴⁸.

prohibir la discriminación respecto del credo de los ciudadanos y ciudadanas que profesan la religión católica, y ello implicaría una discriminación *per se* en la Ley (en el presente caso, en la propia Constitución), respecto de los demás credos, sean de carácter religioso o no. Incluso, el estar prevista de manera expresa la prohibición de discriminación por motivos religiosos en el mismo precepto, coadyuva a sostener que la palabra "credo" no incluye solo los intereses concernientes a la religión católica, toda vez que ya se hayan protegidos por otra parte expresa de la misma norma.

Desde otra perspectiva, pensamos que nada afecta la prohibición de discriminación por credo prevista en el Art. 21 del proyecto de 2007, por el hecho de que no haya sido reproducida en el texto del Art. 18 *ejusdem*, el cual hace referencia a los ciudadanos y ciudadanas y su vinculación con el derecho a la ciudad, en tanto y en cuanto presumimos que tal omisión fue debida a un olvido y no a una razón en específico que la sustentara.

47 *Apud.* Comisión Andina de Juristas. *Ob. cit.*

48 R. Brito Melgarejo, *Ob. cit.* pp. 141-142; Carbonell, M. (2007) *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*. México: UNAM - Comisión Nacional de los Derechos Humanos. p. 85-92.

Las acciones positivas constituyen el trato formalmente desigual que basa la diferencia en el tratamiento en la pertenencia a un grupo que comparte la posesión de un rasgo minusvalorado y que se caracterizan principalmente por ser medidas que favorecen a los miembros de un colectivo por su pertenencia al mismo, no por circunstancias individuales. *Cf.* D. Jiménez Gluck, (1999) *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 62. *Apud.* R. Brito Melgarejo, *Ob. cit.* p. 141.

La discriminación "inversa" (o positiva) se presenta como un tramo razonable para alcanzar la igualdad, pues en determinadas circunstancias que suficientemente aprueben el test de razonabilidad, resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor producción que a otras, si mediante tal "discriminación" se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desiguales que recaen sobre aquellas personas que con la discriminación inversa se benefician. *Cf.* G.J. Bidart Campos, *Ob. Cit.* p. 80.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión Consultiva OC-4/84 del 11 de enero de 1984, nos ilustra:

"57. No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o

Recordemos que según la interpretación clásica, basada en la obra de Hermann Heller, se distinguía entre un principio de igualdad formal⁴⁹ o igualdad ante la ley, como mandato de igual trato jurídico a personas que están en la misma situación, e igualdad material, como una reinterpretación de aquélla en el Estado social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos, debiendo los poderes públicos dictar normas, en ocasiones, aparentemente desiguales o contrarias a la igualdad formal, con el objetivo de elevar la posición social de los colectivos que se encuentran en una situación continuada de inferioridad social real.⁵⁰

En este sentido, el principio de igualdad, principio del Estado social, puede y debe considerarse un principio de justicia social, lo que asume relevancia en cuanto al principio de igualdad de oportunidades y de condiciones reales de vida. Esta igualdad debe conectarse, por un lado, con una política social de “justicia social” y con la concretización de las disposiciones constitucionales tendientes a hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales; y por otro lado, ella es inherente a la propia idea de igual dignidad de la persona humana que, de este modo, funciona no solo como fundamento antropológico-axiológico contra discriminaciones, objetivas o subjetivas, sino también como principio jurídico-constitucional que impone compensación por la desigualdad de oportunidades y como principio sancionador de la violación de igualdad por comportamientos omisivos (inconstitucionalidad por omisión).⁵¹

IV. BALANCE DE LA NUEVA CASUÍSTICA PROPUESTA PARA EL ART. 21 DE LA CONSTITUCIÓN

¿Resulta exhaustivo el proyecto de reforma de la norma del artículo 21 de la Constitución?

A pesar de que como reconoce Brewer Carías, en el artículo 21 del proyecto de reforma constitucional sancionado en noviembre de 2007 se han agregado nuevos elementos en el ordinal primero del artículo ampliándose el ámbito protectivo contra las discriminaciones⁵²,

de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

“58. Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso.”

49 “La igualdad es, desde luego, una igualdad formal (‘igualdad jurídica’, ‘igualdad liberal’ estrictamente postulada por el constitucionalismo liberal: los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Por eso se considera que ésta igualdad es un presupuesto para la uniformización del régimen de libertades individuales a favor de todos los sujetos de un ordenamiento jurídico. La igualdad jurídica surge, así, indisoluble de la propia libertad individual”. Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Ob. Cit.* p. 424.

50 E. Carmona Cuenca, *El principio de igualdad material en la Constitución europea*. p. 1. Disponible en: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/FCIAECC.pdf>

51 J.J. Gomes Canotilho, *Ob. Cit.* pp. 428-429.

52 A.R. Brewer Carías, (2007) *Estudio sobre el proyecto de reforma constitucional 2007* (inconstitucional y fraudulentamente sancionado por la Asamblea Nacional el 2-11-07) p. 76. Disponible

la respuesta debe ser negativa. En extrapolación del comentario que Miguel Carbonell⁵³ hace para México, podemos afirmar que dentro de los supuestos de discriminación no incluidos de manera expresa en la norma del Art. 21 proyectado podemos mencionar, *exempli gratia*, la no discriminación en materia lingüística o por razón de la lengua⁵⁴, prohibición de discriminar por razones xenofóbicas, no discriminación por discapacidad⁵⁵, no discriminación por características genéticas⁵⁶ (previsto en el art. 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea) y la prohibición de discriminar por razones de embarazo (aunque este supuesto en realidad es un tipo de discriminación por el género).

Tampoco se establece la discriminación por razón de origen, la cual se presenta de dos maneras: a) a través de la discriminación en base a la nacionalidad, se produce respecto a los

en: http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/BrewerCarias.%20Estudio%20sobre%20LA%20REFORMA%20CONSTITUCIONAL%20Venezuela.%20Nov.%202007%20_doc_.pdf

53 Carbonell, M. *Ob. Cit.* pp. 70-73 y 76-84.

54 La prohibición de discriminación por lengua o idioma se encuentra prevista en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 2; en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. II; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Arts. 2 y 26; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 1. El Art. 13 de la Constitución colombiana establece: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin **ninguna discriminación por razones de** sexo, raza, origen nacional o familiar, **lengua**, religión, opinión política o filosófica (...)". (Resaltado nuestro).

55 Por ejemplo, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en su Artículo 26 trata sobre la "Integración de las personas discapacitadas": "La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad".

56 La Constitución Federal de la Confederación Helvética y la Constitución suiza en su Art. 119 dedicado a la "Medicina reproductiva e ingeniería genética en el ámbito humano" establecen:

"Todo ser humano es protegido del abuso de la medicina reproductiva y de la ingeniería genética. La Confederación prescribe el derecho al patrimonio germinal y genético humano. En tal ámbito prevé una tutela a la dignidad humana, la persona y la familia y se rige en particular por los siguientes principios:

-Todo tipo de clonación e intervención genética de las células germinales y del embrión humano son inadmisibles.

-El patrimonio germinal y genético no humano no puede ser transferido al patrimonio genético humano, ni a la inversa.

-Las técnicas de procreación asistida pueden ser aplicadas sólo para suplir problemas de infertilidad o para evitar la transmisibilidad de enfermedades de mal grave o hereditarias, no pueden ser utilizadas para predeterminar las características del concebido o para fines de investigación; la fecundación de óvulos humanos fuera del cuerpo de la mujer es permitida sólo por las condiciones establecidas por la ley; fuera del cuerpo de la mujer puede permitirse el desarrollo del embrión sólo si el ovocito humano es transplantado al transplantado a la mujer inmediatamente.

-La donación de embrión y toda otra forma de maternidad sustituta son inadmisibles.

-No se permite el comercio del patrimonio germinal humano ni de los productos del embrión.

-El patrimonio genético de una persona puede ser analizado, registrado o revelado solo con el consentimiento y en base a la prescripción legal.

-Cada persona tiene acceso a sus datos genéticos".

Disponible en: <http://alegislativo.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/lex/4346-11/512.pdf>

extranjeros, quienes en algunas oportunidades tienen dificultad para ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que los nacionales del país en que se encuentran; y b) mediante la discriminación en base al origen nacional, que se presenta cuando se trata de manera desigual a dos personas de una misma nacionalidad, en razón de haberla obtenido de una forma distinta.⁵⁷ Igualmente se nota la ausencia de la previsión de discriminación por posición económica o por el patrimonio.⁵⁸

V. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LAS CULTURAS

El Artículo 100 del proyecto de reforma constitucional aprobado en noviembre de 2007 prevé, además de la modificación al numeral primero del Art. 21, lo siguiente: "(...) Las culturas y populares de los pueblos indígenas, de los eurodescendientes y de los afrodescendientes, constitutivas de la venezolanidad, gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas (...)"

Este principio de igualdad de las culturas es un nuevo derecho especial de igualdad. Ahora bien, la Constitución, y por ende el proyecto de reforma constitucional de 2007, concretiza, en muchos preceptos, el principio de igualdad, por lo que en relación a estos preceptos que consagran derechos especiales de igualdad, el principio general del Art. 21 vale como *lex generalis*, lo que aparece como corolario, primero, que los fundamentos materiales de igualdad subyacentes en las normas constitucionales que consagran derechos especiales de igualdad se sobreponen o tienen preferencia, como *lex specialis*, en relación a los criterios generales del Art. 21; segundo, que los criterios de valoración de estos derechos pueden exigir soluciones materialmente diferentes de aquellas que resultarían solo de la consideración del principio general de igualdad.⁵⁹

57 Comisión Andina de Juristas. *Ob. cit.*

Dicha prohibición de discriminación por razón de origen nacional la encontramos prevista en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 2; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Arts. 2 y 26; y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 1.

También en el art. 13 de la Constitución Política de Colombia de 1991, a cuyo tenor: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, **origen nacional** o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (...)". (Resaltado nuestro).

58 La prohibición de discriminación por posición económica o por patrimonio se encuentra prevista en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 2; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Arts. 2 y 26; y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 1.

También se encuentra previsto, por ejemplo, en el Art. 23 del texto constitucional del Ecuador de 1998: "3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, **posición económica**, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole" (Resaltado nuestro); así como en el Art. 2 de la Constitución peruana de 1993: "Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, **condición económica** o de cualquiera otra índole" (Resaltado nuestro); y en la Constitución boliviana de 1967, Art. 6: "I. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes. Goza de los derechos, libertades y garantías reconocidos por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, **condición económica** o social, u otra cualquiera" (Resaltado nuestro).

59 J.J. Gomes Canotilho, *Ob. cit.* pp. 429-430.

Protección constitucional de la mujer y de la diversidad sexual

Tamara Adrián

*Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello y de la
Universidad Central de Venezuela*

I. INTRODUCCIÓN

Desde el anuncio de la reforma constitucional la autora se dio a la tarea de promover una reflexión conjunta acerca de cuáles serían eventualmente los artículos que se deberían modificar con la finalidad de colocar la normativa constitucional venezolana al menos en el mismo nivel que la más avanzada en materia de protección de derechos de la mujer y de la diversidad sexual. En este sentido se detectó que habría que modificar algunos artículos de la Constitución de 1999 que limitan sensiblemente ciertos derechos en estos campos, hoy reconocidos en los países con normativa de derechos humanos más avanzada. Esta tarea fue concertada a través de un grupo -denominado Grupo Ese- conformado fundamentalmente por profesoras y profesores de la Universidad Central de Venezuela y por activistas de derechos de derechos humanos, particularmente de derechos de la mujer, de las más diversas tendencias políticas y formaciones académicas.¹

La reflexión inicial llevó a constatar que la discriminación y violencia en contra de la mujer y en contra de las personas pertenecientes a las llamadas minorías sexuales -que incluyen a homosexuales masculinos, lesbianas, bisexuales, transexuales, transgéneros, intersexuales y travestis,² grupos éstos que, en su conjunto, podrían representar, según los diferentes estudios, y a pesar de las dificultades lógicas para realizar un estudio en el cual las personas deben dar datos sobre su vida sexual, entre un 15 y un 40³ por ciento de la población de

-
- 1 Conformado principalmente por Tamara Adrián, Gioconda Espina, Gabrielle Gueron, Jessie Blanco, Marianela Tovar, Richard Martínez, Mónica Mancera, Diana Ovalles y María Centeno.
 - 2 La homosexualidad masculina (gays) y femenina (lesbianas) se refiere a la atracción sexo-afectiva que una persona siente por personas de su mismo sexo. Si es por personas de ambos sexos, se denomina bisexualidad. La transexualidad es un sentimiento profundo de pertenecer a un sexo que no es el atribuido a la persona al momento del nacimiento. Esta situación se puede presentar con existencia de órganos sexuales ambiguos, de insensibilidad a los estrógenos o a los andrógenos o de cromosomas suplementarios, y en tales supuestos se habla de intersexualidad. La categoría de transgéneros se ha convertido en un término paraguas que agrupa todas las expresiones de género no conformes a los cánones estereotípicamente atribuidos a un sexo, con mayor o menor grado de modificaciones morfológicas. La categoría de los travestis incluye aquellas personas que, de forma esporádica, asumen vestimenta y comportamiento del sexo opuesto, a veces por razones de trabajo u otras como forma de placer sexual.
 - 3 Particularmente Alfred Kinsley, et al (1953/1998), *Sexual behavior in the human male*, Philadelphia: W.B. Saunders; Bloomington: Indiana U. Press. [se discute la escala de Kinsey sobre orientación sexual, pp. 636-659.], Alfred C. Kinsey, et al. (1953/1998), *Sexual Behavior in the Human Female*, Philadelphia, W.B. Saunders, Bloomington, Indiana U. Press. [se discute la escala de Kinsey sobre orientación sexual, pp. 468-475.]; McWhirter, David P., et al. (1990). *Homosexuality/Heterosexuality: Concepts of Sexual Orientation*. New York, Oxford University Press; Chung,

todos los países y en todas las épocas- parten de las mismas bases históricas y utilizan los mismos mecanismos de exclusión y subordinación al poder hegemónico de naturaleza androcéntrica y falocéntrica. Las bases históricas tienen orígenes socio-construidos, especialmente de tipo religioso y social; en tanto que los mecanismos incluyen el convencimiento interiorizado y psico-impuesto de que tales discriminaciones y violencia son “naturales” y de acuerdo a la “ley de Dios”, creencias éstas recogidas eventualmente por la medicina⁴ y la ley,⁵ tal como aconteció anteriormente con la esclavitud, la separación racial y la discriminación contra la mujer. Entendidas así las dificultades para lograr nuestro objetivo, elaboramos un plan de acción conjunto que demostrase la identidad de mecanismos de exclusión y reivindicase los derechos de ambos grupos de manera unitaria, justificando nuestras reivindicaciones con el apoyo de los pactos y tratados sobre derechos humanos, y las leyes y decisiones judiciales existentes en otros países, particularmente latinoamericanos.

Actuando con el respaldo del Centro de Estudios de la Mujer de la Universidad Central de Venezuela y del Instituto Nacional de la Mujer (Inamujer), nuestras propuestas fueron presentadas ante distintos integrantes de la Comisión de Reforma Constitucional y de la Asamblea Nacional. Sin embargo, el proyecto inicial de reforma no incluyó ninguna mención a nuestras sugerencias. Esto generó distintas acciones ulteriores de promoción y mantenimiento de nuestras propuestas ante la Asamblea Nacional y de difusión ante el público en general.

Debido a esta constancia y a la justeza de las mismas, parte de nuestras propuestas fueron incluidas parcialmente -pero de manera parcial y hasta discriminatoria- en el texto sometido a referendo. Sin embargo -si bien reconocemos que, en algunos aspectos, el texto del proyecto de reforma constituyó un avance respecto de la situación existente en la Constitución de 1999- la consagración de derechos que se hace en ella no es ni integral ni de avanzada, y no ubica a Venezuela ni mucho menos a la punta de la protección de los derechos de la mujer y de la sexodiversidad, ni siquiera tomando como referencia a Latinoamérica. En todo caso, no se trata de ninguna mejora a la cual no se pueda llegar por una simple ley o declaración de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Es más, debido a la consagración expresa del derecho a la no discriminación por razones de género y orientación sexual (art. 18 y 21), no acompañado de la reformas de otros artículos constitucionales conexos, se observan necesariamente ciertos conflictos de intra-constitucionalidad, que, de haberse aprobado la reforma, hubiese obligado al legislador o a la Sala Constitucional, a implementar aquellas medidas que conlleven efectivamente al reconocimiento de derechos en condiciones de igualdad y no-discriminación efectiva, en las mismas condiciones en las que se está reconociendo universalmente.

El objetivo de este escrito es el de analizar brevemente nuestras propuestas iniciales, la consagración parcial de las mismas y los vacíos, deficiencias y conflictos con otras normas

Y. Barry, and Katayama, Motoni, (1996), Assessment of sexual orientation in lesbian/gay/bisexual studies. *Journal of Homosexuality*, 30(4), 49-62.

- 4 En cuanto a la patologización de las conductas homosexuales debe observarse que Asociación Americana de Psiquiatría retiró por unanimidad en 1986 la homosexualidad del catálogo de enfermedades mentales (DSM-III). Lo mismo hizo la Organización Mundial de la Salud en 1990. Sin embargo subsiste la patologización de la transexualidad, el travestismo y las identidades sexuales no estereotipadas.
- 5 Sobre el uso de la ley y la medicina como armas de supresión y control de la sexualidad, véase sobre todo los estudios de Michel Foucault.

constitucionales que se crearon en el texto de la propuesta de reforma, tanto (I) en el ámbito de los derechos de la mujer, como (II) de la sexodiversidad.

II. DERECHOS DE LA MUJER

1. *Propuestas del Grupo Ese*

Nuestras propuestas sobre derechos de la mujer fueron: (1) la extensión del derecho a la no discriminación a través de medidas de acción positiva para lograr la igualdad efectiva de la mujer en todos los campos (art. 21); (2) el reconocimiento del derecho de las amas de casa a la seguridad social y a la pensión de jubilación o vejez en condiciones de igualdad con otras trabajadoras (art. 88) y a la asignación económica a las amas de casa en caso de necesidad, en condiciones de igualdad con los trabajadores y trabajadoras que reciben el seguro de paro forzoso; (3) el establecimiento del derecho de la mujer a participar en paridad en todas las instancias de gobierno y cogobierno, y a ser incluidas en todas las listas electorales en condiciones de paridad y alternabilidad; y (4) la inclusión del derecho a la terminación voluntaria del embarazo en condiciones de gratuidad y seguridad (art. 76).

A. *Consagración en el proyecto de reforma constitucional*

Con relación a los derechos de la mujer, el proyecto de reforma constitucional establece las siguientes modificaciones:

1. Sustitución innecesaria de la palabra sexo por género.

En los artículos 18 y 22, relativos al derecho a la no-discriminación, se sustituye la palabra sexo por género. Ahora bien, a pesar de que la palabra género es “políticamente aceptada” y utilizada en numerosos tratados internacionales como sinónimo de sexo, desde el punto de vista del feminismo contemporáneo se ha observado que la misma tiende a hacer invisible las situaciones de discriminación y violencia en contra de la mujer. Aunque debe reconocerse que esta expresión tiene la ventaja de englobar igualmente cualesquiera discriminaciones en contra de cualquier persona producto de no ajustarse a los estereotipos de comportamiento de las personas atribuibles socialmente a determinado sexo, incluyendo a las personas transexuales y transgénero. Tal vez el origen de esta sustitución se encuentre en la propuesta que hicimos de incluir las menciones a la “identidad y expresión de género” junto con el sexo, para proteger a la sexodiversidad, tal y como examinaremos luego. Esta modificación puede hacerse perfectamente en una ley contra la discriminación.

2. Inclusión de las amas de casa en los sistemas de seguridad social

El artículo 87 de la reforma incluyó a las amas de casa, de forma expresa, dentro de la categoría de trabajadores y las trabajadoras no dependientes y de la economía informal. De esta forma pasarían a tener la protección social a través de un Fondo de Estabilidad Social para Trabajadores y Trabajadoras por Cuenta Propia. Este logro puede obtenerse fácilmente por medio de una ley, sin necesidad de una reforma constitucional.

3. Participación política en condiciones de paridad

De las demandas feministas sobre participación política en condiciones de paridad sólo se incorporó tal derecho respecto de las listas electorales, pero sin mencionar la palabra alternabilidad (art. 67). Esto generará seguramente la necesidad de posteriores legislaciones que aclaren esta norma, para evitar las desviaciones que han ocurrido en otras legislaciones cuando el derecho a la paridad no se acompaña con la obligación de alternar los nombres de muje-

res y hombres en las listas electorales. Por otra parte, se incluye la posibilidad de crear consejos de mujeres, junto con otros consejos que permiten la participación política de los ciudadanos y ciudadanas (art. 70 y 136). Estas últimas normas son, a nuestro juicio, absolutamente inocuas. No se consagró nada en referencia a la participación paritaria en las instancias de gobierno y cogobierno. En todo caso, todas estas disposiciones pueden incorporarse en leyes especiales, sin necesidad de reforma constitucional.

B. *Deficiencias y conflictos de intra-inconstitucionalidad*

Como observamos, las demandas feministas sólo quedan reflejadas parcialmente en la reforma constitucional. Es particularmente preocupante el hecho de que no se garantice el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, tomando en consideración que las consecuencias de abortos practicados en condiciones sépticas constituyen una de las primeras causas de mortalidad en adolescentes y mujeres jóvenes. Sabemos que los prejuicios religiosos han debido operar de manera importante para evitar que se incluyese esta reivindicación. Quedará ahora al legislador o a la Sala Constitucional interpretar -como han debido interpretar los legisladores o tribunales constitucionales de numerosos países, incluyendo muchos de nuestros vecinos latinoamericanos- el alcance del derecho a la salud de la mujer en tensión respecto del derecho a la vida del feto. Mientras tanto, las mujeres pobres seguirán muriendo o condenadas a prisión en caso de sobrevivir a un aborto séptico, incorporando así indebidamente en el ordenamiento jurídico creencias religiosas para justificar normas jurídicas.

III. DERECHOS DE LA SEXODIVERSIDAD

1. *Propuestas del Grupo Ese*

El tema de los derechos de la diversidad sexual se ha venido desarrollando aceleradamente en todos los países en los últimos años. La negativa de reconocer los derechos de las personas que no responden en su vida sexo-afectiva o en su expresión o identidad de género a los estereotipos heteronormativamente impuestos, deriva de creencias y convencimientos atávicos de origen metajurídico, particularmente religioso. En este sentido, se trata de actitudes violatorias de lo dispuesto en el artículo 59 de la Constitución, en el sentido de que nadie puede invocar creencias o disciplinas religiosas para impedir a otro o a otra el ejercicio de sus derechos. En todo caso, a nuestro juicio resultaba absolutamente paradójico que Venezuela, a diferencia de lo que acontece en Europa, América del Norte, Asia, Australia, en algunos países Africanos y en casi todos sus vecinos latinoamericanos -especialmente Colombia, México, Ecuador, Brasil, Uruguay, Argentina y Chile- no hubiese tomado ninguna iniciativa seria que conllevara al aseguramiento de la igualdad de derechos a las personas con diferente orientación u opción sexuales, con excepción de la adopción de la Carta Andina de Derechos Humanos, texto éste adoptado sin ninguna otra consecuencia. Esta situación hace que Venezuela pueda, sin duda alguna, ubicarse entre los últimos lugares en protección legal de la sexodiversidad en el ámbito de los países latinoamericanos.

Las propuestas del Grupo Ese incluyeron: 1) la modificación del artículo 21, numeral 1, para establecer la no discriminación en razón de orientación sexual, identidad de género o expresión de género; y como consecuencia de lo anterior, y en desarrollo del principio establecido en el numeral 2 del mismo artículo, 2) la modificación del artículo 77 para reconocer expresamente el derecho al matrimonio y al reconocimiento legal de las parejas de hecho del mismo sexo; 3) la modificación del artículo 75 para establecer el derecho a la comaternidad o copaternidad de los hijos e hijas habidos o adoptados por las o los integrantes de parejas del

mismo sexo; y 4) inclusión en el artículo 56 del reconocimiento legal de la identidad sexogenérica de las personas.

2. *Consagración constitucional*

De las propuestas hechas, el proyecto sólo consagró, en los artículos 18 y 21, el derecho a la no discriminación por razón de género y orientación sexual. Como explicamos antes, creemos que no ha debido ser suprimida la mención al sexo, sino completada con las expresiones “identidad o expresión de género” y “orientación sexual”. Sin embargo, tal y como fue consagrado, el derecho a la no discriminación por razón de “género” incluye, sin duda alguna, tanto a la mujer como a las personas que expresen o sientan una identidad de género diferente a la heteronormativamente y androcéntricamente impuesta independientemente de su orientación sexual, pero más particularmente a las personas transexuales, transgénero e intersexuales. Por su parte, la expresión “orientación sexual” protege expresamente a los homosexuales masculinos, a las lesbianas y a los bisexuales. En todo caso, se trata de reivindicaciones que pueden perfectamente obtenerse por medio de una ley contra la discriminación o un pronunciamiento de la Sala Constitucional.

3. *Crítica y conflictos de intra-inconstitucionalidad*

La consagración del derecho a la no discriminación, al no haber estado acompañada de la resolución de los conflictos de intra-inconstitucionalidad creados por el mantenimiento de disposiciones discriminatorias a la sexodiversidad en otros artículos constitucionales, hubiese originado, en caso de aprobación, la necesidad de interpretar legal o judicialmente las normas en conflicto para hacer prevalecer el derecho a la no discriminación.

En este sentido observamos que, en materia de matrimonio y uniones legales de hecho, habrá necesariamente que interpretar que cuando el texto del artículo 77 constitucional señala que se protegerá a un determinado tipo de familia heterosexual, no quiere decir que no se deban proteger las otras familias igualmente legítimas y válidas, pues de otra forma nos encontraremos frente a una norma constitucional que viola otra norma constitucional al discriminar por razón de orientación sexual. Tal ha sido, por cierto, el camino escogido por numerosas sentencias constitucionales extranjeras sobre el tema, particularmente en África del Sur, Colombia y Brasil.

Apareada a esta interpretación, tendrá que ser establecido el derecho a la comaternidad y copaternidad, por interpretación artículo 76 constitucional, interpretación ésta relativamente sencilla, si se parte del principio de la igualdad y a la no discriminación tal y como ha sido desarrollado en numerosos países.

Asimismo, no existe duda de que habrá de establecerse igualmente -por vía legal o jurisprudencial- el derecho al reconocimiento legal de la identidad físico-psico-social de las personas transexuales y transgénero.

A esto agregamos que existe un conjunto de disposiciones legales tradicionales contenidas en el Código Civil y otras leyes especiales y ordinarias, que no sólo desconocen la igualdad de derechos para las personas pertenecientes a las minorías sexuales, sino que perpetúan un conjunto de prejuicios atávicos de origen fundamentalmente religioso, que niegan el derecho a la igualdad efectiva y la protección contra la discriminación de las personas pertenecientes a las minorías sexuales. Todas estas disposiciones deberían ser declaradas inconstitucionales o desaplicadas, aún bajo la constitución de 1999, por medio del control concentrado o difuso de la constitucionalidad por parte de los jueces. Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se ha venido escudando en un silencio de varios años, para

no resolver ninguno de las acciones relativas a estas materias que han sido sometidas a su consideración.⁶

En todo caso, independientemente de la aprobación del derecho a la no discriminación por género u orientación sexual establecido en los artículos 18 y 21 de la reforma, será necesario legislar para hacer executable este derecho en condiciones de efectividad y eficacia, tal y como se ha venido haciendo en la mayoría de los países del mundo, incluyendo gran parte de los países latinoamericanos, sin necesidad de haberlo hecho a través de una reforma constitucional. Y ello es evidente porque no se necesita una reforma para reconocer los derechos que corresponden a los seres humanos, y acabar así con las últimas discriminaciones legales existentes de manera impune en la legislación venezolana.

6 La autora intentó ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en mayo de 2004 una acción de reconocimiento de su identidad físico-psico-social con hábeas data instrumental del fallo por ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa consagrado en el artículo 28 de la Constitución de 1999, y hasta la fecha ni siquiera se ha resuelto sobre su admisión. Por su parte, Unión Afirmativa de Venezuela intentó en 2003 un recurso de interpretación relacionado con el reconocimiento de la unión legal de las personas del mismo sexo. Este recurso fue admitido en 2005, pero no ha sido aún decidido. Como observamos, existe -a diferencia de lo que ha ocurrido en cortes y tribunales constitucionales de nuestros vecinos latinoamericanos, que se han pronunciado diligentemente y favorablemente a casos similares, una reticencia de los magistrados y magistradas de nuestra Sala Constitucional. Si estas personas tuviesen prejuicios religiosos o de otra naturaleza, deberían inhibirse de conocer sobre estos casos, porque de otra forma estarían violando el artículo 59 constitucional. Mientras tanto, están violando los derechos de los justiciables a la administración pronta de la justicia, incurriendo en denegación por silencio.

III. Sobre el derecho a la educación y la autonomía universitaria

La autonomía universitaria y el proyecto de Reforma Constitucional de 2007

Juan Domingo Alfonzo Paradisi

Profesor de Derecho Administrativo de las Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello

El proyecto de reforma constitucional sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de Noviembre de 2007, en su artículo vigésimo tercero, prevé la reforma del artículo 109 de la Constitución de 1999.¹ Dicha propuesta en diversas partes de su contenido, como se desarrolla en el presente trabajo, colide con el concepto y la esencia de la Universidad Académica, como institución dedicada a la búsqueda de la verdad y a la creación y difusión del saber. En efecto, se pretende anteponer los criterios de naturaleza política sobre los principios generales que conforman la esencia de la Universidad como institución dedicada a la investigación y transmisión del conocimiento entre profesores y estudiantes. Así se coloca un asedio sobre la Universidad, la cual en virtud de dicha pretendida reforma constitucional y su desarrollo

1 Señalamos nuestra opinión que el texto sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de Noviembre de 2007 no constituye una mera reforma constitucional, sino que se trata de una propuesta que implicaba la modificación de la estructura y principios fundamentales del texto constitucional vigente, violándose por consiguiente el artículo 342 de la Constitución. En efecto, de pretenderse la modificación de la estructura y principios fundamentales de la constitución, esto es la transformación del Estado, la creación de un nuevo orden jurídico y el dictado de una nueva constitución debe cumplirse el procedimiento previsto en la Constitución de 1999 en su artículo 347 y siguientes, con la necesaria participación y votación del Poder Constituyente Originario. Consúltese en este sentido el voto salvado del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera en sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 2 de noviembre de 2007, en el cual se destacó “ En Criterio de quien disiente, un sistema de organización social o económico basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción, como lo es básicamente el socialista, en sus distintas concepciones, cual es el propuesto en el proyecto de Reforma, chocaría con lo que quien suscribe, y la propia Sala, era considerado Estado Social, y ello.- en criterio del disidente- puede afectar toda la estructura y los principios fundamentales del Texto Constitucional, hasta el punto que un nuevo ordenamiento jurídico tendría que ser creado para desarrollar la construcción del socialismo”.

No es que Venezuela no puede convertirse en un Estado Socialista. Si ello lo decide el pueblo, es posible; pero a juicio del voto salvante, tal logro sería distinto al que la Sala ha sostenido en el fallo de 24 de Enero 2002 (casos: *Créditos Indexados*) y ello conduciría no a una reforma de la Constitución sino a una nueva Constitución, la cual debería ser votada por el Poder Constituyente Originario”.

eventual mediante ley, deja de ser una comunidad meramente académica para dar paso a una institución que responde a otra naturaleza².

El Artículo 109 de la Constitución de 1999 establece:

“El Estado reconocerá la autonomía universitaria como principio y jerarquía que permite a los profesores, profesoras, estudiantes, estudiantas, egresados y egresadas de su comunidad dedicarse a la búsqueda del conocimiento a través de la investigación científica, humanística y tecnológica, para beneficio espiritual y material de la Nación. Las Universidades autónomas se darán sus normas de gobierno, funcionamiento y la administración eficiente de su patrimonio bajo el control y vigilancia que a tales efectos establezca la ley. Se consagra la autonomía universitaria para planificar, organizar, elaborar y actualizar los programas de investigación, docencia y extensión. Se establece la inviolabilidad del recinto universitario. Las Universidades nacionales experimentales alcanzarán su autonomía de conformidad con la ley”.

El Proyecto de Reforma Constitucional de 2007 prevé en su artículo Vigésimo Tercero la reforma del artículo 109.

Vigésimo Tercero. Se reformó el artículo 109 de la forma siguiente:

“El Estado reconoce la autonomía universitaria como principio y jerarquía que permite a los profesores, profesoras, estudiantes, egresados y egresadas de su comunidad dedicarse a la búsqueda del conocimiento a través de la investigación científica, humanística y tecnológica, para beneficio espiritual y material de la Nación. Se reconoce a los trabajadores y trabajadoras de las Universidades como integrantes con plenos derechos de la comunidad universitaria, una vez cumplidos los requisitos de ingreso, permanencia y otros que pauten la ley. Las Universidades autónomas se darán sus normas de gobierno, de acuerdo con los principios constitucionales de la democracia participativa y protagónica, así como las de funcionamiento y administración eficiente de su patrimonio bajo el control y vigilancia que a tales efectos establezca la ley. Se consagra la autonomía universitaria para planificar, organizar, elaborar y actualizar los programas de investigación, docencia y extensión. Se establece la inviolabilidad del recinto universitario. Las Universidades nacionales experimentales alcanzarán su autonomía de conformidad con la ley”.

“La ley garantizará el voto paritario de los y las estudiantes, los profesores y las profesoras, trabajadores y trabajadoras para elegir las autoridades universitarias; consagrará el derecho al sufragio a todos los y las docentes que hayan ingresado por concurso de oposición, desde la categoría de instructor o instructora hasta titular y establecerá las normas para que las elecciones universitarias se decidan en una sola vuelta”.

I. CONCEPTO DE UNIVERSIDAD, ESENCIA Y OBJETIVOS FUNDAMENTALES: PREDOMINIO DEL “SABER”

La Universidad es fundamentalmente una comunidad de intereses espirituales que reúne a profesores y estudiantes en la tarea de buscar la verdad y afianzar los valores trascendentales del hombre. (Art. 1. De la Ley de Universidades publicada en la gaceta oficial N° 1429 extraordinario de 8 de septiembre de 1970).

En efecto, la función esencial de la Universidad es la búsqueda del saber y de la verdad y esa búsqueda de la verdad debe realizarse sin interferencias que, como las de carácter polí-

2 El día 02 diciembre de 2007 la mayoría del pueblo venezolano no aprobó el texto de reforma Constitucional, sancionado el 02-11-07 por la Asamblea Nacional, y sometido a referéndum constitucional.

tico, en especial las provenientes de las esferas del poder gubernamental, pudieran mediatizarla y entorpecerla³.

La idea de la Universidad como “Universitas magistrorum et scholarium” se consagra así a la investigación, a la enseñanza y a la formación de los estudiantes, libremente reunidos con sus maestros, animados todos por el mismo amor al saber⁴.

Las Universidades, para cumplir su misión, sus actividades se deben dirigir:

1° A crear, asimilar y difundir el saber mediante la investigación y la enseñanza; 2° a completar la formación integral iniciada en los ciclos educacionales anteriores; y 3° a formar los equipos profesionales y técnicos que necesita la Nación para su desarrollo y progreso.

Así, la Universidad como corporación de educación superior está dirigida, en primer término, a la formación integral del hombre, al convertirlo en un profesional apto y permitirle medios para su constante actualización en los conocimientos científicos adquiridos. En segundo lugar, como otro objetivo fundamental se encuentra la investigación y el estudio como las funciones básicas para crear nuevos conocimientos, que impulsen y enriquezcan el acervo científico y el bienestar de la humanidad, y en tercer término la extensión como la actividad de difundir los conocimientos, con la finalidad de elevar el nivel cultural de la nación⁵.

Así, las cosas, la Universidad en su aspecto académico “es la encarnación en instituciones de la vida contemplativa racional (no tanto la mística), de la sabiduría y de las ciencias. Por ello, es un error pretender que la Universidad pase a la acción directa. Sería desvirtuarla y, a la larga destruirla. No tiene sentido que sea un partido político ni un grupo guerrillero, ni siquiera que sustituya a las escuelas primarias o secundarias. Tampoco tiene sentido que se someta a un partido o a algún grupo gobernante. En su seno debe poder buscarse la verdad, sin sujeciones a intereses de grupos particulares comprometidos en la praxis”⁶ En definitiva, la Universidad es en esencia un lugar del saber, esto es, un lugar de la ciencia, de la investigación científica, de la transmisión del conocimiento y de la tecnología.⁷

II. SOBERANÍA VS. AUTONOMÍA

Es propicio distinguir entre los conceptos de soberanía y los de autonomía. La soberanía es concepto jurídico político que designa la esencia del estado, consistente en el supremo poder que le pertenece. La soberanía implica un poder absoluto que no admite grados ni dependencia con ningún otro poder superior o en concurrencia con él, significa igualmente independencia de otro poder externo o interno y está por sobre toda autoridad. Es la voluntad

3 Alexis, Márquez Rodríguez: “Autonomía Universitaria y revolución”; en *Dikaiosyne* N° 10, Revista de filosofía práctica, Universidad de Los Andes, Mérida - Venezuela, junio de 2003.

4 Véase Mikel, De Viana: “Identidad y Misión de la Universidad Católica” en *Revista de la Facultad de Derecho* N° 42, Universidad Católica Andrés Bello, p. 67.

5 Consúltese Pedro Miguel, Reyes: “El Régimen de la Autonomía Universitaria en el Proyecto de Ley de Educación Superior” en *Revista de Derecho Público* N° 30, abril - junio, 1987.

6 Carlos A. Casanova: “La Universidad en Peligro, Fundamentos Históricos y Filosóficos de la Autonomía Universitaria”, en *Revista Derecho y Sociedad*, revista de estudiantes de la Universidad Monte Ávila, p. 123”.

7 Antonio, Moles Caubet: “El concepto de autonomía universitaria” en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal* N° 140, julio - diciembre, 1971, p. 11 y ss.

que determinada en sí, tiene la competencia de su competencia.⁸ En contraste, los entes autónomos tienen necesariamente que adecuar su poder normativo a condiciones previamente establecidas por una norma constitucional o legal. De allí pues, la autonomía deriva del poder atribuido por una norma de rango constitucional o legal.

La autonomía se atribuye a un sujeto jurídico.⁹ Así se encuentra, en primer lugar, la autonomía otorgada a los entes territoriales menores (por Ej. Los Estados o los Municipios en la Constitución de 1999). En segundo término, la autonomía otorgada a las corporaciones o personas jurídicas de carácter asociativo donde lo predominante es su sustrato personal, como por ejemplo, se encuentran las Universidades nacionales, los colegios profesionales o las academias nacionales.¹⁰ Y, en tercer lugar, los institutos autónomos o establecimientos públicos institucionales destinados a servir permanentemente a un fin público actuando, entonces, como parte de la administración pudiendo ser sólo creados por Ley formando parte de la reserva legal conforme a lo establecido en el artículo 142 de la Constitución vigente.

En cuanto al concepto de autonomía mutatis, mutandi, ya nuestro Supremo Tribunal, en concreto, la Corte Federal y de Casación en sentencia de 1937 recogida por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Política Administrativa del 13 de noviembre de 1989 (caso *Heberto Contreras Cuenca*):

“sentenció que no estaban vigentes los “criterios impregnados del concepto tradicional o histórico de autonomía Municipal que pudiéramos haber heredado de España; porque al implantarse desde nuestra emancipación política el régimen constitucional, las Municipalidades, como partes integrantes que son de los Estados Federales que han venido suscribiendo las Bases de la Unión, renunciaron implícitamente aquel concepto colonial de la autonomía de los Municipios y adoptaron de manera expresa el que surge de la Constitución, esto es, una autonomía que no puede ir más allá de lo que rectamente se desprenda de las normas del derecho positivo constitucional. O lo que es lo mismo, no se trata de un Gobierno libre dentro del Estado, sino de un Poder regulado por el Constituyente y por el Legislativo ordinario...” (por oposición al Legislativo Constituyente). Más adelante, advertía la misma sentencia “aunque desde el punto de vista sociológico puede afirmarse que la autonomía municipal es emanación del pueblo, anterior a los preceptos constitucionales de cualquier país, se la considera como emanada exclusivamente de la Constitución, porque es ésta la que distribuye el Poder Público, entre el Poder Federal, el de los Estados y el Municipal (Art. 50) y les señala sus respectivos límites (Art. 41).” (CFC-SPA 2-12-1937). (Subrayado nuestro).

Por consiguiente, lo que nos interesa resaltar es que el concepto de autonomía es un concepto limitado y atribuido por una norma constitucional o legal contrapuesto al concepto de soberanía que es un concepto ilimitado y que constituye un poder originario, y como enseña Moles, “fuente primaria de toda formación. La autonomía no tiene pues otro título de legitimidad que el que confiere la norma, fuera de la cual desaparece el poder autónomo para convertirse en ilicitud”.¹¹

8 Pedro Miguel, Reyes: “El Régimen de la Autonomía Universitaria” en *El Proyecto de Ley de Educación Superior* p. 98.

9 Antonio, Moles Caubet: *Op. cit.*, p.12.

10 Allan, Brewer Carías: *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*, p. 119.

11 Antonio, Moles Caubet: “El Concepto de Autonomía Universitaria”, p. 12.

III. LA UNIVERSIDAD COMO CORPORACIÓN Y COMO INSTITUCIÓN:

La Universidad medieval constituye una corporación en cambio la Universidad estatal moderna es una institución. "Las Universidades o corporaciones de origen romano pero recompuestas en la edad media, constituían asociaciones de derechos y obligaciones distintos a la de sus asociados, dotadas de personalidad jurídica. Estas Universidades o corporaciones están inscritas en una sociedad estamental donde los privilegios señalan la jerarquía. La autonomía de las corporaciones consistía en la suma de privilegios fueros o prerrogativas. En el estado moderno, donde impera el principio de igualdad, la autonomía pierde su sentido originario. En el ordenamiento estamental se trataba de una autonomía-privilegio. De manera diferente en el estado democrático de la soberanía popular la autonomía se reduce a un medio, uno de tantos, para realizar funciones publicas o prestar servicios públicos se trata de una autonomía funcional".¹²

IV. ALCANCE DE AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

La autonomía constituye una figura jurídico organizativa mediante la cual el ordenamiento jurídico distribuye atribuciones y competencias entre las diferentes figuras subjetivas de la organización. "La Universidad es una institución que tiene su origen en el siglo XI, previa al Estado Moderno y que éste la encontró como un centro cultural dotado de una estructura medieval y corporativa que conservaba como función la producción del conocimiento y la transmisión del mismo. La Universidad se integra al Estado Moderno, éste le reconoce su entidad, le delega competencias y le otorga autonomía que, tiene por esencia la necesaria y efectiva libertad para que los profesores y estudiantes puedan expresar y comprobar sus convicciones científicas; libertad que se traduce en libertad de investigación que permita a los profesores escoger el objetivo y el método más adecuado en su búsqueda; en la libertad de estudio que posee cada persona para que, de acuerdo con su vocación y aptitudes, elija la disciplina de su inclinación, para así participar en forma activa en su proceso formativo. La autonomía en su relación con el estado, se manifiesta como la no interferencia de la administración pública en las actividades académicas, científicas y administrativas de las Universidades, así como en el otorgamiento de los títulos habilitantes para el ejercicio profesional."¹³

Así las cosas, la condición esencial de un ente autónomo es darse sus propias normas y establecer los principios que rigen su administración. Como se ha destacado, será el constituyente, el legislador o el reglamentista quien determine el alcance de la autonomía y ésta podrá variar en cuanto a su contenido dependiendo del alcance de la norma atributiva de la autonomía. En este sentido, se pueden encontrar distintas especies de autonomía como lo son la autonomía normativa, la autonomía académica, la autonomía organizativa, la autonomía administrativa y la autonomía patrimonial.

El artículo 9 de la vigente ley de Universidades establece: Las Universidades son autónomas. Dentro de las previsiones de la presente Ley de Universidades y de su Reglamento, disponen de:

- “3.1.- Autonomía organizativa, en virtud de la cual podrán dictar sus normas internas;
- 3.2.- Autonomía académica, para planificar, organizar y realizar los programas de investigación, docentes y de extensión que fueren necesarios para el cumplimiento de sus fines;

12 Consúltese Moles Caubet *Op. cit.*, p. 20 y ss.

13 Pedro Miguel, Reyes: *El Régimen de la Autonomía Universitaria en el Proyecto de Ley de Educación Superior*.

3.3.- Autonomía administrativa, para elegir y nombrar sus autoridades y designar su personal docente, de investigación y administrativo;

3.4.- Autonomía económica y financiera para organizar y administrar su patrimonio”.

Así existe una Autonomía normativa: que es la facultad dada por la ley de autonombrarse de dictar sus preceptos jurídicos obligatorios dentro del ámbito universitario. En este caso de las Universidades se trata de una autonomía de segundo grado ya que no es la Constitución sino la ley ordinaria la que otorga la autonomía normativa (Art. 9 numeral 1 de la ley de Universidades vigente), o de acuerdo al texto de la reforma constitucional de 2007 que remite a la ley pero con algunos límites constitucionales. En efecto, se prevé que “*las Universidades Autónomas se darán sus normas de gobierno, de acuerdo a los principios de la democracia participativa y protagónica, así como las de funcionamiento y administración eficiente de su patrimonio bajo el control y vigilancia que a tales efectos establezca la ley*”. Ciertamente es que dichas normas serán de carácter sublegal (autonomía de segundo grado), de ejecución de la ley que se dicte, pero sometida a un límite constitucional- el cual es- que se realice de acuerdo al principio de democracia participativa y protagónica. Por otra parte, debemos destacar que existe un reconocimiento a la autonomía universitaria de rango constitucional pero que se remite para su alcance y desarrollo a la ley con ciertos límites o condicionamientos constitucionales que luego analizaremos.

Autonomía Organizativa: Muy ligada a la autonomía normativa y establecida en el numeral 1 del Art. 9 de la ley de Universidades vigente. Consiste en el poder de darse su propia organización estableciendo figuras jurídicas subjetivas o conjunto de órganos, oficinas dependencias, etc. En este caso puede presentarse dos modalidades o dos grados de poder organizatorio¹⁴: a) Ente autonómico autorizado a darse su propio Estatuto de autonomía con las particularidades de su organización, aun cuando sea homologado por una autoridad Superior (gobierno o parlamento) representaría un grado máximo de autonomía; b) la norma que otorgue autonomía puede contener distintas soluciones módulos rígidos de organización inalterables o una bases que permitan iniciativas susceptibles de adoptar nuevas fórmulas adecuadas a las circunstancias, lo cual representaría una escala graduada de la autonomía organizativa. En cuanto a esta segunda modalidad cierto sector de la doctrina venezolana¹⁵ ha señalado que no existe autonomía organizativa ya que la vigente ley de Universidades le establece a la Universidad Autónoma el tipo de organización de la Universidad tradicional, que consiste en una variedad de cátedras que integran escuelas profesionales y éstas a su vez están agrupadas en facultades, aisladas entre sí y donde cada una de ellas tiene su propia estructura administrativa, didáctica y de personal. En el caso de las Universidades Experimentales conforme al Art. 10 de la ley de Universidades vigente el Ejecutivo Nacional establecerá su organización y funcionamiento.

Autonomía Administrativa: Es la posibilidad que tiene la comunidad universitaria integrada por los profesores y estudiantes de elegir por métodos democráticos las máximas autoridades universitarias. Y éstas a su vez designar el personal docente y de investigación (Art. 9 núm. 3 de la ley de Universidades vigente) Este concepto o aspecto de la autonomía universitaria ha sido objeto de la reforma constitucional de 2007 en su artículo 109 la cual será objeto de tratamiento en los puntos de seguida.

14 Antonio, Moles Caubet: *Op. cit.*, p. 17.

15 Pedro Miguel, Reyes: *Op. cit.*, p. 99.

Autonomía Económica o financiera: es la facultad que poseen para organizar y administrar su patrimonio.

Autonomía territorial: El recinto de las Universidades es inviolable Art. 7 En efecto, La ley de Universidad en el Art. 7 establece:

“El recinto de la Universidades es inviolable. Su vigilancia y el mantenimiento del orden son de la competencia y responsabilidad de las autoridades universitarias; no podrá ser allanado sino para impedir la consumación de un delito o para cumplir las decisiones de los Tribunales de Justicia.

Se entiende por recinto universitario el espacio precisamente delimitado y previamente destinado a la realización de funciones docentes, de investigación, académicas, de extensión o administrativas, propias de la Institución”.

Autonomía Académica: Conciene al régimen de planificación y realización de programas de enseñanza y de investigación, con sus métodos respectivos y valor científico de los títulos y certificados expedidos. En cierta forma condiciona todas las demás especies o tipos de autonomías. La autonomía académica, llamada también pedagógica, le corresponde decidir qué se ha de enseñar o investigar, cuánto hay que enseñar o investigar, cómo hay que enseñar o investigar, con quién o con quiénes hay que enseñar o investigar¹⁶. Sin embargo, la ley de Universidades de 1970 es limitativa en cuanto a la creación o introducción de dominios del saber que impliquen así mismo la creación de facultades, Escuelas o centros de Investigación. En efecto, para la creación de Facultades por los reglamentos de cada Universidad, se requiere la previa aprobación del Consejo Nacional de Universidades (Art. 47 de la ley de Universidades).

V. CAMBIOS INTRODUCIDOS EN EL ARTICULO VIGÉSIMO TERCERO QUE REFORMA EL ARTÍCULO 109:

1. *La incorporación de los trabajadores o trabajadoras como integrantes con plenos derechos de la comunidad universitaria.*

Los trabajadores y obreros no están en la línea de transmisión del conocimiento o del saber que constituye la esencia de la Universidad como institución académica. Esto, aparte o independientemente del derecho a sindicarse de los trabajadores u obreros y de su rol importante dentro de la comunidad universitaria en cuanto a los diversos servicios que puedan prestar, ya sea, por ejemplo, en el mantenimiento y conservación de las instalaciones y bienes de la Universidad. Siendo la Universidad una comunidad de intereses espirituales que reúne a profesores y estudiantes en la tarea de buscar la verdad y afianzar los valores trascendentales del hombre, se pretende con la reforma constitucional incorporar a los trabajadores y trabajadoras, con plenos derechos a la comunidad universitaria, una vez cumplidos los requisitos de ingreso, permanencia y otros que pautó la ley¹⁷. Esta propuesta del artículo 109 del Proyecto de Reforma constitucional cambia la naturaleza y principios generales atinentes a la Universidad, como comunidad constituida por profesores y estudiantes, siendo lo *sustantivo* desde su origen la función de enseñar y aprender. En efecto, desde la Universidad medioeval la

16 Antonio, Moles Caubet: *Op. cit.*, p. 35

17 En el año de 1969 como producto del movimiento de Reforma, conocido con el nombre de “Renovación Académica” se planteó igualmente en Venezuela la participación de los empleados y obreros de la universidad en las funciones electorales y de gobierno, consúltese Alexis, Márquez Rodríguez: *Op. cit.*, p. 117.

Universidad está constituida por escolares (“universitas magistrorum et scholarium”) y docentes reunidos por el amor al saber, hasta la Universidad en el Estado Moderno que se presenta como una institución que presta un servicio público donde se transmite el conocimiento de profesores a estudiantes y son centros de investigación y desarrollo. De allí que los trabajadores y trabajadoras no son parte constitutiva de la misión de la Universidad como institución académica. Así las cosas, el artículo vigésimo tercero del proyecto de reforma constitucional de 2007 mediante el cual se reforma el artículo 109 y se establece la incorporación de los trabajadores en la comunidad universitaria, -colide con el carácter académico y con la esencia de la Universidad-. Por tanto, con esta norma se cambia y desnaturaliza el concepto de comunidad académica para dar paso a otra institución de distinta naturaleza. En efecto, dicha disposición quiebra el carácter de comunidad académica de la Universidad ya que obliga a las Universidades a incorporar a sectores con plenos derechos (por ejemplo trabajadores y trabajadoras), que no se subsumen estrictamente en la misión de la Universidad, como lo es, la transmisión del saber o del conocimiento, sino que colaboran en el mantenimiento y conservación de sus instalaciones o que coadyuvan en la realización de actividades de apoyo para el cuerpo de profesores.

Por otra parte, de verificarse la participación de los trabajadores con plenos derechos en la comunidad, esta participación solo debería referirse a la intervención de los trabajadores en las decisiones que atañan a sus actividades propias, pero no por ejemplo en cuanto a las decisiones concernientes o afines a la autonomía académica (por ejemplo: la planificación, organización y realización de programas de investigación, docentes y de extensión) o con respecto al régimen de enseñanza o la entrega de títulos y certificados académicos.

2. *El derecho de las Universidades autónomas de darse sus normas de gobierno de acuerdo con los principios de la democracia participativa y protagónica.*

Como uno de los aspectos o “especies” de la autonomía universitaria se encuentra la autonomía normativa, que constituye la capacidad de crear preceptos de carácter objetivo, esto es la posibilidad de las Universidades autónomas de darse sus normas de gobierno. Ahora bien, relacionado con lo destacado en el punto anterior se inserta en la institución de la comunidad académica que sus normas de autogobierno deben ser necesariamente dictadas conforme a los principios “de democracia participativa y protagónica” con lo cual se fuerza a incluir en sus normas de gobierno universitario el principio de democracia participativa, que pudiese implicar la incorporación de otros sectores distintos a profesores y estudiantes los cuales no están relacionados con la función de enseñar y aprender propia de la Universidad. Además se pretende imponer fuera de su autonomía cómo deben ser sus normas.¹⁸

3. *La ley garantizará el voto paritario de los estudiantes y las estudiantes, los profesores y las profesoras, trabajadores y trabajadoras para elegir las autoridades universitarias:*

Esta previsión de la reforma rompe o quiebra la misión esencial de la Universidad como lo constituye su actividad creadora y difusora del saber como institución académica, superponiendo ante dicha misión, el aspecto o matiz político, mediante la participación de otros sectores trabajadores u obreros no poseedores o difusores del conocimiento o del saber por una parte, o equiparando a los estudiantes en cuanto al voto de los profesores para elegir las

18 Carlos Fernando, Calatrava. “Reforma Constitucional y Autonomía Universitaria. ¿Donde queda la verdad?”, *Revista SIC* N° 697. p. 298 y ss.

autoridades universitarias. Abandonándose así la función esencial académica por el aspecto político.

Como antecedente a nivel latinoamericano tenemos la revolución de Córdoba¹⁹ (Argentina) la cual reaccionó contra la dirección gubernamental o eclesiástica de las Universidades, contra la estrechez de sus fines (se limitaba solo a la formación de profesionales), así como, contra una estructura demasiado jerarquizada. Sin duda se produjo una excesiva democratización de las Universidades, que puso en manos de estudiantes irresponsables la misma disciplina académica²⁰

El conocimiento o sabiduría está en los profesores y por ello es que existe un escalafón dentro de la Universidad para exigir cada vez mas conocimientos en la medida en que se ascienda en la carrera universitaria. No se trata de privilegios absurdos, pero si de tratar de asegurar el predominio del saber²¹. Por ello es contrario a la esencia de la Universidad equiparar en la comunidad universitaria el voto de estudiantes, profesores y trabajadores y mas bien se debe dar un peso específico y una jerarquía intelectual a aquél que haya cumplido los requisitos conforme a sus capacidades. Por ello, la previsión de la reforma (Art. 109) abandona el carácter académico de la comunidad universitaria e impone el carácter político (participación paritaria) sobre la esencia de la Universidad como morada del saber para la elección de las autoridades universitarias, violando en nuestro concepto los principios del derecho natural, que guían la esencia de lo que es y debe ser la Universidad.

4. *La ley garantizará el derecho al sufragio a todos los docentes que hayan ingresado por concurso de oposición desde la categoría de instructor hasta titular para la elección de las autoridades universitarias*

Se flexibiliza o amplía la integración Claustro Universitario, ya que se garantiza el derecho al sufragio a profesores instructores que hayan ingresado por concurso de oposición. De esta manera, ciertamente se amplía con esta reforma la conformación del Claustro Universitario otorgándole el derecho al voto a los profesores instructores. Con lo cual se reducen los requisitos meritocráticos de accesibilidad al Claustro. En efecto, la vigente ley de Universidades (Art. 30), prevé el derecho al voto de los profesores asistentes, agregados, asociados, titulares y jubilados no otorgándose a los profesores instructores. Por tanto, se pretende ampliar con el proyecto de reforma- a los efectos de la elección de autoridades universitarias- el Claustro Universitario, reduciendo los requisitos meritocráticos para su ingreso, pero manteniendo un elemento para el "predominio del saber" como lo constituyen los concursos de oposición.

19 Venezuela con el movimiento de Renovación Académica de 1960 se planteó igualmente la votación paritaria de los profesores con la de los estudiantes.

20 Carlos, Casanova, *Op. cit.*, P. 124 Véase en este sentido Carlos, Tunnermann la reforma Universitaria de Córdoba. FEDES. Colección Universidad y Post secundaria. Caracas 1983 p. 75 y ss

21 Carlos, Casanova. *ibidem* "Deben ponerse, sin embargo, cortapisas que aseguren el predominio del saber (no de privilegios absurdos) dentro de la institución. No es igual un estudiante universitario del Medioevo, que era un clérigo y que iba a dedicar la vida a la institución, que un estudiante de una profesión en nuestro tiempo, que está de paso por la Universidad. Parece una solución más o menos acertada la de nuestra Ley de Universidades (artículo 30), que pondera en un 25% el peso de la votación estudiantil total, en el caso de las decisiones que son tomadas en Asambleas".

5. *La ley establecerá las normas para que las elecciones universitarias se decidan en una sola vuelta.*

La vigente Ley de Universidades requiere para la validez de la elección de las autoridades que hayan votado no menos de las dos terceras partes de los integrantes del Claustro. Así mismo, sólo podrán proclamarse electos aquellos que hayan obtenido no menos de las dos terceras partes de los votos válidos depositados. Si no se logra esa mayoría, se procederá a una segunda votación también por el Claustro Universitario, entre los candidatos que hayan obtenido los dos primeros lugares en los resultados electorales. La segunda votación se hará por voto directo y secreto y la elección se decidirá por mayoría absoluta. (Art. 31 Ley de Universidades).

Con la reforma del artículo 109 se pretende que la elecciones se realicen en una sola vuelta implicando la eliminación de toda posibilidad de elección de autoridades universitarias con base en mayorías absolutas. Esto implica que de acuerdo al artículo de la Reforma dichas autoridades pudiesen representar tan solo a una mayoría relativa dentro de la comunidad universitaria.

6. *Asedios externos e internos de la Universidad:*

A. *Un Asedio Externo:*

Lo constituye la sujeción al poder político. Esto es, que las mayorías se impongan sobre el pensamiento objetivo de la Universidad como corporación autónoma. En este sentido, Carlos Casanova señala: "pero el democratismo moderno ha hecho posible que se identifiquen voluntad general y verdad; y también que un caudillo pueda juzgarse la encarnación de la voluntad general y, en consecuencia, el contralor de la verdad"²²

"Es importante la búsqueda libre de la verdad en la Universidad como parte de su misión, y la colaboración en la solución de los problemas del país y que tal actividad o labor no sea intermediada o impedida por intereses políticos de determinados grupos, partidos o del gobierno".²³ En efecto, se trata de un tema axiológico y de la esencia de la Universidad frente a los intereses políticos que pretenden la toma de la Universidad desviándola de su principal función objetiva como es la búsqueda de la verdad, la preparación de profesionales y la formación integral del hombre.

Como hemos destacado en el presente trabajo la misión de la Universidad es la transmisión y difusión del saber lo cual puede ser desvirtuado por el predominio de lo político a través de la incorporación de trabajadores u obreros no relacionados estrictamente con la transmisión del conocimiento, así como otorgándole, mediante la pretendida reforma, a los estudiantes y trabajadores un voto paritario al de los profesores o docentes.

Es consustancial a la idea de la Universidad la libertad de pensamiento, así como la libertad de cátedra pudiéndose expresar diversas opiniones y mantener diversas tesis cuantesis. La Universidad implica la enseñanza abierta sin que se censuren las ideas, ya sean estas reli-

22 Casanova Carlos: *Op. cit.*, p.125

23 Casanova Carlos *Op. cit.*, p. 126 señala: Los académicos son indispensables para la vida sana de un país y que es justicia atribuirle los bienes que requieran para su trabajo (no sus caprichos). Entre dichos bienes están los recursos económicos necesarios, pero también la libertad frente a los intereses particulares.

gias, políticas, económicas. Lo contrario a la Universidad es el pensamiento único, el unquismo o el dogmatismo único.²⁴

B Asedios Internos:

En virtud de la masificación las Universidades deben procurar elevar su nivel de excelencia por una parte y por la otra obtener sistemas de financiamiento o de becas para que puedan acezar estudiantes de bajos recursos.

Las Universidad han sido el centro de la ciencia, de la investigación y del desarrollo y en ellas se busca la verdad, por ello su misión no puede ser desplazada o empañada por el móvil político.

24 Antonio, Moles Caubet: *Op. cit.*, p. 33.

IV. Sobre los derechos laborales

Las Reformas Laborales

Juan Carlos Pró-Rísquez

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

*Te quiero en mi paraíso;
es decir, que en mi país la gente viva
feliz aunque no tenga permiso*

Mario Benedetti

1. En el área laboral, la propuesta de reforma constitucional (que en lo sucesivo denominaremos Reforma) plantea la modificación de los artículos 70, 87, 90 y 293 de la Constitución vigente¹ y una nueva Disposición Transitoria. Los temas de interés abarcados son los siguientes: (i) la creación de Consejos Obreros, a quienes se les otorga rango constitucional, y se abandona la figura de la cogestión como medio de participación y protagonismo del pueblo en el ejercicio social y económico de su soberanía (Artículo 70); (ii) la ampliación de la obligación patronal de mantener condiciones de higiene y seguridad laboral en todo centro de trabajo, y algunas diferencias semánticas en la redacción del respectivo articulado (Artículo 87); (iii) la creación de un *Fondo de Estabilidad Social* para trabajadores independientes o por cuenta propia, que requiere de una ley especial para su creación (Artículo 87 y Disposición Transitoria Primera, Numeral 14 de la Reforma); (iv) la reducción de la jornada diurna de 44 a 36 horas semanales y de la jornada nocturna de 35 a 34 horas semanales (Artículo 90); (v) la eliminación de la facultad constitucional del Poder Electoral de organizar elecciones de sindicatos sin solicitud de éstos (Artículo 293); y (vi) el mandato de modificación de la Ley Orgánica del Trabajo vigente² ("LOT") para el establecimiento de (vi.1) un nuevo sistema de prestaciones sociales, basado en el último salario devengado y proporcional al tiempo de servicio, (vi.2.) la prescripción decenal de las prestaciones sociales, de aplicación inmediata con la aprobación y entrada en vigencia de la Reforma, y (vi.3.) un sistema de aplicación progresiva de reducción de la jornada de trabajo señalada anteriormente (Disposición Transitoria Primera, Numeral 11 de la Reforma).

2. Con la reforma del artículo 70 de la Constitución vigente se elimina la referencia a la cogestión como medio de participación del pueblo. La cogestión abarca diferentes medios de participación obligatoria de los trabajadores en la toma de decisiones empresariales, regulada por las legislaciones de algunos países. Esta figura fue fuertemente impulsada en el pasado reciente por el Ejecutivo Nacional, pero se entiende que no ha dado los resultados esperados y por ello se eliminó del texto constitucional.

1 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* ("GORBV") N° 5.453 Extraordinario, de fecha 24 de marzo de 2000.

2 *Ley Orgánica del Trabajo*. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* ("GORV") N° 4.240 (E), de fecha 20 de diciembre de 1990, reformada en *GORV* N° 5.152, de fecha 19 de junio de 1997.

En su lugar se establecen novedosas figuras, cuyo desarrollo tendremos que revisar cuidadosamente, y son los *Consejos del Poder Popular, a través de los consejos comunales, consejos de trabajadores, consejos estudiantiles, consejos campesinos, consejos artesanales, consejos de pescadores, consejos deportivos, consejos de la juventud, consejos de adultos mayores, consejos de mujeres, consejos de personas con discapacidad, entre otros; la gestión democrática de los trabajadores de cualquier empresa de propiedad social directa o indirecta, la autogestión comunal, las organizaciones financieras y microfinancieras comunales, las cooperativas de propiedad comunal, las cajas de ahorro comunales, las redes de productores libres asociados, el trabajo voluntario, las empresas comunitarias y demás formas asociativas constituidas para desarrollar los valores de la mutua cooperación y la solidaridad socialista*. Ello conllevará la promulgación de diferentes textos legales que regulen los mencionados medios de participación novedosos en la normativa jurídica venezolana.

2.1. Los Consejos de Trabajadores adquirirían inmediatamente rango constitucional. Aunque en la actualidad no hemos tenido conocimiento del Proyecto de Ley sobre los Consejos de Trabajadores en la Asamblea Nacional, el proyecto conocido, redactado por el Partido Comunista de Venezuela³, así como otros que hemos revisado en diferentes papeles de trabajo, coinciden en que cuando se dicte la normativa jurídica aplicable, se establecerá la obligación de que en cada centro de trabajo, de carácter público o privado, se constituya un Consejo de Trabajadores, el cual, tendrá a su cargo, entre otras, las siguientes funciones: (i) promover y articular las diversas organizaciones de base de los trabajadores en cada centro de trabajo, con el fin de incorporarlos activamente en el control social, en la gestión del proceso, producción y distribución de los bienes y servicios; (ii) impedir la paralización o el cierre parcial o total de los centros de trabajo con claros fines especulativos, desestabilizadores o políticos; (iii) formular denuncias ante los órganos competentes en caso de omisión o incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales del empleador; y, (iv) acceder a la información contable y demás registros de información sobre almacenamiento y depósito de materiales, maquinarias y productos, sin excepción alguna. Ello conllevaría una limitación importante de la actividad libre empresarial, lo cual sigue la suerte de su eliminación y transmutación como derecho fundamental, expreso y autónomo, de acuerdo con lo señalado en el artículo 112 de la Reforma, que es objeto de otros comentarios en esta obra.

De aprobarse la propuesta *in comento*, los referidos Consejos de Trabajadores también limitarían de alguna manera la función típica de los sindicatos, especialmente lo señalado en (ii) y (iii) *ut-supra*, lo cual es acorde con lo señalado por el Presidente de la República cuando ha dicho en público, y de manera reiterada, que los sindicatos deberían unificarse bajo una sola dirección, de manera de adecuarse al *Socialismo del Siglo XXI*⁴. Ello conllevaría nuevas figuras de participación protagónica en las relaciones laborales, diferentes a las conocidas por la cultura patria del pasado y presente siglo.

3 Ver. <http://209.85.165.104/search?q=cache:FNq5VftSCccJ:www.tribuna-popular.org/tribuna-popular.org/ConsejosSocialistas.pdf+proyecto+de+ley+de+consejo+de+trabajadores+y+trabajadoras&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=ve>

4 En este sentido ver Discurso del Presidente en el Primer Evento de Propulsores del Partido Socialista unido de Venezuela (PSUV) de fecha 24 de marzo de 2006 en <http://militantepsuv.org.ve/t rabpdf/1encuentrodepropulsores.pdf> especialmente a partir de la p. 52.

3. La reforma del artículo 87 de la Constitución contiene algunas modificaciones semánticas, incluyéndose que (i) el derecho al trabajo es el de las personas en edad de trabajar⁵ (regresando a la idea plasmada en la constitución de 1961), y (ii) la obligación del Estado de establecer políticas que generen ocupación, sin señalar a qué tipo de ocupación se refiere o el sector (in) formal de esa ocupación. Por ello se puede decir que la redacción empleada se presta a muchas interpretaciones debido a la polisemia utilizada. Asimismo, (iii) la obligación del Estado de garantizar que en todos los *ambientes de trabajo se cumplan dichas condiciones* (atribuidas al patrono) *de salud, seguridad, higiene, ambiente y relaciones laborales acordes con la dignidad humana y creará instituciones que permitan el control y supervisión del cumplimiento de estas condiciones de trabajo*. En este mismo artículo (iv) se crea la obligación del Estado de crear un *Fondo de Estabilidad Social para Trabajadores y Trabajadoras por Cuenta Propia*.

3.1. En este orden de ideas, se reitera la obligación atribuida a los patronos de establecer condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo, y se adiciona *la obligación de salud* y de condiciones de trabajo *digno*. En nuestro país se han venido promulgando recientemente normativa actualizada sobre la materia, principalmente la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo (LOPCYMAT) y su Reglamento Parcial⁶, que establecen un número importante de obligaciones patronales sobre este tema, así como sanciones de importancia económica a su incumplimiento. También se añade la referida obligación del Estado de garantía y supervisión de cumplimiento antes señalado.

3.2. Se crea, con rango constitucional, un *Fondo de Estabilidad Social para Trabajadores y Trabajadoras por Cuenta Propia*, de manera que con los aportes de sus beneficiarios y los del Estado, puedan aquéllos gozar *de los derechos laborales fundamentales, tales como jubilaciones, pensiones, vacaciones, reposos pre y post natal y otros que establezcan las leyes*. La referida redacción es de por sí extraña, pues los mencionados *derechos laborales fundamentales* responden realmente a instituciones propias de la seguridad social y no del Derecho del Trabajo. Ciertamente se pueden producir con ocasión o a la terminación del trabajo, subordinado o independiente, pero no son figuras del derecho laboral.

No hemos conseguido en el presupuesto nacional la partida correspondiente para la creación de este *Fondo de Estabilidad Social*, a pesar de haber sido preparado por el Ejecutivo Nacional⁷, quien tuvo la iniciativa de la referida Reforma. Pensamos que su creación está planeada como materia prioritaria para la Asamblea Nacional, de conformidad con la Disposición Transitoria Primera, Numeral 14 de la reforma. Desde el punto de vista práctico, no conocemos la cultura o recursos económicos de los mencionados trabajadores de ahorro y/o aporte al Estado para las referidas necesidades. Los trabajadores dependientes, regidos por la legislación laboral y de seguridad social, están legalmente obligados a aportar junto a sus respectivos patronos, quienes deben hacer aportes propios y retener de los salarios de sus subordinados las respectivas contribuciones obligatorias. La pregunta que nos hacemos es de

5 Sobre este derecho/deber y la Constitución vigente, ver Sentencia N° 3029 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 4 de noviembre de 2003. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/3029-041103-03-0844.htm>

6 *Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo*, GORBV N° 38.236, del 26 de julio de 2005. Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, GORBV N° 538.596, de fecha 3 de enero de 2007.

7 Sobre el presupuesto elaborado ver: <http://www.mf.gov.ve/framedetalle.asp?id=3505&plantilla=7>

dónde saldrán los recursos para el Fondo propuesto y cuál será la factibilidad que los trabajadores independientes aporten al mismo.

3.2.1. En este orden de ideas, se incluye también en forma detallada, pero no limitativa, quienes se deben entender como trabajadores por cuenta propia e independientes, y se enumera a los *taxistas, transportistas, motorizados y motorizadas, comerciantes, artesanos, pequeños mineros y pequeñas mineras artesanales, barberos, peluqueros, pescadores, agricultores, trabajadores temporales, amas de casa, empleados domésticos, cultores populares, profesionales y todo aquel que ejerza por cuenta propia cualquier actividad productiva para el sustento de sí mismo y de su familia*. Sumo cuidado debe prestársele a semejante ejemplificación de trabajadores no dependientes, pues varias de las categorías señaladas anteriormente, no siempre prestan sus servicios de manera autónoma o independiente. Es un hecho altamente conocido que por ejemplo los motorizados, algunos transportistas, barberos, peluqueros, domésticos, pueden prestar sus servicios de manera subordinada o dependiente, siendo entonces acreedores de los beneficios previstos en la legislación laboral, y estando generalmente cubiertos por la seguridad social obligatoria propia de este tipo de trabajadores. En cualquier caso, la incorporación de esos trabajadores a la seguridad social también nos parece redundante e innecesaria, ya que los artículos 80, 81, 83, 84 y especialmente el 86 de la Constitución vigente, les garantiza el derecho a la seguridad social.

4. Quizá uno de los artículos más conocidos, y de los más publicitados, ha sido la reducción de la jornada laboral para los trabajadores dependientes o subordinados. La Reforma modifica el Artículo 90 de la Constitución vigente, y propone que *la jornada de trabajo diurna no excederá de seis horas diarias o de treinta y seis horas semanales, igualmente, la nocturna no excederá de seis horas diarias o de treinta y cuatro semanales*. De acuerdo con lo antes expuesto, se producirá una reducción de la jornada diurna de 8 a 6 horas diarias y de 44 a 36 horas semanales; y de la jornada nocturna de 35 a 34 horas semanales. Ahora bien, aún cuando la norma propuesta nada señala al respecto, suponemos que se producirá también una reducción de la jornada mixta vigente.

4.1. La Disposición Transitoria Cuarta, Numeral Tercero de la Constitución vigente obliga a la Asamblea Nacional de dictar una Reforma a la LOT, y establecer *un conjunto de normas integrales que regulen la jornada de trabajo, propendiendo a su disminución progresiva en los términos previstos en los acuerdos y Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ("OIT") suscritos por Venezuela*. La sentencia N° 1168 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ("SC del TSJ") de fecha 15 de junio de 2004⁸, otorgó a la Asamblea Nacional un plazo de seis (6) meses, que venció el 15 de diciembre de 2004, para legislar en materia de prestaciones sociales y jornada de trabajo acuerdo con lo dispuesto en la Constitución vigente. A pesar que han pasado varios años de la referida obligación, la Asamblea Nacional no cumplió con el referido mandato, y le pidió a la referida Sala, mediante comunicación de fecha 13 de diciembre de 2004 (ratificada en fecha 11 de enero de 2005) extensión para cumplir con lo ordenado. La referida extensión fue otorgada por la SC del TSJ, mediante sentencia N° 0625 de fecha 20 de marzo de 2006⁹. A la presente fecha, la ordenada modificación todavía no se ha materializado.

8 Para la revisión del texto completo de la sentencia, ver: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1168-150604-03-1745.htm>

9 *Idem*, ver: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/625-200306-03-1745.htm>

Con esto se quiere reflejar que la reducción de jornada pudo haberse efectuado sin necesidad de la Reforma, pues una modificación legislativa de la LOT hubiese sido suficiente. Lo mismo aplica para el *Fondo de Estabilidad Social* referido anteriormente. De hecho, el Diputado de la Asamblea Nacional Francisco Torrealba, quien además es dirigente sindical de la corriente del Presidente de la República, y representante del *Comando Zamora* que apoya la Reforma, así como el Diputado Oswaldo Vera, han señalado públicamente *que los cambios laborales se aplicarán incluso sin aprobar la reforma*¹⁰. En este mismo orden de ideas, el Ministro del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social, también ha dicho reiteradamente que de aprobarse la Reforma, *la reducción de la jornada laboral será progresiva hasta el año 2010, dependiendo de las condiciones de cada empresa*¹¹. Ello también está en sintonía con lo señalado en la *Disposición Transitoria Primera, Numeral 11*, de la Reforma, que establece la necesidad de una legislación acorde con la reforma, donde se establezca una reforma a la LOT, de manera de *establecer un sistema de aplicación progresiva que regule la nueva jornada laboral prevista en el artículo 90 de esta Constitución*.

4.2. No hemos tenido acceso a los estudios realizados por el Ejecutivo sobre las razones y fundamentos que motivaron la reducción de la jornada y su impacto económico, ni como se configuraría la referida reducción de jornada en el marco del comercio internacional y las condiciones de competitividad y productividad de las empresas venezolanas en relación con las del resto del mundo. La prensa nacional ha señalado de acuerdo con estudios de la Encuestadora Datanálisis, la reducción de la jornada excluye a la mitad de los trabajadores, ya que sólo el 48,75% de la población será favorecido por la mencionada reducción¹². Asimismo, el Vice-Ministro del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social ha declarado que el Gobierno confía en que la reducción de la jornada laboral permita la creación de 132.797 nuevos empleos¹³, lo cual no es muy significativo para el mercado laboral venezolano.

4.3. La eventual reducción de la jornada laboral no debe implicar la eliminación de las jornadas especiales de hasta 11 horas efectivas de trabajo establecidas en el artículo 198 de la LOT, ni de los horarios especiales previstos en el artículo 201 de la LOT (trabajo continuo y por turnos), y 206 de la LOT (jornada flexible por acuerdo con los trabajadores) en concordancia con los artículos 84 y 85 del Reglamento de la LOT¹⁴ ("RLOT") previstos en la legislación laboral vigente. Al respecto, tenemos que señalar que luego de la reducción de la jornada nocturna en la Constitución vigente, de 40 a 35 horas semanales, la SC del TSJ mediante sentencia N° 1183, de fecha 3 de julio de 2001¹⁵ con motivo de la acción por nulidad interpuesta por *R. Pérez y C. Wulkop contra artículos 198 y siguientes de la LOT*, dejó expresamente establecida la validez de las referidas jornadas especiales señalando que la modificación constitucional estaba referida únicamente a la reducción de la jornada nocturna y que en

10 Ver: http://www.eluniversal.com/2007/11/21/eco_art_cambios-laborales-se_605692.shtml

11 Ver declaraciones de fecha 16 de agosto de 2007 en la Agencia Bolivariana de Noticias: http://www.abn.info.ve/go_news5.php?articulo=100621 En este mismo orden de ideas ver: http://buscador.eluniversal.com/2007/11/03/eco_art_recorte-de-jornada-s_576581.shtml

12 Fuente: Diario *El Nacional*. Domingo 18 de noviembre de 2007. Artículo de Carla Navarro.

13 En este sentido ver: http://www.eluniversal.com/2007/11/20/eco_art_reduccion-de-jornada_603954.shtml, http://www.abn.info.ve/go_news5.php?articulo=111036

14 *Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, GORV* N° 5.292 (E) de fecha 25 de enero de 1999, reformado en *GORBV* N° 38.426, de fecha 28 de abril de 2006.

15 Ver: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1183-030701-00-0486.htm>

modo alguno ello implicaba la eliminación de las jornadas especiales (i.e. trabajadores rurales, trabajadores de confianza y dirección, jornada flexible, entre otros) las cuales se mantienen vigentes.

5. Se elimina la facultad unilateral del Poder Electoral de organizar elecciones sindicales, lo cual sólo podrá hacer a solicitud de los sindicatos, de conformidad con el Artículo 293 de la Reforma. Con ello se adapta la Constitución a lo previsto en el Convenio N° 98 de la OIT¹⁶, puesto que la Constitución vigente había provocado cierta controversia y reclamos de los sindicatos, quienes alegaban que la norma modificada atentaba contra el principio de *autarquía sindical*.

6. Por último, la referida *Disposición Transitoria Primera, numeral 11, de la Reforma*, establece la necesidad de una legislación acorde con su reforma, donde se establezca una reforma a la LOT, *estableciendo un nuevo régimen para el derecho a prestaciones sociales consagrado en el artículo 92 de esta Constitución, cuyo pago será proporcional al tiempo de servicio, calculado con base al último salario devengado, y con un lapso de prescripción de diez años, que se aplicará de manera inmediata con la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional*.

6.1. A pesar que la reforma de la LOT había ya sido ordenada por la Disposición Transitoria Cuarta, Numeral Tercero de la Constitución vigente, ello nunca se llevó a cabo. En este sentido reiteramos lo señalado bajo la sección 4.1. No conocemos los estudios económicos de factibilidad de la reforma en el método de cálculo ordenado, ni las partidas presupuestarias a las que el Estado le atribuirá los costos asociados a la misma.

6.2. De aprobarse la Reforma entraría inmediatamente a su vigencia una prescripción decenal para el pago de la prestación de antigüedad. No conocemos las razones jurídico, económicas o políticas que motivaron semejante mandato en la Constitución vigente, contraria a la prescripción anual de las prestaciones sociales establecida en el artículo 10 de la LOT, lo que se reitera en la propuesta comentada, pero con la diferencia fundamental que no haría falta modificación legislativa alguna, pues entraría en funcionamiento con la vigencia de la nueva Constitución en caso de ser aprobada. Tampoco entendemos el fundamento de la limitación de la prescripción decenal únicamente a las prestaciones sociales, tal y como quedó redactada en la Propuesta de Reforma Constitucional.

16 *Ley Aprobatoria del Convenio N° 87 Relativo a la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, GORV N° 3011 Extraordinario, de fecha 3 de septiembre de 1982.*

Tiempo libre, libre desenvolvimiento de la personalidad e intromisión del Estado en espacios protegidos del ciudadano

Alfredo Parés Salas

Profesor en la Cátedra Seminario en Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello

I. Objeto del presente estudio es en esta oportunidad una norma particular contenida en el artículo 90 de la vigente Constitución y cuyo contenido es tocado, si bien tangencialmente, por la “Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” aprobada por la Asamblea Nacional en fecha 2 de noviembre de 2007.

A pesar que el referido artículo se halla incardinado dentro del capítulo quinto de nuestra Carta Magna, referente a los derechos sociales y de las familias y que regula principalmente el tema de la jornada laboral, el presente trabajo no versa, como bien podría pensarse en un primer momento, sobre esta área del derecho. Por el contrario, este aporte se refiere más bien al derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad como límite al ejercicio del Poder Público, a la libertad como valor esencial del ordenamiento jurídico y a la prohibición del Estado de inmiscuirse de manera imperativa en el empleo o disposición del tiempo libre de los ciudadanos.

La norma a la que nos referimos, según la cual el Estado promovería los mecanismos para la mejor utilización del tiempo libre de los trabajadores, no es una norma completamente nueva. Sin embargo, sobre dos apariencias debemos llamar la atención: primero, sobre los cambios en ella introducidos, que si bien parecieran no ser ni drásticos, ni graves, deben ser vistos con algo de detenimiento; y, segundo, sobre el verdadero alcance que, en el marco de un régimen como el propuesto por la Reforma, puede llegar a tener una norma como la aquí comentada.

No puede negarse que la norma *in commento* podría servir para la materialización de postulados con alto contenido social y, de este modo, redundar en beneficios para sus destinatarios, incluso desarrollando el propio contenido del artículo 20 de la Constitución, en el sentido de servir de instrumento para el desenvolvimiento libre de la personalidad. Sin embargo, una lectura ligera o descontextualizada puede, en casos como el presente, ser peligrosa. Ella no debe ser, como no debe serlo ninguna norma, analizada aisladamente, ha de ser leída más bien, a la luz de un nuevo sistema de Estado, que con la Reforma se intenta imponer.

Sobre las inquietudes aquí resumidas intentaremos hacer un par de reflexiones en las líneas que siguen.

II. Como ya se dijo, ciertamente esta norma no es una novedad. Ella fue incorporada por vez primera, aunque en términos mucho más simples, en la Constitución de 1961. Allí, podía hallársele en el artículo 86, a tenor del cual se dispondría “lo conveniente para la mejor utilización del tiempo libre” de los trabajadores. Posteriormente, en la Constituyente de 1999,

la norma fue objeto de algunos cambios, de algunas adiciones, ampliándose su redacción en la Constitución producto de aquella, de la manera siguiente:

“... se dispondrá lo conveniente para la mejor utilización del tiempo libre en beneficio del desarrollo físico, espiritual y cultural de los trabajadores y trabajadoras”.

Dicho cambio pareciera no haber dado lugar a mayor discusión durante el debate constituyente. En efecto, respecto del artículo que la contiene sólo puede encontrarse en el Diario de Debates un voto salvado del constituyente Brewer-Carías, que no se refiere al tema aquí tratado. Ahora, siguiendo el ánimo de hiperinflación constitucional, en la Reforma de 2007 se pretende ampliar nuevamente su contenido. Esta vez gracias a la propia Asamblea Nacional. En el texto siguiente destacamos las nuevas expresiones introducidas/modificadas:

“**El Estado** promoverá los mecanismos para la mejor utilización del tiempo libre en beneficio de la **educación, formación integral, desarrollo humano**, físico, espiritual, **moral**, cultural y **técnico** de los trabajadores y trabajadoras, **de acuerdo con la ley respectiva**”.

Si se desea indagar acerca de lo dicho durante el procedimiento de Reforma de 2007 poco podrá encontrarse. Empero, en una mención -prácticamente la única- valdría la pena detenernos. Nos referimos aquí a la intervención de la Presidente de la Asamblea Nacional, quien en la sesión ordinaria del día 15 de octubre de 2007 sostuvo que:

“... como estaba presentada la propuesta **eran los patronos los que disponían** cómo se iba a aprovechar el tiempo libre en beneficio de los trabajadores y trabajadoras. Aquí se propuso que no fueran los patronos, sino que **el Estado promoviera** los mecanismos para la mejor utilización del tiempo libre y así fue acogido por la Comisión Mixta”.

La primera afirmación resulta imprecisa: A raíz de su construcción en pasivo, la norma objeto de modificación no deja ver a quién se habilita para disponer lo conveniente para el mejor empleo del tiempo libre. Esa interpretación, según la cual la norma *in commento* se referiría exclusivamente al patrono como destinatario de la habilitación, no es más que una, entre varias posibles. Empero, ella se usa como única excusa para justificar el cambio y la precisión de que ahora es el Estado quien decide, partiendo así de un falso supuesto y arribando consecuentemente a una conclusión inválida. Pues bien, sobre lo que no hay lugar a duda alguna, es que luego de modificada la norma, queda en manos del Estado -y sólo de él- la promoción de los referidos mecanismos.

Lo alarmante de esta situación se encuentra en la implícita habilitación que se le da ahora al Estado para darle contenido al término “mejor utilización” del tiempo libre y, en consecuencia, para promover los mecanismos para ello. Así, la ineludible pregunta que aquí debe hacerse es cómo, esto es, bajo que cánones de interpretación y a la luz de cuáles valores se interpretará unilateralmente qué es “mejor” para el trabajador y cómo debe entonces emplear su tiempo libre.

III. Bajo el imperio de un sistema en el que desaparece del ordenamiento jurídico el derecho a la libre empresa y el fomento por parte del Estado de la iniciativa privada (artículo 112); en el que los conceptos de *individuo*, y consecuentemente del *derecho individual* son relegados a un último plano y aparentemente sustituidos por el concepto de lo *colectivo*, de *pueblo* -lo que no sirve más que para ocultar que esa sustitución a quien verdaderamente da paso es al Estado- en el que la construcción de un supuesto Estado socialista y la consecución de sus fines se halla “por encima de cualquier otra consideración” (artículo 118); en el que la Administración Pública deja de estar al servicio de los particulares y se destina “a servir de instrumento a los poderes públicos” (artículo 141) y la propiedad privada queda severamente debilitada, porque ya de su garantía constitucional, de la que no puede hablarse más, también

se suprime del ordenamiento jurídico (artículo 115), en un Estado adocrinador que pretende dirigirse con base en unos supuestos principios humanísticos de una quimera, de una ininteligible invención, del llamado *socialismo bolivariano* (artículo 103), cuyo contenido es totalmente incierto y desconocido y en el que dicha “cosa” constituiría la única forma de pensar constitucionalmente admitida, excluyendo toda otra forma de pensamiento e incluso sentando las bases para tipificar como inconstitucional cualquier disidencia; en un Estado militarista, policial y centralista; en fin, bajo un sistema en el que todo gira en torno al Estado socialista, donde fenecen la alternabilidad y la descentralización como principios esenciales del mismo, donde la política nacional centra en «la construcción de una (supuesta) Democracia Socialista» (artículo 158) y en el que las figuras de control institucional quedan heridas de muerte, trayendo como resultado un desbalance desmedido del poder en favor del Presidente, cuyo lema es *patria, socialismo o muerte*, una norma como la que aquí se analiza no puede tener otro propósito que el servir de fundamento, entre otras cosas, para fomentar y materializar ese adocrinamiento socialista.

Esa subyugación constitucional de la diversidad de ideas a una única idea admisible, cuyo contenido ni siquiera se conoce con precisión, pero que coloca al Derecho al servicio de la materialización de esa única y excluyente visión, evoca palabras como las de Carl Schmitt, jurista de cabecera del nacionalsocialismo alemán, quien en 1934 aseveraba que “a totalidad del derecho (...) debe regirse sólo y exclusivamente por el espíritu del nacionalsocialismo. Cada interpretación debe ser una interpretación según el nacionalsocialismo”¹. Salvando las grandes distancias aún existentes, esa idea de colocar los postulados ideológicos del movimiento político del que se trate, léase nacionalsocialismo o socialismo humanístico del S. XXI, por encima del Derecho, no es nueva y a lo largo de la historia ha sido utilizada en incontables ocasiones para la concreción de los fines más innobles.

Ese manipulación, banalización y distorsión de términos como pueblo, soberano, poder popular, poder constituyente, entre otros, que tiene por objeto adaptar el Derecho existente, bien sea por vía interpretativa o por vía de reforma, a nuevas ideas o postulados exclusivos y excluyentes, que pretenden imponerse por encima de cualquier otra consideración y borrar del mundo jurídico y de la sociedad otras formas distintas de pensamiento es total, absoluta y *repugnantemente antidemocrática*. Stolleis al referirse al nacionalsocialismo alemán, recuerda que “el empleo de un vocabulario idealista (comunidad, integridad, organismo, esencia, fuerzas vivas del pueblo o de las etnias, orden concreto) cubría para muchos el carácter totalitario de las nuevas figuras jurídicas, determinadas por su finalidad de servir al “aprovechamiento común”, y cuya concreción se actualizaba a través de la voluntad del *Führer*”².

Un Estado como el descrito, montado sobre la base de esa estructura, de la que, por razones de espacio, sólo hemos hecho parcialmente mención, se atribuye ahora para sí, determinar *qué es mejor para el empleo del tiempo libre de sus ciudadanos*, en aras de su educación, desarrollo humano, físico, espiritual y moral. Preguntémonos entonces cuál será el producto de la interpretación que de esta norma se haga, a la luz y dentro del marco de un ordenamiento jurídico constitucional que concibe, propugna y admite una única, exclusiva y excluyente manera de pensar y de concebir sociedad y Estado, y en el que el este último asume un rol activo de protección, resguardo y fomento de esa única forma de pensar. Esta

1 Carl, Schmitt, *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, JW 1934, tomado de Müller, Ingo, *Los juristas del horror*, Editorial Actum, Caracas, p. 92.

2 Michael, Stollies, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Verlag C.H. Beck, München, 2002, p. 361.

supuesta democracia socialista sustituye, pues, el modelo de Estado Social Democrático de Derecho y de Justicia, que hemos conocido hasta ahora, con el cual es simplemente incompatible y en el que -al menos en la teoría, sobre todo en la última década- el apego al Derecho, esto es, a un ordenamiento jurídico que, además, debe ser *justo*, se halla por encima de cualquier otra consideración, con la salvedad que en casos extremos de colisión entre Derecho y Justicia, prevalece esta última, lo que la doctrina constitucional alemana denomina la *Radbruchsche Formel*.³ Esa fórmula se abandona aquí y el estricto apego de los órganos Públicos al Derecho como principio de actuación del Estado se debilita gravemente; potenciando conceptos difusos y poco claros, como “la mayor suma de felicidad posible para todo el pueblo” (artículo 318), “bienestar del pueblo” (artículo 318) o “la suprema felicidad nacional” (artículo 299), que como finalidades difusas que son -o más bien conceptos jurídicos *superindeterminados*- se colocan sobre el Derecho, para poder moldearlo y retorcerlo según las supuestas necesidades del momento, según las necesidades de la mal llamada revolución.

La técnica de la determinación de la administración del tiempo libre de los ciudadanos para lograr una forma de dominación política no violenta no es nueva. Así lo recuerda Sgrazzutti, quien revisa este fenómeno en varios regímenes dictatoriales europeos y en Argentina.⁴ Al analizar el tema en el marco del régimen nacionalsocialista alemán, recuerda el autor que “la mayor prédica que hicieron los nazis para ejercer influencia sobre las masa obreras y a la que más esfuerzo destinaron en el control del tiempo libre, fue a la elaboración de planes y viajes turísticos”.⁵ La *Kraft durch Freude* alemana era en el fondo “una gran organización económica, para inculcarles a los trabajadores, la cosmovisión nacional socialista”.⁶ De similar modo, la *Fundação Nacional para a Alegria no Trabalho* en Portugal, “se proponía llevar a cabo el proceso de control de la fuerza laboral y aplicar de manera similar al fascismo y al nazismo, una política de nacionalización de la vida de los trabajadores”. A manera ilustrativa, veamos la primera consagración legislativa de este mecanismo en la España franquista, según la cual “se crearán las instituciones necesarias para que en las horas libres y en los recreos de los trabajadores tengan éstos acceso al disfrute de todos los bienes de la cultura, la alegría, la Milicia, la salud y el deporte”.⁷ Con la venia del lector, parafraseemos las conclusiones del citado autor, según las cuales “la legislación laboral primero, y luego la organización de las horas libres fueron formas de confrontación con sistemas económicos, sociales e ideológicos distintos. El objetivo era atraerse a las masas y buscar su nacionalización (...). En este sentido, las diferentes formas de organizar el tiempo libre, resultaron vehículos útiles para desplazar (...) las “viejas” ideas”, para imponer una dominación política. Cualquier parecido con la realidad puede *no* ser pura coincidencia.

3 Gustav, Radbruch *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, *Süddeutsche Juristenzeitung* (SJZ) 1946, p. 107.

4 Jorge Pedro, Sgrazzutti, “La organización del “Tiempo Libre” en dictaduras europeas y en Argentina entre 1922 y 1955”, *Revista HMiC-2004*, consultado en <http://seneca.uab.es/hmic>, 07/12/08.

5 *Idem*. El autor señala en sus conclusiones que “para “endulzar” un sistema represivo, los viajes de vacaciones actuaron como un mecanismo de “humanización” del trabajo, porque éste era una servicio cargado de connotaciones sociales y morales.

6 *Idem*.

7 *Idem*.

8 *Idem*.

IV. Esa posibilidad de decidir cómo el ciudadano debe aprovechar su tiempo libre para construir el socialismo, se erige como una negación del concepto de libertad del individuo, que, según nuestra Carta Magna, es valor superior del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado (artículo 2), quien tiene el deber de consolidarlo (Preámbulo) y está además protegida en diversos instrumentos internacionales. El artículo 20 de la Constitución, reconoce y garantiza el derecho de toda persona «al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social». Esta norma reitera en gran medida lo dispuesto por el artículo 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental alemana de 1949, que consagra la llamada *allgemeine Handlungsfreiheit* o libertad general de actuación. Dicho artículo prevé que «cada quien tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, en tanto no lesione derechos de otros y no violente el ordenamiento constitucional o las costumbres». De esa norma, en conjunción con la contenida en el artículo 1, párrafo 1 *eiusdem*, según la cual, «la dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección» el *Bundesverfassungsgericht* o Tribunal Federal Constitucional alemán ha derivado un derecho general a la personalidad (*allgemeine Persönlichkeitsrecht*)⁹.

El derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad es, según la doctrina alemana, el derecho con mayor amplitud en cuanto al ámbito objetivo de protección: protege constitucionalmente la libertad de cada quien para, dentro de los límites ya apuntados, hacer (faceta positiva) y dejar de hacer (faceta negativa) lo que quiera.¹⁰ Esa libertad no puede condicionarse a ninguna finalidad, ni implica en modo alguno algún tipo de carga, en el sentido que la protección se brinde sólo a actividades desarrolladas o dejadas de desarrollar, en algún u otro sentido determinado o que deban ser de alguna manera productivas, ni siquiera para la persona como tal. Muy por el contrario y como lo ha dejado sentado la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*, ésta abarca y protege hasta las más banales actividades, como incluso el alimentar palomas en un parque o el montar caballo en el bosque.¹¹ Este derecho abarca así mismo la libre configuración de la existencia, particularmente en el campo de las actividades realizadas en el tiempo libre.¹²

No está de más recordar, como lo hace Degenhart, que este derecho no sólo sirve como un derecho subjetivo de defensa (*subjektives Abwehrrecht*), esto es, un derecho de *status negativus*, que se erige como un límite a la actuación del Estado, sino que también expresa una decisión de valores de la Constitución, con un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico (*Ausstrahlungswirkung*).¹³ Usando las palabras de nuestra Constitución, no sólo es un derecho subjetivo, sino valor superior del ordenamiento jurídico. Pretender que el Estado pueda de alguna manera, so pretexto de la realización de supuestos fines socialistas o de la formación física, espiritual, moral o de cualquier tipo de formación de los trabajadores, decidir cómo puede ser aprovechado el tiempo libre de mejor manera es, lisa y llanamente, *inacceptable*. El derecho y la libertad de hacer lo que cada uno quiera durante su tiempo libre

9 Christoph, Degenhart, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I GG i.V. mit Art. 1 I GG*, Juristische Schulung (JuS), 1992, p. 362.

10 Gerrit, Manssen, *Staatsrecht II*, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2005, p. 64.

11 Decisiones del Tribunal Federal Constitucional alemán: *BVerfGE* 54, 143 (146) y *BVerfGE* NJW, 1989, 2325.

12 Christoph, Degenhart, *Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG*, Juristische Schulung (JuS), 1990, p. 167.

13 *Idem*, p. 168.

son sagrados. Cada quien puede hacer en su tiempo libre lo que a él más le plazca, sin dañar a otros y sin alterar el ordenamiento jurídico. Cuando el Estado pueda ordenarle a los ciudadanos qué hacer o cómo aprovechar mejor su tiempo libre, sucumbirá el último resquicio de libertad personal.

V. Sobre el régimen de los estados de excepción y la suspensión y restricciones de los derechos humanos

Los estados de excepción en la Reforma Constitucional

Jesús María Casal

Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello

I. INTRODUCCIÓN

Una de las reformas que surgió de la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional encargada de examinar los planteamientos formulados durante las dos primeras discusiones del Proyecto de Reforma Constitucional presentado por el Presidente de la República, o durante las posibles consultas efectuadas, es la que incide en la regulación constitucional de los estados de excepción. Presentada inicialmente como una modificación limitada al artículo 337, la reforma terminó afectando a los tres preceptos que la Constitución dedica a los estados de excepción y se vio plasmada además en una Disposición Derogatoria.

Las alteraciones introducidas implicarían un franco retroceso en materia de derechos humanos, que en parte nos remontaría, como veremos, a un escalón institucional anterior al de la Constitución de 1961. En un tema sensible para la sociedad venezolana en su conjunto, dados los abusos o crímenes perpetrados con ocasión de suspensiones o restricciones de garantías adoptadas en el ciclo de vigencia de la Constitución de 1961, tales como la prolongada restricción de las garantías económicas o la suspensión de garantías individuales con motivo de los acontecimientos del 27 y 28 de febrero de 1989, la Asamblea Nacional, con la venia presidencial, abandonó una de las conquistas fundamentales de la Constitución de 1999 y abrió las puertas a la comisión de nuevas arbitrariedades en el marco de eventuales estados de excepciones que sean declarados en el futuro.

La verdad es que la experiencia de los últimos años indica que aun en circunstancias de normalidad el abuso de poder se hace presente, sin que resulte adecuadamente contrarrestado por los órganos encargados del control jurisdiccional. Pero es grave que mediante esta Reforma Constitucional se pretenda ampliar las facultades del Poder Ejecutivo, se reduzcan las garantías aplicables durante los estados de excepción y se anticipe un uso de este instrumento que entre en colisión con tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Venezuela. Intentaremos esbozar los términos de esta ampliación de poderes y reducción de garantías, así como de este desconocimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

II. ALCANCE DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS

1. *La reaparición de la suspensión de garantías*

La Constitución de 1999 había suprimido la alusión a la suspensión de garantías, en atención a la impropiedad de esta formulación y a las erradas interpretaciones que había

suscitado en la doctrina y judicatura venezolanas. Dicha interpretación había conducido a declarar que durante una suspensión de garantías quedaban suspendidas las garantías de los derechos constitucionales, es decir, los mecanismos previstos para su protección, lo cual llevó en más de una ocasión a que se declararan inadmisibles los amparos u otras acciones judiciales dirigidas a tutelar garantías o derechos afectados por la suspensión (derecho a la libertad personal, a la libertad económica, entre otros). Para evitar este equívoco, que en realidad es conceptual y no sólo referido al uso de tal expresión en la Constitución, se había eliminado la suspensión de garantías, que ahora reaparece inexplicablemente en la Reforma Constitucional.

Ante esta recuperación del viejo concepto, es preciso reiterar que la suspensión o restricción de garantías no comporta suspensión alguna de los derechos constitucionales ni de sus garantías. Pese al empleo tradicional de esta expresión en algunas Constituciones iberoamericanas y en tratados internacionales de derechos humanos, todo ello bajo la influencia histórica de la figura napoleónica de la suspensión de la garantía de la Constitución, es inexacto explicar la naturaleza jurídica de tal figura con el concepto de la suspensión. Los estados de excepción no suponen una suspensión de derechos humanos o de sus garantías, sino una ampliación de los poderes de las autoridades, especialmente de las ejecutivas, que les permite imponer restricciones extraordinarias al ejercicio de los derechos señalados en el decreto respectivo, el cual debe señalar el alcance de la restricción. Tal restricción nunca es absoluta, pues está sujeta a los principios de necesidad, proporcionalidad y temporalidad, entre otros, tal como enseña la jurisprudencia constitucional comparada y la emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹.

2. *La supresión o reducción de las garantías no susceptibles de suspensión o restricción durante un estado de excepción*

Otro aspecto del artículo 337 que sería alterado es el concerniente a los derechos o garantías que no pueden ser afectados por la declaración de un estado de excepción. Particularmente, se elimina la mención al derecho al debido proceso y al derecho a la información como derechos o garantías no susceptibles de suspensión o restricción y también se suprime la remisión genérica o residual a otros derechos humanos intangibles.

La alusión clara y completa que hacía el artículo 337 al derecho al debido proceso es un aporte de la Constitución de 1999, que está en sintonía con la jurisprudencia interamericana, con los tratados sobre Derecho Internacional Humanitario ratificados por el Estado venezolano y con las recomendaciones de la doctrina². En lugar de mantener esta acertada previsión, la Reforma Constitucional, después del intento fallido de suprimirla enteramente del listado de garantías intangibles, optó por conservarla a medias, aludiendo sólo al derecho a la defensa y al derecho al juez natural, junto a otras garantías que se hacen explícitas en la nueva versión del artículo 337 pero que en realidad son distintas al derecho al debido proceso, de las cuales algunas, como la prohibición de la desaparición forzada de personas, ya eran inmutables a los estados de excepción según la Constitución vigente (art. 45), o según los tratados

1 Cfr. Jesús M., Casal, "Los estados de excepción en la nueva Constitución", en *La Constitución de 1999*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2000, pp. 132 y ss.; "Efectos y límites sustanciales de la suspensión o restricción de garantías constitucionales", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 96, 1995, pp. 17 y ss.

2 Cfr., entre otros, Maruja, Delfino, "El desarrollo constitucional y legal del principio de la emergencia", en *El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano*, Maracaibo, Universidad del Zulia, 1989, p. 106.

internacionales, a los que indirectamente el artículo 337 remitía mediante la noción de derechos humanos intangibles, entre los cuales se encuentra el derecho a la integridad personal (art. 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), cuya principal manifestación es la prohibición de la tortura, que el artículo 337 también preservaba de la restricción de garantías.

El fraccionamiento del derecho al debido proceso que la reforma plantea, en la cual sólo el derecho a la defensa y el derecho al juez natural quedan a salvo de los llamados poderes de crisis, no se aviene con la regulación internacional sobre la materia, menos aún si consideramos la diversidad de contenidos que la Constitución vigente en su artículo 49 asigna al derecho al debido proceso.

Desde una óptica internacional el debido proceso legal o derecho a un proceso con las debidas garantías es uno de los derechos que no pueden ser afectados por un estado de excepción. Si bien no está expresamente mencionado en el listado de derechos o garantías inmunes a la suspensión o restricción de garantías, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe la suspensión de las "garantías judiciales indispensables" para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos (art. 27.2), dentro de las cuales se encuentra obviamente el debido proceso, sin el cual no puede haber garantía judicial que merezca tal nombre. Estas garantías judiciales indispensables, una de las cuales es el amparo constitucional, son útiles además, tal como lo ha declarado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para velar por el respeto del Estado de Derecho y de la legalidad a la que incluso los estados de excepción están sometidos³.

Adicionalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos exigen que las medidas adoptadas con motivo de los estados de excepción sean compatibles con las demás obligaciones que el derecho internacional impone a los Estados (arts. 27.2 y 4.1, respectivamente), y entre tales obligaciones se hallan las derivadas de los Convenios de Ginebra de 1949 sobre Derecho Internacional Humanitario y sus Protocolos, que exigen dejar a salvo, incluso en el contexto de conflictos armados, las garantías fundamentales del debido proceso. En especial, el artículo 3 común a tales Convenios prohíbe las condenas que sean dictadas obviando las "garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados". Estas garantías judiciales indispensables no se agotan en el derecho a la defensa y en el derecho a ser juzgado por los jueces naturales, previstos en los numerales 1 y 3 del artículo 49 de la Constitución, sino que se extienden al derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial establecido con anterioridad, al igual que al derecho al intérprete, reconocidos ambos en el numeral 2 del artículo 49 pero no recogidos expresamente en la nueva formulación del artículo 337 (*Vid.*, entre otros, el art. 105 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra y los arts. 72 y 147 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra).

Otros derechos que la Constitución comprende en la categoría del debido proceso y que no están ahora excluidos de una suspensión o restricción son la presunción de inocencia; la prohibición de ser obligado a confesarse culpable o a declarar contra sí mismo o sus parientes cercanos; el principio de legalidad y de irretroactividad en materia penal; la prohibición de

3 Cfr. las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-8/87, del 30 de enero de 1987 (*El Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías*), Serie A, N° 8; y OC-9/87, del 6 de octubre de 1987 (*Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*), Serie A, N° 9.

ser juzgado dos veces por un mismo hecho, y el principio de responsabilidad del Estado por error, retardo u omisión judicial (art. 49, nums. 5, 6, 7 y 8). La afectación de estos derechos con motivo de un estado de excepción sería contraria a los principios básicos del Estado de Derecho, que la Constitución reconoce como uno de sus principios fundamentales, y en algunos supuestos quebrantaría expresamente la normativa internacional, pues de acuerdo con ésta el principio de legalidad y de irretroactividad en materia penal queda a salvo de cualquier suspensión (arts. 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En cuanto a la supresión del derecho a la información como garantía no susceptible de suspensión o restricción, es criticable que se sienten bases para la aplicación de mecanismos de censura a la prensa u otros medios de comunicación durante estados de excepción. En atención a los desafueros cometidos al abrigo de suspensiones de garantías que repercutieron en la libertad de expresión e información, la Constitución de 1999 impuso esa barrera a los poderes públicos, la cual pretende ser abandonada, desconociendo el principio de progresividad de los derechos humanos.

3. *La eliminación de límites temporales y el debilitamiento de los controles*

Siguiendo con su orientación regresiva en relación con los derechos humanos, la Reforma Constitucional plantea la supresión de los límites temporales que fueron establecidos en el artículo 338 de la Constitución para evitar excesos ya conocidos, lo que nos coloca ante el riesgo de estados de excepción prolongados o perpetuos. El artículo 338 de la Constitución de 1999 fija plazos máximos de duración para cada una de las modalidades de estados de excepción que contempla, con una sola posibilidad de prórroga. Esta cautela, justificada por situaciones como las vividas en virtud de la restricción de las garantías económicas durante 30 años, desaparece en el Proyecto de Reforma Constitucional sancionado. Su incorporación a la Carta Magna de 1999 obedeció también a la observación de la regulación que en fecha reciente habían introducido Constituciones latinoamericanas que intentaban responder a experiencias en las cuales se había abusado de los estados de excepción. En particular, la Constitución colombiana vigente, de 1991, fija límites temporales precisos a los estados de excepción, salvo en el caso de guerra exterior. Sólo en este supuesto hubiera podido fundamentarse una eliminación del límite temporal del correspondiente estado de excepción, dado que el estado de guerra puede originarse en la agresión proveniente de un actor externo, y la continuación de tal estado ser absolutamente independiente de las decisiones de las autoridades nacionales. La modificación propuesta va sin embargo mucho más allá y se extiende a todos los estados de excepción.

Los controles institucionales sobre la declaración y el mantenimiento de los estados de excepción sufren igualmente un cercenamiento. Desaparece inexplicablemente, en el artículo 339, la alusión al deber de remitir el decreto respectivo a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia "para que se pronuncie sobre su constitucionalidad", la cual sigue siendo sin embargo competente para ello, aun de oficio, a tenor del artículo 336, numeral 6, de la Constitución. La modificación se traduce en que ya no sería obligatorio para el Poder Ejecutivo remitir el decreto respectivo a la Sala Constitucional, la cual podría ejercer sus funciones de control jurisdiccional con arreglo a sus atribuciones generales y, en este caso, incluso de oficio. De esta forma el control de oficio pasaría a ser una simple posibilidad, no un paso necesario dentro del control institucional de los decretos que declaren el estado de excepción, que había sido objeto de regulación complementaria en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción. Además, se elimina la facultad de la Asamblea Nacional, o de la Comisión Delegada, de intervenir para revocar el decreto que declare el estado de excepción, al cesar las

causas que lo motivaron, lo cual representaría una involución aun respecto de la Constitución de 1961, la cual reconocía tal competencia en cabeza del Congreso de la República.

También fueron sustraídas del artículo 339 las referencias a las exigencias, principios y garantías establecidos en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Venezuela, los cuales prevén no sólo reglas sustantivas sino mecanismos internacionales de control. La Reforma Constitucional traiciona así la firme voluntad de la Constitución de 1999 de asegurar el respeto y garantía de los derechos humanos de conformidad con dichos tratados (art. 19), y alimenta la deplorable tendencia a eludir las consecuencias del categórico reconocimiento de la jerarquía constitucional de estos tratados (art. 23).

Como colofón de las modificaciones anteriores, el artículo 338 omite la remisión a una ley orgánica que previó la Constitución de 1999, la cual respondía a la finalidad de ofrecer garantías adicionales frente a los poderes extraordinarios o de crisis. Se trataba de adoptar el modelo histórico español de la existencia de una ley sobre los estados de excepción que precisara el alcance de tales poderes, una ley elaborada en tiempos de paz o normalidad, en el entendido de que dejar todo a una regulación constitucional necesariamente general, o a un decreto de suspensión o restricción de garantías concebido en medio de la emergencia, no es suficiente para proteger el Estado de Derecho y los derechos humanos. La voluntad parlamentaria de abandonar esta cautela ha sido tan rotunda que en una Disposición Derogatoria la Reforma Constitucional deroga expresamente la Ley Orgánica de Estados de Excepción.

*La eliminación del derecho a la información del
artículo 337 de la Constitución:
Violación del “Principio de Progresividad” de los
Derechos Humanos*

Ana Cristina Núñez Machado

El Artículo 337 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que el Presidente de la República puede decretar un estado de excepción y, en tal caso, restringir temporalmente las garantías constitucionales, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles.

El proyecto de reforma constitucional que será votado en referéndum el día 2 de diciembre de 2007 (en lo sucesivo el “Proyecto de Reforma”) incluye la modificación del Artículo 337, en específico, la eliminación del derecho a la información del listado de derechos cuyas garantías no pueden ser restringidas. Por consiguiente, de aprobarse dicha reforma, en estados de excepción el Presidente de la República quedará facultado para restringir (o incluso suspender) la garantía del derecho a la información. En las próximas líneas revisaremos el proceso a través del cual se propuso esta modificación (I), para luego analizar jurídicamente la improcedencia de esta propuesta (II).

I. DEL CÓMO SE PROPUSO LA ELIMINACIÓN DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO 337 DE LA CONSTITUCIÓN

El 15 de agosto de 2007 el Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, presentó al país su proyecto de “Reforma Constitucional”, el cual proponía modificar 33 de los 350 artículos de la Constitución. El Artículo 337 no estaba incluido.

Sin embargo, una vez culminada la segunda discusión del Proyecto de Reforma la Asamblea Nacional, en una grosera y evidente violación de proceso de reforma constitucional previsto en la Constitución, agregó al Proyecto de Reforma 36 artículos adicionales, incluido el Artículo 337. Estos 36 artículos en su mayoría no guardan relación alguna con los 33 artículos originalmente incluidos en el Proyecto de Reforma (como es el caso del Artículo 337, ya que el proyecto original del Presidente Chávez en nada toca el tema de los estados de excepción) y, además, no tuvieron ni primera ni segunda discusión, en abierta contravención al Artículo 343 de la Constitución que ordena que el proyecto de reforma tenga tres (3) discusiones en la Asamblea Nacional. Fue así como el “Informe de la Comisión Mixta para el Estudio del Proyecto de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela para Tercera Discusión” fechado el 14 de octubre de 2007 estableció en su punto N° 46 “incluir las modificaciones de los Artículos 337, 338 y 339 en el Proyecto de Reforma”. Para esa fecha habían transcurrido dos (2) meses desde el momento en el cual el Presidente de la República había presentado su Proyecto de Reforma y ya habían culminado la primera y segunda discusión del referido proyecto. Esta circunstancia, por sí, vicia de inconstitucional-

dad la reforma del Artículo 337, al haberse violado el procedimiento constitucionalmente establecido para su modificación.

Los venezolanos fueron así sorprendidos con la noticia de la modificación del Artículo 337, no habiendo tenido oportunidad de discutir esta propuesta, lo que abiertamente contradice las obligaciones de consulta popular que la Constitución impone para la aprobación de textos normativos.

Llama la atención que la reforma del Artículo 337 a los fines de excluir el derecho a la información ya aparecía en un "papel de trabajo" supuestamente redactado por la Comisión Presidencial para la Reforma Constitucional,¹ que circuló algunas semanas antes que el Presidente de la República presentara el Proyecto de Reforma. Allí incluso se establece que Luis Britto García sugirió expresamente "eliminar la información" del Artículo 337. Diversos voceros del oficialismo negaron la autenticidad de este documento. Sin embargo, muchas de las modificaciones constitucionales que allí se proponían terminaron siendo agregadas por la Asamblea Nacional al Proyecto de Reforma, incluida la referida al Artículo 337.

En todo caso, de espaldas a las normas que regulan el proceso de reforma constitucional previstas en la Constitución, la modificación del Artículo 337 quedó incluida en el Proyecto de Reforma. En efecto, finalmente el texto reformado del Artículo 337 fue aprobado por la Asamblea Nacional en la séptima jornada, el miércoles 24 de octubre de 2007 y fue incluido en el llamado "Bloque B" que será sometido a referendo.

II. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ELIMINACIÓN DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO 337 DE LA CONSTITUCIÓN

El derecho a la información (o, en todo caso, la libertad de expresión) no es un derecho absoluto o intangible. Por el contrario, se trata de un derecho que admite restricciones y limitaciones. De allí que la Constitución de 1999, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al consagrar este derecho, consagren a su vez la posibilidad de que el mismo tenga restricciones o límites (basados en los derechos de los demás, la protección del orden público, entre otros).

Sin embargo, el Constituyente de 1999 decidió incluir el derecho a la información en el listado de derechos cuyas garantías no podían ser restringidas en caso de dictarse un estado de excepción. En efecto, aparte de la lista de derechos intangibles "tradicionales" (o generalmente calificados como absolutos) en la cual destacan la prohibición a la tortura o a la esclavitud, los países en sus respectivas constituciones establecen cuáles otros derechos ellos consideran de tal relevancia que no pueden ser afectados ni siquiera en situaciones de estados de excepción. En el caso venezolano el Constituyente de 1999 consideró que por su especial sensibilidad, el derecho a la información, aunque derecho no absoluto, no podría ser afectado en estados de excepción, lo que implicó un avance en la protección de este derecho para los venezolanos ya que, por primera vez, su Constitución les garantizaba que el derecho a dar y recibir información no se vería limitado en situaciones de estados de excepción.

1 Dicha comisión, designada por el Presidente de la República, estaba constituida por las siguientes personas: la presidenta de la Asamblea Nacional, Cilia Flores, los diputados Carlos Escarrá, Nohefí Pocaterra, Ricardo Sanguino y Earle Herrera, la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, Luisa Estela Morales; el Defensor del Pueblo, Germán Mundaraín; el Ministro del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad, José Ramón Rivero; el Fiscal General de la República, Isaías Rodríguez; el escritor Luis Britto García y el abogado, Jesús Martínez.

Sin embargo, con la propuesta de reformar el Artículo 337 a efectos de eliminar de su texto el Derecho a la Información, existe un evidente retroceso, ya que esa protección que otorgó la Constitución de 1999 ahora desaparecería. Y resulta ser que en materia de derechos humanos los “retrocesos” no consiguen cabida pues son, en efecto, inconstitucionales, al violar el llamado principio de progresividad, tal como procedemos a explicar.

El Artículo 19 de la Constitución establece que “el Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio... de los derechos humanos”. Tal como lo explica el Profesor Brewer-Carías este principio “implica necesariamente que la interpretación de las normas correspondientes y cualquier revisión constitucional futura debe realizarse de manera más favorable al ejercicio y goce de los derechos...”². Es decir, el ordenamiento jurídico sólo puede ir avanzando en la protección de derechos humanos, creando cada vez más y mejores condiciones para su goce y ejercicio, estándole por ende vedado eliminar o restringir derechos o garantías que ya se habían consagrado. Así, las conquistas en materia de derechos son inalterables, salvo que sea para consagrar nuevas y mejores conquistas.

Y resulta ser que hay aquí una evidente violación al principio de progresividad. En efecto, sobre la base de este principio, la lista de derechos cuyas garantías no podían ser restringidas en estados de excepción sólo puede incrementarse, nunca reducirse ya que, reiteramos, en el campo de los derechos humanos, sólo es posible la evolución y nunca la involución. Por ello, la eliminación del derecho a la información del Artículo 337 de la Constitución, al ser un retroceso, es inconstitucional por violar el principio de progresividad, por lo que no le estaba dado a la Asamblea Nacional (ni a persona o autoridad alguna) incluirlo en el Proyecto de Reforma.

Tan esto es así que la opinión pública nacional e internacional e importantes expertos en la materia alzaron sus voces para denunciar que esta modificación resulta en una violación del principio de progresividad y un evidente retroceso. A este respecto se pronunció el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Ignacio Álvarez, quien calificó la reforma del Artículo 337 de la Constitución en lo que respecta al derecho a la información como un retroceso.³

“[V]oy a responder desde la perspectiva oficial como relator para la libertad de expresión ... la Relatoría Especial ve como un retroceso lo establecido en el artículo 337 en cuanto a que la libertad de información puede ser suspendida en casos de Estados de Excepción. Es un retroceso con respecto a lo que establece la Constitución actual, porque según la Constitución actual el derecho a la información no se puede suspender ni siquiera en Estados de Excepción, entonces la preocupación es por el retroceso en esta materia, y además también otra preocupación que hay con esta materia se refiere al artículo 338 con respecto a la posibilidad que se le otorga al Presidente de la República de decretar un estado de excepción ilimitado, sin que lo tenga que avalar el TSJ. Si unimos las dos cosas, tenemos que como está contenida la reforma, el Presidente de la República puede dictar un estado de excepción ilimitado y puede suspender durante ese estado de excepción el derecho a la información”.

2 Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999 - Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, 4ta Edición, Caracas, 2004, p. 550.

3 Entrevista concedida por el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Ignacio Álvarez, a la televisora venezolana GLOBOVISIÓN el 17 de noviembre de 2007.

Por su parte el Profesor Brewer-Carías, quien fuera miembro de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, señala:⁴

“En el proyecto de reforma constitucional que se había aprobado en segunda discusión en la Asamblea Nacional en octubre de 2007, en franca violación del principio de progresividad en materia de derechos humanos, se busca reducir los derechos y garantías que no podrían ser suspendidos... eliminándose la prohibición que establecía el Artículo 337 de la Constitución de 1999 de que no podían restringirse los derechos al debido proceso, a la información y los demás derechos humanos intangibles”.

En la misma línea se pronunciaron la Sociedad Interamericana de Prensa,⁵ la Iglesia Católica venezolana,⁶ las Academias Nacionales,⁷ el Colegio Nacional de Periodistas,⁸ entre muchos otros.

-
- 4 Allan Brewer-Carías, *La Reforma Constitucional de 2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 139.
- 5 “Sobre las situaciones que nosotros vemos como peligros en la reforma constitucional está el artículo 337 que contiene los estados de excepción y que contempla también que en los estados de excepción se puede eliminar completamente el derecho a informar, algo que consideramos es un retraso en la Constitución venezolana, ya que, anteriormente se contemplaba que aún en los estados de excepción no se podía limitar la libertad de expresión no sólo de los periodistas sino del pueblo venezolano”. (Subrayado nuestro). Declaraciones del Presidente de la Comisión de Libertad de Prensa e Información de la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), Gonzalo Marroquín, a los medios de comunicación venezolanos el 20 de noviembre de 2007.
- 6 [...] Otros cambios propuestos restringen derechos ya consagrados en la actual Constitución, lo que atenta contra el principio de progresividad de los derechos humanos garantizado en el Art. 19 de la actual Constitución. En este campo de los derechos humanos y constitucionales, algunas disposiciones representan una patente involución, como los artículos 337, 338 y 339 de la Reforma sobre los estados de excepción, que suspenden el derecho al debido proceso (Art. 49) y a la información (Art. 57 y 58). (Subrayado nuestro). Documento “Llamados a vivir en Libertad” - Exhortación del Episcopado Venezolano sobre la Propuesta de Reforma Constitucional”, puede ser consultado en http://politica.eluniversal.com/2007/10/19/refco_esp_exhortacion-de-los-o_19A1139479.shtml; INTERNET.
- 7 “La situación se ha hecho aún más delicada con el intento de la Asamblea Nacional de modificar otras disposiciones de la Constitución sin seguir ninguno de los procedimientos de iniciativa previstos en el propio texto constitucional; así como con su pretensión de contrariar el carácter progresivo de los derechos constitucionales, eliminando la cualidad inamovible del derecho a la información y al debido proceso en los estados de excepción”. (Subrayado nuestro). Comunicado de las Academias Nacionales, puede ser consultado en http://politica.eluniversal.com/2007/10/19/pol_esp_declaracion-de-las-a_19A1139077.shtml; INTERNET.
- 8 “La Asamblea Nacional, al eliminar caprichosamente y partidistamente el Derecho a la Información del artículo 337 de la Constitución, coloca al ciudadano en un estado de total indefensión informativa, al negarle el derecho fundamental de estar debidamente informado, como lo establece la actual Carta Magna [...]. Los ciudadanos y los profesionales de la comunicación social en especial, rechazamos por principios la eliminación en el artículo 337 del Derecho a la Información, en los estados de excepción, aprobado por la Asamblea Nacional, ya que la exclusión de este Derecho fundamental promoverá la autocensura en el ejercicio profesional y determinará censura previa informativa a la medios de comunicación social bien sean estos públicos y privados, ya serán los gobernantes de turno quien le impondrán al pueblo la información manipulada que éste deberá conocer en esos casos. [...] Por lo tanto, el haberse eliminado en la Reforma de la Constitución el derecho fundamental del pueblo de estar debidamente informado, los ciudadanos, en estados de expedición quedaremos en una verdadera indefensión informativa, al no tener una información oportuna, veraz y plural, como lo pautó la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, entre otros los artículos: 57, 58, 106 y 143 y dejaremos de ser una sociedad participativa y protagónica”.

En definitiva, la modificación del Artículo 337 de la Constitución es absolutamente inconstitucional y, por ende, nula de nulidad absoluta e inconvencional, tanto por la violación del procedimiento mismo de reforma constitucionalmente previsto, como por la contravención al principio constitucional de la progresividad de los derechos humanos.

Comunicado del 25 de octubre 2007 que puede ser consultado en <http://www.globovision.com/news.php?nid=68795>; INTERNET.

SÉPTIMA PARTE:
EL CONTROL JUDICIAL DEL
PROYECTO DE REFORMA

El control judicial de la Reforma Constitucional

Rafael J. Chavero Gazdik

*Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional
Universidad Central de Venezuela
Universidad Católica Andrés Bello*

I. INTRODUCCIÓN

Una vez más la política parece haber interceptado al derecho. Al igual que ocurrió con el caso relacionado con la convocatoria al referendo revocatorio presidencial de 2004¹, otra vez la Sala Constitucional le da la espalda a la justicia, ahora desatendiendo una obligación cardinal: el control constitucional *tempestivo* del muy cuestionado Proyecto de Reforma Constitucional, presentado por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional y sancionado por ésta en fecha 2 de noviembre de 2007 (en adelante “PRC”).

En una avalancha de sentencias dictadas en el mes de noviembre de 2007, la Sala Constitucional (en adelante “SC/TSJ”) rechazó una buena cantidad de acciones y recursos destina-

¹ Hemos afirmado en otra oportunidad, que con motivo de la convocatoria a referendo revocatorio del Presidente de la República, en el año 2003, la Sala Constitucional dio un golpe de Estado “institucional”, al desconocer su propia jurisprudencia y la letra misma de la Constitución, para así dilatar ilegítimamente un proceso electoral solicitado por un grupo importante de ciudadanos. Véase, al respecto, la obra colectiva “*La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referéndum Revocatorio*”, Editorial Aequitas, Caracas, 2004.

dos a cuestionar la constitucionalidad del PRC. En la mayoría de esas decisiones se declara la “improponibilidad” de las acciones, en virtud de que se trata de un acto normativo “no perfeccionado”, que “no puede producir efectos jurídicos externos y, por lo tanto, no es posible controlar jurisdiccionalmente *a priori* su contenido”². Es decir, en criterio de la SC/TSJ, no puede controlarse el PRC antes de su consulta refrendaria aprobatoria, lo que quiere decir que sólo después de consultada al pueblo es que podría revisarse su apego a los límites formales y materiales consagrados en la Constitución.

A diferencia de lo que ocurrió en el caso del referendo revocatorio de 2004, donde la SC/TSJ estiró insólitamente sus competencias para asumir una controversia electoral que se encontraba en curso; en esta oportunidad más bien reduce o esquiva sus funciones, para evitar el control judicial del PRC antes de ser sometido a consulta refrendaria. Pocas veces -por no decir nunca- habíamos visto a la SC/TSJ autolimitarse en el alcance de sus funciones.

Como consecuencia de la posición fijada por la SC/TSJ, los venezolanos tuvimos que participar en una consulta refrendaria claramente contraria a los principios fundamentales establecidos en nuestra Constitución y sin haberse seguido el procedimiento debido³, lo que habría podido implicar su aprobación en caso de haber resultado favorecido dicho PRC por una mayoría de electores. Sin duda, un nefasto precedente que abre las puertas a la posibilidad de someter a consulta cualquier aberración jurídica.

En las presentes líneas nos permitiremos abordar, muy brevemente, dos puntos relacionados con el control judicial de los mecanismos de modificación constitucional: i) el alcance del control judicial; y ii) la oportunidad en que debe realizarse este control judicial.

II. EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DE LOS MECANISMOS DE MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

El Derecho Constitucional comparado muestra diversos ejemplos de límites expresos al poder constituyente reformador, los cuales suelen ser objeto de control judicial. Algunas de estas limitaciones son de carácter *sustantivo*, otras de carácter *adjetivo* y algunas de carácter *temporal*.

Para utilizar algunos ejemplos, podemos observar como las Constituciones de El Salvador, Guatemala y Honduras establecen límites expresos sustantivos, cuando rechazan la posibilidad de modificar la prohibición de reelección presidencial, en defensa del principio de alternabilidad. Se trata de límites expresos de carácter sustantivo. En otros casos, las limitaciones son menos precisas, pues buscan evitar que se puedan modificar “la forma republicana”⁴, o los “principios fundamentales de la Constitución”⁵. Pero lo importante de estas limitaciones es que establecen prohibiciones a ciertos temas que podrían ser abordados por una reforma constitucional.

2 Véase, entre otras, sentencias del 22.11.07 y 27.11.07, casos: *Rafael Contreras Millán y Alberto Nieves Alberti*.

3 Suficientes argumentos existen en esta obra colectiva para concluir en la clara violación de los principios fundamentales contenidos en el PRC. Sin duda, se trataba de un cambio radical no sólo de nuestro Texto Fundamental, sino también de nuestra historia republicana.

4 Por ejemplo, las Constituciones de Francia, Portugal, Brasil, Honduras, Guatemala, entre otras.

5 Por ejemplo, las Constituciones de Noruega, Portugal, Venezuela, entre otras.

También hay Constituciones, como por ejemplo la de Honduras, donde se prohíben expresamente que se pueda modificar el procedimiento de revisión o reforma de la Constitución (artículos 373 y 374), es decir, se impone una limitación expresa de carácter *adjetivo*. Y hay Constituciones donde se prohíben que se puedan realizar modificaciones a su texto dentro de un determinado período de tiempo (por ejemplo 10 años)⁶, o durante una situación determinada (p.e. estados de excepción), lo que constituyen límites expresos de carácter *temporal*.

En el caso venezolano, nuestra reciente historia constitucional ha mostrado cambios sustanciales. Así, la Constitución de 1961 contenía dos mecanismos a través de los cuales podía modificarse su texto: enmienda y reforma. Sin embargo, esa Constitución no establecía límites o parámetros expresos para el uso de uno y otro mecanismo, de allí que era enteramente discrecional para el proponente de la modificación, la determinación del alcance de las modificaciones planteadas. Bajo ese régimen constitucional, el único control judicial admitido para los procesos de modificación era, en principio, el procedimental⁸.

En la Constitución de 1999 se introdujeron cambios importantes con relación a los mecanismos formales de modificación constitucional. Así, entre otras modificaciones, se agregó el mecanismo de la Asamblea Nacional Constituyente, se estableció la posibilidad de que un número de electores solicitaran la activación de los distintos procedimientos de modificación constitucional y se establecieron límites y parámetros para cada uno de los distintos mecanismos de modificación constitucional.

Concretamente, de acuerdo con la vigente Constitución de 1999, tanto la enmienda como la reforma no pueden alterar la estructura fundamental de la Constitución, ni modificar sus principios fundamentales. Ello, debido a que se determinó que cualquier modificación sustancial de la Constitución debía tramitarse a través de un procedimiento más plural y complejo, como es el de la Asamblea Nacional Constituyente, el cual fue, precisamente, el que se utilizó para elaborarse la Constitución de 1999.

Esto quiere decir que la propia Constitución de 1999 puso límites expresos y materiales a los procedimientos de reforma y enmienda constitucional. El alcance del contenido de éstos ya no queda a discreción del proponente, sino que tiene como límite la no alteración de la estructura y principios fundamentales de la Constitución. Utilizando los términos del constitucionalismo tradicional, se trata de aspectos intangibles para el poder constituido, toda vez que el poder constituyente ha reservado para el poder originario -el cual sólo se expresa en una Asamblea Nacional Constituyente- las transformaciones sustanciales del texto constitucional.

Adicionalmente, la Constitución de 1999 estableció, expresamente, las formalidades que debía seguir la Asamblea Nacional para discutir y aprobar el PRC, lo que implica que nuestro Texto Fundamental también ha impuesto limitaciones formales al mecanismo de reforma constitucional.

6 Por ejemplo, las Constituciones de Portugal, Paraguay, entre otras.

7 Por ejemplo, las Constituciones de Portugal, Francia, Bélgica, entre otras.

8 Decimos "en principio" debido a que para muchos autores existen cláusulas de intangibilidad tácitas en toda Constitución, lo que permite controlar judicialmente cualquier intento de modificación de aspectos sustanciales de un determinado Estado de Derecho. Véase, al respecto, Sergio M. Díaz Ricci, "*Teoría de la Reforma Constitucional*", UNAM, Buenos Aires, 2004.

Y la lógica consecuencia del establecimiento de estos límites expresos (sustantivos y adjetivos) en algunos mecanismos de modificación constitucional es que el órgano(s) judicial encargado de la defensa de la Constitución debe controlar que el proceso de reforma constitucional, tanto en sus aspectos sustantivos como adjetivos, se adapte a los términos y limitaciones impuestos en el Texto Fundamental. Y en caso que ello sea así, deberá suspender o anular cualquier intento de modificación contrario a la Constitución.

Esta circunstancia no la discute la SC/TSJ, la cual ha admitido en las decisiones referentes a las impugnaciones del PRC⁹, que el principio de universalidad del control constitucional de los actos del poder público permite la revisión judicial de los mecanismos de modificación constitucional, al tratarse de un acto dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución. El punto controversial es en relación al momento en que puede (o más bien debe) ejercerse ese control judicial.

III. LA OPORTUNIDAD PARA EL CONTROL JUDICIAL DE LOS PROYECTOS DE MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

Corresponde ahora verificar brevemente el momento oportuno o más adecuado para ejercer el control constitucional de un proyecto de modificación constitucional. Así, con motivo del PRC analizado se presentaron distintos tipos de recursos desde el mismo momento en que el Presidente de la República anunció su intención de reformar la Constitución, hasta luego de aprobado el PRC por la Asamblea Nacional. Y seguramente, de haber sido aceptada por el pueblo, también se hubiesen ejercido acciones después de consultada popularmente. Por ello, es imprescindible dilucidar ¿Cuándo es el momento oportuno para controlar judicialmente un proyecto de modificación constitucional?

Como hemos visto, la SC/TSJ no discute la posibilidad de controlar los proyectos de modificación constitucional. Sin embargo, la mayoría de los magistrados que la conforman entienden que la revisión judicial sólo puede realizarse una vez que se ha ejercido la consulta popular sobre el proyecto de enmienda o reforma. Pareciera predominar el criterio de que una votación popular puede avalar cualquier transgresión constitucional (“voto mata Constitución”).

A nuestro juicio, esta posición olvida el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el cual implica que la justicia sólo es útil cuando llega a tiempo, y es obvio que el control judicial *post mortem* de una reforma inconstitucional deja mucho que desear de nuestro Estado de Derecho. Es simplemente inaceptable que se someta a consulta refrendaria una enmienda o reforma que exceda los límites expresos sustantivos o adjetivos establecidos en la propia Constitución. Como diría DE VEGA, ello sería simplemente una estupidez¹⁰.

Con este criterio sostenido por la SC/TSJ, habría que admitir que sería posible que un 15% de los electores presente ante el Consejo Nacional Electoral un proyecto de enmienda constitucional, donde se proponga la pena de muerte de los adversarios políticos de un gobierno. Según la tesis restrictiva de la SC/TSJ, aún ante este disparate, habría que esperar el resultado de la consulta popular, y si esta favorece la propuesta, habría que esperar que rodaran las cabezas para poder someter a control judicial tan absurda propuesta.

9 En particular, en la sentencia del 27.11.07, caso: *Alberto Nieves Alberti*.

10 Pedro, De Vega, “La Reforma Constitucional”, en AA. VV.: *Estudios sobre el proyecto de Constitución*.

En este sentido, resultan muy atinados los votos salvados de los magistrados Cabrera y Rondón. El primero afirmó, entre otras cosas, que hasta por el principio de economía procesal es necesario que la SC/TSJ impida el desarrollo de un proceso que nació viciado¹¹. Fue muy contundente al afirmar que un proyecto de enmienda o reforma es muy distinto a un proyecto de ley, pues la Constitución exige la determinación del alcance de la modificación, a los fines de verificar si se alteran o no principios fundamentales.

En el mismo sentido, el magistrado Rondón fue muy claro al alertar que una aprobación por referéndum popular no podría convalidar una inconstitucionalidad. Resulta perfecto el símil que éste realiza con las causales de inelegibilidad de un candidato, pues si éste no puede ser elegido no es necesario esperar votación alguna. Nos adherimos plenamente a la tesis del magistrado Rondón, quien entiende que para este tipo de casos resulta necesario ampliar todas las posibilidades de control judicial, pues está en juego nada más y nada menos que una Constitución. Aquí es cuando la tutela judicial tiene que ser mucho más efectiva.

A nuestro juicio, el momento oportuno para ejercer el control constitucional de un proyecto de enmienda o reforma es luego de aprobado por la Asamblea Nacional (de ser el caso¹²) y antes de que este se someta a consulta popular. Antes no tendría sentido, pues la Asamblea podría modificarlo o rechazarlo; y después podría ser muy tarde o innecesario.

Cuando decimos que el control *a posteriori*, es decir, luego de sometida a consulta, puede ser muy tarde, lo decimos por el hecho de que una reforma inconstitucional no puede convalidarse por la votación popular. Además, la sola aplicación de una reforma inconstitucional avalada popularmente puede ser fatal para el desarrollo institucional de un Estado. Y decimos que puede ser innecesario, pues de rechazarse el proyecto no habría necesidad de controlar absolutamente nada.

De hecho, con la tesis expuesta por la SC/TSJ los venezolanos nos quedamos sin una decisión sobre el fondo de un asunto tan trascendente, pues luego de rechazado popularmente el PRC no podría someterse a control judicial, pues ya dejó de ser relevante jurídicamente, al haberse rechazado su aprobación. Es decir, ante un tema tan polémico como el contenido en el PRC, nos quedamos sin conocer, por parte de la SC/TSJ si se estaba alterando o no nuestros principios fundamentales.

Si bien hay casos de Derecho Comparado donde se ha admitido el control constitucional *a posteriori*, ello no significa que este deba ser el momento más oportuno¹³. Ello sería, en todo caso, un mal menor, como fórmula de impedir la continuación del caos, pero es obvio que éste siempre hay que evitarlo. Por ende, el control constitucional tiene que ser *a priori*, de modo de evitar someter al pueblo a la indignación de votar por un proyecto jurídicamente inaceptable.

11 Y hasta por el principio de austeridad, pues hay que ver la cantidad de recursos que deben gastarse para una consulta popular de esta magnitud. Todo lo que se habría ahorrado el pueblo de Venezuela si se hubiese ejercido a tiempo, y con objetividad, el respectivo control constitucional.

12 Decimos de ser el caso, pues para las solicitudes populares de enmienda la Constitución no se exige la intervención de la Asamblea Nacional, de allí que puedan presentarse directamente ante el organismo comicial.

13 Véase, por ejemplo, el caso *Fayt, Carlos vs. Estado Nacional*, sentencia de la Corte Suprema de la Nación argentina, del 19-08-99, donde esa Corte aceptó la plena justiciabilidad de la reforma constitucional, incluso luego de aprobada ésta.

Y no sólo que el control judicial tiene que ser antes de la consulta popular, sino que el procedimiento debería ser urgente y expedito, de modo de obtener una decisión sobre el fondo del asunto antes de su aprobación. Es decir, dentro de los 30 días a que hace referencia el artículo 344 de la Constitución.

Lamentablemente, la SC/TSJ evadió una tarea indispensable, al rechazar el control constitucional del PRC antes de ser sometido a consulta popular. Con ello se puso en riesgo la institucionalidad democrática. Y recordemos que ésta no depende de las mayorías.

No sabremos nunca el costo (de todo tipo) que representó para los venezolanos el tener que transitar por la angustia de una consulta donde nos jugamos la democracia. Ese calvario ha debido evitarse con un control constitucional objetivo y sensato. Esperemos que se trate de un criterio fugaz y ojalá podamos contar los venezolanos con las garantías suficientes para que en casos de esta naturaleza: la política no intervenga en la justicia.

*Los actos estatales expresados en el
procedimiento de Reforma de la Constitución:
Naturaleza jurídica y control judicial*

Cosimina G. Pellegrino Pacera

*Profesora de Derecho Administrativo en la
Universidad Central de Venezuela*

1. Las presentes reflexiones tienen su origen próximo en la jurisprudencia producida recientemente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ocasión de los diversos recursos interpuestos contra el Proyecto de Reforma Constitucional, que puede parecer de dudosa ortodoxia y, desde luego, reputarse incongruente a los principios de nuestro Derecho Público.

En efecto, como es sabido, la doctrina ha puesto de relieve, en el punto de los actos producidos por los órganos estatales, la consideración de que todas las actuaciones del Estado derivan de la ejecución de la Constitución, como norma suprema y como fundamento del ordenamiento jurídico, producto de la aplicación del principio de la formación del derecho por grados, conforme al cual todas las actuaciones del Estado derivan de la ejecución de la Constitución en forma escalonada y sucesiva.

En tal sentido, con base en el anterior principio se configuran dos tipos de actividades estatales. Así, hay actividades que realizan los órganos del Estado, en ejecución directa e inmediata de la Constitución, verbigracia las leyes, así como, actividades realizadas en ejecución directa e inmediata de la legislación, e indirecta y mediata de la Constitución, como la actividad administrativa.

Las primeras actividades, son esencialmente de carácter legal, y por ende, sometidas al control de constitucionalidad a cargo de la jurisdicción constitucional, que conforme a lo dispuesto en el propio Texto Fundamental, corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (artículos 334 y 336.2.4). Por el contrario, las segundas, constituyen actividades estatales de carácter sublegal, y por ende, sujetas al control de constitucionalidad y legalidad que corresponden a otras instancias jurisdiccionales del Poder Judicial.

Respecto a los actos de carácter legal, debemos enfatizar, a los efectos de comprender mejor su naturaleza jurídica, que para su formación no requieren de ley alguna, ni mucho menos de una legislación que los regule. De hecho, los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución están sometidos a lo que dispone la Constitución, no teniendo competencia el legislador para regularlos mediante leyes.

Por su parte, los actos que se dictan en ejecución directa e inmediata de la legislación, por ejemplo, la actividad administrativa, expresada a través de los actos jurídicos - unilaterales o bilaterales- y hechos materiales, están sometidos, además del Texto Fundamental, como toda actividad estatal, a las regulaciones contempladas en las leyes y en otras fuentes del derecho.

2. La construcción de la categoría de actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución no es ajena a los actos producidos por los órganos estatales que intervienen en el procedimiento de la Reforma de la Constitución, previsto en el Texto Fundamental. De hecho, observamos que la actividad producida dentro del marco general del reseñado procedimiento constitucional, es fruto de la ejecución directa e inmediata de lo dispuesto en los artículos 342, 343 y 344 constitucionales, y por ende, sujetos al control jurisdiccional a cargo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En congruencia con lo anterior, podemos considerar el Proyecto de reforma constitucional propuesto por el Presidente de la República el 15 de agosto de 2007 ante la Asamblea Nacional -ulteriormente modificado por el órgano legislativo-, como un acto estatal dictado en ejecución directa e inmediata de lo dispuesto en el artículo 342 constitucional, habida cuenta que la propuesta de reformar el Texto Fundamental es producto del ejercicio de la potestad de iniciativa del procedimiento de Reforma de la Constitución, cuyo poder sólo está previsto directa y exclusivamente en la Constitución.

Situación idéntica acontece con respecto a los otros actos estatales realizados dentro del mencionado procedimiento de modificación del Texto Fundamental, que ejecutan directamente las atribuciones que están establecidas en la Constitución de 1999, entiéndase, el acto contenido de la aprobación del proyecto de Reforma de la Constitución proferido por la Asamblea Nacional (artículo 343), órgano que ejerce una potestad contralora, políticamente hablando, respecto a la propuesta que le sea presentada para modificar el Texto Fundamental; y el acto de convocatoria del referendo constitucional dictado por el Consejo Nacional Electoral, para la aprobación del texto definitivo del proyecto de Reforma de la Constitución sancionado por la Asamblea Nacional (artículo 344).

3. Bajo esta óptica, es quizá necesaria la revisión del procedimiento de reforma constitucional, que es por su propia estructura, un procedimiento complejo, en el sentido que consta de varias etapas o fases procedimentales, a saber, la fase de iniciación o de iniciativa de la reforma de la Constitución; la fase de discusión y sanción de la propuesta de reforma constitucional; y, la fase de convocatoria y realización del referendo aprobatorio del proyecto de Reforma de la Constitución.

No puede dudarse que cada una de las fases antes mencionadas tiene un fin específico, que se ve materializado a través de un acto jurídico. De ahí que frente a la formación y desarrollo de cada fase o etapa del procedimiento de Reforma Constitucional se emite un acto jurídico dotado de singularidad propia, en virtud del ejercicio de potestades que reconoce el Constituyente, a cada uno de los órganos que profieren esos actos. De ello se desprende que, el procedimiento de Reforma Constitucional está integrado por varios actos jurídicos dotados de su propio poder determinante.

En efecto, la propuesta de Reforma Constitucional presentada por la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes, o por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, o por una fracción del cuerpo electoral (artículo 342 constitucional), constituye una manifestación de voluntad, que tiene un carácter autónomo respecto al acto de la Asamblea Nacional mediante el cual sanciona el proyecto de Reforma Constitucional (artículo 343 constitucional), y respecto a la convocatoria del referendo aprobatorio de la Reforma Constitucional, que se encuentra regulado en el artículo 344 de la Constitución.

Sin embargo, pese a la singularidad que gozan los actos que se forman en cada una de las fases del procedimiento reseñado, es lo cierto que los mismos están conectados entre sí,

en el sentido, que para la formación de un acto consecuente o posterior, se requiere la producción de otro (antecedente), expresándose la serie de actos que se manifiestan en el procedimiento de Reforma Constitucional, como antecedentes y consecuentes hasta llegar al acto decisorio de la aprobación o no de la Reforma Constitucional, mediante referendo.

En otros términos, existe una relación encadenada de los actos jurídicos producidos en cada etapa procedimental, esto es, para alcanzar el objetivo o la meta última: aprobación o no del Proyecto de Reforma. Así pues, la propuesta de Reforma Constitucional por parte de quienes tienen el derecho a la iniciativa, constituye el acto antecedente para la producción del acto que profiera la Asamblea Nacional para sancionar el proyecto de Reforma, que se entendería como el acto consecuente del anterior, pero también, como el acto precedente de la convocatoria del referendo aprobatorio.

De acuerdo con lo que queda dicho, el procedimiento de Reforma Constitucional es, el resultado de la formación de varios actos, antecedentes y consecuentes, respectivamente integrados por declaraciones de voluntad de cada uno de los órganos del Poder Público llamados a participar, en donde cada acto, constituye el presupuesto para la formación del acto jurídico sucesivo.

4. Las consideraciones precedentes propician, a nuestro criterio, la calificación de los diversos actos producidos a través del procedimiento complejo para modificar el Texto Fundamental, mediante el mecanismo formal de la reforma, como actos definitivos, es decir, como actos que ponen fin a un asunto, en este caso, a cada una de las fases o etapas procedimentales que podríamos considerarlas como procedimientos autónomos o sub-procedimientos del procedimiento "marco" de Reforma de la Constitución.

La calificación de los actos producto de las etapas que componen el procedimiento de Reforma Constitucional, como actos definitivos, implica la posibilidad de controlarlos judicialmente, de manera autónoma e independiente, mediante los recursos y acciones procesales contemplados en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; esto es, derivación del principio de la universalidad del control sobre los actos estatales, uno de los pilares fundamentales sobre los cuales descansa el Estado de Derecho, y por ende, del propio Derecho Público.

Siendo esto así, resulta congruente impugnar la nulidad de cualquiera de los actos articulados en el procedimiento de Reforma Constitucional, que sean contrarios a derecho, pudiendo a su vez la nulidad declarada determinar la invalidez de los actos posteriores, específicamente, el proyecto que, en definitiva, apruebe o no el cuerpo electoral mediante referendo, y cuyos resultados deben ser proclamados por el Consejo Nacional Electoral, conforme a lo dispuesto en los artículos 199, 200 y 201 de las *Normas para Regular el Referendo de la Reforma Constitucional*, publicadas en la *Gaceta Electoral de la República Bolivariana de Venezuela* N° 401 de 8 de noviembre de 2007, los cuales establecen, expresamente, que:

Artículo 199.- El Consejo Nacional Electoral determinará el resultado del referendo una vez que verifique el cumplimiento de los extremos previstos en el artículo 345 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Artículo 200.- Se considerará aprobada la Reforma Constitucional respecto a alguno de sus bloques, si el número de votos a favor resulta superior al número de electoras o electores que votaron en contra.

Artículo 201.- Una vez verificado el resultado, elaborará la correspondiente Acta de Totalización y Proclamación de los resultados y la publicará en la *Gaceta Electoral de la República Bolivariana de Venezuela*.

5. Como consecuencia de las consideraciones antes expuestas, el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 2108/2007, de 07 de noviembre, bajo la ponencia del Magistrado Francisco Antonio Carrasqueño López, recaída en el caso *Jorge Paz Nava y otros*, según la cual la propuesta de Reforma Constitucional presentada por el Presidente de la República, constituye un acto inimpugnable por tratarse de un acto de trámite, es un error conceptual, lo cual, a nuestro juicio, no puede servir de fundamento para negarse a controlar un acto proveniente del Poder Público, de naturaleza legal, máxime cuando todos los actos estatales, incluso, los de trámite o de carácter preparatorio también están sometidos al principio de universalidad del control judicial, particularmente cuando el acto imposibilite la continuación del procedimiento, cause indefensión o lo prejuzgue como definitivo, siempre que lesione derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos de quien lo alegue, tal como lo postula el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Asimismo, resulta criticable la sentencia N° 2202/2007 de 27 de noviembre, bajo la ponencia de la Magistrado Luisa Estela Morales Lamuño, recaída en el caso *Alberto Nieves Alberti y otros*, la cual invoca los mismos argumentos esgrimidos en el fallo anterior para poder declarar "*improponible*" el recurso de nulidad contra el proyecto de Reforma Constitucional sancionado por la Asamblea Nacional y el acto de convocatoria del Consejo Nacional Electoral para celebrar el día 02 de diciembre de 2007 el referendo aprobatorio para la Reforma Constitucional, sosteniendo que sólo el acto decisorio producto del procedimiento de la Reforma Constitucional, vale decir, la aprobación o no de las normas constitucionales propuestas en el proyecto de Reforma, "*podrían ser objeto de un eventual control por parte de esta Sala*".

En conclusión, el escenario brevemente descrito a través de las sentencias provenientes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia antes comentadas, no allana el camino para que el juez constitucional proteja y ampare los derechos y garantías violados o amenazados de violación por los órganos del Poder Público. En razón de ello, creemos que las reflexiones aquí esbozadas pueden ser de alguna utilidad ante las vicisitudes que actualmente nos afectan en el seno de un Estado sujeto al Derecho.

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

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

Recopilación y selección
por Marianella Villegas Salazar
Abogado

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Reforma Constitucional*. 2. *Ley de Amnistía*. 3. *Poder Ejecutivo Nacional*. *Atribuciones: Actos de gobierno: Indultos*.

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Régimen Presupuestario*. 2. *Sistema Impositivo*. A. Impuestos. a. Impuesto sobre Alcohol y Especies Alcohólicas. b. Impuesto sobre Cigarrillos y Manufacturas de Tabaco. c. Impuesto a las Transacciones Financieras. B. Tasas y otras Contribuciones: Régimen Aduanero: Arancel de Aduanas.

III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Política de Relaciones Exteriores*. A. Tratados, Acuerdos y Convenio. a. Leyes aprobatorias. b. Resoluciones.

IV. DESARROLLO ECONÓMICO

1. *Régimen de la Moneda: Reconversión Monetaria*. 2. *Régimen Cambiario*. 3. *Régimen del Mercado de Capitales*. 4. *Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras*. 5. *Régimen del Comercio Interno*. A. Precio máximo de venta al público. B. Exclusión de la leche del control de precios. 6. *Régimen de Desarrollo Agropecuario*. 7. *Régimen de Energía y Minas*

V. DESARROLLO SOCIAL

1. *Seguridad Social*. 2. *Ciencia y Tecnología*. 3. *Régimen de Protección de Niños y Adolescentes*. 4. *Régimen de la Vivienda*. A. Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat. B. Deudores hipotecarios en moneda extranjera. C. Congelación de alquileres. D. Servicio Autónomo de Vivienda Rural.

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO1. *Reforma Constitucional*

Acuerdo de la Asamblea Nacional de fecha 2 de noviembre de 2007, mediante el cual se aprueba el "Proyecto de la Primera Reforma Constitucional" presentado por el Presidente de la República.

Resolución N° 071102-2862 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se convoca a la realización del Referendo de la Reforma Constitucional y se fija el día 2 de diciembre de 2007 como fecha para la celebración de la consulta popular. *G.E.* N° 400 de 2-11-2007.

2. *Ley de Amnistía*

Decreto N° 5.790, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Especial de Amnistía. *G.O.* N° 5.870 *Extraordinario* de 31-12-2007.

3. *Poder Ejecutivo Nacional. Atribuciones: Indultos*

Decreto N° 5.789 de la Presidencia de la República, mediante el cual se concede Indultos a los ciudadanos que en él se indican. *G.O.* N° 5.870 *Extraordinario* de 31-12-2007.

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO1. *Régimen Presupuestario*

Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Fiscal 2008. *G.O.* N° 38.829 de 11-12-2007. (Véase *G.O.* N° 5.860 *Extraordinario* de esa misma fecha).

Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal 2008. *G.O.* N° 38.829 de 11-12-2007. *G.O.* N° 38.829 de 11-12-2007. (Véase *G.O.* N° 5.861 *Extraordinario* de esa misma fecha).

2. *Sistema Impositivo*A. *Impuestos*a. *Impuesto Sobre Alcohol y Especies Alcohólicas*

Decreto N° 5.618, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto Sobre Alcohol y Especies Alcohólicas. *G.O.* N° 38.784 de 5-10-2007. (Véase *G.O.* *Extraordinario* N° 5.852 de esa misma fecha).

b. *Impuesto Sobre Cigarrillos y Manufacturas de Tabaco*

Decreto N° 5.619, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto Sobre Cigarrillos y Manufacturas de Tabaco. *G.O.* N° 38.784 de 5-10-2007. (Véase *G.O.* *Extraordinario* N° 5.852 de esa misma fecha).

c. *Impuesto a las Transacciones Financieras*

Decreto N° 5.620, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Impuesto a las Transacciones Financieras de las Personas Jurídicas y Entidades Económicas Sin Personalidad Jurídica. *G.O.* N° 38.797 de 26-10-2007. (Se reimprime por error material del ente emisor).

Providencia N° SNAT/2007/0754 del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), mediante la cual se establecen las Normas Relativas al Cumplimiento de los Deberes del Impuesto a las Transacciones Financieras de las Personas

Jurídicas y Entidades Económicas sin Personalidad Jurídica, por las cancelaciones que se hagan sin mediación de instituciones financieras. *G.O.* N° 38.809 13-11-2007.

Providencia N° SNAT/2007/0755 del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), mediante la cual se establecen las Disposiciones para el disfrute de las exenciones del Impuesto a las Transacciones Financieras de las Personas Jurídicas y Entidades Económicas sin Personalidad Jurídica. *G.O.* N° 38.809 13-11-2007.

B. *Tasas y otras Contribuciones: Régimen Aduanero: Arancel de Aduanas.*

Resolución Conjunta N° DM/091 y DM/1966 de los Ministerios del Poder Popular para las Finanzas y para la Alimentación, por la cual se establece el Régimen de Administración de Contingente Arancelario para el producto que en ella se especifica. *G.O.* N° 38.840 de 28-12-2007.

III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Política de Relaciones Exteriores*

A. *Tratados, Acuerdos y Convenio*

a. *Leyes aprobatorias*

Ley Aprobatoria del "Acuerdo General para la Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la Gran Yamahiría Árabe Libia Popular Socialista". *G.O.* N° 38.785 de 8-10-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo sobre la Cooperación en el Sector Energético entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Nicaragua. *G.O.* N° 38.797 de 26-10-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación en Materia Cultural entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Kenia. *G.O.* N° 38.797 de 26-10-2007.

Ley Aprobatoria del Convenio de Reconocimiento de Estudios, Títulos o Diplomas de Educación Media, Diversificada y Profesional, a fin de Iniciar Estudios de Educación Superior, entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Italiana. *G.O.* N° 38.797 de 26-10-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Belarús en el Área de Planificación Urbana, Vivienda e Infraestructura. *G.O.* N° 38.797 de 26-10-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Kenia, para la Cooperación Mutua y para el Establecimiento de una Comisión Mixta. *G.O.* N° 38.797 de 26-10-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del Estado de Qatar, para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en Materia de Impuesto Sobre la Renta. *G.O.* N° 38.797 de 26-10-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Malí, en el Área Cultural. *G.O.* N° 38.838 de 26-12-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Malí, en Materia Deportiva. *G.O.* N° 38.838 de 26-12-2007.

Ley Aprobatoria del Convenio entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay para la Investigación, Desarrollo y Fabricación de Productos Biológicos. *G.O.* N° 38.838 de 26-12-2007.

b. *Resoluciones*

Resolución N° 257 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Memorándum de Entendimiento para Establecer un Mecanismo de Consulta entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Niger. *G.O.* N° 38.826 de 6-12-2007.

IV. DESARROLLO ECONÓMICO

1. *Régimen de la Moneda: Reconversión Monetaria*

Resolución N° 07-11-01 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dictan las Normas que Rigen Aspectos Relativos a los Salarios y Demás Prestaciones de Carácter Social en el Marco de la Reconversión Monetaria. *G.O.* N° 38.811 de 15-11-2007.

2. *Régimen Cambiario*

Ley Contra los Ilícitos Cambiarios. *G.O.* N° 38.840 de 28-12-2007. (*G.O.* N° 5.867 Extraordinario de esa misma fecha).

Providencia N° 082 de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), por la cual se establecen los Requisitos y Trámites para la Solicitud de Autorización de Adquisición de Divisas Destinadas a las Operaciones Propias de la Actividad Aseguradora. *G.O.* N° 38.799 de 30-10-2007.

Resolución N° 07-12-01 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dictan las Normas Relativas a las Operaciones de Corretaje o Intermediación en el Mercado de Divisas. *G.O.* N° 38.836 de 20-12-2007.

Resolución N° 412.07 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, por la cual se prohíbe la emisión de tarjetas prepagadas, destinadas a la adquisición de divisas a ser autorizadas por la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), para el pago de consumos de bienes y prestación de servicios a efectuarse con ocasión de viajes al exterior, consumos electrónicos y adelantos en efectivo en cajeros electrónicos. *G.O.* N° 38.837 de 21-12-2007. (Derogada según *G.O.* N° 38.840 de 28-12-2007).

Providencia N° 084, mediante la cual se establecen los Requisitos, controles y trámite para la adquisición de divisas, destinadas al pago de consumos en el exterior. *G.O.* N° 38.839 de 27-12-2007.

3. *Régimen del Mercado de Capitales*

Resolución de la Comisión Nacional de Valores, por la cual se dictan las Normas que Regulan las Actividades de los Agentes Vendedores Contratados por las Sociedades de Corretaje y Casa de Bolsa. *G.O.* N° 38.840 de 28-12-2007. (Véase *G.O.* N° 5.869 Extraordinario de esa misma fecha).

4. Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras

Providencia N° ONT-2007-004 de la Oficina Nacional del Tesoro, por la cual se instruye al Banco Central de Venezuela, los bancos y demás instituciones financieras, la apertura de cuentas bancarias a favor del Tesoro Nacional, destinadas exclusivamente a la recepción de los fondos provenientes del impuesto a las Transacciones Financieras de las Personas Jurídicas y Entidades Económicas Sin Personalidad Jurídica. (G.O. N° 38.800 de 31-10-2007).

Resolución N° 228.07 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, por la cual se prohíbe a las instituciones financieras realizar prácticas anatocistas en el cálculo de los intereses en el financiamiento otorgado bajo la modalidad de tarjetas de crédito. G.O. N° 38.800 de 31-10-2007.

5 Régimen del Comercio Interno

A. Metrología

Decreto N° 5.693, con Rango Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Metrología. G.O. N° 38.819 de 27-11-2007.

B Precio Máximo de venta al público

Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación N° DM/271, DM/144/2007 y DM/070, por la cual se fija el Precio de la Soya de Producción Nacional. G.O. N° 38.784 de 5-10-2007.

Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación N° DM/273, DM/145/2007 y DM/071, por la cual se fija el Precio del Girasol de Producción Nacional. G.O. N° 38.784 de 5-10-2007.

Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, N° DM/298, DM/157/2007 y DM/073, por la cual se fija el Precio de la caraota negra de producción nacional. G.O. N° 38.797 de 26-10-2007.

Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, N° DM/309, DM/S/N y DM/086, por la cual se fija en todo el territorio nacional el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP), para los Productos Alimenticios que en ella se señalan. (G.O. N° 38.800 de 31-10-2007).

Resolución Conjunta N° DM/, N° DM/ y N° DM/ de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras, Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, por la cual se fija en todo el territorio nacional el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP), para los productos alimenticios que en ella se mencionan. G.O. N° 38.839 de 27-12-2007.

C. Exclusión de la leche del control de precios

Resolución Conjunta N° DM/326, DM/216/2007 y DM/090 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Ali-

mentación, por la cual se excluye del control de precios la leche esterilizada (UHT), en todas sus presentaciones, modalidades y denominaciones comerciales (completa, descremada y semidescremada incluyendo las enriquecidas). *G.O.* N° 38.827 de 7-12-2007.

6. *Régimen de Desarrollo Agropecuario*

Resolución N° DM/213/2007 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se prohíbe el sacrificio de hembras bovinas aptas para la reproducción. *G.O.* N° 38.825 de 5-12-2007.

7. *Régimen de Energía y Minas*

Ley sobre los Efectos del Proceso 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. *G.O.* N° 38.785 de 8-10-2007.

Resolución N° 264 del Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo, por la cual se dispone que los aceites y grasas lubricantes de base mineral, semisintética y sintética, destinados a los sectores automotriz e industrial, de origen nacional o importado, para uso propio y/o para ser comercializados en el mercado interno, deberán cumplir con los requisitos mínimos señalados en las Normas y Reglamentaciones Técnicas Venezolanas que en ellas se especifican. *G.O.* N° 38.829 de 11-12-2007

Resolución N° 216 del Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo, por la cual se establecen los fletes para el transporte de las gasolinas de motor y combustible diesel automotor desde las plantas de suministro propiedad de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA). *G.O.* N° 38.805 de 7-11-2007.

V. DESARROLLO SOCIAL

1. *Seguridad Social*

Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social. *G.O.* N° 38.840 de 28-12-2007. (*G.O.* N° 5.867 Extraordinario de esa misma fecha).

2. *Ciencia y Tecnología*

Ley de la Agencia Bolivariana para Actividades Espaciales. *G.O.* N° 38.796 de 25-10-2007.

3. *Régimen de Protección de Niños y Adolescentes*

Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. *G.O.* N° 38.828 de 10-11-2007. (Véase *G.O.* N° 5.859 Extraordinario de esa misma fecha).

Decreto N° 5.645 de la Presidencia de la República con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Supresión del Instituto Nacional del Menor. *G.O.* N° 38.796 de 23-10-2007. (Reimpresión según *G.O.* N° 38.796 de 25-10-2007).

Providencia N° 1085 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), por la cual se dictan las Normas Técnicas sobre Cartel Público, Espacios y Mecanismos de Seguridad en Salas de Juegos Computarizados, Electrónicos o Multimediales y de Servicios de Internet. *G.O.* N° 38.789 de 15-10-2007.

4. *Régimen de la Vivienda*

A. *Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat*

Decreto N° 5.750 de la Presidencia de la República con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat. *G.O.* N° 38.840 de 28-12-2007. (Véase *G.O.* N° 5.867 Extraordinario de esa misma fecha).

B. *Deudores hipotecarios en moneda extranjera*

Resolución N° JD-07-10 del Ministerio del Poder Popular para la Vivienda y el Hábitat, por la cual se modifica el Instructivo para el Recálculo de los Créditos Hipotecarios de Vivienda Otorgado en Moneda Extranjera por Entes no Financieros. *G.O.* N° 38.802 de 2-11-2007.

C. *Congelación de alquileres*

Resolución Conjunta N° 313, 156 y 059 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 prorroga 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 *G.O.* N° 37.941, de fecha 19 de mayo de 2004. *G.O.* N° 38.811 de 15-11-2007.

D. *Servicio Autónomo de Vivienda Rural*

Decreto N° 5.621 de la Presidencia de la República con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Supresión y Liquidación del Servicio Autónomo de Vivienda Rural. *G.O.* N° 38.784 de 5-10-2007. (Véase *G.O.* N° 5.852 Extraordinario de esa misma fecha).

Comentarios Legislativos

Propuesta de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela emitida por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007.

Comparación literal Constitución-Reforma

José Rafael Bermúdez

CONSTITUCIÓN VIGENTE

TÍTULO I PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

TÍTULO II DEL ESPACIO GEOGRÁFICO Y ~~LA DIVISIÓN POLÍTICA~~

Capítulo I Del Territorio y ~~demás~~ Espacios Geográficos

Artículo 11. La soberanía plena de la República se ejerce en los espacios continental e insular, lacustre y fluvial, mar territorial, áreas marinas interiores, históricas y vitales y las comprendidas dentro de las líneas de base recta que ha adoptado o adopte la República; el suelo y subsuelo de éstos; el espacio aéreo continental, insular y marítimo y los recursos que en ellos se encuentran, incluidos los genéticos, los de las especies migratorias, sus productos derivados y los componentes intangibles que por causas naturales allí se hallen.

El espacio insular de la República comprende el archipiélago de Los Monjes, ~~archipiélago de~~ Las Aves, ~~archipiélago de~~ Los Roques, ~~archipiélago de~~ La Orchila, ~~isla~~ La Tortuga, ~~isla~~ La Blanquilla, ~~archipiélago~~ Los Hermanos, islas de Margarita, Cubagua y Coche, ~~archipiélago de~~ Los Frailes, ~~isla~~ La Sola, ~~archipiélago de~~ Los Testigos, ~~isla~~ de Patos e ~~isla~~ de Aves; y, además, las islas,

REFORMA PROPUESTA

TÍTULO I PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

TÍTULO II DEL ESPACIO GEOGRÁFICO Y LA GEOMETRÍA DEL PODER

Capítulo I Del territorio y los espacios geográficos

Artículo 11. La soberanía plena de la República se ejerce en todo el territorio nacional, continental, marítimo y aéreo, así como en todos los espacios geográficos: continental, insular, lacustre, fluvial, mar territorial, áreas marinas interiores, históricas y vitales y las comprendidas dentro de las líneas de base rectas que ha adoptado o adopte la República; el suelo y subsuelo de éstos; el espacio aéreo continental, insular y marítimo y los recursos que en ellos se encuentran, incluidos los genéticos, los de las especies migratorias, sus productos derivados y los componentes intangibles que por causas naturales allí se hallen.

El espacio insular de la República comprende los archipiélagos de Los Monjes, Las Aves, Los Roques, La Orchila, Los Hermanos, Los Frailes y Los Testigos; las islas de Margarita, Cubagua, Coche, La Tortuga, La Blanquilla, La Sola, de Patos y de Aves, además las islas, islotes, cayos y bancos situados o que emerjan dentro del mar territorial, en el que cubre la plataforma conti-

islotas, cayos y bancos situados o que emerjan dentro del mar territorial, en el que cubre la plataforma continental o dentro de los límites de la zona económica exclusiva.

Sobre los espacios acuáticos constituidos por la zona marítima contigua, la plataforma continental y la zona económica exclusiva, la República ejerce derechos exclusivos de soberanía y jurisdicción en los términos, extensión y condiciones que determinen el derecho internacional público y la ley.

Corresponden a la República derechos en el espacio ultraterrestre suprayacente y en las áreas que son o puedan ser patrimonio común de la humanidad, en los términos, extensión y condiciones que determinen los acuerdos internacionales y la legislación nacional.

Capítulo II

De la División Política

Artículo 16. Con el fin de organizar políticamente la República, el territorio nacional se divide en el de los Estados, el del Distrito Capital, el de las dependencias federales y el de los territorios federales. El territorio se organiza en Municipios.

La división político-territorial será regulada por ley orgánica, que garantice la autonomía municipal y la descentralización político-administrativa. Dicha ley podrá disponer la creación de territorios federales en determinadas áreas de los Estados, cuya vigencia queda supeditada a la realización de un referendo aprobatorio en la entidad respectiva. Por ley especial podrá darse a un territorio federal la categoría de Estado, asignándosele la totalidad o una parte de la superficie del territorio respectivo.

mental o dentro de los límites de la zona económica exclusiva.

Sobre los espacios acuáticos constituidos por la zona marítima contigua, la plataforma continental y la zona económica exclusiva, la República ejerce derechos exclusivos de soberanía y jurisdicción en los términos, extensión y condiciones que determinen el derecho internacional público y la ley.

Corresponden a la República derechos en el espacio ultraterrestre suprayacente, incluyendo las órbitas geoestacionarias respectivas y en las áreas que son o puedan ser patrimonio común de la humanidad, en los términos, extensión y condiciones que determinen los acuerdos internacionales y la legislación nacional.

El Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela podrá decretar Regiones Estratégicas de Defensa a fin de garantizar la soberanía, la seguridad y defensa en cualquier parte del territorio y espacios geográficos de la República. Igualmente, podrá decretar autoridades especiales en situaciones de contingencia, desastres o cualquier otra que requiera la intervención inmediata y estratégica del Estado.

Capítulo II

De la geometría del poder

Artículo 16. 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 Bolivariana de Venezuela, por los estados, las regiones marítimas, los territorios federales, los municipios federales y los distritos insulares.

Los estados se organizan en municipios.

La unidad política primaria de la organización territorial nacional será la ciudad, entendida ésta como todo asentamiento poblacional dentro del municipio, e integrada por áreas o extensiones geográficas denominadas comunas. Las comunas serán las células sociales del territorio y estarán conformadas por las comunidades, cada una de las cuales constituirá el núcleo territorial

básico e indivisible del Estado Socialista Venezolano, donde los ciudadanos y las ciudadanas tendrán el poder para construir su propia geografía y su propia historia, respetando y promoviendo la preservación, conservación y sustentabilidad en el uso de los recursos y demás bienes jurídicos ambientales.

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 nacional, y que constituyan formas de autogobierno y cualquier otra expresión de democracia directa.

La Ciudad Comunal se constituye cuando en la totalidad de su perímetro se hayan establecido las comunidades organizadas, las comunas y el autogobierno comunal, por decreto del Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela, en Consejo de Ministros. Igualmente, el Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, previo acuerdo aprobado por la mayoría de los Diputados y Diputadas integrantes de la Asamblea Nacional, podrá decretar regiones marítimas, territorios federales, municipios federales, distritos insulares, provincias federales, ciudades federales y distritos funcionales, así como cualquier otra entidad que establezca esta Constitución y la ley.

En las regiones marítimas, territorios federales, Distrito Federal, municipios federales, distritos insulares, provincias federales, ciudades federales y distritos funcionales, así como cualquier otra entidad que establezca esta Constitución y la ley, el Presidente o Presidenta de la República designará y removerá las autoridades respectivas, por un lapso máximo que establecerá la ley.

Los distritos funcionales se crearán conforme a las características históricas, socioeconómicas y culturales del espacio geográfico correspondiente, así como sobre la base de las potencialidades económicas que desde ellos sea necesario desarrollar en beneficio del país.

La creación de un Distrito Funcional implica la elaboración y activación de una Misión Distrital con el respectivo Plan Estratégico Funcional a cargo del Gobierno

Nacional, con la participación y en consulta permanente con sus habitantes.

El Distrito Funcional podrá ser conformado por uno o más municipios o lotes territoriales de éstos, sin perjuicio del estado al cual pertenezcan.

La organización y funcionamiento de la Ciudad Federal se hará de conformidad con lo que establezca la ley respectiva, e implica la activación de una Misión Local con su correspondiente Plan Estratégico de Desarrollo.

Las provincias federales 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.

Las provincias federales se constituirán pudiendo agregar indistintamente estados y municipios, sin que éstos sean menoscabados en las atribuciones que esta Constitución les confiere.

La organización político-territorial de la República se regirá por una ley orgánica.

Artículo 18. La ciudad de Caracas es la capital de la República y el asiento de los órganos del Poder Nacional.

Lo dispuesto en este artículo no impide el ejercicio del Poder Nacional en otros lugares de la República.

~~Una ley especial establecerá la unidad político territorial de la ciudad de Caracas que integre en un sistema de gobierno municipal a dos niveles, los Municipios del Distrito Capital y los correspondientes del Estado Miranda. Dicha ley establecerá su organización, gobierno, administración, competencia y recursos, para alcanzar el desarrollo armónico e integral de la ciudad. En todo caso la ley garantizará el carácter democrático y participativo de su gobierno.~~

Artículo 18. La ciudad de Caracas es la capital de la República Bolivariana de Venezuela y el asiento de los órganos del Poder Nacional.

Lo dispuesto en este artículo no impide el ejercicio del referido Poder Nacional en otros lugares de la República.

El Estado venezolano desarrollará una política integral para articular un Sistema Nacional de Ciudades, estructurando lógica y razonablemente las relaciones entre las ciudades y sus territorios asociados, uniendo y sustentando las escalas locales y regionales en la visión sistémica del país.

A tales efectos, el Estado garantizará la función y uso social del suelo urbano, y prohíbe toda acción especulativa respecto a la renta de la tierra, propugnando la superación de 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.

Todos los ciudadanos y todas las ciudadanas, sin discriminación étnica, de género, edad, sexo, salud, orientación política, orientación sexual, condición social o religiosa, 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.

Una ley especial establecerá la unidad político-territorial de la ciudad de Caracas, la cual será distinguida como Cuna de Simón Bolívar, El Libertador, y Reina del Warairarepano. El Poder Nacional, por intermedio del Poder Ejecutivo y con la colaboración y participación de todos los entes del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal, así como del Poder Popular, sus comunidades, comunas, 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 la infraestructura del hábitat de las comunidades, sistemas de salud, educación, cultura, deporte y recreación, recuperación total de su casco y sitios históricos, construcción de un sistema de pequeñas y medianas ciudades a lo largo de sus ejes territoriales de expansión y, en general, lograr la mayor suma de humanización posible en la Cuna de Simón Bolívar, El Libertador, y Reina del Warairarepano.

Estas disposiciones serán aplicables a todo el Sistema Nacional de Ciudades y a sus componentes regionales.

**TÍTULO III
DE LOS DERECHOS HUMANOS Y
GARANTÍAS, Y DE LOS DEBERES**

**Capítulo I
Disposiciones Generales**

Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

**TÍTULO III
DE LOS DERECHOS HUMANOS Y
GARANTÍAS, Y DE LOS DEBERES**

**Capítulo I
Disposiciones Generales**

Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

1. ~~No se permitirán~~ discriminaciones fundadas en ~~la raza, el sexo, el credo, la~~ condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades ~~de toda persona~~.

2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas.

4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.

Capítulo II

De la nacionalidad y de la ciudadanía

Sección Primera: De la Nacionalidad

Sección Segunda: De la Ciudadanía

Capítulo III

De los Derechos Civiles

Capítulo IV

De los Derechos Políticos y del Referendo Popular

Sección Primera: ~~De los Derechos Políticos~~

Artículo 64. Son electores ~~o~~ electoras todos los venezolanos y venezolanas que hayan cumplido ~~dieciocho~~ años de edad y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política.

1. **Se prohíbe** discriminaciones fundadas en **lo étnico, género, edad, sexo, salud, credo, orientación política, orientación sexual, condición social o religiosa** o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades.

2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas.

4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.

Capítulo II

De la nacionalidad y de la ciudadanía

Sección Primera: De la Nacionalidad

Sección Segunda: De la Ciudadanía

Capítulo III

De los Derechos Civiles

Capítulo IV

De los derechos políticos, medios de participación y protagonismo del pueblo y del Referendo Popular

Sección primera: de los derechos políticos y medios de participación y protagonismo del pueblo

Artículo 64. Son electores y electoras todos los venezolanos y venezolanas que hayan cumplido dieciséis años de edad y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política.

El voto para las elecciones ~~parroquiales,~~ municipales y estatales se hará extensivo a los extranjeros o extranjeras que hayan cumplido ~~dieciocho~~ años de edad, con más de diez años de residencia en el país, con las limitaciones establecidas en esta Constitución y en la ley, y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política.

Artículo 67. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. Sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de ~~sus~~ integrantes. ~~No se permitirá el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado.~~

La ley regulará lo concerniente al financiamiento y a las contribuciones privadas de las ~~organizaciones~~ con fines políticos, y los mecanismos de control que aseguren la pulcritud en el origen y manejo de las ~~mismas~~. ~~Así mismo regulará las campañas políticas y electorales, su duración y límites de gastos propendiendo a su democratización.~~

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 asocia-~~

El voto para las elecciones municipales y estatales se hará extensivo a los extranjeros o extranjeras que hayan cumplido dieciséis años de edad, con más de diez años de residencia en el país, con las limitaciones establecidas en esta Constitución y en la ley, y no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política.

Artículo 67. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. Sus organismos de dirección y sus candidatos y candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en forma paritaria en elecciones internas con la participación de los y las integrantes de las respectivas asociaciones.

El estado podrá financiar las actividades electorales.

La ley establecerá los mecanismos para el financiamiento, el uso de los espacios públicos y acceso a los medios de comunicación social en las campañas electorales, por parte de las referidas asociaciones con fines políticos.

Igualmente, la ley regulará lo concerniente al financiamiento y a las contribuciones privadas de las asociaciones con fines políticos, así como los mecanismos de control, que aseguren la pulcritud en el origen y manejo de las citadas contribuciones. Regulará también la duración, límites y gastos de la propaganda política y las campañas electorales propendiendo a su democratización.

Se prohíbe el financiamiento a las asociaciones con fines políticos o de quienes participen en procesos electorales por iniciativa propia con fondos o recursos provenientes de gobiernos o entidades públicas o privadas del extranjero.

Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales convocados por el Consejo Nacional Electoral, postulando candidatos o candidatas.

~~ciones con fines políticos no podrán contratar con entidades del sector público.~~

~~**Artículo 70.** Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas legislativas, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.~~

~~La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo.~~

Sección Segunda: Del Referendo Popular

~~**Artículo 71.** Las materias de especial trascendencia nacional podrán ser sometidas a referendo consultivo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por acuerdo de la Asamblea Nacional, aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; o a solicitud de un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el registro civil y electoral.~~

También podrán ser sometidas a referendo

Artículo 70. Son medios de participación y protagonismo del pueblo, en ejercicio directo de su soberanía y para la construcción del socialismo: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativas, constitucional y constituyente, el cabildo abierto, la Asamblea de Ciudadanos y Ciudadanas, las decisiones de esta última tendrán carácter vinculante en el ámbito territorial respectivo, siempre que no contravengan con lo establecido en esta Constitución y las leyes; los Consejos del Poder Popular, a través de los consejos comunales, consejos de trabajadores y trabajadoras, consejos estudiantiles, consejos campesinos, consejos artesanales, consejos de pescadores y pescadoras, consejos deportivos, consejos de la juventud, consejos de adultos y adultas mayores, consejos de mujeres, consejos de personas con discapacidad, entre otros; la gestión democrática de los trabajadores y trabajadoras de cualquier empresa de propiedad social directa o indirecta, la autogestión comunal, las organizaciones financieras y microfinancieras comunales, las cooperativas de propiedad comunal, las cajas de ahorro comunales, las redes de productores libres asociados, el trabajo voluntario, las empresas comunitarias y demás formas asociativas constituidas para desarrollar los valores de la mutua cooperación y la solidaridad socialista.

Una ley nacional establecerá las condiciones para la organización y el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo.

Sección Segunda: Del Referendo Popular

Artículo 71. Las materias de especial trascendencia nacional podrán ser sometidas a referendo consultivo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros; por la Asamblea Nacional con el voto de la mayoría de los Diputados y las Diputadas; o a solicitud de un número no menor del veinte por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el Registro Electoral.

También podrán ser sometidas a referendo

consultivo las materias de especial trascendencia ~~parroquial~~, municipal y estatal. La iniciativa le corresponde a ~~la Junta Parroquial~~, al Concejo Municipal o al Consejo Legislativo, por acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; al Alcalde o Alcaldesa, o al Gobernador o Gobernadora de Estado, o a un número no menor del ~~diez~~ por ciento del total de inscritos en la circunscripción correspondiente, que lo soliciten.

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.

consultivo las materias de especial trascendencia comunal, municipal y estatal. La iniciativa le corresponde a los Consejos del Poder Popular, al Concejo Municipal o al Consejo Legislativo, por acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; al Alcalde o Alcaldesa, o al Gobernador o Gobernadora de estado, o a un número no menor del veinte por ciento del total de electores y electoras inscritos e inscritas en la circunscripción correspondiente, que lo soliciten.

No podrán ser sometidas a referendo consultivo las materias expresamente reguladas por esta Constitución.

Artículo 72. Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.

Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido o elegida el funcionario o funcionaria, se podrá solicitar al Consejo Nacional Electoral la activación del mecanismo para que los electores y electoras inscritos e inscritas en la correspondiente circunscripción del Registro Electoral, en un número no menor del treinta por ciento, soliciten 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 y sea mayor el total de votos a favor que el total de votos en contra, siempre que haya concurrido al referendo más del cuarenta por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el Registro Electoral, 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 o elegida el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato.

Artículo 73. Serán sometidos a referendo aquellos proyectos de ley en discusión por la Asamblea Nacional, cuando así lo decida ~~por lo menos las dos terceras partes~~ de los ~~e~~ las integrantes de la Asamblea. Si el referendo concluye en un sí aprobatorio, siempre que haya concurrido ~~el veintinueve~~ por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el ~~registro civil y electoral~~, el proyecto correspondiente será sancionado como ley.

Los tratados, convenios o acuerdos internacionales ~~que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales~~, podrán ser sometidos a referendo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por el voto de ~~las dos terceras partes~~ de los ~~e~~ las integrantes de la Asamblea; o por el ~~quince~~ por ciento de los electores e electoras inscritos e inscritas en el ~~registro civil y electoral~~.

Artículo 74. Serán sometidas a referendo, para ser abrogadas total o parcialmente, las leyes cuya abrogación fuere solicitada por iniciativa de un número no menor del ~~diez~~ por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el ~~registro civil y electoral~~ o por el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros.

También podrán ser sometidos a referendo abrogatorio los decretos con fuerza de ley que dicte el Presidente o Presidenta de la República en uso de la atribución ~~prescrita~~ en el numeral 8 del artículo 236 de esta Constitución, cuando fuere solicitado por un número no menor del ~~cinco~~ por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el ~~registro civil y electoral~~.

Para la validez del referendo abrogatorio será indispensable la concurrencia de, por lo menos, el cuarenta por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el ~~registro civil y electoral~~.

Artículo 73. Serán sometidos a referendo aquellos proyectos de ley en discusión por la Asamblea Nacional, cuando así lo decida la mayoría de los Diputados o las Diputadas integrantes de la Asamblea. Si el referendo concluye en un sí aprobatorio, siempre que haya concurrido no menos del treinta por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el Registro Electoral, el proyecto correspondiente será sancionado como ley.

Los tratados, convenios o acuerdos internacionales podrán ser sometidos a referendo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, o por el voto de la mayoría de los Diputados o las Diputadas integrantes de la Asamblea Nacional o por el treinta por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el Registro Electoral. Si el referendo concluye en un sí aprobatorio, siempre que haya concurrido un número no menor del treinta por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el Registro Electoral, el tratado, convenio o acuerdo internacional correspondiente se considerará aprobado.

Artículo 74. Serán sometidas a referendo, para ser abrogadas total o parcialmente, las leyes cuya abrogación fuere solicitada por iniciativa de un número no menor del treinta por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el Registro Electoral o por el Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros.

También podrán ser sometidos a referendo abrogatorio, los decretos con rango, valor y fuerza de ley que dicte el Presidente o Presidenta de la República en uso de la atribución establecida en el numeral 10 del artículo 236 de esta Constitución, cuando fuere solicitado por un número no menor del treinta por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el Registro Electoral.

Para la validez del referendo abrogatorio será indispensable la concurrencia de, por lo menos, el cuarenta por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el Registro Electoral.

No podrán ser sometidas a referendo abrogatorio las leyes de presupuesto, las que establezcan o modifiquen impuestos, las de crédito público ni las de amnistía, ni aquellas que protejan, garanticen o desarrollen los derechos humanos y las que aprueben tratados internacionales.

No podrá hacerse más de un referendo abrogatorio en un período constitucional para la misma materia.

Capítulo V

De los Derechos Sociales y de las Familias

Artículo 82. Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos.

El Estado dará prioridad a las familias y garantizará los medios para que éstas, y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas.

Artículo 87. Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar. El Estado ~~garantizará la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona puede obtener~~ ocupación productiva, ~~que le proporcione~~ una existencia digna y decorosa ~~y le garantice el pleno ejercicio de este derecho. Es fin del Estado fomentar el empleo. La ley adoptará medidas tendentes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes. La libertad de trabajo no será sometida a otras restricciones que las que la ley establezca.~~

No podrán ser sometidas a referendo abrogatorio las leyes de presupuesto, las que establezcan o modifiquen impuestos, las de crédito público ni las de amnistía, ni aquellas que protejan, garanticen o desarrollen los derechos humanos y las que aprueben tratados internacionales.

No podrá hacerse más de un referendo abrogatorio en un período constitucional para la misma materia.

Capítulo V

De los Derechos Sociales y de las Familias

Artículo 82. Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos.

El Estado dará prioridad a las familias y garantizará los medios para que éstas, y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas.

Toda persona tendrá derecho a la protección de su hogar o el de su familia declarándolo como vivienda principal ante los órganos del Poder Popular, y por lo tanto, contra él no podrán acordarse ni ejecutarse medidas preventivas o ejecutivas de carácter judicial, sin más limitaciones que las previstas en la ley o convención en contrario.

Artículo 87. Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar.

El Estado desarrollará políticas que generen ocupación productiva y adoptará las medidas sociales necesarias para que toda persona pueda lograr una existencia digna, decorosa y provechosa para sí y para la sociedad. La libertad de trabajo no será sometida a otras restricciones que las establecidas en la ley.

Todo patrono ~~o~~ patrona ~~garantizará~~ a sus trabajadores y trabajadoras condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados. ~~El Estado adoptará medidas y creará instituciones que permitan el control y la promoción de estas condiciones.~~

Todo patrono y patrona estará obligado u obligada a garantizar a sus trabajadores y trabajadoras condiciones de salud, seguridad, higiene y ambiente de trabajo digno y adecuado.

El Estado garantizará que en todos los ambientes del trabajo se cumplan dichas condiciones de salud, seguridad, higiene, ambiente y relaciones laborales acordes con la dignidad humana y creará instituciones que permitan el control y supervisión del cumplimiento de estas condiciones de trabajo.

El trabajo está sometido al régimen establecido en esta Constitución y leyes de la República.

A los fines de garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes, como taxistas, transportistas, motorizados y motorizadas, comerciantes, artesanos y artesanas, pequeños mineros y pequeñas mineras artesanales, barberos y barberas, peluqueros y peluqueras, pescadores y pescadoras, agricultores y agricultoras, trabajadores y trabajadoras temporales, amas de casa, empleados y empleadas domésticos, cultores y cultoras populares, 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 o trabajadora, puedan éstos y éstas gozar de los derechos laborales fundamentales, tales como jubilaciones, pensiones, vacaciones, reposos, pre y post natal y otros que establezcan las leyes.

Artículo 90. La jornada de trabajo diurna no excederá de ~~ocho~~ horas diarias ~~ni~~ de ~~cuarenta y cuatro~~ horas semanales. ~~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.

Artículo 90. A objeto que los trabajadores y trabajadoras dispongan de tiempo suficiente para su desarrollo integral, la jornada de trabajo diurna no excederá de seis horas diarias o de treinta y seis horas semanales, igualmente, la nocturna no excederá de seis horas diarias o de treinta y cuatro horas semanales.

Ningún patrono o patrona podrá obligar a los trabajadores o trabajadoras a laborar horas extraordinarias. ~~Se propenderá a la progresiva~~

Ningún patrono o patrona podrá obligar a los trabajadores o trabajadoras a laborar horas o tiempo extraordinario. El Estado

~~disminución de la jornada de trabajo dentro del interés social y del ámbito que se determine y se dispondrá lo conveniente para la mejor utilización del tiempo libre en beneficio del desarrollo físico, espiritual y cultural de los trabajadores y trabajadoras.~~

Los trabajadores y trabajadoras tienen derecho al descanso semanal y vacaciones remuneradas en las mismas condiciones que las jornadas efectivamente laboradas.

Capítulo VI

De los Derechos Culturales y Educativos

~~**Artículo 98.** La creación cultural es libre. Esta libertad comprende el derecho a la ~~inversión~~, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. El Estado reconocerá y ~~protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezcan la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia.~~~~

Artículo 100. Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas. La ley establecerá incentivos y estímulos para las personas, instituciones y comunidades que promuevan, apoyen, desarrollen o financien planes, programas y actividades culturales en el país, así como la cultura venezolana en el exterior.

El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras culturales su incorporación al sistema de seguridad social que les permita

promoverá los mecanismos para la mejor utilización del tiempo libre en beneficio de la educación, formación integral, desarrollo humano, físico, espiritual, moral, cultural y técnico de los trabajadores y trabajadoras, de acuerdo con la ley respectiva.

Los trabajadores y trabajadoras tienen derecho al descanso semanal y vacaciones remuneradas en las mismas condiciones que las jornadas efectivamente laboradas.

Capítulo VI

De los Derechos Culturales y Educativos

Artículo 98. La creación cultural es libre. Esta libertad comprende el derecho a la diversidad cultural en la invención, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. El Estado reconocerá los derechos de todos y todas a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico, tecnológico y en los beneficios que de él resulten.

Artículo 100. La República Bolivariana de Venezuela es el resultado histórico de la confluencia de múltiples culturas, por ello el Estado reconoce la diversidad de sus expresiones y valora las raíces indígenas, europeas y africanas que dieron origen a nuestra Gran Nación Suramericana. Las culturas populares de los pueblos indígenas, de los eurodescendientes y de los afrodescendientes, constitutivas de la venezolanidad, gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas. La ley establecerá incentivos y estímulos para las personas, organizaciones sociales, instituciones y comunidades que promuevan, apoyen, desarrollen o financien planes, proyectos, programas y actividades culturales en el país, así como la cultura venezolana en el exterior.

El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras culturales su incorporación al

una vida digna, reconociendo las particularidades del quehacer cultural, de conformidad con la ley.

Artículo 103. Toda persona tiene derecho a una educación integral, de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, ~~sin más limitaciones que las derivadas de~~ sus aptitudes, vocación y aspiraciones. La educación es obligatoria en todos sus niveles, desde el maternal hasta el nivel medio diversificado. La impartida en las instituciones del Estado es gratuita hasta el pregrado universitario. A tal fin, el Estado realizará una inversión prioritaria, ~~de conformidad con~~ las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas. El Estado creará y sostendrá instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso, permanencia y culminación en el sistema educativo. La ley garantizará igual atención a las personas con necesidades especiales o con discapacidad y a quienes se encuentren privados o privadas de su libertad o carezcan de condiciones básicas para su incorporación y permanencia en el sistema educativo.

Las contribuciones de los particulares a proyectos y programas educativos públicos a nivel medio y universitario serán reconocidas como desgravámenes al impuesto sobre la renta según la ley respectiva.

Artículo 109. El Estado reconocerá la autonomía universitaria como principio y jerarquía que permite a los profesores, profesoras, estudiantes, egresados y egresadas de su comunidad dedicarse a la búsqueda del conocimiento a través de la investigación científica, humanística y tecnológica, para beneficio espiritual y material de la Nación. Las universidades autónomas se darán sus normas de gobierno, funcionamiento y ~~la~~ administración eficiente de su patrimonio bajo el control y vigilancia que a tales efectos establezca la ley. Se consagra la autonomía universitaria para planificar, organizar, elaborar y actualizar los programas de investigación, docencia y extensión. Se establece la inviolabilidad del recinto

sistema de seguridad social que les permita una vida digna, reconociendo las particularidades del quehacer cultural, de conformidad con la ley.

Artículo 103. Toda persona tiene derecho a una educación integral, de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, a quien se le respetará sus aptitudes, vocación y aspiraciones. La educación es obligatoria en todos sus niveles, desde el maternal hasta el nivel medio diversificado. La impartida en las instituciones del Estado es gratuita hasta el pregrado universitario. A tal fin, el Estado realizará una inversión prioritaria de acuerdo a los principios humanísticos del socialismo bolivariano y tomando en cuenta las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas. El Estado creará y sostendrá instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso, permanencia y culminación en el sistema educativo. La ley garantizará igual atención a las personas con necesidades especiales o con discapacidad y a quienes se encuentren privados o privadas de su libertad o carezcan de condiciones básicas para su incorporación y permanencia en el sistema educativo. Las contribuciones de los y las particulares a proyectos y programas educativos públicos a nivel medio y universitario, serán reconocidas como desgravámenes al Impuesto Sobre la Renta, según la ley respectiva.

Artículo 109. El Estado reconoce la autonomía universitaria como principio y jerarquía que permite a los profesores, profesoras, estudiantes, egresados y egresadas de su comunidad dedicarse a la búsqueda del conocimiento a través de la investigación científica, humanística y tecnológica, para beneficio espiritual y material de la Nación. Se reconoce a los trabajadores y trabajadoras de las universidades como integrantes con plenos derechos de la comunidad universitaria, una vez cumplidos los requisitos de ingreso, permanencia y otros que pauté la ley. Las universidades autónomas se darán sus normas de gobierno, de acuerdo con los principios constitucionales de la democracia

universitario. Las universidades nacionales experimentales alcanzarán su autonomía de conformidad con la ley.

participativa y protagónica, así como las de funcionamiento y administración eficiente de su patrimonio bajo el control y vigilancia que a tales efectos establezca la ley. Se consagra la autonomía universitaria para planificar, organizar, elaborar y actualizar los programas de investigación, docencia y extensión. Se establece la inviolabilidad del recinto universitario. Las universidades nacionales experimentales alcanzarán su autonomía de conformidad con la ley.

La ley garantizará el voto paritario de los y las estudiantes, los profesores y las profesoras, trabajadores y trabajadoras para elegir las autoridades universitarias; consagrará el derecho al sufragio a todos los y las docentes que hayan ingresado por concurso de oposición, desde la categoría de instructor o instructora hasta titular y establecerá las normas para que las elecciones universitarias se decidan en una sola vuelta.

Capítulo VII

De los Derechos Económicos

Artículo 112. ~~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. El Estado promoverá 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.~~

Artículo 113. ~~No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y~~

Capítulo VII

De los derechos socioeconómicos

Artículo 112. El Estado promoverá 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.

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 o distribución social, pudiendo ser éstas 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.

Artículo 113. Se prohíben los monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualquier acto, actividad, conducta o acuerdo de

~~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, adquiriera 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.

Quando 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.

un o una particular, varios o varias particulares, o una empresa privada o conjunto de empresas privadas, 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 privada o conjunto de empresas privadas adquiriera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, 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. En general, no se permitirán actividades, acuerdos, prácticas, conductas y omisiones de los y las particulares que vulneren los métodos y sistemas de producción social y colectiva con los cuales se afecte la propiedad social y colectiva o impidan o dificulten la justa y equitativa concurrencia de bienes y servicios.

Quando se trate de explotación de recursos naturales o de cualquier otro bien del dominio de la Nación, considerados de carácter estratégico por esta Constitución o la ley, así como cuando se trate de la prestación de servicios públicos vitales, considerados como tales por esta Constitución o la ley, el Estado podrá 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 o unidades de producción socialistas, que aseguren la soberanía económica y social, respeten el control del Estado, y cumplan con las cargas sociales que se le impongan, todo ello conforme a los términos que desarrollen las leyes respectivas de cada sector de la economía. En los demás casos de explotación

de bienes de la Nación, o de prestación de servicios públicos, el Estado, mediante ley, seleccionará el mecanismo o sistema de producción y ejecución de los mismos, pudiendo otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público, y el establecimiento de cargas sociales directas en los beneficios.

Artículo 115. Se garantiza el ~~derecho~~ de propiedad. ~~Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes.~~ La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. ~~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.

Artículo 115. Se reconocen y garantizan las diferentes formas de propiedad. 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: la propiedad social indirecta cuando es ejercida por el Estado a nombre de la comunidad, y 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; 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; 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 la propiedad privada es aquella que pertenece a personas naturales o jurídicas y que se reconoce sobre bienes de uso, consumo y medios de producción legítimamente adquiridos, con los atributos de uso, goce y disposición, y las limitaciones y restricciones que establece la ley. Igualmente, toda propiedad, estará sometida a las contribuciones, cargas, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. 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,

sin perjuicio de la facultad de los órganos del Estado de ocupar previamente, durante el proceso judicial, los bienes objeto de expropiación, conforme a los requisitos establecidos en la ley.

Capítulo VIII
De los Derechos de los pueblos indígenas

Capítulo IX
De los Derechos Ambientales

Capítulo X
De los Deberes

TÍTULO IV
DEL PODER PÚBLICO

Capítulo I
De las Disposiciones Fundamentales
Sección Primera: Disposiciones Generales

Artículo 136. El Poder Público se distribuye ~~entre~~ el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional. ~~El Poder Público Nacional se divide~~ en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

~~Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.~~

Capítulo VIII
De los Derechos de los pueblos indígenas

Capítulo IX
De los Derechos Ambientales

Capítulo X
De los Deberes

TÍTULO IV
DEL PODER PÚBLICO

Capítulo I
De las Disposiciones Fundamentales
Sección Primera: Disposiciones Generales

Artículo 136. El Poder Público se distribuye territorialmente en la siguiente forma: el Poder Popular, el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional. Con relación al contenido de las funciones que ejerce, el Poder Público se organiza en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

El pueblo es el depositario de la soberanía y la ejerce directamente a través del Poder Popular. Éste no nace del sufragio ni de elección alguna, sino 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, consejos de trabajadores y trabajadoras, consejos estudiantiles, consejos campesinos, consejos artesanales, consejos de pescadores y pescadoras, consejos deportivos, consejos de la juventud, consejos de adultos y adultas mayores, consejos de mujeres, consejos de personas con discapacidad y otros entes que señale la ley.

Sección Segunda: De la administración pública

Artículo 141. La Administración Pública ~~está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.~~

Sección Tercera: De la Función Pública

Sección Cuarta: De los Contratos de Interés Público

Sección Quinta: De las Relaciones Internacionales

Artículo 152. Las relaciones internacionales de la República ~~responden a los fines del Estado en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo; ellas se rigen por los principios de independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto de los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad. La República mantendrá la más firme y decidida defensa de estos principios y de la práctica democrática en todos los organismos e instituciones internacionales.~~

Sección segunda: de las administraciones públicas

Artículo 141. Las Administraciones Públicas son las estructuras organizativas destinadas a servir de instrumento a los poderes públicos para el ejercicio de sus funciones para la prestación de los servicios, se fundamentan en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley. Las categorías de Administraciones Públicas son: las administraciones públicas burocráticas o tradicionales, que son las que atienden a las estructuras previstas y reguladas en esta Constitución; 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.

Sección Tercera: De la Función Pública

Sección Cuarta: De los Contratos de Interés Público

Sección Quinta: De las Relaciones Internacionales

Artículo 152. Las relaciones internacionales de la República se sustentan en el pleno ejercicio de la soberanía del Estado venezolano y se rigen por los principios de: independencia política, igualdad de los Estados, libre determinación y no intervención en los asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, defensa y respeto a los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad.

La República desarrollará la más firme y decidida defensa de estos principios en los organismos e instituciones internacionales, propiciando su permanente democratización para la construcción de un orden justo y equilibrado.

La política exterior de la República deberá orientarse de forma activa hacia la configuración de un mundo pluripolar, libre de la hegemonía de cualquier centro de poder imperialista, colonialista o neocolonialista.

A los efectos de garantizar el cumplimiento de esta política, se declara el Servicio Exterior como actividad estratégica de Estado. Su organización y funcionamiento será establecido en la ley respectiva.

~~**Artículo 153.** La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.~~

Capítulo II

De la Competencia del Poder Público Nacional

Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

1. La política y la actuación internacional de la República.
2. La defensa y suprema vigilancia de los intereses generales de la República, la conservación de la paz pública y la recta aplicación de la ley en todo el territorio nacional.

Artículo 153. La República promoverá la integración, la Confederación y la unión de América Latina y del Caribe a objeto de configurar un gran bloque regional de poder político, económico y social. Para el logro de este objetivo el Estado privilegiará la estructuración de nuevos modelos de integración y unión en nuestro continente, que permitan la creación de un espacio geopolítico, dentro del cual los pueblos y gobiernos de nuestra América vayan construyendo un solo proyecto Grannacional, al que Simón Bolívar llamó "Una Nación de Repúblicas".

La República podrá suscribir tratados y convenios internacionales basados en la más amplia cooperación política, social, económica, cultural, la complementariedad productiva Grannacional, la solidaridad y el comercio justo.

Capítulo II

De la Competencia del Poder Público Nacional

Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

1. La política y la actuación internacional de la República.
2. La defensa y suprema vigilancia de los intereses generales de la República, la conservación de la paz pública y la recta aplicación de la ley en todo el territorio nacional.

3. La bandera, escudo de armas, himno, fiestas, condecoraciones y honores de carácter nacional.
4. La naturalización, la admisión, la extradición y expulsión de extranjeros o extranjeras.
5. Los servicios de identificación.
6. La policía nacional.
7. La seguridad, la defensa y el desarrollo nacional.
8. La organización y régimen de la Fuerza Armada ~~Nacional~~.
9. El régimen de la administración de riesgos y emergencias.
10. La ~~organización~~ y régimen del Distrito ~~Capital y de las~~ dependencias federales.
11. La regulación de la banca central, del sistema monetario, del régimen cambiario, del sistema financiero y del mercado de capitales; la emisión y acuñación de moneda.
12. La creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos sobre la renta, sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos, el capital, la producción, el valor agregado, los hidrocarburos y minas, de los gravámenes a la importación y exportación de bienes y servicios, los impuestos que recaigan sobre el consumo de licores, alcoholes y demás especies alcohólicas, cigarrillos y demás manufacturas del tabaco, y de los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidas a los ~~Estados y~~ Municipios por esta Constitución o por la ley.
13. La legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales, así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial.
3. La bandera, escudo de armas, himno, fiestas patrias, condecoraciones y honores de carácter nacional.
4. La naturalización, la admisión, la extradición y expulsión de extranjeros o extranjeras.
5. Los Servicios de Identificación, el Registro Civil de Bienes, el Registro Civil, Mercantil y Fiscal de Personas y el Registro Electoral.
6. La policía nacional y el régimen penitenciario.
7. La seguridad, la defensa y el desarrollo nacional.
8. La organización y régimen de la Fuerza Armada Bolivariana.
9. El régimen de la administración de riesgos y emergencias.
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, supresión, ordenación y gestión de provincias federales, regiones estratégicas de defensa, territorios federales, municipios federales, ciudades federales y comunales, distritos funcionales, regiones marítimas y distritos insulares.
12. La regulación de la banca central, del sistema monetario, del régimen cambiario, del sistema financiero y del mercado de capitales; la emisión y acuñación de moneda.
13. La creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos sobre la renta, sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos, el capital, la producción, el valor agregado, los hidrocarburos y minas, de los gravámenes a la importación y exportación de bienes y servicios, los impuestos que recaigan sobre el consumo de licores, alcoholes y demás

- especies alcohólicas, cigarrillos y demás manufacturas del tabaco, y de los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidas a los estados o municipios, por esta Constitución o por la ley nacional.
- ~~14. 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.~~
- ~~15. El régimen del comercio exterior y la organización y régimen de las aduanas.~~
- ~~16. El régimen y administración de las minas e hidrocarburos, el régimen de las tierras baldías y la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país. El Ejecutivo Nacional no podrá otorgar concesiones mineras por tiempo indefinido.~~
- ~~La Ley establecerá un sistema de asignaciones económicas especiales en beneficio de los Estados en cuyo territorio se encuentren situados los bienes que se mencionan en este numeral, sin perjuicio de que también puedan establecerse asignaciones especiales en beneficio de otros Estados.~~
- ~~17. El Régimen de metrología legal y control de calidad.~~
- ~~18. Los censos y estadísticas nacionales.~~
- ~~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.~~
14. La legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales, así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial.
15. La creación, organización y recaudación de impuestos territoriales o sobre predios rurales y sobre transacciones inmobiliarias.
16. El régimen del comercio exterior, así como la organización y régimen de las aduanas.
17. El régimen y administración de las minas e hidrocarburos líquidos, sólidos y gaseosos, el régimen de las tierras baldías y la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas, salinas, ostrales y otras riquezas naturales del país. Los minerales estratégicos, el régimen y aprovechamiento de los minerales de construcción podrá ser delegados a los estados.
18. El régimen de metrología legal y control de calidad.
19. Los censos y estadísticas nacionales.

20. Las obras públicas de interés nacional.
21. Las políticas macroeconómicas, financieras y fiscales de la República.
22. El régimen y organización del sistema de seguridad social.
23. Las políticas nacionales y la legislación en materia naviera, de sanidad, vivienda, seguridad alimentaria, ambiente, aguas, turismo, ordenación del territorio.
24. Las políticas y los servicios ~~nacionales~~ de educación y salud.
25. Las políticas nacionales para la producción agrícola, ganadera, pesquera y forestal.
26. El régimen de la navegación y del transporte aéreo terrestre, marítimo, fluvial y lacustre, de carácter nacional; de los puertos, aeropuertos y su infraestructura.
27. El sistema de vialidad y de ferrocarriles nacionales.
28. El régimen ~~del servicio de correo~~ y de las telecomunicaciones, así como el régimen ~~y la~~ administración del espectro electromagnético.
29. El régimen general de los servicios públicos domiciliarios y; en especial, electricidad, agua potable y gas.
30. El manejo de la política de fronteras con una visión integral del país, ~~que permita la presencia~~ de la venezolanidad ~~y el mantenimiento territorial~~ y la soberanía en esos espacios.
31. La organización y administración nacional de la justicia, del Ministerio Público ~~y~~ de la Defensoría del Pueblo.
20. 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.
21. Las obras públicas de interés nacional.
22. Las políticas macroeconómicas, financieras y fiscales de la República, así como las de control fiscal.
23. El régimen y organización del sistema de seguridad social.
24. Las políticas nacionales y la legislación en materia naviera, de sanidad, vivienda, seguridad alimentaria, ambiente, aguas, turismo, inventario de los recursos naturales, patrimonios territoriales y ordenación del territorio.
25. Las políticas y los servicios de educación y salud.
26. Las políticas nacionales para la producción agrícola, ganadera, pesquera y forestal.
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.
28. El sistema de vialidad, teleféricos y de ferrocarriles nacionales.
29. El régimen de los servicios postales y de las telecomunicaciones, así como el régimen, administración y control del espectro electromagnético.
30. El régimen general de los servicios públicos, y en especial los servicios domiciliarios de telefonía básica, electricidad, agua potable y gas.
31. El manejo de la política de fronteras con una visión integral del país en defensa de la venezolanidad, la identidad nacional, la integridad y la soberanía en esos espacios.

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 notarías 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.

33. Toda otra materia que la presente Constitución atribuya al Poder Público Nacional, o que le corresponda por su índole o naturaleza.

32. La organización y administración nacional de la justicia, del Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo y de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

33. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, administrativa, ambiental, energética; penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado y público; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la económica y financiera; la de crédito público; la de propiedad intelectual, industrial y de derecho de autor o autora; 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 notarías 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.

34. La gestión y administración de los ramos de la economía nacional, así como su eventual transferencia a sectores de economía de propiedad social, colectiva o mixta.

35. La promoción, organización y registro de los Consejos del Poder Popular, así como el apoyo técnico y financiero para el desarrollo de proyectos socioeconómicos de la economía social, de acuerdo a las disponibilidades presupuestarias y fiscales.

36. Toda otra materia que la presente Constitución atribuya al Poder Público Nacional, o que le corresponda por su índole o naturaleza, o que no esté atribuido expresamente a la competencia estatal o municipal.

Artículo 157. La Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, podrá atribuir a los ~~Municipios~~ o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la ~~descentralización~~.

Artículo 158. La ~~descentralización~~, como política nacional, ~~debe profundizar la democracia, acreando 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.~~

Capítulo III Del Poder Público Estatal

Artículo 163. Cada Estado ~~tendrá~~ una Contraloría que ~~gozará de autonomía orgánica y funcional.~~ La Contraloría del Estado ejercerá, conforme a esta Constitución y la ley, el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes estatales, ~~sin menoscabo del alcance de las funciones de la Contraloría General de la República. Dicho órgano actuará bajo la dirección y responsabilidad de un Contralor o Contralora, cuyas condiciones para el ejercicio del cargo serán determinadas por la ley, la cual garantizará su idoneidad e independencia; así como la neutralidad en su designación, que será mediante concurso público.~~

Artículo 164. Es de la competencia ~~exclusiva~~ de los estados:

1. Dictar su ~~Constitución~~ para organizar los poderes públicos, de conformidad con lo dispuesto en esta Constitución.
2. La ~~organización~~ de sus ~~Municipios~~ y demás entidades locales y su ~~división político territorial, conforme a esta Constitución y a la ley.~~

Artículo 157. La Asamblea Nacional, por mayoría de sus ~~Diputados y Diputadas~~ integrantes, podrá atribuir a los órganos del Poder Popular, al Distrito Federal, a los estados y a los municipios, determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la democracia protagónica y participativa y el ejercicio directo de la soberanía.

Artículo 158. El Estado promoverá como política nacional, la participación protagónica del pueblo, restituyéndole el poder y creando las mejores condiciones para la construcción de una Democracia Socialista.

Capítulo III Del Poder Público Estatal

Artículo 163. En cada estado funcionará una Contraloría que estará integrada al Sistema Nacional de Control Fiscal. La Contraloría del estado ejercerá, conforme a esta Constitución y la ley, el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos estatales, bajo la rectoría de la Contraloría General de la República. Dicho órgano actuará bajo la dirección y responsabilidad de un Contralor o Contralora, que será designado o designada por el Contralor o Contralora General de la República, previa postulación por los órganos del Poder Popular del estado u otras organizaciones sociales del mismo.

Artículo 164. Es de la competencia de los estados:

1. Dictar su estatuto para organizar los poderes públicos, de conformidad con lo dispuesto en esta Constitución.
2. La coordinación de sus municipios y demás entidades locales de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 156 de esta Constitución.

3. La administración de sus bienes y la inversión y administración de sus recursos, incluso de los provenientes de transferencias, subvenciones o asignaciones especiales del Poder Nacional, así como de aquellos que se les asignen como participación en los tributos nacionales.

4. La organización, recaudación, control y administración de los ramos tributarios propios, según las disposiciones de las leyes nacionales y estatales.

5. ~~El régimen y aprovechamiento de minerales no metálicos, no reservados al Poder Nacional, las salinas y ostrales y la administración de las tierras baldías en su jurisdicción, de conformidad con la ley.~~

6. ~~La organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, conforme a la legislación nacional aplicable.~~

7. La creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas.

8. La creación, régimen y organización de los servicios públicos estatales.

9. La ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estatales.

10. ~~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.~~

11. ~~Todo lo que no corresponda, de conformidad con esta Constitución, a la competencia nacional o municipal.~~

Artículo 167. Son ingresos de los Estados:

1. Los procedentes de su patrimonio y de la administración de sus bienes.

2. Las tasas por el uso de sus bienes y servicios, multas y sanciones, y las que les sean atribuidas.

3. La administración de sus bienes y la inversión y administración de sus recursos, incluso los provenientes de transferencias, subvenciones o asignaciones especiales del Poder Nacional, así como de aquellos que se les asignen como participación en los tributos nacionales.

4. La organización, recaudación, control y administración de los ramos tributarios propios, según las disposiciones de las leyes nacionales y estatales.

5. La administración de las tierras baldías en su jurisdicción de conformidad con la ley nacional.

6. La coordinación de la policía estatal conforme a las competencias que la legislación nacional determine.

7. La creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas, de conformidad con lo que establezca la ley nacional, sin menoscabo de la obligación de aceptar especies de valor equivalente expedidas por el Poder Nacional u otros estados.

8. La creación, régimen y organización de los servicios públicos estatales.

9. La ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estatales.

10. Todo lo que le atribuya esta Constitución o la ley nacional.

Artículo 167. Son ingresos de los estados:

1. Los procedentes de su patrimonio y de la administración de sus bienes.

2. Las tasas por el uso de sus bienes y servicios, multas y sanciones, y las que les sean atribuidas.

3. El producto de lo recaudado por concepto de venta de especies fiscales.

4. Los recursos que les correspondan por concepto de ~~situado~~ situado constitucional. El ~~situado~~ situado es una partida equivalente a un ~~máximo~~ mínimo del ~~veinte~~ veinticinco por ciento ~~del total~~ de los ingresos ordinarios estimados ~~anualmente por el Fisco Nacional, la cual se distribuirá entre los Estados y el Distrito Capital en la forma siguiente: un treinta por ciento de dicho porcentaje por partes iguales, y el setenta por ciento restante en proporción a la población de cada una de dichas entidades.~~

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~~ situado. A los ~~Municipios~~ Municipios de cada Estado les corresponderá, en cada ejercicio fiscal, una participación no menor del veinte por ciento del ~~situado~~ situado y de los demás ingresos ordinarios del respectivo Estado.

~~En caso de variaciones de los ingresos del Fisco Nacional que impongan una modificación del Presupuesto Nacional, se efectuará un reajuste proporcional del situado.~~

La ley establecerá los principios, normas y procedimientos que propendan a garantizar el uso correcto y eficiente de los recursos provenientes del ~~situado~~ situado constitucional ~~y de la participación municipal en el mismo.~~

5. Los demás impuestos, tasas y contribuciones especiales que se les asigne por ley nacional, con el fin de promover el desarrollo de las haciendas públicas estatales.

Las leyes que creen o transfieran ramos tributarios a favor de los Estados podrán compensar dichas asignaciones con modificaciones de los ramos de ingresos señalados en este artículo, a fin de preservar la equidad interterritorial. ~~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 siste-~~

3. El producto de lo recaudado por concepto de venta de especies fiscales.

4. Los recursos que les correspondan por concepto de Situado Constitucional. 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 y el Distrito Federal de la forma siguiente: un treinta por ciento de dicho porcentaje por partes iguales, y el setenta por ciento restante en proporción a la población de cada una de dichas entidades.

En cada ejercicio fiscal, los estados y el Distrito Federal 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 veinte por ciento del Situado y de los demás ingresos ordinarios del respectivo estado.

A las comunidades, a los consejos comunales, a las comunas y otros entes del Poder Popular, les corresponderá una transferencia constitucional equivalente a un mínimo del cinco por ciento del ingreso ordinario estimado en la Ley de Presupuesto anual. Una ley especial establecerá un Fondo Nacional del Poder Popular que se encargará de ejecutar la transferencia constitucional aquí establecida.

La ley establecerá los principios, normas y procedimientos que propendan a garantizar el uso correcto y eficiente de los recursos provenientes del Situado Constitucional.

5. Los demás impuestos, tasas y contribuciones especiales que se les asigne por ley nacional, con el fin de promover el desarrollo de las haciendas públicas estatales.

Las leyes que creen o transfieran ramos tributarios a favor de los estados podrán compensar dichas asignaciones con modificaciones de los ramos de ingresos señalados en este artículo, a fin de preservar la equidad interterritorial.

~~nibilidad financiera de la Hacienda Pública Nacional, sin menoscabo de la capacidad de las administraciones estatales para atender adecuadamente los servicios de su competencia.~~

~~6. Los recursos provenientes del Fondo de Compensación Interterritorial y de cualquier otra transferencia, subvención o asignación especial, así como de aquellos que se les asigne como participación en los tributos nacionales, de conformidad con la respectiva ley.~~

Capítulo IV

Del Poder Público Municipal

~~**Artículo 168.** Los Municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de esta Constitución y de la ley. La autonomía municipal comprende:~~

- ~~1. La elección de sus autoridades.~~
- ~~2. La gestión de las materias de su competencia.~~
- ~~3. La creación, recaudación e inversión de sus ingresos.~~

~~Las actuaciones del Municipio en el ámbito de sus competencias se cumplirán incorporando la participación ciudadana al proceso de definición y ejecución de la gestión pública y al control y evaluación de sus resultados, en forma efectiva, suficiente y oportuna, conforme a la ley.~~

~~Los actos de los Municipios no podrán ser impugnados sino ante los tribunales competentes, de conformidad con esta Constitución y con la ley.~~

6. Los procedentes de un Fondo Nacional de Financiamiento Compensatorio, establecidos en una ley nacional, destinados a corregir los desequilibrios socioeconómicos y ambientales en las regiones y comunidades. Los recursos que se asignen mediante esta ley, serán administrados por los estados, Distrito Federal, municipios y entes del Poder Popular, y su aplicación estará en concordancia con las políticas establecidas en el Plan de Desarrollo Integral de la Nación.

7. Cualquier otra transferencia, subvención o asignación especial, así como de aquellos que se les asigne como participación en los tributos nacionales, de conformidad con la respectiva ley.

Capítulo IV

Del Poder Público Municipal

Artículo 168. Los municipios gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de esta Constitución y de la ley. La autonomía municipal comprende:

1. La elección de sus autoridades.
2. La gestión de las materias de su competencia.
3. La creación, recaudación e inversión de sus ingresos.

En sus actuaciones el municipio estará obligado a incorporar, dentro del ámbito de sus competencias, la participación ciudadana, a través de los Consejos del Poder Popular y de los medios de producción socialista.

Artículo 173. ~~El Municipio podrá crear parroquias conforme a las condiciones que determine la ley. La legislación que se dicte para desarrollar los principios constitucionales sobre régimen municipal establecerá los supuestos y condiciones para la creación de otras entidades locales dentro del territorio municipal, así como los recursos de que dispondrán, concatenados a las funciones que se les asignen, incluso su participación en los ingresos propios del Municipio. Su creación atenderá a la iniciativa vecinal o comunitaria, con el objeto de proveer a la desconcentración de la administración del Municipio, la participación ciudadana y la mejor prestación de los servicios públicos. En ningún caso las parroquias serán asumidas como divisiones exhaustivas o imperativas del territorio del Municipio.~~

Artículo 176. Corresponde a la Contraloría Municipal el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes municipales, así como las operaciones relativas a los mismos, ~~sin menoscabo del alcance de las atribuciones de la Contraloría General de la República, y será dirigida por el Contralor o Contralora Municipal, designado o designada por el Concejo mediante concurso público que garantice la idoneidad y capacidad de quien sea designado o designada para el cargo, de acuerdo con las condiciones establecidas por la ley.~~

Artículo 184. ~~La ley creará 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:~~

1. 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. A tal efecto, podrán establecer convenios cuyos contenidos estarán orientados por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad.~~

Artículo 173. La legislación nacional que se dicte para desarrollar los principios constitucionales sobre régimen municipal establecerá los supuestos y condiciones para la creación de otras entidades locales dentro del territorio municipal, así como los recursos de que dispondrán, concatenados a las funciones que se les asignen, incluso su participación en los ingresos propios del municipio. Su creación atenderá a la iniciativa vecinal o comunitaria, con el objeto de proveer a la desconcentración de la administración del municipio, la participación ciudadana y la mejor prestación de los servicios públicos.

Artículo 176. Corresponde a la Contraloría Municipal el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes municipales, así como las operaciones relativas a los mismos, bajo la rectoría de la Contraloría General de la República, y será dirigida por el Contralor o Contralora Municipal, designado o designada por el Contralor General de la República, previa postulación por los órganos del Poder Popular del municipio u otras organizaciones sociales del mismo.

Artículo 184. 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, 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.

~~2. La participación de las comunidades y de ciudadanos o ciudadanas, a través de las asociaciones vecinales y organizaciones no gubernamentales, en la formulación de propuestas 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.~~

3. La participación en los procesos económicos estimulando las expresiones de la economía social, tales como cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas.

4. La participación de los trabajadores y trabajadoras ~~y comunidades~~ en la gestión de las empresas públicas ~~mediante mecanismos autogestionarios y cogestionarios.~~

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 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.~~

7. La participación de las comunidades en actividades de ~~acercamiento a los establecimientos penales y de vinculación de éstos con la población.~~

2. La participación y asunción por parte de las organizaciones comunales de la gestión de las empresas públicas municipales 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, la que 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 diversas organizaciones comunales y grupos sociales. Igualmente asumirá la Justicia de Paz y la prevención y protección vecinal.

Los proyectos de los consejos comunales se financiarán con los recursos contemplados en el Fondo Nacional del Poder Popular establecido en el artículo 167 de esta Constitución.

Todo lo relativo a la constitución, integración, competencias y funcionamiento de los consejos comunales será regulado mediante la ley.

Capítulo V

Del Consejo Federal de Gobierno

~~**Artículo 185.** 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 o Ministras, los gobernadores o gobernadoras, un alcalde o alcaldesa por cada Estado y representantes de la sociedad organizada, de acuerdo con la ley.~~

~~El Consejo Federal de Gobierno contará con una Secretaría, integrada por el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, dos Ministros o Ministras, tres gobernadores o gobernadoras y tres alcaldes o alcaldesas. Del Consejo Federal de Gobierno dependerá el Fondo de Compensación Interterritorial, destinado al financiamiento de inversiones públicas para 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~~

Capítulo V

Del Consejo Nacional de Gobierno

Artículo 185. El Consejo Nacional de Gobierno es un órgano, no permanente, encargado de evaluar los diversos proyectos comunales, locales, estatales 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.

Estará presidido por el Presidente o Presidenta de la República, quien lo convocará, e integrado por el Primer Vicepresidente o Primera Vicepresidenta, los Vicepresidentes y Vicepresidentas, los Ministros y Ministras, los Gobernadores y Gobernadoras. Asimismo, el Presidente o Presidenta de la República podrá convocar Alcaldes o Alcaldesas y voceros o voceras del Poder Popular.

regiones y comunidades de menor desarrollo relativo. El Consejo Federal de Gobierno, con base en los desequilibrios regionales, discutirá y aprobará anualmente los recursos que se destinarán al Fondo de Compensación Interterritorial y las áreas de inversión prioritaria a las cuales se aplicarán dichos recursos.

**TÍTULO V
DE LA ORGANIZACIÓN DEL PODER
PÚBLICO NACIONAL**

Capítulo I

Del Poder Legislativo Nacional

Sección Primera: Disposiciones Generales

Artículo 191. Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional ~~no~~ podrán aceptar o ejercer cargos públicos sin perder su investidura, ~~salvo en~~ actividades docentes, académicas, accidentales o asistenciales, siempre que no supongan dedicación exclusiva.

Sección Segunda: De la Organización de la Asamblea Nacional

Sección Tercera: De los Diputados y Diputadas de la Asamblea Nacional

Sección Cuarta: De la Formación de las Leyes

Sección Quinta: De los Procedimientos

Capítulo II

Del Poder Ejecutivo Nacional

Sección Primera: Del Presidente o Presidenta de la República

Artículo 225. El Poder Ejecutivo se ejerce por el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente ~~Ejecutivo~~ o Vicepresidenta ~~Ejecutiva~~, los Ministros o Ministras y demás

**TÍTULO V
DE LA ORGANIZACIÓN DEL PODER
PÚBLICO NACIONAL**

Capítulo I

Del Poder Legislativo Nacional

Sección Primera: Disposiciones Generales

Artículo 191. Los Diputados y Diputadas a la Asamblea Nacional podrán aceptar o ejercer cargos públicos sin perder su investidura sólo cuando sean designados o designadas por el Presidente o Presidenta de la República, en cuyo caso, se desincorporarán temporalmente de la Asamblea Nacional y podrán reincorporarse a ésta al cesar sus funciones a objeto de concluir el período para el cual fueron electos o electas.

Los Diputados y Diputadas de la Asamblea Nacional podrán ejercer actividades docentes, académicas, accidentales o asistenciales, siempre que no supongan dedicación exclusiva.

Sección Segunda: De la Organización de la Asamblea Nacional

Sección Tercera: De los Diputados y Diputadas de la Asamblea Nacional

Sección Cuarta: De la Formación de las Leyes

Sección Quinta: De los Procedimientos

Capítulo II

Del Poder Ejecutivo Nacional

Sección Primera: Del Presidente o Presidenta de la República

Artículo 225. El Poder Ejecutivo se ejerce por el Presidente o Presidenta de la República, el Primer Vicepresidente o Primera Vicepresidenta, los Vicepresidentes o Vice-

funcionarios o funcionarias que determinen esta Constitución y la ley.

Artículo 230. El período presidencial es de ~~seis~~ años. El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido o reelegida, ~~de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período.~~

Sección Segunda: De las Atribuciones del Presidente o Presidenta de la República

Artículo 236. Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República:

1. Cumplir y hacer cumplir esta Constitución y la ley.

2. Dirigir la acción ~~del~~ Gobierno.

3. Nombrar y remover al Vicepresidente ~~Ejecutivo~~ o Vicepresidenta ~~Ejecutiva~~, ~~nombrar y remover~~ los Ministros o Ministras.

4. Dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales.

5. ~~Dirigir~~ las Fuerza Armada ~~Nacional~~ en su carácter de Comandante en Jefe, ~~ejercer~~ la suprema autoridad jerárquica ~~de ella~~ y fijar su contingente.

~~presidentas~~, los Ministros o Ministras y demás funcionarios o funcionarias que determinen esta Constitución y la ley.

El Presidente o Presidenta de la República podrá designar el Primer Vicepresidente o Primera Vicepresidenta y los Vicepresidentes o las Vicepresidentas que estime necesario.

Artículo 230. El período presidencial es de siete años. El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido o reelegida.

Sección Segunda: De las Atribuciones del Presidente o Presidenta de la República

Artículo 236. Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República:

1. Cumplir y hacer cumplir esta Constitución y la ley.

2. Dirigir las acciones de Estado y de Gobierno, y coordinar las relaciones con los otros Poderes Públicos Nacionales en su carácter de Jefe de Estado.

3. La ordenación y gestión del territorio y régimen territorial del Distrito Federal, los estados, los municipios, dependencias federales y demás entidades regionales, de acuerdo con la ley nacional.

4. Crear o suprimir las provincias federales, territorios federales, ciudades federales, distritos funcionales, municipios federales, regiones marítimas, distritos insulares y regiones estratégicas de defensa, según lo establecido en esta Constitución; designar y remover sus autoridades, conforme a la ley, asimismo podrá decretar ciudades comunales de acuerdo con esta Constitución.

5. Nombrar y remover al Primer Vicepresidente o Primera Vicepresidenta, a Vicepresidentes o Vicepresidentas y a los Ministros y Ministras, pudiendo designar a una misma persona para ejercer los cargos de Primer Vicepresidente o Primera Vicepresidenta y Ministro o Ministra, así como de Vicepresidente o Vicepresidenta y Ministro o Ministra.

~~6. Ejercer el mando supremo de la Fuerza Armada Nacional, promover sus oficiales a partir del grado de coronel o coronela o capitán o capitana de navío, y nombrarlos o nombrarlas para los cargos que les son privativos.~~

7. Declarar los estados de excepción y decretar la restricción de garantías en los casos previstos en esta Constitución.

8. Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley.

9. Convocar a la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias.

10. Reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón.

11. Administrar la Hacienda Pública Nacional.

12. Negociar los empréstitos nacionales.

13. Decretar créditos adicionales al Presupuesto, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada.

14. Celebrar los contratos de interés nacional conforme a esta Constitución y la ley.

15. Designar, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada, al Procurador o Procuradora General de la República y a los jefes o jefas de las misiones diplomáticas permanentes.

16. Nombrar y remover a aquellos funcionarios o aquellas funcionarias cuya designación le atribuyen esta Constitución y la ley.

17. Dirigir a la Asamblea Nacional, personalmente o por intermedio del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, infor-

6. Dirigir las relaciones exteriores y la política internacional de la República, así como celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales.

7. Comandar la Fuerza Armada Bolivariana en su carácter de Comandante en Jefe, ejerciendo la suprema autoridad jerárquica en todos sus cuerpos, componentes y unidades, así como fijar su contingente.

8. Promover a los y las oficiales de la Fuerza Armada Bolivariana en todos los grados y jerarquías y designarlos o designarlas para los cargos y funciones correspondientes.

9. Declarar los estados de excepción y decretar la suspensión o restricción de garantías en los casos previstos en esta Constitución.

10. Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con rango, valor y fuerza de ley.

11. Convocar a la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias.

12. Reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón.

13. Administrar la Hacienda Pública Nacional, las reservas internacionales, así como el establecimiento y regulación de la política monetaria, en coordinación con el Banco Central de Venezuela.

14. Negociar los empréstitos nacionales.

15. Decretar créditos adicionales al Presupuesto, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada.

16. Celebrar los contratos de interés nacional conforme a esta Constitución y la ley.

17. Designar, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada, al Procurador o Procuradora General de la República y a los jefes o jefas de las misiones diplomáticas permanentes.

mes o mensajes especiales.

~~18. Formular el Plan Nacional de Desarrollo y dirigir su ejecución previa aprobación de la Asamblea Nacional.~~

~~19. Conceder indultos.~~

~~20. Fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley orgánica.~~

~~21. Disolver la Asamblea Nacional en el supuesto establecido en esta Constitución.~~

~~22. Convocar referendos en los casos previstos en esta Constitución.~~

~~23. Convocar y presidir el Consejo de Defensa de la Nación.~~

~~24. Las demás que le señale esta Constitución y la ley.~~

El Presidente o Presidenta de la República ejercerá en Consejo de Ministros las atribuciones señaladas en los numerales ~~7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 18, 20, 21, 22~~ y las que le atribuya la ley para ser ejercidas en igual forma.

Los actos del Presidente o Presidenta de la República, con excepción de los señalados en los ~~ordinales 3 y 5~~, serán refrendados para su validez por el Vicepresidente ~~Ejecutivo~~ o Vicepresidenta ~~Ejecutiva~~ y el ~~Ministro~~ o

18. Nombrar y remover a aquellos funcionarios o aquellas funcionarias cuya designación le atribuyen esta Constitución y la ley.

19. Dirigir a la Asamblea Nacional, personalmente o por intermedio del Primer Vicepresidente o Primera Vicepresidenta, informes o mensajes especiales.

20. Formular el Plan de Desarrollo Integral de la Nación y dirigir su ejecución.

21. Conceder indultos.

22. Fijar el número, organización y competencia de las Vicepresidencias, ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la ley orgánica.

23. Disolver la Asamblea Nacional de acuerdo con lo establecido en esta Constitución.

24. Ejercer la iniciativa constitucional y constituyente.

25. Convocar referendos en los casos previstos en esta Constitución.

26. Convocar y presidir el Consejo Nacional de Gobierno, el Consejo de Estado y el Consejo de Defensa de la Nación.

27. Las demás que le señale esta Constitución y la ley.

El Presidente o Presidenta de la República ejercerá, en Consejo de Ministros, las atribuciones señaladas en los numerales 3, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 20, 22, 23, 25 y las que le atribuya la ley para ser ejercidas en igual forma.

Los actos del Presidente o Presidenta de la República, con excepción de los señalados en los numerales 5 y 7, serán refrendados para su validez por el Primer Vicepresidente o Primera Vicepresidenta, Vicepresidentes o Vicepresidentas y los Ministros o Ministras respectivos.

~~Ministra o Ministros o Ministras respectivos.~~

~~Sección Tercera: Del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva~~

~~Sección Cuarta: De los Ministros o Ministras y del Consejo de Ministros~~

~~Sección Quinta: De la Procuraduría General de la República~~

~~Sección Sexta: Del Consejo de Estado~~

~~**Artículo 251.** El Consejo de Estado es el órgano superior de consulta del Gobierno y de la Administración Pública Nacional. Será de su competencia recomendar políticas de interés nacional en aquellos asuntos a los que el Presidente o Presidenta de la República reconozca de especial trascendencia y requieran de su opinión.~~

~~La ley respectiva determinará sus funciones y atribuciones.~~

~~**Artículo 252.** El Consejo de Estado lo preside el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva y estará conformado, además, por cinco personas designadas por el Presidente o Presidenta de la República; un o una representante designado o designada por la Asamblea Nacional; un o una representante designado o designada por el Tribunal Supremo de Justicia y un gobernador designado o gobernadora designada por el conjunto de mandatarios o mandatarias estatales.~~

Capítulo III

Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia

Sección Primera: Disposiciones Generales

~~Sección tercera: del Primer Vicepresidente o Primera Vicepresidenta~~

~~Sección Cuarta: De los Ministros o Ministras y del Consejo de Ministros~~

~~Sección Quinta: De la Procuraduría General de la República~~

~~Sección Sexta: Del Consejo de Estado~~

~~**Artículo 251.** El Consejo de Estado es el órgano superior de consulta y asesoramiento del Estado y Gobierno Nacional. Ejercerá sus atribuciones con autonomía funcional. Sus opiniones o dictámenes no tendrán carácter vinculante.~~

~~Son de su competencia:~~

~~1. Emitir opinión sobre el objeto de la consulta.~~

~~2. Velar por la observancia de la Constitución y el ordenamiento jurídico.~~

~~3. Emitir dictámenes sobre los asuntos que se sometan a su consideración.~~

~~4. Recomendar políticas de interés nacional en aquellos asuntos de especial trascendencia.~~

~~La ley orgánica respectiva podrá determinar otras funciones y competencias.~~

~~**Artículo 252.** El Consejo de Estado lo preside el Presidente o Presidenta de la República y estará además conformado por el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional, el Presidente o Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, el Presidente o Presidenta del Poder Ciudadano, el Presidente o Presidenta del Consejo Nacional Electoral. El Presidente o Presidenta de la República podrá convocar a voceros o voceras del Poder Popular y las personas que considere necesario para tratar la materia a la que se refiere la consulta.~~

Capítulo III

Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia

Sección Primera: Disposiciones Generales

Sección Segunda: Del Tribunal Supremo de Justicia

Sección Segunda: Del Tribunal Supremo de Justicia

Artículo 264. Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos o elegidas por un único período de doce años. ~~La ley determinará el procedimiento de elección. En todo caso, podrán postularse candidatos o candidatas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas con la actividad jurídica. El Comité, oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano, el cual efectuará una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual hará la selección definitiva.~~

Los ciudadanos y ciudadanas podrán ejercer fundadamente objeciones a cualquiera de los postulados o postuladas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, ~~o ante la Asamblea Nacional.~~

Artículo 265. Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia podrán ser removidos o removidas ~~por la Asamblea Nacional mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado o interesada, en caso de faltas graves ya calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que la ley establezca.~~

Artículo 266. Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia:

1. Ejercer la jurisdicción constitucional conforme al Título VIII de esta Constitución.
2. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Presidente o Presidenta de la República o quien haga sus veces, y en caso afirmativo, continuar conociendo de la causa previa autorización de la Asamblea Nacional, hasta sentencia definitiva.
3. Declarar si hay o no mérito para el en-

Artículo 264. Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos o elegidas por un único período de doce años. La Asamblea Nacional convocará un Comité de Postulaciones Judiciales el cual estará integrado por Diputados y Diputadas, voceros y voceras del Poder Popular y representantes de los sectores vinculados con la actividad jurídica. El mismo realizará un proceso público de cuyo resultado se obtendrá por lo menos una terna por cargo a elegir que será sometida a consideración de la plenaria de la Asamblea Nacional. Ésta, mediante el voto favorable de la mayoría de sus integrantes, escogerá en un lapso no mayor de treinta días continuos, al o la titular o titulares del cargo y los respectivos suplentes. En todo caso, podrán postular ante el Comité, los Consejos del Poder Popular, sectores sociales y organizaciones vinculadas con la actividad jurídica.

Los ciudadanos y ciudadanas podrán ejercer fundadamente objeciones a cualquiera de los postulados o postuladas ante el Comité de Postulaciones Judiciales.

Artículo 265. Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia podrán ser removidos o removidas, en caso de faltas graves, por el voto de la mayoría de los y las integrantes de la Asamblea Nacional, previa audiencia concedida al interesado o interesada. Cuando estén incurso en responsabilidad penal, se requerirá para su remoción pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con lo establecido en esta Constitución.

Artículo 266. Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia:

1. Ejercer la jurisdicción constitucional conforme al Título VIII de esta Constitución.
2. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Presidente o Presidenta de la República o quien haga sus veces, y en caso afirmativo, continuar conociendo de la causa, previa autorización de la Asamblea Nacional, hasta sentencia definitiva.
3. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Primer Vicepresidente o Primera Vicepresidenta de la República, de

juiciamiento del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, de los ~~o las~~ integrantes de la Asamblea Nacional ~~o del propio~~ Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros o Ministras, del Procurador o Procuradora General, del Fiscal o la Fiscal General, del Contralor o Contralora General de la República, del Defensor o Defensora del Pueblo, los Gobernadores o Gobernadoras, ~~oficiales~~ generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y de los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República y, en caso afirmativo, ~~remitir~~ los autos al Fiscal o a la Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si fuere el caso; y ~~si el delito fuere común,~~ continuará conociendo de la causa hasta la sentencia definitiva.

4. Dirimir las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún Estado, Municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, a menos que se trate de controversias entre Municipios de un mismo Estado, caso en el cual la ley podrá atribuir su conocimiento a otro tribunal.

5. Declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente.

6. Conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley.

7. Decidir los conflictos de competencia entre tribunales, sean ordinarios o especiales, cuando no exista otro tribunal superior o común a ellos en el orden jerárquico.

8. Conocer del recurso de casación.

los Diputados y las Diputadas integrantes de la Asamblea Nacional, de los Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, del Fiscal o la Fiscal General de la República, del Contralor o Contralora General de la República, del Defensor o Defensora del Pueblo, de los Rectores y Rectoras del Consejo Nacional Electoral, de los Vicepresidentes o Vicepresidentas del Poder Ejecutivo, de los Ministros o Ministras, del Procurador o Procuradora General de la República, de los Gobernadores o Gobernadoras, de los Generales y Almirantes de la Fuerza Armada Bolivariana integrantes del Alto Mando Militar, así como de los oficiales que ejerzan cargos de Comando de Regiones Estratégicas de Defensa, de Regiones Militares, de Áreas de Defensa Integral, de Distritos Militares y de Guarniciones Militares, y de los jefes o jefas de Misiones Diplomáticas de la República. En caso afirmativo, el Tribunal Supremo de Justicia remitirá los autos al Fiscal o a la Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si fuere el caso; y continuará conociendo de la causa hasta la sentencia definitiva.

4. Dirimir las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún estado, municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, a menos que se trate de controversias entre municipios de un mismo estado, caso en el cual la ley podrá atribuir su conocimiento a otro tribunal.

5. Declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente.

6. Conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley.

7. Decidir los conflictos de competencia entre tribunales, sean ordinarios o especiales, cuando no exista otro tribunal superior o común a ellos en el orden jerárquico.

8. Conocer del recurso de casación.

9. Las demás que establezca la ley.

La atribución señalada en el numeral 1 será ejercida por la Sala Constitucional; las

9. Las demás que establezca la ley.

La atribución señalada en el numeral 1 será ejercida por la Sala Constitucional; las señaladas en los numerales 2 y 3, en Sala Plena; y las contenidas en los numerales 4 y 5 en Sala Político Administrativa. Las demás atribuciones serán ejercidas por las diversas Salas conforme a lo previsto en esta Constitución y la ley.

Sección Tercera: Del Gobierno y de la Administración del Poder Judicial

Artículo 272. El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos. 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 registrarán 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.~~ En todo caso 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.~~

Capítulo IV

Del Poder Ciudadano

Sección Primera: Disposiciones Generales

Artículo 279. ~~El Consejo Moral Republicano convocará un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, el cual estará integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad; adelantará un proceso público de cuyo resultado se obtendrá una terna por cada órgano del Poder Ciudadano, la cual será sometida a la consideración de la Asamblea Nacional. Esta, mediante el voto favorable de las dos terceras partes de sus~~

señaladas en los numerales 2 y 3, en Sala Plena; y las contenidas en los numerales 4 y 5 en Sala Político-Administrativa. Las demás atribuciones serán ejercidas por las diversas salas conforme a lo previsto en esta Constitución y la ley.

Sección Tercera: Del Gobierno y de la Administración del Poder Judicial

Artículo 272. El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos. Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación; funcionarán bajo la rectoría del ministerio con competencia en la materia, de acuerdo con lo que establezca la ley. En general, se preferirá el régimen abierto y el de establecimientos agrícolas penitenciarios. En todo caso, 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.

Capítulo IV

Del Poder Ciudadano

Sección Primera: Disposiciones Generales

Artículo 279. La Asamblea Nacional convocará un Comité de Evaluación de Postulaciones, que estará integrado por Diputados y Diputadas de la Asamblea Nacional, voceros del Poder Popular y representantes de organizaciones y sectores sociales, el cual realizará un proceso público de cuyo resultado se obtendrá por lo menos una terna por cada uno de los cargos a designar: el Defensor o Defensora del Pueblo, el Fiscal o la Fiscal General de la República y el Contralor o la Contralora General de la República, la cual será sometida a consideración de la plenaria de la Asamblea Nacio-

integrantes, escogerá en un lapso no mayor de treinta días continuos, al o a la titular del órgano del Poder Ciudadano que esté en consideración. ~~Si concluido este lapso no hay acuerdo en la Asamblea Nacional, el Poder Electoral someterá la terna a consulta popular.~~

~~En caso de no haber sido convocado el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, la Asamblea Nacional procederá, dentro del plazo que determine la ley, a la designación del titular o la titular del órgano del Poder Ciudadano correspondiente.~~

~~Los o las integrantes del Poder Ciudadano serán removidos por la Asamblea Nacional, previo pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con lo establecido en la ley.~~

nal. Ésta, mediante el voto favorable de la mayoría de sus integrantes escogerá en un lapso no mayor de treinta días continuos, al o a la titular del órgano del Poder Ciudadano que esté en consideración. Los ciudadanos y ciudadanas podrán ejercer fundadamente objeciones a cualquiera de los postulados o postuladas ante el Comité de Evaluación de Postulaciones.

Los o las integrantes del Poder Ciudadano podrán ser removidos o removidas, en caso de faltas graves, por la mayoría de los Diputados y Diputadas integrantes de la Asamblea Nacional. Cuando estén incurso o incursas en responsabilidad penal se requerirá, para su remoción, pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia de acuerdo con lo establecido en esta Constitución.

Sección Segunda: De la Defensoría del Pueblo

Sección Tercera: Del Ministerio Público

Sección Cuarta: De la Contraloría General de la República

Artículo 289. Son atribuciones de la Contraloría General de la República:

1. Ejercer el control, la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como las operaciones relativas a los mismos, sin perjuicio de las facultades que se atribuyan a otros órganos ~~en el caso de los Estados y Municipios, de conformidad con la ley.~~

2. Controlar la deuda pública, ~~sin perjuicio de las facultades que se atribuyan a otros órganos en el caso de los Estados y Municipios, de conformidad con la ley.~~

3. Inspeccionar y fiscalizar los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sometidos a su control; practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, así como dictar las medidas, imponer los reparos y aplicar las sanciones

Sección Segunda: De la Defensoría del Pueblo

Sección Tercera: Del Ministerio Público

Sección Cuarta: De la Contraloría General de la República

Artículo 289. Son atribuciones de la Contraloría General de la República:

1. Ejercer el control, la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como las operaciones relativas a los mismos, sin perjuicio de las facultades que se atribuyan a otros órganos, y la rectoría del Sistema Nacional de Control Fiscal.

2. Controlar la deuda pública.

3. Inspeccionar y fiscalizar los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sometidos a su control; practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, así como dictar las medidas, imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley.

4. Instar al o a la Fiscal General de la República a que ejerzan las acciones judiciales

administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley.

4. Instar al Fiscal ~~o a la Fiscal~~ de la República a que ejerzan las acciones judiciales a que hubiere lugar con motivo de las infracciones y delitos cometidos contra el patrimonio público y de los cuales tenga conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones.

5. Ejercer el control de gestión y evaluar el cumplimiento y resultado de las decisiones y políticas públicas de los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sujetos a su control, relacionadas con sus ingresos, gastos y bienes.

6. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley.

Capítulo V Del Poder Electoral

Artículo 293. El Poder Electoral tienen por funciones:

1. Reglamentar las leyes electorales y resolver las dudas y vacíos que éstas susciten o contengan.

2. Formular su presupuesto, el cual tramitará directamente ante ~~la Asamblea Nacional~~ y administrará ~~autónomamente~~.

3. ~~Dietar directivas vinculantes~~ en materia de financiamiento y publicidad político-electorales y aplicar sanciones cuando no sean acatadas.

4. Declarar la nulidad total o parcial de las elecciones.

5. La organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos.

6. Organizar las elecciones de ~~sindicatos~~, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la

a que hubiere lugar con motivo de las infracciones y delitos cometidos contra el patrimonio público y de los cuales tenga conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones.

5. Ejercer el control de gestión y evaluar el cumplimiento y resultado de las decisiones y políticas públicas de los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sujetos a su control, relacionadas con sus ingresos, gastos y bienes.

6. Designar o remover a los controladores o contraloras de los estados y municipios, de acuerdo a lo establecido en esta Constitución y la ley.

7. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley.

Capítulo V Del Poder Electoral

Artículo 293. El Poder Electoral tiene por funciones:

1. Reglamentar las leyes electorales y resolver las dudas y vacíos que éstas susciten o contengan.

2. Formular su presupuesto, el cual tramitará directamente ante los órganos correspondientes y administrará de forma autónoma.

3. Emitir directrices en materia de financiamiento y publicidad político-electoral y aplicar sanciones cuando no sean acatadas.

4. Declarar la nulidad total o parcial de las elecciones.

5. La organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos.

6. Organizar las elecciones de los gremios profesionales y organizaciones con fines políticos, en los términos que señale la ley. Asimismo, podrá asesorar y cooperar en elecciones de sindicatos y otras organizaciones sociales o del Poder Popular, cuando éstos lo soliciten o por orden del Tribunal Supremo de Justicia. Las corporaciones,

ley. Así mismo, podrán organizar procesos electorales de otras organizaciones de la sociedad civil a solicitud de éstas, o por orden de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. Las corporaciones, entidades y organizaciones aquí referidas cubrirán los costos de sus procesos eleccionarios.

7. Mantener, organizar, dirigir y supervisar el Registro Civil y Electoral.

8. Organizar la inscripción y registro de las organizaciones con fines políticos y velar porque éstas cumplan las disposiciones sobre su régimen establecidas en la Constitución y en la ley. En especial, decidirá sobre las solicitudes de constitución, renovación y cancelación de organizaciones con fines políticos, la determinación de sus autoridades legítimas y sus denominaciones provisionales, colores y símbolos.

9. Controlar, regular e investigar los fondos de financiamiento de las organizaciones con fines políticos.

10. Las demás que determine la ley.

Los órganos del Poder Electoral garantizarán la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales, así como la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional.

Artículo 295. El Comité de Postulaciones Electorales de candidatos o candidatas a integrantes del Consejo Nacional Electoral, estará integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la ley.

entidades y organizaciones aquí referidas cubrirán los costos de sus procesos eleccionarios.

7. Mantener, organizar, dirigir y supervisar el Registro Civil y Electoral.

8. Organizar la inscripción y registro de las organizaciones con fines políticos y velar porque éstas cumplan las disposiciones sobre su régimen establecidas en la Constitución y en la ley. En especial, decidirá sobre las solicitudes de constitución, renovación y cancelación de organizaciones con fines políticos, la determinación de sus autoridades legítimas y sus denominaciones provisionales, colores y símbolos.

9. Controlar, regular e investigar los fondos de financiamiento de las organizaciones con fines políticos.

10. Las demás que determine la ley.

Los órganos del Poder Electoral garantizarán la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales, así como la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional.

Artículo 295. Para la designación de los Rectores y las Rectoras del Consejo Nacional Electoral, la Asamblea Nacional convocará un Comité de Postulaciones Electorales, el cual estará integrado por Diputados y Diputadas, voceros y voceras del Poder Popular y representantes de organizaciones y sectores sociales, el cual realizará un proceso público de cuyo resultado se obtendrá por lo menos una terna por cada uno de los cargos a elegir que será sometida a consideración de la plenaria de la Asamblea Nacional. Ésta, mediante el voto favorable de la mayoría de sus integrantes escogerá, en un lapso no mayor de treinta días continuos, al o la titular del cargo y los respectivos suplentes. Los ciudadanos y ciudadanas podrán ejercer fundadamente objeciones a cualquiera de los postulados o postuladas ante el Comité de Postulaciones Electorales.

Artículo 296. El Consejo Nacional Electoral estará integrado por cinco personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos. Podrán ser postulados o postuladas por Consejos del Poder Popular, representantes

Artículo 296. El Consejo Nacional Electoral estará integrado por cinco personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos; ~~tres de ellos o ellas serán postulados o postuladas por la sociedad civil, uno o una por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las universidades nacionales, y uno o una por el Poder Ciudadano.~~

~~Los o las tres integrantes postulados o postuladas por la sociedad civil tendrán seis suplentes en secuencia ordinal, y cada designado o designada por las universidades y el Poder Ciudadano tendrá dos suplentes, respectivamente. La Junta Nacional Electoral, la Comisión de Registro Civil y Electoral y la Comisión de Participación Política y Financiamiento, serán presididas cada una por un o una integrante postulado o postulada por la sociedad civil. Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral durarán siete años en sus funciones y serán elegidos o elegidas por separado: los tres postulados o postuladas por la sociedad civil al inicio de cada período de la Asamblea Nacional, y los otros dos a la mitad del mismo.~~

~~Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral serán designados o designadas por la Asamblea Nacional con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes. Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral escogerán de su seno a su Presidente o Presidenta, de conformidad con la ley.~~

~~Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral serán removidos o removidas por la Asamblea Nacional, previo pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia.~~

TÍTULO VI

DEL SISTEMA SOCIO ECONÓMICO

Capítulo I

Del Régimen Socio Económico y de la Fun-

~~de instituciones, sectores educativos y otros sectores sociales.~~

~~Cada uno de los y las integrantes tendrá dos suplentes designados o designadas en secuencia ordinal. Los Rectores o las Rectoras del Consejo Nacional Electoral serán designados o designadas para un período de siete años y serán elegidos o elegidas por separado: tres de ellos o ellas al principio de dicho período y los otros dos a la mitad del mismo.~~

~~Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral escogerán de su seno a su Presidente o Presidenta, Vicepresidente o Vicepresidenta y a los Presidentes o Presidentas de la Junta Nacional Electoral, Comisión de Registro Civil y Electoral y la Comisión de Participación Política y Financiamiento.~~

~~Los Rectores o las Rectoras del Consejo Nacional Electoral podrán ser removidos o removidas, en caso de faltas graves, por la Asamblea Nacional mediante el voto de la mayoría de sus integrantes. Cuando estén incurso en responsabilidad penal, para su remoción, se requerirá pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con lo establecido en esta Constitución.~~

TÍTULO VI

DEL SISTEMA SOCIO ECONÓMICO

Capítulo I

Del Régimen Socio Económico y de la Función del Estado en la Economía

Artículo 299. El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios socialistas,

ción del Estado en la Economía

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.

Artículo 300. La ley nacional establecerá las condiciones para la creación de 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.~~

Artículo 301. El Estado se reserva el uso de la política comercial para defender las actividades económicas de las empresas nacionales públicas y privadas. No se ~~podrá otorgar~~ a personas, empresas u organismos extranjeros regímenes más beneficiosos que los establecidos para los nacionales. ~~La inversión extranjera esta sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional.~~

Artículo 302. El Estado se reserva, ~~mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico.~~ El Estado promoverá la manufactura nacional ~~de materias primas provenientes~~

~~antiimperialistas, humanistas, de cooperación, de eficiencia, de protección del ambiente y de 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 comunitaria, social y personal, garantizará el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar la calidad de vida de la población, lograr la suprema felicidad social y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución social de la riqueza mediante una planificación estratégica, democrática, participativa, política, económica y de consulta abierta.~~

Artículo 300. La ley nacional establecerá las condiciones para la creación de ~~empresas o entidades regionales, para la promoción y realización de actividades económicas o sociales bajo principios de la economía socialista, estableciendo los mecanismos de control y fiscalización que aseguren la transparencia en el manejo de los recursos públicos que en ellas se inviertan y su~~ razonable productividad económica y social.

Artículo 301. El Estado se reserva el uso de la política comercial para defender y ~~promover~~ las actividades económicas de las empresas nacionales públicas, ~~comunales, mixtas, colectivas, sociales y privadas. No se otorgarán a personas, empresas u organismos extranjeros, regímenes más beneficiosos que los establecidos para los nacionales.~~

Artículo 302. El Estado se reserva por razones de ~~soberanía, desarrollo e interés nacional, las actividades de exploración y explotación de los hidrocarburos líquidos, sólidos y gaseosos, así como su recolección, transporte y almacenamiento iniciales y las obras que estas actividades requieran.~~ El Estado promoverá la manufactura nacional ~~procesando las correspondientes materias primas, asimilando, creando e innovando tecnologías nacionales, especialmente en lo que se refiere a la Faja Petrolífera del Ori-~~

~~de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo.~~

Artículo 303. Por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera, exceptuando las de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S.A.

Artículo 305. El Estado promoverá la ~~agri-~~ **cultura sustentable** como base estratégica del desarrollo rural integral, a fin de garantizar la seguridad alimentaria de la población; entendida como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor. La seguridad alimentaria se alcanzará desarrollando y privilegiando la producción agropecuaria interna, entendiéndose como tal la proveniente de las actividades agrícola, pecuaria, pes-

~~noco, los cinturones gasíferos tierra adentro y mar afuera y los corredores petroquímicos, con el fin de desarrollar las fuerzas productivas, impulsar el crecimiento económico y lograr la justicia social.~~

~~El Estado mediante ley orgánica podrá reservarse cualquier otra actividad relacionada con los hidrocarburos.~~

~~Las actividades reservadas se ejercerán por el Ejecutivo Nacional directamente, o por medio de entes o empresas de su exclusiva propiedad, o por medio de empresas mixtas en las cuales tenga el control y la mayoría accionaria.~~

~~La adecuación al nuevo ordenamiento de los negocios existentes en materia de hidrocarburos gaseosos se hará mediante ley.~~

Artículo 303. Por razones de soberanía económica, desarrollo e interés nacional, Petróleos de Venezuela S.A. y los entes o empresas de propiedad exclusiva del Estado que desarrollen en el territorio nacional actividades reservadas, no podrán ser privatizados total ni parcialmente.

El Ejecutivo Nacional, por órgano del ministerio con competencia en la materia, fiscalizará y ejercerá el control sobre las actividades reservadas, así como sobre el transporte de los hidrocarburos y sus derivados en todo el territorio nacional, desde su extracción hasta el consumidor final en el mercado doméstico, o hasta los puertos y puntos de exportación.

Artículo 305. El Estado promoverá y desarrollará la agroecología como base estratégica del desarrollo rural integral, a fin de garantizar la seguridad y la soberanía alimentarias de la población, entendidas como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor. La seguridad y soberanía alimentarias se alcanzarán desarrollando y privilegiando la producción agropecuaria interna, entendiéndose como tal la proveniente de las actividades agrícola, pecuaria, pesquera y acuícola. La producción de alimentos es de interés nacional y fundamental para el desarrollo económico y social de la Nación. A tales fines, el Estado dictará

quera y acuícola. La producción de alimentos es de interés nacional y fundamental para el desarrollo económico y social de la Nación. A tales fines, el Estado dictará las medidas de orden financiero, comercial, transferencia tecnológica, tenencia de la tierra, infraestructura, capacitación de mano de obra y otras que fueran necesarias para alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento. Además, promoverá las acciones en el marco de la economía nacional e internacional para compensar las desventajas propias de la actividad agrícola.

El Estado protegerá los asentamientos y comunidades de pescadores o pescadoras artesanales, así como sus caladeros de pesca en aguas continentales y los próximos a la línea de costa definidos en la ley.

~~**Artículo 307.** El régimen latifundista es contrario al interés social. La ley dispondrá lo conducente en materia tributaria para gravar las tierras ociosas y establecerá las medidas necesarias para su transformación en unidades económicas productivas, rescatando igualmente las tierras de vocación agrícola.~~

Los campesinos o campesinas y demás productores agropecuarios y productoras agropecuarias tienen derecho a la propiedad de la tierra, en los casos y formas especificados en la ley respectiva. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y particulares de propiedad para garantizar la producción agrícola.

El Estado velará por la ordenación sustentable de las tierras de vocación agrícola para asegurar su potencial agroalimentario.

las medidas de orden financiero, comercial, de distribución e intercambio, transferencia tecnológica, tenencia de la tierra, infraestructura, capacitación de mano de obra y otras que fueran necesarias para alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento. Además, promoverá las acciones en el marco de la economía nacional e internacional para compensar las desventajas propias de la actividad agrícola y pesquera. El Estado protegerá los asentamientos y comunidades de pescadores o pescadoras artesanales, las zonas costeras y recursos costeros, los sitios de desove, así como sus caladeros de pesca en aguas continentales y los próximos a la línea de costa definidos en la ley.

Si ello fuere necesario para garantizar la seguridad y la soberanía alimentarias, la República podrá asumir sectores de la producción agrícola, pecuaria, 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 establecidos en esta Constitución y la Ley.

Artículo 307. Se prohíbe el latifundio por ser contrario al interés social. 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.

Los campesinos o campesinas y demás productores agropecuarios y productoras agropecuarias tienen derecho a la propiedad de la tierra, en los casos y formas especificados en la ley respectiva. A los fines de garantizar la producción agrícola el Estado protegerá y promoverá la propiedad social.

El Estado velará por la ordenación sustentable de las tierras de vocación agrícola para asegurar su potencial agroalimentario.

La ley creará tributos sobre las tierras productivas que no sean empleadas para producción agrícola o pecuaria.

Excepcionalmente, se crearán contribuciones parafiscales cuya recaudación se

Excepcionalmente se crearán 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. La ley regulará lo conducente a esta materia.

Capítulo II
Del Régimen Fiscal y Monetario
Sección Primera: Del Régimen Presupuestario
Sección Segunda: Del Sistema Tributario
Sección Tercera: Del Sistema Monetario Nacional

Artículo 318. ~~Las competencias monetarias del Poder Nacional serán ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el Banco Central de Venezuela. El objetivo fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria. La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el Bolívar. En caso de que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República.~~

El Banco Central de Venezuela es persona

~~destinará para financiamiento, investigación, asistencia técnica, transferencia tecnológica y otras actividades que promuevan la productividad y rendimiento del sector agrícola. La ley regulará lo conducente a esta materia. Se confiscarán aquellos fondos cuyos dueños o dueñas ejecuten en ellos actos irreparables de destrucción ambiental, los dediquen a la producción de sustancias psicótropicas o estupefacientes o la trata de personas, o los utilicen o permitan su utilización como espacios para la comisión de delitos contra la seguridad y defensa de la Nación.~~

Capítulo II
Del Régimen Fiscal y Monetario
Sección Primera: Del Régimen Presupuestario
Sección Segunda: Del Sistema Tributario
Sección Tercera: Del Sistema Monetario Nacional

Artículo 318. 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.

El Poder Ejecutivo Nacional, a través del Banco Central de Venezuela, en estricta y obligatoria coordinación, fijará las políticas monetarias y ejercerá las competencias monetarias del Poder Nacional. El objetivo específico del Banco Central de Venezuela, como ente del Poder Ejecutivo Nacional, es lograr las condiciones monetarias, cambiarias y financieras necesarias para promover el crecimiento y el desarrollo económico y social de la Nación. La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar. En caso de que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de los tratados que suscriba la República.

El Banco Central de Venezuela es persona de derecho público sin autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas correspondientes, y sus funciones estarán supeditadas a la política económica general y al Plan de Desarrollo Integral de la Nación

jurídica de derecho público en 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.

Sección Cuarta: De la Coordinación Macroeconómica

Artículo 320. 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.

El ministerio responsable de las finanzas y el Banco Central de Venezuela contribuirán a la armonización de la política fiscal con la política monetaria, facilitando el logro de los objetivos macroeconómicos. 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.

La actuación coordinada del Poder Ejecutivo y del Banco Central de Venezuela se dará mediante un acuerdo anual de políticas, en el cual se establecerán 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. Dicho acuerdo será

para alcanzar los objetivos superiores del Estado Socialista y la mayor suma de felicidad posible para todo el pueblo.

Para el adecuado cumplimiento de su objetivo específico, el Banco Central de Venezuela tendrá entre sus funciones, compartidas con el Poder Ejecutivo Nacional, las 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.

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.

Sección Cuarta: De la Coordinación Macroeconómica

Artículo 320. 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.

~~firmado por el Presidente o Presidenta del Banco Central de Venezuela y el o la titular del ministerio responsable de las finanzas, y divulgará en el momento de la aprobación del presupuesto por la Asamblea Nacional. Es responsabilidad de las instituciones firmantes del acuerdo que las acciones de política sean consistentes con sus objetivos. En dicho acuerdo se especificarán los resultados esperados, las políticas y las acciones dirigidas a lograrlos. La ley establecerá las características del acuerdo anual de política económica y los mecanismos de rendición de cuentas.~~

~~**Artículo 321.** Se establecerá por ley 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. Las reglas de funcionamiento del fondo tendrán como principios básicos la eficiencia, la equidad y la no discriminación entre las entidades públicas que aporten recursos al mismo.~~

**TÍTULO VII
DE LA SEGURIDAD DE LA NACIÓN**

**Capítulo I
Disposiciones Generales**

**Capítulo II
De los Principios de Seguridad de la Nación**

**Capítulo III
De la Fuerza Armada Nacional**

~~**Artículo 328.** 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. En el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al~~

~~**Artículo 321.** En el marco de su función de administración de las reservas internacionales el Jefe del Estado establecerá, 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.~~

**TÍTULO VII
DE LA SEGURIDAD DE LA NACIÓN**

Capítulo I

Disposiciones Generales

Capítulo II

De los Principios de Seguridad de la Nación

Capítulo III

De la Fuerza Armada Bolivariana

~~**Artículo 328.** La Fuerza Armada Bolivariana constituye un cuerpo esencialmente patriótico, popular y antiimperialista. Sus profesionales activos no tendrán militancia partidista.~~

~~La Fuerza Armada Bolivariana será organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación, defenderla de cualquier ataque externo o interno y asegurar la integridad del espacio geográfico mediante el estudio, planificación y ejecución de la doctrina militar bolivariana, la aplicación de los principios de la defensa integral y la guerra popular de resistencia, la cooperación en tareas de mantenimiento de la seguridad ciudadana y del orden interno,~~

de persona o parcialidad política alguna. Sus pilares fundamentales son la disciplina, la obediencia y la subordinación. ~~La Fuerza Armada Nacional está integrada por el Ejército, la Armada, la Aviación y la Guardia Nacional, que funcionan de manera integral dentro del marco de su competencia para el cumplimiento de su misión, con un régimen de seguridad social integral propio, según lo establezca su respectiva ley orgánica.~~

Artículo 329. ~~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. La Guardia Nacional cooperará 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 Fuerza Armada Nacional podrá ejercer las actividades de policía administrativa y de investigación penal que le atribuya la ley.~~

Capítulo IV
De los Órganos de Seguridad Ciudadana
TÍTULO VIII
DE LA PROTECCIÓN DE ESTA CONSTITUCIÓN
Capítulo I
De la Garantía esta Constitución

así como la participación activa en planes para el desarrollo económico, social, científico y tecnológico de la Nación, de acuerdo con esta Constitución y la ley. 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.

Sus pilares fundamentales son esta Constitución y las leyes, así como la disciplina, la obediencia y la subordinación.

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".

Artículo 329. La Fuerza Armada Bolivariana está integrada por los distintos cuerpos de tierra, mar y aire, organizados de acuerdo a la ley orgánica correspondiente en los siguientes componentes militares: el Ejército Nacional Bolivariano, la Armada Nacional Bolivariana, la Aviación Nacional Bolivariana, la Guardia Nacional Bolivariana y la Milicia Nacional Bolivariana; con un régimen especial de carrera, educación y disciplina; amparada por un Sistema de Seguridad Social integral propio, según lo establezca su respectiva ley orgánica.

La Fuerza Armada Bolivariana podrá ejercer las actividades de policía que le atribuya la ley.

Capítulo IV
De los Órganos de Seguridad Ciudadana
TÍTULO VIII
DE LA PROTECCIÓN DE ESTA CONSTITUCIÓN
Capítulo I
De la Garantía esta Constitución
Capítulo II
De los Estados de Excepción

Artículo 337. El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros,

Capítulo II
De los Estados de Excepción

Artículo 337. El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos. En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, ~~el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles.~~

Artículo 338. Podrá decretarse el estado de ~~alarma~~ cuando ~~se produzcan~~ catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares ~~que pongan seriamente en peligro~~ la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos y ciudadanas. ~~Dicho estado de excepción durará hasta treinta días, siendo prorrogable hasta por treinta días más.~~

Podrá decretarse el estado de emergencia económica cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación. ~~Su duración será de hasta sesenta días, prorrogable por un plazo igual.~~

Podrá decretarse el estado de conmoción interior o exterior en caso de conflicto interno o externo, que ponga ~~seriamente~~ en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas, o de sus instituciones. ~~Se prolongará hasta por noventa días, siendo prorrogable hasta por noventa días más.~~

~~La aprobación de la prórroga de los estados de excepción corresponde a la Asamblea Nacional. Una ley orgánica regulará los estados de excepción y determinará las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos.~~

podrá decretar los estados de excepción. Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos. En tal caso, podrán ser restringidas o suspendidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas al derecho a la vida, la prohibición de tortura, la incomunicación, la desaparición forzosa, el derecho a la defensa, a la integridad personal, a ser juzgado o juzgada por sus jueces naturales y a no ser condenado o condenada a penas que excedan los treinta años.

Artículo 338. Podrá decretarse el estado de alerta cuando exista la posibilidad cierta e inminente que va a ocurrir una situación capaz de generar catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares, con el fin de tomar las medidas previas necesarias para proteger la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos y ciudadanas.

Podrá decretarse el estado de emergencia cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos y ciudadanas.

Podrá decretarse el estado de emergencia económica cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación.

Podrá decretarse el estado de conmoción interior o exterior en caso de conflicto interno o externo que ponga en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas o de sus instituciones.

Los estados de alerta, de emergencia, de emergencia económica y de conmoción interior o exterior, durarán mientras se mantengan las causas que los motivaron.

Artículo 339. El decreto que declare el estado de excepción en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe o suspende será presentado, dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado,

Artículo 339. El Decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, será presentado, dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional, o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. El Decreto cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Presidente o Presidenta de la República podrá solicitar su prórroga por un plazo igual, y será revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron.

La declaración del estado de excepción no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público.

TÍTULO IX DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Capítulo I De las Enmiendas

Artículo 341. Las enmiendas a la Constitución se tramitarán en la forma siguiente:

1. La iniciativa podrá partir del quince por ciento de los ciudadanos inscritos y ciudadanas inscritas en el Registro Civil y Electoral; o de un treinta por ciento de los integrantes de la Asamblea Nacional o del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros.

2. Cuando la iniciativa parte de la Asamblea Nacional, la enmienda requerirá la aprobación de ésta por la mayoría de sus integrantes y se discutirá, según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de leyes.

3. El Poder Electoral someterá a referendo las enmiendas a los treinta días siguientes a su

a la Asamblea Nacional o a la Comisión Delegada para su consideración y aprobación. Al cesar las causas que lo motivaron, el Presidente o Presidenta de la República dejará sin efecto la medida adoptada.

La declaración del estado de excepción no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público.

TÍTULO IX DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Capítulo I De las Enmiendas

Artículo 341. Las enmiendas a la Constitución se tramitarán en la forma siguiente:

1. La iniciativa de enmienda podrá activarla el veinte por ciento de electores y electoras inscritos e inscritas en el Registro Electoral; o un treinta por ciento de los Diputados y Diputadas integrantes de la Asamblea Nacional o el Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros.

2. La iniciativa de enmienda se discutirá según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de leyes y se considerará aprobado el proyecto con el voto de la mayoría de los Diputados y Diputadas integrantes de la Asamblea Nacional.

3. El Poder Electoral someterá a referendo el proyecto de enmienda aprobado por la Asamblea Nacional, en los treinta días siguientes a su recepción formal.

4. Se considerarán aprobadas las enmiendas de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley relativa al referendo aprobatorio.

5. Las enmiendas serán numeradas y se

recepción formal.

4. Se considerarán aprobadas las enmiendas de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley relativa al referendo aprobatorio.

5. Las enmiendas serán numeradas ~~consecutivamente y se publicarán a continuación de esta Constitución sin alterar el texto de ésta, pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia de número y fecha de la enmienda que lo modificó.~~

Capítulo II

De la Reforma Constitucional

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.

Capítulo III

De la Asamblea Nacional Constituyente

Artículo 348. La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrán tomarla el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional; mediante acuerdo de las dos terceras partes de ~~sus integrantes; los Consejos Municipales en cabildo, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos;~~ o el ~~quince~~ por ciento de los electores ~~inscritos~~ y electoras inscritas en el registro ~~civil~~ y electoral.

Disposiciones Transitorias

Primera. ~~La ley especial sobre el régimen del Distrito Capital, prevista en el artículo 18 de esta Constitución, será aprobada por la~~

~~incorporarán como un solo cuerpo al texto constitucional.~~

Capítulo II

De la Reforma Constitucional

Artículo 342. La Reforma Constitucional tiene por objeto una revisión parcial de esta Constitución y la sustitución, supresión o adición 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 los Diputados y Diputadas; el Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros; o un número no menor del veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el Registro Electoral que lo soliciten.

Capítulo III

De la Asamblea Nacional Constituyente

Artículo 348. La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrán tomarla el Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional mediante acuerdo de las dos terceras partes de los Diputados y Diputadas; o el treinta por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el Registro Electoral.

Disposiciones Transitorias

Primera. A partir de la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional, se legislará sobre todas las materias que se deriven de la misma, dándole prioridad a:

1. La Ley Orgánica del Poder Popular.
2. La Ley para la Promoción de la Economía Socialista.

~~Asamblea Nacional Constituyente, y preservará la integridad territorial del Estado Miranda. Mientras se aprueba la ley especial, se mantiene en vigencia el régimen previsto en la Ley Orgánica del Distrito Federal y en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.~~

3. La Ley Orgánica para la Organización Político-Territorial de la República.

4. La Ley de Reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela.

5. La Ley Especial del Fondo Nacional del Poder Popular.

6. La Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

7. La Ley de Reforma de la Ley del Servicio Exterior.

8. La Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

9. La Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos.

10. La sanción al delito de tortura, ya sea mediante ley especial o reforma del Código Penal.

11. La Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, estableciendo un nuevo régimen para el derecho a prestaciones sociales consagrado en el artículo 92 de esta Constitución, cuyo pago será proporcional al tiempo de servicio, calculado con base al último salario devengado, y con un lapso de prescripción de diez años, que se aplicará de manera inmediata con la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional. La Ley establecerá un sistema de aplicación progresiva que regule la nueva jornada laboral prevista en el artículo 90 de esta Constitución.

12. La Ley del Sistema de Justicia.

13. La Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social.

14. La Ley Especial para la Creación del Fondo de Estabilidad Social para Trabajadores y Trabajadoras por Cuenta Propia.

15. La Ley Orgánica de Educación.

Segunda. En defensa de la soberanía y de la voluntad popular, los Diputados electos y Diputadas electas en los comicios del 5 de diciembre de 2005, que hayan sido llamados o llamadas por el Presidente de la República a ocupar cargos públicos, una vez cesen en sus tareas, podrán reincorporarse a la Asamblea Nacional para la culminación del período para el cual fueron electos y electas.

~~**Segunda.** Mientras se dicta la ley prevista en el artículo 38 de esta Constitución, sobre adquisición, opción, renuncia y recuperación~~

de la nacionalidad, se considerarán con domicilio en Venezuela los extranjeros o extranjeras que habiendo ingresado y permanecido legalmente en el territorio nacional, hayan declarado su intención de fijar domicilio en el país, tengan medios lícitos de vida y hayan residido en Venezuela ininterrumpidamente durante dos años.

Por residencia se entenderá la estadía en el país con ánimo de permanecer en él. Las declaraciones de voluntad previstas en los artículos 32, 33 y 36 de esta Constitución se harán en forma auténtica por la persona interesada cuando sea mayor de edad, o por su representante legal, si no ha cumplido veintidós años.

Tercera. La Asamblea Nacional, dentro de los primeros seis meses siguientes a su instalación, aprobará:

~~1. Una reforma parcial del Código Penal para incluir el delito de desaparición forzada de personas, previsto en el artículo 45 de esta Constitución. Mientras no se apruebe esta reforma se aplicará, en lo que sea posible, la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas.~~

~~2. Una ley orgánica sobre estados de excepción.~~

~~3. Una ley especial para establecer las condiciones y características de un Régimen especial para los Municipios José Antonio Páez y Rómulo Gallegos, del Estado Apure. Para la elaboración de esta ley, se oír la opinión del Presidente o Presidenta de la República, de la Fuerza Armada Nacional, de la representación que designe el Estado en cuestión y demás instituciones involucradas~~

Tercera. [Antes Séptima] A los fines previstos en el artículo 125 de esta Constitución, mientras se apruebe la ley orgánica correspondiente, la elección de los y las representantes indígenas a la Asamblea Nacional y a los consejos legislativos estatales y concejos municipales se regirá por los siguientes requisitos de postulación y mecanismos:

Todas las comunidades u organizaciones indígenas podrán postular candidatos y candidatas que sean indígenas.

Es requisito indispensable para ser candidato o candidata, hablar su idioma indígena y cumplir con al menos una de las siguientes condiciones:

1. Haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad.

2. Tener conocida trayectoria en la lucha social en pro del reconocimiento de su identidad cultural.

3. Haber realizado acciones en beneficio de los pueblos y comunidades indígenas.

4. Pertenecer a una organización indígena legalmente constituida con un mínimo de tres años de funcionamiento.

Se establecerán tres regiones: Occidente, compuesta por los estados Zulia, Mérida y Trujillo; Sur, compuesta por los estados Amazonas y Apure; y Oriente, compuesta por los estados Bolívar, Delta Amacuro, Monagas, Anzoátegui y Sucre.

Cada uno de los estados que componen las regiones elegirá un representante. El

en la problemática fronteriza.

Consejo Nacional Electoral declarará electo o electa al candidato o candidata que hubiere obtenido la mayoría de los votos válidos en su respectiva región o circunscripción.

Los candidatos y las candidatas indígenas estarán en el tarjetón de su respectivo estado o circunscripción, y todos los electores y electoras de ese estado los podrán votar.

Para los efectos de la representación indígena al Consejo Legislativo y a los concejos municipales con población indígena, se tomará en cuenta el último censo oficial del Instituto Nacional de Estadística, y las elecciones se realizarán de acuerdo con las normas y requisitos aquí establecidos.

El Consejo Nacional Electoral garantizará, con apoyo de expertos indigenistas y organizaciones indígenas, el cumplimiento de los requisitos aquí señalados.

~~Cuarta. Dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobará:~~

~~1. La legislación sobre la sanción a la tortura, ya sea mediante ley especial o reforma del Código Penal.~~

~~2. Una ley orgánica sobre refugiados o refugiadas y asilados o asiladas, acorde con los términos de esta Constitución y los tratados internacionales sobre la materia ratificados por Venezuela.~~

~~3. Mediante la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, un nuevo régimen para el derecho a prestaciones sociales reconocido en el artículo 92 de esta Constitución, el cual integrará el pago de este derecho de forma proporcional al tiempo de servicio y calculado de conformidad con el último salario devengado, estableciendo un lapso para su prescripción de~~

Cuarta. [Antes Octava] Mientras se promulguen las nuevas leyes electorales previstas en esta Constitución, los procesos electorales serán convocados, organizados, dirigidos y supervisados por el Consejo Nacional Electoral.

diez años. Durante este lapso, mientras no entre en vigencia la reforma de la ley seguirá aplicándose de forma transitoria el régimen de la prestación de antigüedad establecido en la Ley Orgánica del Trabajo vigente. Asimismo, contemplará un conjunto de normas integrales que regulen la jornada laboral y propendan a su disminución progresiva, en los términos previstos en los acuerdos y convenios de la Organización Internacional del Trabajo suscritos por la República.

4. Una ley orgánica procesal del trabajo que garantice el funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada, y la protección del trabajador o trabajadora en los términos previstos en esta Constitución y en las leyes. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo estará orientada por los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad y rectoría del juez o jueza en el proceso.

5. La legislación referida al Sistema Judicial, a la Administración Pública Nacional, al Poder Ciudadano, al Poder Electoral, y a la legislación tributaria, de Régimen Presupuestario y de Crédito Público. Una ley orgánica sobre la defensa pública. Hasta tanto no se sancione dicha ley, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, estará a cargo del desarrollo y operatividad efectiva del Sistema Autónomo de la Defensa Pública, a los fines de garantizar el derecho a la defensa.

6. Una ley que desarrolle la hacienda pública estatal, estableciendo, con apego a los principios y normas de esta Constitución, los tributos que la compongan, los mecanismos de su aplicación y las disposiciones que la regulen.

7. La legislación que desarrolle los principios constitucionales sobre el Régimen Municipal. De conformidad con ella, los órganos legislativos de los Estados procederán a sancionar los instrumentos normativos que correspondan a la potestad organizadora que tienen asignada con respecto a los Municipios y demás entidades locales, y a la división político territorial en cada jurisdicción. Se mantienen los Municipios y parroquias exis-

tentes hasta su adecuación al nuevo régimen previsto en dicho ordenamiento.

8. La ley a la cual se ajustará el Banco Central de Venezuela. Dicha ley fijará, entre otros aspectos, el alcance de las funciones y forma de organización del instituto; el funcionamiento, período, forma de elección, remoción, régimen de incompatibilidades y requisitos para la designación de su Presidente o Presidenta y Directores o Directoras; las reglas contables para la constitución de sus reservas y el destino de sus utilidades; la auditoría externa anual de las cuentas y balances, a cargo de firmas especializadas, seleccionadas por el Ejecutivo Nacional; y el control posterior por parte de la Contraloría General de la República en lo que se refiere a la legalidad, sinceridad, oportunidad, eficacia y eficiencia de la gestión administrativa del Banco Central de Venezuela. La ley establecerá que el Presidente o Presidenta y demás integrantes del Directorio del Banco Central de Venezuela representarán exclusivamente el interés de la Nación, a cuyo efecto fijará un procedimiento público de evaluación de los méritos y credenciales de las personas postuladas a dichos cargos. La ley establecerá que al Poder Ejecutivo corresponderá la designación del Presidente o Presidenta del Banco Central de Venezuela y, al menos, de la mitad de sus Directores o Directoras; y establecerá los términos de participación del poder legislativo nacional en la designación y ratificación de estas autoridades.

9. La ley del cuerpo de policía nacional. En dicha ley se establecerá el mecanismo de integración del Cuerpo Técnico de Vigilancia del Tránsito y Transporte Terrestre al cuerpo de policía nacional.

Quinta. En el término no mayor de un año a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución, la Asamblea Nacional dictará una reforma del Código Orgánico Tributario que establezca, entre otros aspectos:

1. La interpretación estricta de las leyes y normas tributarias, atendiendo al fin de las mismas y a su significación económica, con el objeto de eliminar ambigüedades.
2. La eliminación de excepciones al principio de no retroactividad de la ley.

Quinta. [Antes Décimoprimer] Hasta tanto se dicte la legislación nacional relativa al régimen de las tierras baldías, la administración de las mismas continuará siendo ejercida por el Poder Nacional, conforme a la legislación vigente.

~~3. Ampliar el concepto de renta presunta de manera de dotar con mejores instrumentos a la Administración Tributaria.~~

~~4. Eliminar la prescripción legal para delitos tributarios graves, los cuales deben ser tipificados en el Código Orgánico Tributario.~~

~~5. La ampliación de las penas contra asesores o asesoras, bufetes de abogados o de abogadas, auditores externos o auditoras externas y otros u otras profesionales que actúen en complicidad para cometer delitos tributarios, incluyendo periodos de inhabilitación en el ejercicio de la profesión.~~

~~6. La ampliación de las penas y la severidad de las sanciones contra delitos de evasión fiscal, aumentando los periodos de prescripción.~~

~~7. La revisión de atenuantes y agravantes de las sanciones para hacerlas más estrictas.~~

~~8. La ampliación de las facultades de la Administración Tributaria en materia de fiscalización.~~

~~9. El incremento del interés moratorio para disuadir la evasión fiscal.~~

~~10. La extensión del principio de solidaridad, para permitir que los directores o directoras, y asesores o asesoras respondan con sus bienes en caso de convalidar delitos tributarios.~~

~~11. La introducción de procedimientos administrativos más expeditos.~~

~~**Sexta.** La Asamblea Nacional en un lapso de dos años legislará sobre todas las materias relacionadas con esta Constitución. Se le dará prioridad a las leyes orgánicas sobre pueblos indígenas, educación y fronteras.~~

~~**Séptima.** A los fines previstos en el artículo 125 de esta Constitución, mientras se apruebe la ley orgánica correspondiente, la elección de los y las representantes indígenas a la Asamblea Nacional, a los Consejos Legislativos Estadales y a los Consejos Municipales, se regirá por los siguientes requisitos de postulación y mecanismos:~~

~~Todas las comunidades u organizaciones~~

Sexta. [Antes Décimosegunda] El proceso de demarcación del hábitat indígena, a que se refiere el artículo 119 de esta Constitución, se continuará realizando y deberá culminarse dentro de los dos años siguientes a la aprobación de esta Reforma Constitucional.

Séptima. [Antes Décimoquinta] Hasta tanto se apruebe la legislación a que se refiere el artículo 105 de esta Constitución, se mantendrá en vigencia el ordenamiento jurídico aplicable antes de la sanción de esta Reforma Constitucional.

indígenas podrán postular candidatos y candidatas que sean indígenas.

Es requisito indispensable, para ser candidato o candidata, hablar su idioma indígena; y cumplir con, al menos, una de las siguientes condiciones:

1. Haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad.
2. Tener conocida trayectoria en la lucha social en pro del reconocimiento de su identidad cultural.
3. Haber realizado acciones en beneficio de los pueblos y comunidades indígenas.
4. Pertenecer a una organización indígena legalmente constituida con un mínimo de tres años de funcionamiento.

Se establecerán tres regiones: Occidente, compuesta por los Estados Zulia, Mérida y Trujillo; Sur, compuesta por los Estados Amazonas y Apure; y Oriente, compuesta por los Estados Bolívar, Delta Amacuro, Monagas, Anzoátegui y Sucre.

Cada uno de los Estados que componen las regiones elegirá un representante. El Consejo Nacional Electoral declarará electo al candidato o ~~electa a la~~ candidata que hubiere obtenido la mayoría de los votos válidos en su respectiva región o circunscripción.

Los candidatos o las candidatas indígenas estarán en el tarjetón de su respectivo Estado o circunscripción y todos los electores ~~e~~ electoras de ese Estado podrán ~~votarlos o~~ ~~votarlas~~.

Para los efectos de la representación indígena ~~en los Consejos Legislativos y en los Consejos Municipales de los Estados y Municipios~~ con población indígena, se tomará el censo oficial ~~de 1992 de la Oficina Central de Estadística e Informática~~. Las elecciones se realizarán de acuerdo con las normas y requisitos aquí establecidos.

El Consejo Nacional Electoral garantizará con apoyo de expertos ~~o expertas~~ indigenistas y organizaciones indígenas el cumplimiento de los requisitos aquí señalados.

Octava. [Ahora Cuarta] Mientras se promulgan las nuevas leyes electorales previstas en esta Constitución los procesos electorales serán convocados, organizados, dirigidos y

Octava. [Antes Decimoctava] A los fines de asegurar la vigencia de los principios establecidos en el artículo 113 de esta Constitución, se dictará una ley antimonopolio que establezca, entre otros aspectos, el organismo de supervisión, control y fiscalización que deba asegurar la efectiva aplicación de estos principios y las disposiciones y demás reglas que los desarrollen.

supervisados por el Consejo Nacional Electoral.

~~Para el primer período del Consejo Nacional Electoral, previsto en esta Constitución, todos sus integrantes serán designados o designados simultáneamente. En la mitad del período, dos de sus integrantes serán renovados o renovados de acuerdo con lo establecido en la ley orgánica correspondiente.~~

~~**Novena.** Mientras no se dicten las leyes relativas al Capítulo IV del Título V de esta Constitución, se mantendrán en vigencia las Leyes Orgánicas del Ministerio Público y de la Contraloría General de la República. En cuanto a la Defensoría del Pueblo, el o la titular será designado o designada de manera provisoria por la Asamblea Nacional Constituyente. El Defensor o Defensora del Pueblo adelantará lo correspondiente a la estructura organizativa, integración, establecimiento de presupuesto e infraestructura física, tomando como base las atribuciones que le establece la Constitución.~~

~~**Décima.** Lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 167 de esta Constitución, sobre la obligación que tienen los Estados de destinar un mínimo del cincuenta por ciento del situado constitucional a la inversión, entrará en vigencia a partir del primero de enero del año dos mil uno.~~

~~**Decimoprimera.** [Ahora Quinta] Hasta tanto se dicte la legislación nacional relativa al régimen de las tierras baldías, la administración de las mismas continuará siendo ejercida por el Poder Nacional, conforme a la legislación vigente.~~

~~**Decimosegunda.** [Ahora Sexta] La demarcación del hábitat indígena, a que se refiere el artículo 119 de esta Constitución, se realizará dentro del lapso de dos años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Constitución.~~

Novena. Hasta tanto se dicten las normas que desarrollen los principios establecidos en el artículo 112 de esta Constitución, el Ejecutivo Nacional podrá, mediante decretos o decreto ley, regular la transición al Modelo de Economía Socialista.

Décima. La modificación del Situado Constitucional contemplada en el numeral 4 y los recursos a que se refiere el numeral 6, ambos del artículo 167 de esta Constitución, se aplicarán a partir de la Ley de Presupuesto del Ejercicio Fiscal 2009.

Décima Primera. Hasta tanto se dicte la Ley Especial que Crea el Fondo Nacional del Poder Popular, el Ejecutivo Nacional podrá utilizar el Fondo Nacional de los Consejos Comunales para financiar los proyectos del Poder Popular.

Décima Segunda. Corresponderá al Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, por vía de decreto, regular el régimen de transición del Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Federal; en consecuencia, designará la máxima autoridad del Distrito Federal en sustitución del Alcalde Metropolitano de Caracas, y todas las competencias, atribuciones, entes adscritos, bienes y personal, serán asumidos inmediatamente por el Distrito Federal, mientras se dicte la ley sobre la materia.

Décima Tercera. En un lapso no mayor de un año serán transferidas todas las com-

Decimotercera. ~~Hasta tanto los Estados asuman por ley estatal las competencias referidas en el numeral 7 del artículo 164 de esta Constitución, se mantendrá el régimen vigente.~~

Decimocuarta. ~~Mientras no se dicte la legislación que desarrolle los principios de esta Constitución sobre el régimen municipal, continuarán plenamente vigentes las ordenanzas y demás instrumentos normativos de los Municipios, relativos a las materias de su competencia y al ámbito fiscal propio, que tienen atribuido conforme al ordenamiento jurídico aplicable antes de la sanción de esta Constitución.~~

Decimoquinta. ~~Hasta tanto se apruebe la legislación a que se refiere el artículo 105 de esta Constitución, se mantendrá en vigencia el ordenamiento jurídico aplicable antes de la sanción de esta Constitución.~~

Decimosexta. ~~Para el enriquecimiento del acervo histórico de la nación, el cronista de la Asamblea Nacional Constituyente coordinará lo necesario para salvaguardar las grabaciones o registros que de las sesiones y actividades de la Asamblea Nacional Constituyente se realizaron en imagen, en sonido; en documentos escritos, digitales, fotográficos o hemerográficos, audio; y en cualquier otra forma de documento elaborado.~~

~~Todos estos documentos quedarán bajo la protección del Archivo General de la Nación.~~

Decimoséptima. ~~El nombre de la República una vez aprobada esta Constitución será «República Bolivariana de Venezuela», tal como está previsto en su artículo uno. Es obligación de las autoridades e instituciones, tanto públicas como privadas, que deban expedir registros, títulos o cualquier otro documento, utilizar el nombre de «República Bolivariana de Venezuela», de manera inmediata.~~

~~En trámites rutinarios las dependencias administrativas agotarán el inventario documental de papelería; su renovación se hará progresivamente con la mencionada denominación; en un plazo que no excederá de cinco años.~~

petencias que correspondan por esta Constitución al Poder Nacional y que actualmente estén atribuidas a los otros niveles del Poder Público.

Décima Cuarta. El período presidencial establecido en el artículo 230 de esta Constitución se aplicará una vez vencido el actual período presidencial.

Décima Quinta. Hasta tanto se reforme la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, se mantiene el régimen vigente para designar los contralores y las contraloras estatales y municipales.

~~La circulación de monedas acuñadas y billetes emitidos con el nombre de «República de Venezuela», estará regulada por la Reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela contemplada en la Disposición Transitoria Cuarta de esta Constitución, en función de hacer la transición a la denominación «República Bolivariana de Venezuela».~~

~~**Decimoctava.** [Ahora Octava] A los fines de asegurar la vigencia de los principios establecidos en el artículo 113 de esta Constitución, la Asamblea Nacional dictará una ley que establezca, entre otros aspectos, el organismo de supervisión, control y fiscalización que deba asegurar la efectiva aplicación de estos principios y las disposiciones y demás reglas que los desarrollen.~~

~~La persona que presida o dirija este organismo, será designada por el voto de la mayoría de los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional, previo informe favorable de una comisión especial designada de su seno al efecto.~~

~~La ley establecerá que los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública y los jueces o juezas llamados o llamadas a conocer y decidir las controversias relacionadas con las materias a que se refiere el artículo 113 de esta Constitución, observen, con carácter prioritario y excluyente, los principios allí definidos, y se abstengan de aplicar cualquier disposición susceptible de generar efectos contrarios a ellos.~~

~~La ley establecerá en las concesiones de servicios públicos, la utilidad para el concesionario o concesionaria y el financiamiento de las inversiones estrictamente vinculadas a la prestación del servicio, incluyendo las mejoras y ampliaciones que la autoridad competente considere razonables y apruebe en cada caso.~~

Disposición derogatoria

~~**Única.** Queda derogada la Constitución de la República de Venezuela decretada el veintitrés de enero de mil novecientos sesenta y uno. El resto del ordenamiento jurídico mantendrá su vigencia en todo lo que no contradiga esta Constitución.~~

Disposición derogatoria

Única. Se deroga la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, sancionada el 9 de agosto de 2001 y publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.261 del 15 de agosto de 2001.

Disposición final**Disposición final**

Única. Esta ~~Constitución~~ entrará en vigencia el mismo día de su publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, después de su aprobación por el pueblo mediante referendo.

Única. Esta Reforma Constitucional entrará en vigencia el mismo día de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, después de su aprobación por el pueblo mediante referendo.

DOCTRINA

Doctrina Administrativa

*Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia: Cuarto 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.* A. Concepto de mercado relevante. B. Definición del mercado producto.

II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Prácticas exclusionarias.* A. Condiciones de ilicitud de las prácticas exclusionarias. 2. *Manipulación de factores de producción.* A. Condiciones de ilicitud de la manipulación de factores de producción. 3. *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. 4. *Competencia desleal.* A. Principios generales del abuso de la competencia desleal. B. Simulación de productos.

* 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.

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. *Conceptos claves la libre competencia*

Caso: Corporación Roraca C.A. vs. Corimon pinturas, c.a.
Resolución N° SPPLC/0051-2007 23-10-07¹

Clasificación de las prácticas contrarias a la competencia

Del cruce de los diferentes criterios surgen las principales prácticas anticompetitivas que son sancionadas por las leyes de defensa de la competencia, las cuales pueden tener carácter horizontal o vertical, en forma unilateral o conjunta y con un fin explotativo o exclusorio.

Caso: Ld Telecom Telecomunicaciones C.A, vs. Multiphone Venezuela, C.A.

Resolución N° SPPLC/0055-2007 12-11-07

Medios desleales de competencia

Este Despacho observa, que los agentes económicos tienden a comportarse en forma oportunista, es decir tienden a sacar provecho de los errores o de las debilidades de sus competidores, sobrepasando las políticas establecidas por la costumbre o por los "buenos usos comerciales", es decir compiten deslealmente. Desde el punto de vista de los negocios y las ganancias, tal comportamiento tiene cierta lógica, pues simplemente se invierten menos recursos en términos de tiempo y esfuerzo. Estas acciones podemos apreciarla en gran medida, en la simulación de productos de renombre, y en la elaboración de campañas publicitarias que engañen al consumidor, o que tengan como base fundamentos falsos. En conclusión estas prácticas mencionadas, constituyen medios o caminos menos exigentes, que aquellos que solo serían posible mediante la creación de una reputación en el mercado durante años de investigación, mantenimiento de la calidad del producto o la prestación de servicios post-venta al cliente.

2. *El mercado relevante*A. *Concepto de mercado relevante*²

Caso: Snacks América Latina, S.R.L., vs. Alina Foods C.A.,
Resolución N° SPPLC/0046-2007 1-10-07

Concepto de mercado relevante

Es decir, el mercado relevante es un instrumento que se utiliza para comprender el contexto en el que se desarrolla la competencia entre las empresas, y esta compuesta de dos elementos, como lo son el mercado producto o servicio y el mercado geográfico.

B. *Definición del mercado producto*

Caso: Snacks América Latina, S.R.L., vs. Alina Foods C.A.,
Resolución N° SPPLC/0046-2007 1-10-07

El mercado producto y el test del monopolista hipotético

1 En idéntico sentido, DA/RDP N° 109, p. 76.

2 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.

Para determinar el mercado producto es relevante determinar qué productos son suficientemente similares en cuanto a su función, precio y atributos para ser considerados por los consumidores y/o usuarios como sustitutos razonables de otro. Para llegar a esta determinación, se utiliza la metodología de elasticidades cruzadas, que se analiza para conocer el comportamiento del consumidor ante una variación pequeña y no transitoria de los precios relativos. En caso que los compradores puedan cambiar sus compras a otros productos o servicio en cantidad suficiente para hacer el incremento de precios no rentable, este producto será el mejor sustituto cercano y debe ser incluido en el mercado relevante.

II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Prácticas exclusionarias*³

A. *Condiciones de ilicitud de las prácticas exclusionarias*

Caso: Snacks América Latina, S.R.L., vs. Alina Foods C.A.,
Resolución N° SPPLC/0046-2007 1-10-07⁴

Condiciones de ilicitud de las prácticas exclusionarias

Si las partes presuntamente infractoras aprovechan la capacidad que tienen para afectar el mercado, poseída individual o colectivamente mediante una conducta restrictiva de la competencia, se le impondrían las sanciones previstas en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Esto último dependería de las circunstancias y/o variables que expliquen las acciones desplegadas por éstas, en otras palabras, sus actuaciones sólo serían consideradas restrictivas de la libre competencia si no existiesen ninguna justificación económica y/o estratégica para las acciones que hayan emprendido.

2. *Manipulación de factores de producción*⁵

A. *Condiciones de ilicitud de la manipulación de factores de producción*

Caso: Snacks América Latina, S.R.L., vs. Alina Foods C.A.
Resolución N° SPPLC/0046-2007 1-10-07

Condiciones de ilicitud de la manipulación de factores de producción

(...) ha sido criterio pacífico y reiterado por esta Superintendencia, que la manipulación de los factores de producción, restringirá la libre competencia, cuando el manejo de dicho factores por un agente económico tienda a impedir la entrada de nuevos competidores o provocar la salida injustificada de aquellos que compiten actualmente.

3. *El abuso de la posición de dominio*⁶

A. *Principios generales de la posición de dominio*

Caso: Corporación Roraca C.A. vs. Corimon pinturas, c.a.
Resolución N° SPPLC/0051-2007 23-10-07

Elementos para determinar la existencia de una posición de dominio

3 Cfr.: DA/RDP N° 111.

4 En este mismo trimestre, vid. Vid. Resolución N° SPPLC/0047-2007, de 10 de octubre, caso *Telecable Onoto C.A. vs. Corporación Telemic, C.A.*

5 Cfr.: DA/RDP N° 107, p. 65.

6 DA/RDP N° 111.

En este caso, no sólo debe determinarse el grado de participación de mercado de cada uno de los agentes, sino que además debe hacerse una segunda evaluación, que consiste en el análisis de la competencia efectiva existente entre los agentes que participan en dicho mercado relevante, ya que es posible, de este modo, que aún en presencia de varios agentes económicos, uno de ellos detente suficiente poder de mercado como para impedir el mantenimiento de una competencia efectiva.

B. *Condiciones de procedencia del abuso de la posición de dominio*

Caso: Snacks América Latina, S.R.L., vs. Alina Foods C.A.,
Resolución N° SPPLC/0046-2007 1-10-07⁷

Condiciones de ilicitud del abuso de la posición de dominio

(...) si una empresa utiliza su posición de dominio para distorsionar el proceso del mercado y así obtener beneficios supracompetitivos, entonces sí se estaría configurando una conducta o práctica restrictiva de la libre competencia, en la forma de abuso de posición de dominio.

4. *Competencia desleal*⁸

A. *Principios generales de la competencia desleal*

Caso: Venezuela Industrial Automotriz, S.A., vs. Tempertone de Venezuela, C.A.

Resolución N° SPPLC/0049-2007 15-10-07

El carácter "esencialmente desleal" de los actos de competencia desleal

Que la actividad sea esencialmente desleal (...) significa que pueda ser considerado como contrario a los principios que rigen el orden público económico, o lo que es lo mismo, se trata de situaciones que utilizan o distorsionan la información necesaria para que se produzcan las decisiones de intercambio en el mercado.

Caso: Ld Telecom Telecomunicaciones C.A, vs. Multiphone Venezuela, C.A.

Resolución N° SPPLC/0055-2007 12-11-07

La ratio de la prohibición de competencia desleal

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.

Caso: Ld Telecom Telecomunicaciones C.A, vs. Multiphone Venezuela, c.a

Resolución N° SPPLC/0055-2007 12-11-07

El daño al mercado como condición de ilicitud de la competencia desleal

7 En este mismo trimestre, Vid. Resolución N° SPPLC/0047-2007, de 10 de octubre, caso *Telecable Onoto C.A. vs. Corporación Telemic, C.A.*

8 DA/RDP N° 111.

En este orden de ideas, es importante para comprobar la realización de esta práctica desleal, que la actividad denunciada cause o sea susceptible de causar daños al mercado, éste se observa con el desplazamiento efectivo de las ventas del denunciante hacia el denunciado

B. *Simulación de productos*⁹

Caso: Snacks América Latina, S.R.L., vs. Alina Foods C.A.,
Resolución N° SPPLC/0046-2007 1-10-07

Los dos efectos de la simulación de productos

En este punto, es oportuno aclarar que la simulación tipificada en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, tiene dos efectos simultáneos: confundir a los consumidores y perjudicar las ventas mediante el aprovechamiento de la reputación de la empresa cuyo producto es simulado.

Caso: Snacks América Latina, S.R.L., vs. Alina Foods C.A.,
Resolución N° SPPLC/0046-2007 1-10-07

La coincidencia de colores en el empaque de productos no constituye, *per se*, signo de simulación

Con relación al aspecto COLOR que sirve de fondo de cada uno de los empaques, es oportuno señalar que ciertamente el verde es el color predominante en los mismos y en ambos empaques presentan el mismo tono, pero al respecto, este Despacho considera el artículo 135 letra h) de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, el cual establece que no podrán registrarse como marca los signos que consistan en un color aisladamente considerado, sin que se encuentre delimitado por una forma específica. (...) Con esta limitación se intenta impedir la monopolización de colores que generalmente y comúnmente revisten los productos pertenecientes a un género. De lo contrario se crearía una barrera al resto de los competidores, que no podrían acceder a ese mercado, al menos en condiciones de igualdad, dado que no podrían utilizar los elementos (en este caso el color) que precisamente es habitual para ese tipo de productos (...).

9 DA/RDP N° 110, p. 100

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Cuarto 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*. A. El principio de la separación de poderes. B. Soberanía popular. 2. *El Ordenamiento Jurídico*. A. La Constitución. Reforma. B. La Ley. Interpretación. 3. *Responsabilidad Patrimonial del Estado: Responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional*.

II. DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales*. A. Tutela judicial efectiva. B. La garantía de igualdad ante la ley. C. La garantía de acceso a la justicia. a. Protección de intereses colectivos y difusos. b. Derecho a la defensa. 2. *Derechos Individuales*. A. Libertad Personal. B. Derecho a la información.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*. A. Régimen de la Administración Pública. a. Organización Administrativa: Las Academias. Naturaleza jurídica.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONOMICO DEL ESTADO

1. *Intervención del Estado en la economía*. 2. *Propiedad y Expropiación*. A. Propiedad. a. Libertad económica. B. Prohibición de confiscación. 3. *Expropiación: Procedimiento expropiatorio. Ocupación previa*.

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Potestad Tributaria Nacional: Hidrocarburos*. 2. *Potestad Tributaria Municipal*. A. Servicios relacionados con la industria y el comercio de hidrocarburos. B. Inmunidad tributaria. C. Impuesto a las actividades económicas.

VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo*. A. Principios. B. Derechos de los Administrados. a. *Las garantías del debido proceso*. b. *Derecho al juez natural*. 2. *Actos Administrativos*. A. Requisito de forma. B. Requisitos de Fondo: Competencia. Delegación. C. Efectos. a. Notificación. b. Publicación. D. Vicios. a. Usurpación de funciones e incompetencia manifiesta.

VII. LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

1. *El Contencioso Administrativo de Anulación*. A. Objeto: Actos administrativos. Universalidad de control. B. Suspensión de efectos del acto administrativo. C. Las Partes en el procedimiento: Intervención de terceros. D. Sentencia: Aclaratoria. 2. *El Contencioso Administrativo Especial*. A. El Contencioso Administrativo Tributario. a. Procedimiento: Notificaciones. Sindico Procurador Municipal.

VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control Constitucional del Proyecto de Reforma Constitucional*. 2. *Acción de Inconstitucionalidad*. 3. *Control de la Inconstitucionalidad de la omisión del Legislador y de los otros órganos del Poder Público*. 4. *Recurso de Interpretación Constitucional*. 5. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional*. 6. *Acción de Amparo Constitucional*. A. Competencia. B. Objeto: Amparo contra normas. C. Legitimación. D. Procedimiento. a. Lapsos procesales. b. Orden público. E. Inadmisibilidad. a. Existencia de vías judiciales ordinarias.

IX. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. *Régimen jurídico*. 2. *Clases de Funcionarios: Funcionarios de carrera*. 3. *Derechos: Prestaciones Sociales. Pago*

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Principios fundamentales del Estado*A. *El principio de la separación de poderes*

TSJ- SC (1889)

17-10-2007

Magistrado Ponente: Francisco Carrasquero López

Caso: Impugnación de los artículos 449, 453, 454, 455, 456 y 457 de la Ley Orgánica del Trabajo

El principio de división de poderes, no se presenta actualmente como un valor de carácter estanco, a tenor del cual se distribuyen las funciones del Estado de una forma exclusiva y excluyente entre los denominados poderes públicos. Antes bien, las potestades públicas pueden identificarse desarrolladas preponderante por un conjunto de órganos específicos, lo cual deja entrever la vigencia del principio de colaboración de poderes como un mecanismo de operacionalización del poder del Estado al servicio de la comunidad.

Las normas transcritas [artículos 453 a 457 de la Ley Orgánica del Trabajo], establecen la competencia y el procedimiento para que las inspectorías del trabajo califiquen los despidos de los trabajadores investidos de fuero y al respecto se observa, que tal como se estableció en la decisión N° 962, dictada el 9 de mayo de 2006, en el caso CERVECERÍAS POLAR LOS CORTIJOS C.A., y otros, la idea aristotélica de separación entre la función administrativa y jurisdiccional del Estado, fue desarrollada en la edad moderna a partir de 1790, cuando la ley proclamó la separación de ambas actuaciones en el sentido de que los tribunales no podían intervenir en los idearios revolucionarios de legalidad, libertad y garantía jurídica. Empero, la posterior identificación de que la consecución de la legalidad perseguida implicaba la concepción de un mecanismo de control, conllevó a la difuminación de estas inmunida-

des, enraizando como elemento natural del principio de separación de poderes, al control plenario de la actuación del Poder Público.

De este modo y tal como señaló Humberto La Roche (Derecho Constitucional, Tomo I. Valencia: Ediciones Vadell Hermanos. 1991. p. 413), el principio de separación de poderes resultó “del desarrollo histórico de la sociedad política”, ubicándolo como una superación del Estado absoluto, cuyo objeto es evitar la acumulación del poder, mediante un sistema de contrapesos entre las distintas figuras subjetivas del Poder Público.

De allí, que el citado autor, interpretando el espíritu de las leyes de Montesquieu, señale que la separación de poderes, más que una interpretación jurídica sobre cada uno de los órganos que integran el gobierno, es “un principio fundamentalmente político”, que sirve para verificar la correspondencia entre medios o vías de actuación del Poder Público y sus fines.

Así, el principio en comento pasó a formar parte de los principios sustanciales que informan la estructura formal del Estado, con el objeto de evitar el exceso en el ejercicio del poder y garantizar el equilibrio entre instituciones estatales.

Supone así, una fórmula organizacional del Estado que plantea el control del poder por el poder, para de esta forma asegurar la coherencia de la actividad del Poder Público, con los valores superiores del ordenamiento jurídico.

Por ello, el Estado constitucional de derecho reconoce en el principio de separación de poderes, a un “elemento esencial de la ordenación jurídica del Estado” (Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons. 2000, p. 719), que tal como sostuvo Hauriou, (Derecho Público Constitucional. Madrid: Editorial Reus 1927, p. 8) busca el “equilibrio fundamental entre el orden, el poder y la libertad”.

En el contexto expuesto, la denuncia de los accionantes se centra en que la función jurisdiccional es exclusiva de los tribunales de la República y en tal virtud, no podrían los órganos administrativos del Estado resolver conflictos intersubjetivos.

Sobre el particular, es necesario precisar, que sin menoscabo del razonamiento supra desarrollado, el principio de división de poderes, no se presenta actualmente como un valor de carácter estanco, a tenor del cual se distribuyen las funciones del Estado de una forma exclusiva y excluyente entre los denominados poderes públicos. Antes bien, las potestades públicas pueden identificarse desarrolladas preponderante por un conjunto de órganos específicos, lo cual deja entrever la vigencia del principio de colaboración de poderes como un mecanismo de operacionalización del poder del Estado al servicio de la comunidad.

En efecto, tal como señala Castillo Alonzo, (Derecho Político y Constitucional Comparado. Barcelona: Tercera Edición. 1932. p. 205), sólo la pobreza y la riqueza son las que no pueden estar reunidas en las mismas manos y de allí, que la formulación aristotélica del principio de división de poderes, haya evolucionado desde una concepción de funciones categorizadas en compartimientos estancos e impenetrables, hacia una visión axiológica basada en que cada poder público ejerce de manera preponderante pero no excluyente ni exclusiva la función que le es propia por atribución constitucional, lo cual incluso se extiende a la cooperación con los otros poderes públicos en los puntos de contacto.

Así, el principio orgánico dogmático de la separación de poderes trasciende la concepción monopólica que en sus orígenes tuvo justificación en la idea de evitar tanto el despotismo legislativo como el absolutismo ejecutivo y pasó a recoger la noción de colaboración, como un efecto de la concientización de que el aislamiento rígido de las funciones esenciales,

atenta contra el pragmatismo de las instituciones en la satisfacción de los cometidos del Estado, que incluso, es progresivo en aras de la justicia social que vincula las funciones esenciales de los distintos poderes para la satisfacción de los intereses colectivos.

De este modo, se abrieron paso sendas formulas de colaboración de poderes, una basada en lo que Loewenstein (Teoría de la Constitución. Barcelona. 1965. P. 132) denomina la interdependencia por coordinación, la cual supone la existencia de puntos de contacto conforme a los cuales el desarrollo de una función determinada, demanda cooperación de al menos dos poderes del Estado, como puede constarse en diversas áreas de nuestro sistema constitucional, como son la promulgación de leyes, según lo dispuesto en los artículos 213 y 215 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las observaciones a las leyes sancionadas según dispone el artículo 214 eiusdem, la celebración de los contratos de interés nacional, artículo 187.9 *ibidem*, entre otros.

Lo expuesto evidencia, como conforme a la interdependencia por coordinación los poderes públicos actúan con autonomía en el desarrollo de sus funciones propias, sin aislamiento y por ende, sin menoscabo de la cooperación que para la efectiva concreción de su actividad, deben desarrollar con otro poderes en ciertas actividades previamente determinadas.

La segunda formulación del principio de colaboración de poderes, se basa en que la idea esencial del mismo se encuentra en la división orgánica que reconoce formalmente la existencia de una estructura orgánica y subjetiva del Estado, donde el *ius imperio* se encuentra distribuido entre varias figuras subjetivas, sin que ello suponga que las funciones del Estado se encuentren atribuidas de manera privativa o exclusiva entre cada una de las denominadas ramas del poder. Por el contrario, la moderna concepción de la división de poderes y dentro de él, el principio de colaboración, no tiene como postulado una eventual separación de funciones, sino que se basa en una visión cuya particularidad reside en que los poderes públicos deben desarrollar con carácter principal y de forma específica la función que le es natural, mientras que desarrollarán el resto de las funciones esenciales, siempre que para ello se encuentren facultados por una disposición normativa que le atribuya competencia y que su ejercicio resulte consustancial a la operatividad del poder del Estado como único e irresistible.

De este modo, se observa, cómo el principio in commento entraña una integración funcional del Poder Público cuya diversificación de tipo institucional, en modo alguno imposibilita la convergencia de actividades de distinta naturaleza en una misma figura subjetiva, sino el desarrollo primordial de la función que le es inherente a una rama en concreto del Poder Público.

Como puede advertirse, el principio bajo análisis no propugna actualmente una independencia operacional, sino una distribución organizacional del Estado, donde cada rama del Poder Público, comparte el ejercicio de las funciones esenciales, tal como ocurre en materia normativa con el Poder Ejecutivo, pues en circunstancias jurídicas y fácticas determinadas puede dictar actos con rango y fuerza de ley en sentido material, es decir, normas jurídicas de rango infra-constitucional que poseen el mismo efecto derogatorio que los actos de la Asamblea Nacional, pero que no cumplen con sus formalidades.

Significa entonces, que no debe confundirse la función en sí misma con el acto resultante, por cuanto la naturaleza jurídica de éste no se encuentra exclusivamente determinada por la actividad sustancial, sino que es menester valorar su rango normativo y, de igual forma, la figura subjetiva que lo concretiza.

Atendiendo a lo expuesto, cuando el Poder Ejecutivo despliega la potestad reglamentaria que sustancialmente es de naturaleza normativa, pues dicta normas jurídicas con carácter abstracto, no se obtiene como resultado una ley en sentido formal y al mismo tiempo, cuando desarrolla la función sancionatoria que sustancialmente es jurisdiccional, ya que supone la declaración de responsabilidad para un caso concreto por la comisión de un hecho calificado como ilícito, no dicta una sentencia, sino un acto administrativo, por virtud tanto del criterio orgánico, como del criterio residual según el cual, la actividad administrativa comprende toda actuación sub-legal de los órganos ejecutivos, en ejercicio de las funciones normativas, jurisdiccionales y ejecutivas.

De ello se desprende, que la actividad administrativa del Estado no debe ser observada desde una perspectiva restringida en sentido sustancial, pues su carácter complejo conlleva a que se materialice a través de actos administrativos materialmente compuestos que no acaban su contenido en la concreción de una actividad eminentemente prestacional, sino que se extienden a normar y a declarar el derecho y aplicar la ley, es decir, que un acto administrativo puede crear derecho y al mismo tiempo y en términos de Cuenca (Derecho Procesal Civil. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2º edición. 1969. P. 73), dirimir un conflicto.

Es evidente entonces, que la iuris-dictio o potestad de "decir" el derecho a los fines de resolver una disputa donde se ventila una situación jurídica, no puede ser actualmente concebida como aquella parte del *ius imperium* conferida de forma exclusiva y excluyente a los juzgados, pues, se reitera ninguna función esencial del Estado es desarrollada de forma impermeable por una de las ramas del Poder Público.

La función jurisdiccional, no está actualmente ceñida a sus orígenes romanos y de allí, que no se agote en la estructura orgánica tribunalicia materializándose exclusivamente en sentencias, sino que pueda ser desplegada por órganos de distinta naturaleza (entre ellos los administrativos) quienes igual y válidamente pueden dictar actos administrativos de contenido jurisdiccional, en un procedimiento donde la Administración no actúa como tutora de sus propios intereses, sino como tercero que decide una controversia, en un procedimiento triangular que encuentra su ratio en el carácter expedito, flexible y menos oneroso, de los procedimientos administrativos respecto de la actuación en sede jurisdiccional.

En efecto, siendo que la Administración se informa de manera superlativa de los principios de economía, celeridad, simplicidad, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe, confianza legítima y eficiencia, el legislador atribuyó a las inspectorías del trabajo competencias en materia de calificación de despido, con el objeto de prevenir un eventual litigio, a través de un procedimiento que presenta una fase conciliatoria cuya sustanciación no amerita de asistencia jurídica y tiende a la constitución de un acto con carácter ejecutorio que busca la protección de la relación laboral.

En virtud de lo expuesto, no observa esta Sala que con la entrada en vigencia del Texto Fundamental de 1999, debiera dejar de "existir" la actividad que en la materia despliegan las inspectorías del trabajo, por cuanto ésta se contextualiza en el orden constitucional como un medio alternativo de resolución de ciertas cuestiones laborales, que viabiliza el tránsito extrajudicial de las circunstancias conflictivas surgidas entre el patrono y el trabajador sometido a fuero.

De allí, que resulte incierto el argumento de los recurrentes según el cual el Texto Fundamental de 1999 extrajo del ámbito administrativo las cuestiones relativas a la estabilidad e inamovilidad de los trabajadores, reconociendo su sustancia jurisdiccional, pues, en primer término y en el marco supra desarrollado, dicha afirmación resulta contraria tanto al principio

de colaboración de poderes como al carácter complejo de la función administrativa y, en segundo lugar, la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reconoce en sus artículos 253 y 258, que el sistema de justicia se encuentra compuesto por una pluralidad de mecanismos de heterocomposición de conflictos, entre los cuales interviene la Administración en ejercicio de una función que aun cuando es propia de los tribunales de la República, puede ser desarrollada por otras figuras subjetivas del Estado a través de actos administrativos.

Sobre la base de los argumentos expuesto, no encuentra este Alto Tribunal que las disposiciones impugnadas atenten con el principio de separación de poderes y así se decide.

B. *Soberanía popular*

TSJ-SC (2211)

29-11-2007

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Claudia Nikken y Flavia Pesci Feltri vs. Presidente de la República los miembros del Consejo de Ministros, Asamblea Nacional, y Consejo Nacional Electoral

Tratándose de un principio fundamental la soberanía popular, cuya titularidad reside de una manera fraccionada en los ciudadanos, siendo cada uno de ellos titulares de una porción alícuota de la misma, y ejerciéndola mediante la institución del sufragio y otros mecanismos de democracia participativa; ningún elector puede arrogarse la representatividad de la voluntad del pueblo, entendido este como una colectividad indivisa (principio de soberanía nacional).

Véase pág. 492 de esta Revista

2. *El Ordenamiento Jurídico*

A. *La Constitución. Reforma*

TSJ-SC (2087)

6-11-2007

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Interpretación del artículo 344 de la Constitución

La Sala Constitucional interpreta el artículo 344 de la Constitución, en cuanto al mecanismo procedimental de iniciativa y votación del Proyecto de Reforma Constitucional

Ahora bien, luego de un atento examen del presente expediente la Sala estima la procedencia de la pretensión deducida, en tanto se observa que la redacción del artículo 344 constitucional resulta confusa, tanto es así que cada opinión transcrita en los Capítulos precedentes expresa una interpretación distinta respecto del sentido y alcance de la referida norma constitucional; de allí que esta Sala procede a su análisis, previas las siguientes consideraciones:

Las Constituciones requieren ajustes permanentes para regular la sociedad conforme a los constantes cambios sociales y políticos que se suscitan y deben expresar los valores compartidos por la comunidad política, ello como expresión del derecho que tienen los pueblos de revisar y de reformar su Constitución. Una generación no puede sujetar a sus leyes a las generaciones futuras. Para lograr esos cambios se crean en la propia Constitución mecanis-

mos de reforma, por lo que tales procedimientos tienen rango constitucional, lo que impide una reforma constitucional por un procedimiento distinto al previamente establecido y obliga a los órganos del Estado a la aplicación del mecanismo previsto.

En tal sentido, como bien advierte Luis López Guerra "(...) *Las Constituciones, como la inmensa mayoría de las normas jurídicas nacen con vocación de permanencia y estabilidad: la aspiración a la seguridad y certeza de las relaciones humanas es característica común a las manifestaciones del Derecho. Pero ello no ha impedido constatar, desde un primer momento, que toda regulación, y también las constitucionales, puede alterarse en el futuro, por el cambio de las circunstancias sociales, o de la voluntad de la comunidad política*". (Cfr. *Introducción al Derecho Constitucional*, López Guerra Luis, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, Capítulo III, pp. 54 y 55).

De allí que las Constituciones escritas contengan, como regla general provisiones relativas a su modificación y establezcan procedimientos específicos para ello, que suelen incluir requisitos más complejos que los exigidos para la reforma de otras normas. El cambio constitucional se efectuará dentro de unas pautas jurídicas y mediante procedimientos conocidos con antelación, que darán oportunidad a los sectores sociales involucrados para ordenar su intervención y participación.

Así pues, la interpretación que se realice en relación con tales pautas jurídicas debe ser restrictiva en el sentido de que por un lado debe estar orientada a garantizar la viabilidad de la participación de esos sectores sociales, pero también a evitar que a través de ese mecanismo para la reforma se transforme en fácil cauce para intentar legitimar con un supuesto consenso popular, lo que no es en sustancia sino la imposición de la voluntad de una minoría.

En el presente caso, se solicita a la Sala interpretar el sentido y alcance del contenido del artículo 344 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Al respecto, la interpretación solicitada, según se desprende de los escritos presentados, comprendería determinar si quien ejerce la iniciativa de la reforma constitucional es el único habilitado para indicar la forma en que la misma puede votarse (en forma separada o conjunta); o si, por el contrario, la forma de votación por separado de un tercio de la reforma correspondería a una tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional, o al Presidente o Presidenta de la República o un número no menor del cinco por ciento de los electores y electoras inscritos en el Registro Civil y Electoral, independientemente de quien ejerza la iniciativa.

Ahora bien, el artículo 344 de la Constitución, forma parte del Capítulo II, del Título VIII de la Constitución (artículos 342 al 346), referido a la reforma constitucional, por lo que si bien el planteamiento de la duda se ciñe al artículo 344 *eiusdem*, tal norma debe ser interpretada de manera armónica con el resto del articulado establecido en el referido Capítulo, por cuanto tales normativas regulan las distintas fases en que se lleva a cabo la referida reforma. Tales disposiciones son del siguiente tenor:

(Omissis)

En este sentido, el artículo 342 Constitucional regula la iniciativa de la reforma constitucional. Esta se constituye en la potestad del Ejecutivo, Legislativo o el derecho de una fracción del cuerpo electoral, a proponer modificaciones a las normas constitucionales existentes. El derecho a la iniciativa lo tienen, de acuerdo al referido artículo: a) La Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; b) El Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, o c) Un número no menor del

quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral.

Por su parte, el artículo 343 constitucional regula la etapa de discusión y sanción por parte de la Asamblea Nacional, norma que este fallo no analizará en profundidad por cuanto es objeto de otra solicitud de interpretación por parte de esta Sala.

Finalmente, el mecanismo procedimental final de la reforma constitucional, que somete a la consideración del pueblo el proyecto de reforma, a través de un referendo, se encuentra regulado en el artículo 344 de la Constitución el cual señala:

“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”.

Ahora bien, la primera parte de la norma es clara al señalar que el proyecto de reforma constitucional debe ser sometido a referendo dentro de los treinta días siguientes a su sanción, lo que sin duda tiene como condición necesaria el cumplimiento de lo estipulado en el artículo 343 constitucional, es decir, que debe haber sido sometido a tres discusiones en el plazo establecido en la norma, no mayor de dos años, y haber sido aprobado con el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea Nacional.

Seguidamente la norma establece, **como regla general que, el referendo se pronuncie en conjunto sobre la reforma**, por lo que los electores y las electoras inscritas manifiesten su aprobación o no al proyecto de reforma constitucional.

Asimismo, la referida norma estatuye que la reforma **pueda votarse separadamente hasta una tercera parte de ella**, si así fuera aprobado por un número no menor de una tercera parte de la Asamblea Nacional, o si en la iniciativa de reforma, así lo hubiera solicitado el Presidente de la República o el electorado en un número no menor del cinco por ciento (5%) de los inscritos en el Registro Civil y Electoral.

Así pues, para la Sala no existe mayor duda respecto de la potestad que posee la Asamblea Nacional para decidir si la votación de la reforma se somete a referendo en conjunto o separadamente hasta una tercera parte de ella, indistintamente del sujeto u órgano que la haya propuesto. Asimismo, es lógico deducir que tal decisión debe verificarse en la fase de discusión y sanción del proyecto de reforma constitucional. Por lo que, en definitiva, respecto del órgano legislativo debe señalarse que la Asamblea Nacional es el único legitimado, además del proponente, para solicitar la votación parcial del proyecto en cualquier momento antes de la sanción definitiva del mismo. En tanto que, cuando la iniciativa de reforma constitucional nace de los otros legitimados que establece la norma, vale decir, el Presidente o Presidenta de la República, o un número no menor del cinco por ciento (5%) de los electores o electoras inscritos en el Registro Civil y Electoral, la solicitud de someter por separado la tercera parte de la reforma debe ser expresada por el proponente en el escrito contentivo de la iniciativa.

Ahora bien, la norma desarrolla el mecanismo de participación de los legitimados activos para solicitar la votación por separado del proyecto de reforma, señalando al efecto sobre la Asamblea Nacional, el *quórum* necesario para solicitarla y, respecto del Presidente de la

República y los electores, que éstos deben proponerlo “*en la iniciativa de reforma*”, estableciendo en estos últimos un porcentaje del cinco por ciento (5%) para su habilitación.

En este escenario, el constituyente le imprimió al derecho de participación política una relevancia poco comparable en el derecho comparado, y lo dotó de diversos mecanismos de desarrollo -referendo aprobatorio, consultivo, revocatorio, iniciativas legislativas y/o constitucionales, entre otras-, ya que dicho derecho se encuentra aparejado con el desarrollo de un Estado Democrático Social y de Derecho, donde prevalecen los intereses de la sociedad sobre los meros intereses particulares, llegando incluso a consagrar la importancia de dicho derecho en el Preámbulo del Texto Constitucional, cuando expresamente expuso: “*El pueblo de Venezuela, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana; con el fin supremo de refundar la República para establecer una **sociedad democrática, participativa y protagónica**, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los **valores de la libertad**, la independencia, la paz, la solidaridad, el **bien común** (...)*”.

Así pues, el derecho a la participación política se encuentra encuadrado dentro de los llamados derechos políticos los cuales son aquellos que autorizan al ciudadano a que participe en la génesis de la voluntad del Estado como miembro de la comunidad política, encontrando su fundamento y justificación en el **principio de la soberanía popular** (*ex artículo 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*), la cual reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en el Texto Constitucional y en las leyes, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.

Al efecto, la consagración de dichos derechos son reflejo y necesidad de la consolidación de un Estado Democrático en el cual se haga necesaria la participación de los ciudadanos para dotar de legitimidad las decisiones adoptadas en el marco de un Estado Moderno; al efecto, interesa resaltar sentencia de esta Sala N° 1825/2007, que expuso:

“Cabe destacar, desde un plano objetivo, que los derechos políticos son instrumentos de articulación interna del orden democrático del Estado de Derecho, concretamente, garantizan la legitimación democrática del poder; mientras que desde un plano subjetivo, es decir, desde el punto de vista de los ciudadanos, los derechos políticos representan una progresiva ampliación de la conciencia y actividad política de éstos, en otras palabras, condicionan y delimitan las experiencias más decisivas en la vida social de los ciudadanos” (Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio. “Los Derechos Fundamentales”. Editorial Tecnos. Madrid, 2004, pp. 182 y 183).

En consecuencia, debe existir una indisoluble unión entre el sistema democrático y los medios de participación como desarrollo del dogma de la soberanía popular, si se quiere asegurar la efectividad del sistema democrático; al efecto, interesa resaltar lo expuesto por BOBBIO quien ha manifestado la necesidad de que la multiplicidad de centros de poder que caracterizan a las sociedades pluralistas sirvan como cauce y estímulo para la participación política de los ciudadanos (Vid. BOBBIO; Norberto; “*Diccionario de Política*”, Madrid, 1983, pp. 1209-1210).

Dentro de los mecanismos de participación podemos hacer mención a la iniciativa de reforma constitucional, la cual no consagra un monopolio exclusivo, sino que por el contrario establece una grupo de legitimados activos, a saber: Presidente de la República en Consejo de Ministros, Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por la mayoría de sus integrantes

y un número no menor del quince por ciento (15%) de los electores inscritos en el Registro Civil Electoral (ex artículo 342 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Cada uno de ellos puede, en ejercicio de su derecho a la participación política, hacer uso de este mecanismo, pudiendo a su vez los mismos, en ejercicio de dicho derecho y haciendo más participativa la modificación del Texto Constitucional, la votación separada en el referendo aprobatorio de una tercera parte de ella, estándole limitada expresamente al Presidente de la República y al electorado mediante un lapso preclusivo, al momento de la iniciativa, cuando la misma haya sido presentada por estos últimos. Al efecto, considera oportuno la Sala reiterar el contenido del artículo 344 del Texto Constitucional, que consagra lo siguiente:

“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”. (Resaltado de este fallo).

No obstante lo expuesto, la consagración del principio de participación política no es un derecho absoluto carente de regulación alguna, ya que lo contrario implicaría no la consagración de un Estado Democrático sino un estado anárquico en el cual serían de imposible adopción ciertas decisiones, en consecuencia, el constituyente en dicho artículo estableció una limitación a la votación parcial de la reforma al momento de la presentación de la iniciativa.

Así pues, debe destacarse que el principio de la soberanía popular y el derecho a la participación política no implican un relajamiento absoluto de los procedimientos o de los mecanismos de participación, ya que el mismo se encuentra garantizado en una doble vertiente, a saber: en la oportunidad de la iniciativa, si ésta ha sido ejercida por el electorado y en cuyo caso, pueden solicitar la votación parcial del texto a la Asamblea, previa indicación del mismo en dicha oportunidad, o través del ejercicio del derecho al sufragio en la oportunidad de la realización del referendo aprobatorio.

Asimismo, debe destacarse que presentada la iniciativa del proyecto de reforma ante la Asamblea y su solicitud de votación parcial en el momento de la iniciativa, la potestad de decisión sobre cuál será la tercera parte del proyecto sometido a votación parcial, le corresponderá a la Asamblea Nacional, por cuanto es dicho órgano el único conocedor de cuál será el texto definitivo del proyecto de reforma sancionado, posteriormente sometido a referendo, por cuanto pudieron haber cambiado los artículos solicitados *prima facie* o haber sido desestimados en su totalidad, por lo cual, mal puede configurarse como una opinión vinculante para el órgano legislativo sobre cuáles serán los artículos o capítulos en cuestión, cuando la suerte de aprobación de los mismos depende de la propia Asamblea Nacional y posterior sanción.

En consecuencia, conforme a lo expuesto debe destacarse que, será la Asamblea Nacional el órgano decisor, ante el ejercicio de la solicitud de votación parcial del texto de la reforma, sobre **cuáles serán los artículos o capítulos de la reforma a ser votados por el electorado en el referendo aprobatorio de manera separada a la totalidad de la reforma constitucional.**

En resumen, en virtud de los efectos relevantes del presente fallo, deben elaborarse las siguientes conclusiones:

1. La **votación parcial** del proyecto sólo podrá solicitarse por el proponente al momento de su **presentación** ante la Asamblea Nacional, si se trata de un proyecto de reforma constitucional cuya **iniciativa** ha provenido de un **grupo de electores** o por el **Presidente de la República en Consejo de Ministros**.

2. La **Asamblea Nacional** puede acordar (con la aprobación de más de las dos terceras partes de sus miembros) la **votación parcial** del proyecto de reforma constitucional al momento de su sanción, aun en los casos en que la iniciativa no haya provenido de su propio seno, sino de un grupo de electores o del Presidente de la República en Consejo de Ministros.

3. La **Asamblea Nacional**, ante la solicitud de votación parcial del texto de la reforma, establecerá cuál será la parte del proyecto sometido a votación parcial.

En consecuencia, la Sala declara resuelta la solicitud de interpretación que se planteó en autos en los términos expuestos. Así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero

Quien suscribe, Magistrado JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO, emite voto concurrente, por las siguientes razones:

Comparto la interpretación en abstracto del artículo 344 constitucional en cuanto las posibles fórmulas de votar las reformas constitucionales. Es más, comparto la mayoría de las razones esgrimidas para ello, como interpretación de dicha norma desligada de casos concretos

Sin embargo, el fallo aborda un tema sobre el cual ninguno de los solicitantes pidió interpretación, motivo por el cual en él no ha debido ser tratado -por lo que a su vez no debe ser motivo de voto salvado por quien suscribe- pero cuyos argumentos no comparte el concurrente.

En efecto, en la página 34, la Sala textualmente expresa:

“Asimismo, debe destacar que presentada la iniciativa del proyecto de reforma ante la Asamblea y su solicitud de votación parcial en el momento de la iniciativa, la potestad de decisión sobre cuál será la tercera parte del proyecto sometido a votación parcial, le corresponderá a la Asamblea Nacional, por cuanto es dicho órgano el único conocedor de cuál será el texto definitivo del proyecto de reforma sancionado, posteriormente sometido a referendo, por cuanto pudieron haber cambiado los artículos solicitados prima facie o haber sido desestimados en su totalidad, por lo cual, mal puede configurarse como una opinión vinculante para el órgano legislativo sobre cuáles serán los artículos o capítulos en cuestión, cuando la suerte de aprobación de los mismos depende de la propia Asamblea Nacional y posterior sanción.”

Ahora bien, a juicio de quien suscribe, la Asamblea Nacional no puede cambiar los términos de una propuesta de reforma constitucional.

Como bien lo dice el fallo, la reforma puede ser propuesta por la propia Asamblea, mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; por el Presidente o Presidenta de la República aprobado por el Consejo de Ministros, y por in número de electores inscritos en el Registro electoral no menor del quince por ciento (15%).

Tal proyecto debe ser considerado por la Asamblea, en criterio de quien suscribe, con el fin de calificar si se trata de una reforma, una enmienda, o una transformación del Estado (artículo 347 constitucional).

Practicada tal calificación, indudablemente necesaria, mediante un acto cuya naturaleza no será analizada en este voto, y que es el resultado de tres discusiones donde se examina ella como un todo, sus títulos o capítulos y su articulado, se aprueba o se realiza el proyecto.

Si se aprueba el proyecto como tal: reforma; se sometería a referendo (artículo 344 constitucional).

La Asamblea Nacional, a juicio de quien suscribe, con el proyecto de reforma no actúa sino como un contralor de lo presentado, sin que pueda añadir o cambiar nada del proyecto, ya que de poder hacerlo estaría desnaturalizando la voluntad de los proponentes; y es por ello que en la normativa de los artículos 342 a 346 constitucional, no se contempla que la Asamblea pueda hacer modificaciones, añadiduras u otros cambios a los proyectos sometidos a discusión.

Es cierto que las normas citadas no prohíben tal posibilidad, pero en materia de actuación de los órganos públicos ellos tienen que obrar ceñidos a la ley, y ésta -en este caso la Constitución vigente- no autoriza tal intervención del Poder Constituido (a diferencia del constituyente).

Tal limitación, obliga al proyectista de una reforma, a presentarla con todas sus implicaciones; es decir, con las modificaciones de otros artículos del texto constitucional que se verían afectadas por la revisión de la Constitución o la sustitución de una o varias de sus normas. Por ello, la reforma es integral, con títulos, capítulos y articulado, y las fallas en el sentido expuesto harían inviable la aprobación.

De aceptarse una solución distinta, como la que surge del párrafo del fallo transcrito, el reformador sería realmente la Asamblea Nacional, en los casos en que el proyectista fueran los electores o el Poder Ejecutivo; y ello desnaturalizaría totalmente la voluntad del proyectista, dándose el insólito caso que esté presente una iniciativa en un sentido y lo que surja de la actividad de la Asamblea sea algo distinto.

La Asamblea Nacional en esto no es poder constituyente que pueda en materia constitucional hacer transformaciones, modificaciones, etc, no solicitadas por el proyectista.

Repito quien suscribe, en teoría y desligado del caso concreto, la interpretación de artículo 344 constitucional sobre la forma de votación de la reforma en el referendo, la comparto, más no las facultades que el fallo -fuera de la petición de interpretación- pretende otorgarle a la Asamblea, la cual no tiene en nuestro criterio, base legal alguna.

Queda así expresado el criterio del concurrente.

Voto Salvado 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:

El fallo en cuestión determinó que:

1. Si la iniciativa de presentación de un proyecto de reforma constitucional en el marco del artículo 342 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es del Presidente o Presidenta de la República o de un grupo de electores, la votación por partes de dicho proyecto sólo podrá ser solicitada por quien tuvo la iniciativa y en el momento de su presentación.

2. Más de dos terceras partes de la Asamblea Nacional, en cambio, puede acordar la votación por partes de un proyecto de reforma constitucional, al momento de su sanción, aún cuando no haya sido suya la iniciativa de la reforma.

3. La decisión, acerca de cuál será el tercio de normas que puede ser separado del resto para su aprobación por partes, es sólo de la Asamblea Nacional, porque sería la única conocedora del texto definitivo de la reforma que ella sanciona.

Para llegar a tales conclusiones, la mayoría razonó que:

1. La interpretación de las “pautas jurídicas” a través de las cuales se lleva a cabo el cambio constitucional debe ser restrictiva *“en el sentido de que por un lado debe estar orientada a garantizar la viabilidad de la participación de esos sectores sociales, pero también a evitar que a través de ese mecanismo para la reforma (sic) se transforme en fácil cauce para intentar legitimar con un supuesto consenso popular, lo que no es en sustancia sino la imposición de la voluntad de una minoría.”*

En efecto, en la base misma del Derecho Constitucional está la limitación del poder, de las minorías o de las mayorías -según quién lo detentase históricamente-, para que se evite que un sector del colectivo se imponga al resto. Así, por ejemplo, el constitucionalismo norteamericano nació de la búsqueda de protección a la sociedad de la mayoría que abusaba de su poder, y el alemán de la postguerra para la defensa de aquella, en cambio, de la minoría que venía del ejercicio del poder con infame tiranía.

En consecuencia, una vez que las sociedades han convenido en un pacto social que recoge los derechos y aspiraciones de todos los sectores sociales, en forma que garantice una convivencia armoniosa y la factibilidad de desarrollo para todos y de manera que sea realizable la aspiración individual y colectiva del logro de la mayor suma de felicidad posible, entonces esos grupos sociales refuerzan su pacto social a través de procedimientos de cambio constitucional más complicados que los que diseñan para los cambios legislativos (rigidez constitucional).

Así, las normas del Título IX de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela preceptúan los procedimientos para la reforma constitucional, que son distintos y más garantizadores del consenso que los que regulan el trámite de formación de las leyes.

Al respecto, se lee en la Exposición de Motivos de la Constitución vigente -consideraciones aparte acerca de su legitimidad como tal-, en el capítulo que dedicó al Título IX constitucional:

“Se establece una serie de mecanismos a través de los cuales las posibilidades de modificación del texto constitucional sean factibles y accesibles, para evitar el divorcio entre la norma fundamental del sistema jurídico y la realidad social, política, cultural y económica.

(...)

De allí que nuestra Constitución a pesar de tener la rigidez de las constituciones escritas ha de incluir elementos que permitan esa adaptación a la realidad. Uno de esos elementos lo constituye la existencia de un Alto Tribunal. (...)

Pero, además, debe incluir elementos de flexibilidad en el aspecto más rígido de las constituciones escritas que lo conforma(n) las previsiones relativas a la forma y mecanismos para la modificación de la propia Constitución.

En este sentido, las posibilidades de modificación de la base jurídica del país deben ser amplias y estar efectivamente en manos de una pluralidad de actores políticos y sociales. Una

democracia participativa y protagónica no puede constituir una rígida y petrificada normativa constitucional. Al contrario, debe dejar abiertas muchas ventanas para que los procesos participativos se desarrollen a plenitud, evitando el divorcio profundo entre la norma y la realidad.

El protagonismo del pueblo en la conducción de su destino debe quedar explícitamente consagrado con especial énfasis en este punto de la reforma constitucional. Un pueblo deseoso de ejercer la soberanía no debe tener que pasar por toda clase de vicisitudes y superar un cúmulo de obstáculos para lograr los cambios que las estructuras jurídicas requieren. Es principio consustancial con este texto constitucional la facilitación de los procesos en los cuales el pueblo se manifiesta para solicitar la modificación de normas constitucionales.

En este contexto se debe entender que el ejercicio de la soberanía por parte del pueblo, lejos de afectar el proceso de refundación de la República y de lograr el objetivo de la profundización democrática, se convierte en herramienta indispensable del protagonismo popular, desenterrando el sistema de cónclaves que decidían los destinos del país a espaldas de la sociedad”.

A la luz de estas consideraciones, no es la interpretación restrictiva la que se impone para el análisis de las formas de participación directa de los ciudadanos en los procedimientos de reforma constitucional, sino, al contrario, debe privar aquella que dé mayor garantía de amplitud a dicha participación; amplitud que reconoce la propia Constitución cuando atribuye iniciativa para la reforma a un pequeño porcentaje de electores (15%) y a otro, un tercio más pequeño que éste (5%), para que solicite que dicha reforma, cuando sea sometida a referendo aprobatorio, pueda ser votada en dos partes.

2. En cuanto a la legitimación y a la oportunidad para la solicitud de que el proyecto de reforma que sancione la Asamblea Nacional sea objeto de votación en partes, la Sala concluyó que, si la iniciativa de la reforma hubiere sido de la propia Asamblea, ésta podría tomar tal decisión en cualquier momento antes de la sanción del proyecto, pero si la iniciativa hubiere sido del Presidente o Presidenta de la República o de un grupo de electores, éstos deben hacer la solicitud de votación por partes en el mismo acto continente de la iniciativa de reforma que debe ser presentado a la Asamblea Nacional; tal aserto se afincó en la letra de la parte de la norma que dispone:

“(…) 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”. (Subrayado añadido).

En opinión de quien se aparta del criterio mayoritario, la interpretación concatenada de la totalidad de las normas aplicables, a favor de la participación popular, que es la única que puede hacerse en este caso como fue razonado en el punto anterior, impone la identificación de la frase “*en la iniciativa de reforma*” como una fase del procedimiento y no como un solo acto o documento o “escrito”, como se indicó en el veredicto que antecede. Sólo así adquiere sentido la distinción del constituyente de un quince por ciento de electores para la presentación de la iniciativa y de otro de cinco por ciento, también de electores, para la solicitud de votación por partes.

En virtud de que las interpretaciones que conducen al absurdo deben ser rechazadas por el intérprete -cualquiera, y más aún por el intérprete auténtico del texto constitucional-, no es posible sostener que el precepto constitucional dispuso que del quince por ciento de electores -al menos- que debe presentar la iniciativa de reforma, sólo un tercio de ellos, *en el mismo escrito continente de la iniciativa*, puede imponerse a los otros dos tercios respecto de la

aspiración de que su proyecto de reforma sea sometido a votación por partes después de su sanción por la Asamblea Nacional. Por el contrario, el sólo establecimiento de esta diferencia en cuanto a los porcentajes que deben presentar estas distintas solicitudes (proyecto de reforma y votación por partes) revela, sin lugar a dudas, que estos grupos de electores pueden ser distintos y, por tanto, no es lógico pensar que actuarán en el mismo acto. En este sentido, esa diferencia en los porcentajes, a la luz de la interpretación a favor de la participación política a que se ha hecho referencia, indica que, incluso, el aspirante a la votación por partes *puede ser diferente de quien hubiere tenido la iniciativa de reforma*, de modo que, en un caso concreto, con ocasión del ejercicio de la iniciativa de reforma por cualquiera de los legitimados por la Constitución para tal actuación, otro cualquiera de ellos podría presentar legítimamente su solicitud de que la reforma, después de su aprobación por la Asamblea Nacional, sea sometida a votación por partes, *en la fase de la iniciativa*, esto es, antes de que sea sancionado un proyecto por la Asamblea.

El razonamiento que se hizo en cuanto a que esta posibilidad estaría sólo disponible para la Asamblea Nacional, de entre quienes tienen legitimación, porque sólo ella conocería el texto que discute y aprueba, no es suficiente para que se deslegitime a los demás actores políticos, porque no sería indispensable que se señalasen artículos concretos del producto final (el proyecto que, en definitiva, aprueba la Asamblea) para que sean divididos en las dos partes (una de dos tercios y otra de uno, por imperativo constitucional) sino que bastaría hacer la indicación respecto de los artículos que integren la propuesta inicial, que son los que se conocen *"en la iniciativa"*, o una división por materias, la cual habría de ser ajustada por la propia Asamblea al proyecto que, en definitiva, aprueba después de las tres discusiones a que se refiere el artículo 343 constitucional.

Si el argumento contrario, el mayoritario, fuese cierto, la posibilidad de petición de votación por partes del proyecto de reforma en el mismo acto de formulación de su iniciativa al respecto sería imposible, ya que les estaría vedado, en ese momento, el conocimiento de cómo quedará su propuesta después de haber sido sometida a la discusión y aprobación de la Asamblea Nacional, conocimiento que sería, según el fallo del que se discrepa, el único que podría fundamentar la solicitud, lo cual, de nuevo, por absurdo, debe ser rechazado.

Es ésta la interpretación que imponía, al máximo intérprete de la Constitución, el propio texto que la creó, en un Estado que tiene, entre sus fines esenciales, *"la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad"* y *"el ejercicio democrático de la voluntad popular"*, porque, por una parte, si todos los actores políticos que la Constitución legitima para el ejercicio de la iniciativa de reforma pueden, con ocasión de ese ejercicio por otro de los actores, presentar su solicitud de votación, por partes, de la misma, se refleja con mayor amplitud la voluntad de la sociedad a quien todos ellos, de una manera u otra representan y, por la otra, se favorece igualmente el ámbito de la participación política de todos los electores si se les da mayor margen de expresión a su voluntad a través de una votación por partes, ya que, como es obvio, les proporciona mayores opciones que la elección respecto de un texto único que podría abarcar aspectos muy disímiles de la Constitución -como en efecto lo hace la reforma que fue recientemente aprobada por la Asamblea Nacional-, de modo que el acuerdo con alguno, pero no con todos, violentaría en alguna forma su libertad de elección de unos sí y otros no.

En consecuencia, estima quien difiere que la interpretación, que debió hacer esta Sala del artículo 344 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ha debido establecer que la solicitud de votación por partes puede ser hecha por cualquiera de quienes tienen iniciativa de reforma, en la oportunidad de la presentación de su proposición de reforma o con ocasión del planteamiento de tal propuesta por parte de otro de los legitimados, en

el momento de la iniciativa, es decir, antes de que la Asamblea Nacional apruebe un proyecto para que sea sometido a referéndum aprobatorio.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

TSJ-SC (2147)

13-11-2007

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Rafael Ángel Briceño vs. Reforma Constitucional propuesta por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela el 15 de agosto de 2007.

La reforma Constitucional no es un acto del Poder Constituyente Originario, y como tal capaz de cristalizar una expresión de soberanía. La reforma constitucional es un acto del Poder Constituyente Derivado. Es una habilitación que se le hace al Poder Constituido de incidir en la Carta Magna; pero, como toda habilitación, debe cumplirse dentro de los límites y las condiciones que establece la Constitución y en el que se incluye, al menos en nuestro orden constitucional, a todos los detentadores legítimos del Poder que dimana de la voluntad popular (Presidente de la República, Asamblea Nacional y ciudadanía en general).

Véase pág. 578 de esta Revista.

B. *La Ley. Interpretación*

TSJ-SC (2152)

14-11-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasqueño López

Caso: Impugnación del artículo 192 de la Ley de Telecomunicaciones

El principio general de interpretación de la Ley consagrado en nuestro derecho positivo en el artículo 4 del Código Civil resulta aplicable no sólo en un contexto lógico sino teleológico o finalista, con lo cual los elementos normativos deben ser armonizados como un todo, en el sentido de no poder hacer abstracción unos de otros, sino que los mismos han de ser tomados en cuenta al momento de hacer la correcta valoración del contenido del texto legal

Precisado lo anterior, entra esta Sala a proveer sobre el mérito de la controversia, esto es la pretensión de nulidad del artículo 192 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el cual es del siguiente tenor:

"Artículo 192.- Sin perjuicio de las disposiciones legales en materia de seguridad y defensa, el Presidente de la República podrá, directamente o a través de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, ordenar a los operadores que presten servicios de televisión por suscripción, a través del canal de información a sus clientes y a las empresas de radiodifusión sonora y televisión abierta la transmisión gratuita de mensajes o alocuciones oficiales, de la Presidencia o Vicepresidencia de la República o de los Ministros. Mediante reglamento se determinarán las modalidades, limitaciones y demás características de tales emisiones y transmisiones.

No estará sujeta a la obligación establecida en este artículo la publicidad de los entes públicos."

Para determinar la legitimidad de la disposición *supra* transcrita, es menester señalar, que la hermenéutica jurídica y para el caso concreto, el análisis de la constitucionalidad de la norma transcrita, es una actividad que, tal como señaló esta Sala en la sentencia dictada el 9 de diciembre de 2002, en el expediente N° 02-2154, caso **Fiscal General de la República**, debe desarrollarse “*in totum*”, es decir que “*la norma es interpretada a la luz de todo el ordenamiento jurídico, cuyo significado no resulta aislado de éste*”.

El citado criterio, posteriormente ratificado en la decisión N° 962, dictada el 9 de mayo de 2006, en el caso **Cervecerías Polar Los Cortijos C.A.**, y otros, supone que la interpretación normativa debe realizarse en el complejo global del derecho positivo, pues de otro modo no es posible desentrañar el significado y alcance de las disposiciones legales, cuyo conocimiento es necesario para determinar cuál ha sido la voluntad del legislador. Ello implica, tener en cuenta el fin del derecho, pues lo que es para un fin por el fin ha de deducirse.

De este modo, el principio general de interpretación de la Ley consagrado en nuestro derecho positivo, en el artículo 4 del Código Civil, según el cual: “*(...) a la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador (...)*”, resulta aplicable no sólo en un contexto lógico sino teleológico o finalista, con lo cual los elementos normativos deben ser armonizados como un todo, en el sentido de no poder hacer abstracción unos de otros, sino que los mismos han de ser tomados en cuenta al momento de hacer la correcta valoración del contenido del texto legal.

Conforme a lo expuesto, la interpretación jurídica debe buscar el elemento sustantivo que se halla en cada una de las reglas del ordenamiento jurídico, constituido por los principios del derecho que determinan lo que García de Enterría (**Revolución Francesa y Administración Contemporánea**. Madrid: Editorial Cívitas, 4° edición. 1994. P. 29), denomina como “fuentes significativas” del ordenamiento, esto es, lo que el iuspublicismo con Kelsen, por un lado, y Santi Romano por otro, teorizaron como una Constitución “en sentido material” distinguible de la “Ley constitucional” en sentido formal, como un condensado de reglas superiores de la organización del Estado, que expresan la unidad del ordenamiento jurídico.

Así, la Constitución como expresión de la intención fundacional y configuradora de un sistema entero que delimita y configura las bases jurídico-socio-políticas de los Estados, adquiere valor normativo y se constituye en *lex superior*, lo cual imposibilita la distinción entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, pues todos los preceptos constituyen normas jurídicas directamente operativas, que obligan a las leyes que se dictan a la luz de sus principios a respetar su contenido esencial.

Con ello, la eficacia organizatoria inmediata de la Constitución, sobre la cual se configuró tradicionalmente el valor normativo de la Constitución, da paso a una supremacía sustentada en el hecho de que la interpretación normativa debe realizarse a la luz de los principios y reglas constitucionales, lo cual ha dado lugar al denominado proceso de constitucionalización de las leyes donde la tarea interpretativa debe guardar concordancia con la Constitución.

De allí, que el Tribunal Constitucional alemán citado por García de Enterría (**La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Editorial Cívitas, 3° edición. 1994. P. 96) haya sostenido que “*es valioso el principio de que una Ley no debe ser declarada nula cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución*”, ello en razón

del principio de unidad del ordenamiento, a tenor del cual el orden de valores consagrados en el Texto fundamental debe ser investigado y descubierto en cada norma legal.

Ciertamente, toda normativa debe interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio de los valores primarios del Estado, pues tal como señala González Pérez (El Método en el Derecho Administrativo. Madrid: *Revista de Administración Pública* N° 22, 1957. p. 38.) el derecho no es sólo un conglomerado de normas legales, antes bien, el derecho positivo se encuentra enraizado en los principios, y por ello, el jurista ni puede limitarse a contemplar la norma aislada y aséptica, ni debe circunscribirse a sistematizarla con arreglo a principios lógicos, ya que la unidad del ordenamiento está basada en los principios rectores del Ordenamiento que le informan y dan unidad.

Esta fórmula interpretativa también es recogida por Marienhoff (*Tratado de Derecho Administrativo Tomo I*. Argentina. Editorial Abeledo-Perrot. 1965. p. 329), quien, al discernir sobre el conocimiento del derecho, nos enseña que resulta menester descubrir los principios generales y establecer las consecuencias que derivan de tales principios y su concordancia con las instituciones realmente en vigor.

Asimismo, Maurice Hauriou citado por Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado (*Obra Escogida de la Escuela Nacional de Administración Pública*. Editorial Instituto de Estudios Administrativos. 1° Primera Edición, Madrid. 1976. p. 245), sostiene que la interpretación de las reglas jurídicas no debe tomar un sentido excesivamente literal, pues ello podría retrocedernos al más negro formalismo de las legislaciones primitivas. Planteamiento éste sobre el cual desarrolla que frente a una aparente antinomia, debe tenderse al estudio del valor real de la norma, a través de la aplicación lógica de los principios.

De tal manera, que el intérprete debe armonizar la expresión jurídica legal o sub legal con el Texto Fundamental. Este planteamiento no es sólo una máxima aceptada por la mayoría de la doctrina constitucional, sino que se encuentra recogida en los artículos 7, 25, 131, 137 y 335, del Texto Fundamental, en donde se desarrolla el carácter normativo de la Constitución, a tenor del cual, sus disposiciones se incluyen en el ordenamiento jurídico como preceptos de directa aplicación que vinculan tanto a los ciudadanos como especialmente al Estado, en el desarrollo de los principios rectores que le sirven de base al sistema jurídico-político.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, podemos observar cómo el referido valor normativo de la Constitución recoge lo que García de Enterría (*La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Cívitas, 3° edición. 1994. p. 63) califica como valores superiores del ordenamiento jurídico, y que Souza (*El Uso Alternativo del Derecho*. Bogota. Editorial Unibiblos. 1° Edición. 2001. P. 173) designa como plano superior de juridicidad, conceptos estos conforme a los cuales se configura el Estado constitucional de derecho, en el cual el poder del Estado debe ser ejercido de manera axiomática, en concordancia con los postulados fundamentales.

Así, de acuerdo al principio de supremacía constitucional que como vemos, se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico, toda manifestación de autoridad del Poder Público debe seguir los imperativos o coordenadas trazadas en la *norma normarum*, como un efecto del principio de interpretación conforme a la Constitución y de la funcionalización del Estado a los valores que lo inspiran.

3. *Responsabilidad Patrimonial del Estado: Responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional*

TSJ-SPA (1693)

17-10-2007

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Walter Humberto Felce Salcedo vs. República Bolivariana De Venezuela

La responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional abarca el error judicial y el retardo u omisión injustificados, lo cual incluiría también, aparte de la función de juzgar, otras labores propias del funcionamiento de la administración de justicia.

Tal como ha quedado señalado, el presente caso se circunscribe a determinar la procedencia o no de la pretensión del Teniente Coronel (GN) Walter Humberto Felce Salcedo respecto al alegado error judicial.

Ahora bien, en la vigente Constitución, el ámbito de responsabilidad patrimonial de la Administración se extiende, de acuerdo con su artículo 140, “*a todo daño sufrido por los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública*”, lo cual implica la consagración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando con ocasión del cumplimiento de sus cometidos, ha generado daños y perjuicios a los administrados.

La Sala ha señalado respecto a este tema que, en sus inicios el sistema de responsabilidad de la Administración Pública se configuró con base a las teorías de la culpa, denominándosele así, por un sector de la doctrina, sistema subjetivo, es decir, aquél en el cual se exige que la conducta dañosa de la Administración sea culpable.

Asimismo se ha indicado, que este esquema tradicional se hizo insuficiente, razón por la cual en la actualidad, atendiendo a principios de derecho público, debe acentuarse en la reparación de quien sufre el daño basado en los criterios de falta o falla de servicio e incluso del riesgo, que es el denominado en doctrina sistema objetivo, en donde se prescinde de las teorías de culpa.

En este sentido, las teorías que fundamentan el sistema de responsabilidad del Estado deben tener adecuados límites.

Así, la aplicación de las teorías subjetivas en grado extremo generaría la posibilidad de que difícilmente Estado responda, lo cual iría contra la norma constitucional que así lo establece. Por otra parte, la responsabilidad administrativa soportada en juicios en alto grado objetivistas, debe ser interpretada con criterios razonables, es decir, guardando la debida ponderación o prudencia, a fin de evitar generalizaciones impropias, injustas e inconducentes que excluyan los supuestos necesarios eximentes de la responsabilidad, tales como, hecho del tercero, culpa de la víctima, fuerza mayor o caso fortuito, los cuales de no ser tomados en cuenta crearían situaciones injustas y de extrema onerosidad sobre la hacienda pública.

Es por ello que deben articularse ambos criterios o tesis de la responsabilidad de la Administración Pública y adaptarlos a los postulados axiológicos previstos en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece que 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; es decir, deben armonizarse los sistemas de responsabilidad entendiendo que, conforme a la norma constitucional, debe prevalecer siempre el bien común, el interés social y general sobre el particular o individual, todo lo cual, sin duda alguna, amplía las garantías de los administrados y los intereses de la Administración.

En este orden de ideas, de acuerdo al mandato constitucional, resulta imperativo señalar los elementos constitutivos que deben concurrir para la procedencia de la responsabilidad de la Administración, a saber:

- a) Que se haya producido un daño a los particulares en la esfera de cualquiera de sus bienes o derechos.
- b) Que el daño inferido sea imputable a la Administración, con motivo de su funcionamiento; y
- c) La relación de causalidad que obligatoriamente debe existir entre el hecho imputado y el daño producido.

Ahora bien, en este contexto debe precisarse lo siguiente: una parte de la doctrina ha sostenido que como el origen de estas teorías pertenece al Derecho denominado Civil no son aplicables a la llamada responsabilidad de la Administración las normas o principios de dicha rama del Derecho.

En este sentido, debe destacarse que el Derecho Civil, de manera general, se define como el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan las relaciones personales o patrimoniales entre personas físicas o jurídicas de derecho privado. Siguiendo estrictamente este concepto los principios y normas de esta rama del derecho no serían aplicables a la denominada responsabilidad del Estado.

Sin embargo, debe recordarse que el denominado Derecho Civil es derecho común y contiene principios y normas generales aplicables a todas las ramas del Derecho, como por ejemplo: la interpretación de disposiciones jurídicas, el cómputo de los lapsos, las normas sobre pruebas, sobre obligaciones, el daño moral, la prescripción, la propiedad, la posesión, entre otras.

Con ello quiere significarse que dichos principios y normas de aplicación general son usados frecuentemente por los jueces y abogados en los juicios que versan sobre los derechos sustantivos de cada una de esas ramas, en nuestro caso, en el denominado contencioso administrativo.

Es por estas especiales razones que este derecho, el cual se aplica a la generalidad de los casos que no cuentan con una regulación especial, recibe la denominación de Derecho Común (*ius commune*); y es por ello que en la mayoría de las leyes especiales existen normas que hacen remisiones supletorias a dicho derecho. De manera ilustrativa tenemos lo previsto en los artículos 24, 58 y 70 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y en el artículo 106 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305 del 17 de octubre de 2001.

En efecto, dichos artículos expresan:

“Artículo 24. *Por lo que se refiere a sus relaciones con la Administración Pública, las condiciones relativas a la capacidad jurídica de los administrados serán las establecidas con carácter general en el Código Civil, salvo disposición expresa de la ley.*”

“Artículo 58. *Los hechos que se consideren relevantes para la decisión de un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba establecidos en los Códigos Civil, de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal o en otras leyes.*”

“Artículo 70. *Las acciones provenientes de los actos administrativos creadores de obligaciones a cargo de los administrados, prescribirán en el término de cinco (5) años, salvo que en leyes especiales se establezcan plazos diferentes.*

La interrupción y suspensión de los plazos de prescripción se rigen por el Código Civil. (Destacado de la Sala).

Así, el artículo 106 de la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone lo siguiente:

“Artículo 106.- Las empresas del Estado se regirán por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la presente Ley. Las empresas del Estado creadas por ley nacional se regirán igualmente por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la ley.” (Destacado de la Sala).

La circunstancia de que estas normas y principios se encuentren en un Código denominado Civil, no significa que deba excluirse su aplicación a otras ramas del Derecho, porque debe recordarse que muchas de sus divisiones no cuentan con regulaciones propias como las grandes y numerosas instituciones previstas por el derecho común.

Es decir, no puede pensarse que por la existencia de clasificaciones doctrinarias y por estar codificados dichos principios y normas en un texto sistemático denominado Código Civil, los mismos deben ser, necesaria y exclusivamente, para regular relaciones jurídicas de carácter privado, cuando los principios y normas que allí se encuentran contienen reglas de aplicación general de ordenación de la conducta de las personas, físicas y jurídicas en determinada situación, es decir, expresan criterios y reglas generales del comportamiento que han de tener los individuos en sociedad.

Así, resulta innegable y no puede desconocerse que la institución de la responsabilidad, sus requisitos o elementos derivan todos necesariamente de ese derecho común. Lo que sucede es que deben tenerse en cuenta el matiz o el carácter público evidente en las diversas manifestaciones de la administración y los importantes intereses públicos involucrados.

Es así como el juez, en su función de juzgar, al resolver los problemas planteados por los justiciables, ante la ausencia de principios, normas legales expresas o instituciones propias de una rama del derecho debe emplear la hermenéutica de manera sistemática [lo cual incluye desde luego el acudir al derecho común] para integrar el ordenamiento jurídico y aplicarlo en la resolución del caso concreto.

Precisado lo anterior, en el caso bajo estudio la indicada responsabilidad del Estado se da con ocasión a la actividad, en decir del accionante, del Poder Judicial, en concreto los tribunales con competencia en el área penal-militar.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé en su artículo 49, ordinal 8°, lo siguiente:

“Artículo 49. *El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia: (...)*

8. *Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o magistrada, juez o jueza y del Estado, y de actuar contra éstos o éstas*".

Como se aprecia de la norma, la responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional abarca el error judicial y el retardo u omisión injustificados, lo cual incluiría también, aparte de la función de juzgar, otras labores propias del funcionamiento de la administración de justicia. En el caso bajo estudio, la actividad señalada por el accionante como generadora de responsabilidad es el denominado error judicial.

En relación al error judicial, se sostuvo en algún momento que como la sentencia declara el derecho con fuerza de cosa juzgada no podía surgir responsabilidad en esta área. Sin embargo, este criterio ha sido superado con el tiempo porque debe entenderse que si los jueces ejercen poder, el ejercicio de ese poder, el cual es emanado de la soberanía, genera responsabilidad.

El error judicial es la equivocación grave cometida por el juez en su actividad de juzgamiento (*iudicare*) o en su actividad procesal (*procedere*), es decir, los denominados errores *in iudicando* e *in procedendo*, sin que exista motivo que los justifique o excuse y que además cause un serio daño al justiciable.

Para los errores referidos al orden procedimental importa, más allá de si se ha seguido estrictamente el *iter* señalado por la ley, si se han garantizado las formas esenciales que preserven el debido proceso y el derecho a la defensa. No se trata de una simple equivocación o inadvertencia sino de una actuación grave, arbitraria, de carácter inexcusable que cause, como antes se indicó, un daño grave, directo y efectivo.

Asimismo, el error judicial en el juzgamiento implica entonces una alteración grave en la declaración judicial en los hechos (*quaestio facti*) o en el derecho (*quaestio iuris*) que no pueda justificarse, es decir, no se trata de equivocaciones en cuanto a interpretaciones jurídicas diferentes o dudosas del ordenamiento, o de considerar equivocada o errada una interpretación distinta a la dada por las partes, o de calificar jurídicamente un hecho de manera disímil a la calificación hecha por las partes para lo cual, además, el juez está facultado conforme al principio expresado en el aforismo *iura novit curia*.

Se trata entonces de alteraciones y equivocaciones manifiestas, notables y evidentes en la actividad de juzgamiento o en la actividad procesal propiamente, las cuales contrarían los valores, principios y normas constitucionales, desnaturalizando la función jurisdiccional de tal manera que no existan fundamentos o motivos para sostener esta actuación y que, por supuesto, cause un daño directo, cierto y efectivo.

En nuestro ordenamiento, el Código Orgánico Procesal Penal prevé la posibilidad de indemnizaciones con ocasión a la revisión de sentencia en materia penal. En efecto, disponen los artículos 275 y siguientes *eiusdem* lo que a continuación se transcribe:

"De la indemnización, reparación y restitución"

"Artículo 275. Indemnización. Cuando a causa de la revisión de la sentencia el condenado sea absuelto, será indemnizado en razón del tiempo de privación de libertad.

La multa, o su exceso, será devuelta, con la corrección monetaria a que haya lugar, según los índices correspondientes del Banco Central de Venezuela".

“Artículo 276. Determinación. El tribunal que declaró con lugar la revisión que origina la indemnización, fijará su importe computando un día de pena o medida de seguridad por un día de salario base de juez de primera instancia.

La indemnización fijada anteriormente no impedirá a quien pretenda una indemnización superior, la demande ante los tribunales competentes por la vía que corresponda”.

“Artículo 277. Privación judicial de libertad. Corresponderá también esta indemnización cuando se declare que el hecho no existe, no reviste carácter penal o no se compruebe la participación del imputado, y éste ha sufrido privación de libertad durante el proceso”.

“Artículo 278. Obligado. El Estado, en los supuestos de los artículos 284 y 286, está obligado al pago, sin perjuicio de su derecho a repetir en el caso en que el juez hubiere incurrido en delito”.

Por su parte, el artículo 470 del mismo texto legal establece los supuestos por los cuales una sentencia puede ser revisada:

“Artículo 470. Procedencia. La revisión procederá contra la sentencia firme, en todo tiempo y únicamente a favor del imputado, en los casos siguientes:

1. Cuando en virtud de sentencias contradictorias estén sufriendo condena dos o más personas por un mismo delito, que no pudo ser cometido más que por una sola;
2. Cuando la sentencia dio por probado el homicidio de una persona cuya existencia posterior a la época de su presunta muerte resulte demostrada plenamente;
3. Cuando la prueba en que se basó la condena resulta falsa;
4. Cuando con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurra o se descubra algún hecho o aparezca algún documento desconocido durante el proceso, que sean de tal naturaleza que hagan evidente que el hecho no existió o que el imputado no lo cometió;
5. Cuando la sentencia condenatoria fue pronunciada a consecuencia de prevaricación o corrupción de uno o más jueces que la hayan dictado, cuya existencia sea declarada por sentencia firme;
6. Cuando se promulgue una ley penal que quite al hecho el carácter de punible o disminuya la pena establecida.”

El articulado citado nos indica los supuestos bajo los que puede darse la indemnización por privación judicial de libertad, para lo cual resulta indispensable que medie una sentencia de revisión de la sentencia penal, que declare la absolución del condenado; que conste que el reclamante efectivamente fue privado de su libertad por un hecho que no existe, no reviste carácter penal o no se comprobó su participación en el mismo; que la indemnización, si hay lugar a ella, le corresponde fijarla al órgano jurisdiccional que conoció del recurso de revisión; y que ese tribunal puede ser, según corresponda, la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal, la Corte de Apelaciones o el juez del lugar donde se perpetró el hecho.

No obstante esta posibilidad de indemnización prevista en la legislación para el supuesto de privación judicial de libertad (lo cual no ocurrió en este caso), la parte accionante decidió demandar en forma directa a la República motivo por el cual esta Sala entra a analizar los requisitos concurrentes para la procedencia de la responsabilidad de la Administración antes mencionados, a saber: a) Que se haya producido un daño a los particulares en la esfera de cualquiera de sus bienes o derechos. b) Que el daño inferido sea imputable a la Administración, con motivo de su funcionamiento; y c) La relación de causalidad que obligatoriamente debe existir entre el hecho imputado y el daño producido.

(Omissis)

Ahora bien, de los alegatos así como de las pruebas aportadas, en relación al error judicial alegado por la actora se observan los siguientes aspectos:

En primer lugar, la Sala observa que *la causa petendi* del escrito de demanda del accionante más que referirse a evidenciar el error judicial, se centra en describir supuestas actuaciones de unos funcionarios que él señala como sus enemigos; esto es, la mayor parte de la narración de los hechos que fundamentan su pretensión se enfocan en las presuntas acciones de unos funcionarios que, según él, se empeñaban en destruir su carrera, pero en ningún caso explica en concreto cuál o cuáles pruebas o alegatos se dejaron de considerar para que se evidenciara en forma grave y flagrante el error judicial alegado así como el daño sufrido.

En efecto, no se señala en concreto cuales hechos o pruebas se dejaron de analizar, sólo se plantean en forma genérica argumentos tales como que las pruebas del Fiscal no tenían valor probatorio, que eran insuficientes o que se dejaron de valorar unas pruebas, sin señalar cuales eran.

Es decir, no se explica con claridad ni se indica en forma específica cuales elementos de pruebas y argumentos de hecho se dejaron analizar, de lo que resultan enrevesados y confusos los argumentos expuestos, ya que si bien su pretensión consiste en que se declare un error judicial, el fundamento de hecho alegado no se corresponde con ella; esto es, no tiene sustento ya que en su narración, la parte actora, atribuye el daño a la actuación de unos funcionarios que él señala como sus enemigos, para de allí establecer, sobre la base de esta premisa, que esos funcionarios son los causantes, fundamentalmente, del error judicial.

Así, se observa en este caso que los hechos constitutivos de su pretensión se fundamentan en situaciones que en nada se refieren al error judicial, sino a la conducta de unos funcionarios superiores que, según él, buscaban perjudicar su vida dentro de las Fuerzas Armadas; todo lo cual induciría o evidenciaría una posible falta de cualidad pasiva.

No obstante esta observación, la Sala, con la mejor voluntad por entender su pretensión y en acatamiento a lo previsto los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, encuentra que contrario a lo expresado por la parte actora, la Corte Marcial (Tribunal *ad quem*) parte de las pruebas establecidas por el Consejo de Guerra y en ningún caso señala que se dejaron de analizar, lo que ocurrió en este caso es que para la Corte Marcial no se verificaba el tipo penal, porque para que el delito previsto se diera [Abandono de Servicio] era necesaria la notificación del cargo a desempeñar y, a diferencia de esta Corte, para el Consejo de Guerra Permanente la notificación no era necesaria, ya que con la publicación de la Resolución donde se hace el nombramiento, era suficiente para entender que el funcionario al presentarse en su respectivo comando debía enterarse de sus nuevas funciones; todo lo cual implica una divergencia de criterio entre si la notificación era necesaria o no, para así poder interpretar el tipo penal; supuesto de hecho éste además no contemplando en la norma, sino que resultó de la interpretación que hizo cada juzgador en su grado de cognición, a los fines de la eventual aplicación del tipo penal.

En efecto, el artículo 534 del Código Orgánico de Justicia Militar dispone:

“Del Abandono de Servicio”.

“Artículo 534.- El oficial que abandone el comando o funciones que le hayan sido confiadas, será penado con prisión de dos (2) a cuatro (4) años y con separación de las fuerzas armadas.

Si este delito es cometido en campaña o en circunstancias tales que puedan traer perjuicios a las Fuerzas Armadas, la pena será de presidio, de seis (6) a doce (12) años de expulsión”.

De esta forma, lo expresado entre los juzgados *a quo* y *ad quem* no es más que un problema de divergencia de criterio en cuanto a la calificación jurídica del hecho, lo cual pudo ocurrir porque tal como se observa de la disposición transcrita, el tipo penal no prevé desde cuándo debe entenderse que se abandona el cargo, si desde que se notifica o desde que se tiene noticia en virtud de la necesaria presentación del funcionario en el comando; en todo caso, aun cuando la Corte Marcial concluyó que los hechos no eran subsumibles en la norma penal, consta de las pruebas de autos que dicho funcionario nunca fue privado de su libertad, todo lo cual evidencia la ausencia de daño grave, notable, cierto, efectivo e inexcusable.

Conviene precisar en este punto que cuando una determinada sentencia es revisada por un órgano jurisdiccional superior, no necesariamente es porque haya cometido un error judicial grave e inexcusable, sino porque en el nuevo examen de lo decidido puede llegarse a una conclusión diferente, y es precisamente por esta especial razón que surge la teoría general de los recursos como institución que busca la justicia en el fallo que resuelve la controversia.

Ello es así, porque en la sentencia, como cualquier otro acto del ser humano (juez), pueden cometerse equivocaciones y es por este motivo que los recursos procesales permiten la revisión de lo decidido en una primera instancia con la idea de lograr la justicia en la solución de lo debatido.

Sobre estas ideas nos explica el reconocido autor Enrico Tullio Liebman, que *“La sentencia, como todo acto humano, puede ser defectuosa o equivocada. Las impugnaciones son los remedios que la ley pone a disposición de las partes para provocar por medio del mismo juez o de un juez superior un nuevo juicio inmune del defecto o del error de la sentencia anterior. La probabilidad de obtener, con el ejercicio de tales remedios, una sentencia más justa es inherente al hecho mismo de que la nueva sentencia se pronunciará por vía de control y de nuevo examen crítico de lo que se hizo en el anterior juicio. (Manual de Derecho Procesal Civil” Traducción de Santiago Sentís Melendo, Colección Ciencia del Proceso, Edit. EJEA. Buenos Aires, p. 442).*

De manera pues que, en cuanto a este primer aspecto señalado por el actor, se observa que lo ocurrido respecto a la sentencia de instancia fue una interpretación diferente en cuanto a la calificación jurídica de los hechos, todo lo cual ocurre con bastante frecuencia en el Poder Judicial, ya que precisamente éste es el fundamento de la existencia de los recursos en sede jurisdiccional. Por otra parte, la sentencia de alzada no calificó la interpretación del *a quo* como error judicial inexcusable, como señaló el demandante, y en todo caso él, como antes se expresó, sólo hizo un alegato genérico sin explicar cuáles hechos o pruebas se dejaron de tomar en cuenta; motivos éstos por los cuales la Sala debe declarar la improcedencia del error judicial señalado. Así se establece.

Además, es de advertir, que si bien la Corte Marcial interpretó que los hechos no revestían carácter penal, sí consideró que los hechos alegados y probados en el *a quo* y reflejados en su sentencia se constituyen como una transgresión al Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6, de la cual no quedaba exonerado. Asimismo, en relación a la denuncia de corrupción hecha por el actor la Corte Marcial, en acatamiento a la decisión de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, ordenó una investigación.

En efecto, dicha sentencia expresamente estableció:

“...considerándose más bien, como una transgresión elemental al deber, orientado como una acción contraria al cumplimiento de las obligaciones y normas pero no considerada como delito, sino como una falta prevista en el Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6. En consecuencia el Teniente Coronel (GN) WALTER HUMBERTO FELCE SALCE-

DO, no queda exento de la responsabilidad administrativa disciplinaria a que hubiere lugar, hecho éste el cual quedó corroborado hasta por su misma defensa, Abogado JUAN FIGUEROA RADA en la audiencia oral, quien reconoció que su defendido incurrió en falta al deber militar.

Por último como señala la decisión del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Penal, del veinticinco de enero de dos mil dos, remítase al Ministerio Público Militar los casos de corrupción denunciados en el presente caso, a los fines legales de tomar las acciones correspondientes”.

En segundo lugar, en cuanto a la alegada confabulación de los órganos de justicia con los funcionarios que según el Teniente Coronel (GN) Walter Humberto Felce Salcedo estaban en su contra, observa la Sala que resulta paradójico que el accionante realice este tipo de señalamiento ya que, además de no traer prueba de este alegato a los autos, el propio demandante en su escrito de demanda expresó con claridad que ejerció los recursos correspondientes, que apeló, que ejerció recurso de casación penal y que la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal anuló la sentencia mediante la cual se declaró inadmisibles su apelación; entonces, no se explica como el propio abogado por un lado alega que existía confabulación del Poder Judicial con los funcionarios y por el otro lado alega que fue el propio Poder Judicial quien le permitió la garantía de sus derechos cuando expresó: “*La sentencia del 2002, despejó el camino para obtener el reestablecimiento de mis derechos y garantías constitucionales conculcados*”.

En cuanto al alegato de que estuvo detenido en sede administrativa, esta Sala observa que no hay en el expediente prueba de ello y que incompatible con lo mencionado, resultan las dos actas policiales donde consta que unos funcionarios de la DIM fueron a buscarlo y que en una oportunidad no lo encontraron, y en otra no pudieron llevarlo al comando porque el Teniente les mostró que tenía en su mano un arma [Sub-Ametralladora]. Hecho éste además admitido por el Teniente Coronel en el juicio penal, alegando que sí utilizó su arma porque estaba en estado de somnolencia.

Asimismo se evidencia del expediente, que el accionante no estuvo detenido; que se le acordaron medidas cautelares sustitutivas, a solicitud del propio Fiscal; que en todas las ocasiones que pidió ausentarse por problemas personales, el tribunal le acordó el permiso; que el Fiscal realizó la solicitud del desbloqueo de su cuenta bancaria y que asistió a todas las audiencias orales, que ejerció los medios de impugnación previstos en el ordenamiento para cada instancia jurisdiccional; en suma, que se le siguió un proceso judicial con las debidas garantías. Así se establece.

De esta manera quedó demostrado de la sentencia de alzada. En efecto, dicha sentencia, en cuanto a las supuestas denuncias de omisión de formas procesales y derecho a la defensa, señaló que las mismas fueron desechadas por cuanto “...de las Actas correspondientes al debate Oral y Público, no se observó que el recurrente haya dejado constancia de su inconformidad de cómo se estaba desarrollando el proceso, por el contrario, de las mismas se evidencia su firma como señal de su conformidad del desarrollo del juicio, a fin de poder hacerlos valer como recurrente ante esta Alzada, ya que las respectivas actas sería el documento probatorio idóneo para demostrar ante esta Corte de apelaciones su denuncia”.

Por otra parte, si según el actor existía una confabulación o irregularidad de los órganos judiciales, no lo manifestó en el expediente así como tampoco consta que hiciera alguna denuncia ante la autoridad administrativa correspondiente, a fin de indicar la eventual responsabilidad administrativa o disciplinaria de dichos funcionarios.

En tercer lugar y este orden de ideas, resulta interesante señalar que el accionante en alzada, cuando anunció el recurso contra la decisión de la Corte Marcial que inadmitió la apelación, lo hizo de manera impropia, es decir, ejerció recurso ordinario de apelación contra la decisión que inadmitió su apelación. No obstante este error o equivocación del accionante, se observa que el mismo fue subsanado por la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal, la cual, en aplicación de las normas y principios constitucionales, analizó lo expuesto por el recurrente y anuló dicho auto de la Corte Marcial y ordenó emitir un nuevo pronunciamiento, que fue el que revocó la sentencia de primera instancia y absolvió al demandante.

Es decir, el Poder Judicial a través de la Sala de Casación Penal, atendió al fondo por encima de la forma y en definitiva a la justicia material (a pesar de haberse equivocado la parte actora en la calificación jurídica de su recurso), dictando un nuevo pronunciamiento de mérito sobre su caso.

De lo anterior se desprende que opuesto a lo afirmado por el demandante, el Poder Judicial actuó rectamente y de buena fe, garantizando los derechos constitucionales del accionante al corregir lo decidido por la Corte Marcial y atender al recurso impropriamente interpuesto. Así se establece.

Asimismo se aprecia entonces, que la premisa establecida por el actor en su escrito de demanda como fundamento de su pretensión, consistente en decir que la actuación de los funcionarios que él señaló como sus enemigos junto con el Poder Judicial fueron los causantes de un error judicial, resultó ser un verdadero sofisma, al ser desvirtuado por las pruebas de autos; razones todas estas por las cuales los alegatos del actor referidos a estos aspectos deben ser desestimados por la Sala. Así se establece.

II. DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales*

A. *Tutela judicial efectiva*

TSJ- SC (1889)

17-10-2007

Magistrado Ponente: Francisco Carrasquero López

Caso: Impugnación de los artículos 449, 453, 454, 455, 456 y 457 de la Ley Orgánica del Trabajo

El derecho a la tutela judicial efectiva presenta varias fases como son la facultad de acceder a la justicia, la obtención de una justicia impartida conforme al artículo 26 del Texto Fundamental (imparcial, gratuita, accesible, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles), el derecho al debido proceso (que a su vez comprende el derecho a la defensa, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser oído, el derecho al juez natural, la prescripción a declarar contra sí mismo y allegados, la confesión sin coacción, la libertad de pruebas, el nulla crimen nulla pena sine lege, el non bis in idem y la responsabilidad del Estado por error judicial) y finalmente, el derecho a la ejecución del fallo proferido.

Igualmente, señalaron los recurrentes que las normas impugnadas violentan el derecho a la tutela judicial efectiva y al respecto, tal como señaló esta Sala en la decisión N° 585, dicta-

da el 30 de marzo de 2007, en el caso FÉLIX OSWALDO SÁNCHEZ, el derecho invocado por los accionantes constituye un derecho operacional que ha permitido la sustitución de la autodefensa y por tanto, representa un derivado del ejercicio estatal del monopolio de la coacción legítima, mediante el cual se garantiza a los sujetos de derecho el goce y la salvaguarda de sus situaciones jurídicas.

Tal derecho, se presenta como aquella situación jurídica de poder en la cual toda persona tiene la facultad de "recurrir al juez, mediante un juicio en el que se respeten todas las garantías procesales, con el fin de obtener una resolución motivada que sea conforme a derecho" (De Esteban, Curso de derecho Constitucional Español II. Madrid. 1993. Pág. 80).

Significa en términos de Pérez Royo (Curso de Derecho Constitucional. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons. 2000. P. 492), "utilizar los recursos que la ley prevea, con el objeto de poner en práctica los derechos subjetivos ventilados en cada caso en concreto y por ello, se trata de un derecho prestacional que tiende a la defensa de todos los demás derechos.

Sobre tales premisas Figueruelo ha afirmado (Crisis de la Justicia y Tutela Judicial Efectiva. Revista de Derecho Constitucional N° 8, Caracas, Editorial Sherwood, 2003. p. 27), que la tutela judicial es el precepto que engloba las garantías básicas de toda Administración de Justicia, toda vez que comprende, el derecho de acceso a la jurisdicción, a obtener una resolución judicial sobre el fondo del asunto siempre que se cumplan los requisitos formales para ello, el derecho a una decisión motivada, a los recursos dispuestos en el ordenamiento jurídico, a la ejecución de las sentencias; el derecho a la invariabilidad e intangibilidad de las resoluciones judiciales y a la tutela cautelar.

En el mismo sentido se pronuncia Molas (Derecho Constitucional. España: Editorial Tecnos. 1998, P. 344), al afirmar, que el derecho en referencia comprende acceder a los órganos del poder judicial sin limitaciones de tipo formalista, así como a obtener de los mismos una decisión motivada fundada en derecho sobre pretensiones deducidas, aunque no sea favorable y finalmente a la ejecución de dicha decisión.

Todo lo anterior supone, que el derecho a la tutela judicial efectiva presenta varias fases como son la facultad de acceder a la justicia, la obtención de una justicia impartida conforme al artículo 26 del Texto Fundamental (imparcial, gratuita, accesible, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles), el derecho al debido proceso (que a su vez comprende el derecho a la defensa, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser oído, el derecho al juez natural, la prescripción a declarar contra sí mismo y allegados, la confesión sin coacción, la libertad de pruebas, el nulla crimen nulla pena sine lege, el non bis in idem y la responsabilidad del Estado por error judicial) y finalmente, el derecho a la ejecución del fallo proferido.

Con el reconocimiento expreso del referido derecho, se pretende asegurar la convivencia tolerante y pacífica de la sociedad, es decir el principio de paz social y por tanto, debe ser entendido como la seguridad de que el proceso tiene como ratio la efectividad en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Así lo precisó esta Sala, al señalar, en sentencia del 11 de mayo de 2006 (caso: "José del Carmen Barrios"), que el derecho in commento, debe ser analizado a la luz del contenido del artículo 257 constitucional, en concordancia con lo previsto en el artículo 49 eiusdem.

En el marco de las observaciones anteriores, denuncian los accionantes que el derecho invocado se encuentra lesionado en razón que las inspectorías del trabajo no resuelven definitivamente las controversias laborales y por ende, resulta una pérdida de tiempo acudir a dicha instancia administrativa.

Sobre el particular, se hace menester reiterar lo establecido por esta Sala en la sentencia N° 3569 del 6 de diciembre de 2005 caso: Saudí Rodríguez Pérez), en la cual determinó lo siguiente:

“...es necesario indicar que en las sentencias de esta Sala Constitucional N° 2122 del 2-11-2001 y 2569 del 11 de diciembre de 2001(caso: Regalos Coccinelle C.A.), se estableció que el acto administrativo tiene que ser ejecutado forzosamente por el órgano emisor, esto es, a través de sus funcionarios o valiéndose de la colaboración de los funcionarios de los cuerpos de seguridad del Estado, si lo considerara necesario, por tratarse de la ejecución de un acto administrativo de desalojo, cuya posibilidad de ejecución forzosa por parte de la Administración es posible, ayudándose de ser necesario, con funcionarios de los cuerpos de seguridad del Estado.

(iii) Pero el caso sub-examine, la orden contenida en el acto administrativo del Inspector del Trabajo, es la de proceder al reenganche de los trabajadores antes mencionados, que según se desprende de autos, están amparados por inamovilidad laboral. **Por tanto la Sala reitera su criterio al considerar que las Providencias Administrativas deben ser ejecutadas por la autoridad que las dictó, sin intervención judicial, por lo que el amparo no es la vía idónea para ejecutar el acto que ordenó el reenganche.** En este sentido, la Sala modifica lo señalado en la sentencia del 20 de noviembre de 2002 (caso: Ricardo Baroni Uzcátegui), respecto a que el amparo sea una vía idónea para lograr el cumplimiento de las Providencias Administrativas provenientes de la Inspectoría del Trabajo.

Además constituye un principio indiscutible en el derecho administrativo la circunstancia de que el órgano que dictó el acto puede y debe el mismo ejecutarlo, recogido como principio general en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Por estar dotado de ejecutoriedad el acto administrativo adoptado en los términos expuestos, no requiere de homologación alguna por parte del juez: y la ejecución de dicha decisión opera por su propia virtualidad.

Ahora bien, a pesar que en el presente caso se produjo por parte de la Gobernación del Estado Yaracuy, un evidente desacato a la Providencia Administrativa, dictada por la Inspectoría de Trabajo, que ordenó el reenganche y el pago de salarios caídos de los trabajadores, los órganos jurisdiccionales no son la encargados de intervenir en la actuación de los órganos de la Administración Pública; excepto que una Ley así lo ordene.

En este sentido se debe hacer referencia al artículo 79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos:

‘La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial’.

En consecuencia, considera esta Sala Constitucional, que el presente acto administrativo, debió ser ejecutado por la Administración Pública y de esta manera dar cumplimiento a la Providencia Administrativa antes mencionada, razón por la cual se declara ha lugar a la solicitud de revisión formulada y visto que el fallo impugnado obvió el criterio sostenido por esta Sala, se anula la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y se declara inadmisible el amparo ejercido de conformidad con el artículo 6 numeral 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y así se decide”. (Resaltado de esta sentencia).

De la decisión parcialmente transcrita ut supra se desprende, que las providencias administrativas deben ser ejecutadas por la autoridad que las dictó, es decir que gozan de ejecutoriedad, lo cual desvirtúa el argumento argüido por los accionantes sobre la pérdida de tiempo que supone acudir a dicha instancia administrativa, toda vez que aun cuando dichos actos administrativos se encuentren sometidos a un eventual control judicial (por efectos del control plenario a que hace referencia el artículo 25 del Texto Fundamental y dentro de él, al contencioso administrativo según dispone el artículo 259 eiusdem), ello, en modo alguno, afecta el citado carácter ejecutorio de las providencias de las inspectorías que, en consecuencia, pueden ser cumplidas de modo coercitivo por dichos órganos y así lograr la protección de la relación de trabajo que se ha visto amenazada y ha requerido de intervención del Estado para su salvaguarda. Así se declara.

TSJ-SC (2089)

7-11-2007

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: José David Roa Gómez e Isabel Teresa Vivas de Roa (Revisión de sentencia de la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia)

Los órganos judiciales deben establecer un criterio restrictivo en el ámbito de la inadmisibilidad y, en consecuencia, favorable al enjuiciamiento del fondo del asunto, en aras de proveerle un valor de relevancia al derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los órganos del Estado, todo ello con el fin de salvaguardar los derechos constitucionales de los justiciables y los instrumentos internacionales ratificados por nuestro País. En tal sentido, la Sala reinterpreta con carácter vinculante para todos los Tribunales de la República el artículo 244 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, en cuanto a la eliminación del requisito de disconformidad de los fallos obtenidos en la instancia para poder ejercer el recurso de Casación

Al efecto, la parte actora solicitó la revisión constitucional de la sentencia N° 883 dictada el 8 de mayo de 2007, por la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se declaró sin lugar el recurso de hecho propuesto por los hoy solicitantes contra el auto dictado el 28 de noviembre de 2006, que negó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 16 de noviembre de 2006, dictada por el Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Distrito Metropolitano de Caracas y de los Estados Miranda, Vargas, Guárico y Amazonas, y por tanto inadmisibile el recurso de casación anunciado.

Así pues, los actores solicitaron la presente revisión constitucional con fundamento en que la sentencia impugnada no se pronunció respecto a los vicios de fondo en que presuntamente incurrió la sentencia dictada el 16 de noviembre de 2006, por el Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Distrito Metropolitano de Caracas y de los Estados Miranda, Vargas, Guárico y Amazonas, vulnerando sus derechos a la defensa y a la tutela judicial efectiva, establecidos en los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En atención a lo expuesto, debe destacarse que la referida Sala declaró sin lugar el recurso de hecho interpuesto contra la inadmisión del recurso de casación -por no encontrarse llenos los extremos legales para su procedencia, según lo dispuesto en el artículo 244 de la

Ley de Tierras y Desarrollo Agrario-, el cual contempla los requisitos de admisibilidad del recurso de casación, estableciendo entre estos la existencia de fallos disconformes en las instancias para poder interponer el recurso de casación. Al efecto, expone la mencionada norma, lo siguiente:

“Artículo 244. El recurso de casación puede proponerse contra los fallos definitivos de segunda instancia, que presenten disconformidad con los de la primera, siempre y cuando la cuantía de la demanda sea igual o superior a Cinco Millones de Bolívares (Bs. 5.000.000,00).

De igual manera, podrá interponerse contra las sentencias interlocutorias con fuerza de definitiva, que tengan como efecto la extinción del proceso, siempre y cuando contra la misma se hubiere agotado la vía de recurribilidad ordinaria. Así mismo, contra la decisión que declare sin lugar el recurso de hecho”.

En consecuencia, se advierte que la legislación agraria estableció dos requisitos concurrentes, para proceder a la admisión del recurso de casación, independientemente ello de la sentencia -definitiva o interlocutoria- objeto de casación, los cuales son: i) que el fallo de segunda instancia presente disconformidad con los de primera instancia y, ii) que la cuantía sea superior a cinco millones de bolívares.

En el presente caso, la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social desestimó el recurso de hecho propuesto por los hoy solicitantes contra el auto dictado el 28 de noviembre de 2006, que negó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 16 de noviembre de 2006, dictada por el Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Distrito Metropolitano de Caracas y de los Estados Miranda, Vargas, Guárico y Amazonas y, en consecuencia, inadmisibles el recurso de casación anunciado, con fundamento en el primero de los requisitos expuestos, por cuanto en el caso de marras existió una doble conformidad en los fallos obtenidos en la instancia, es decir, la pretensión fue igualmente resuelta por los tribunales de primera y segunda instancia. Al efecto expuso el referido Juzgado Superior:

“(...) En cuanto al tercer extremo, se observa que la sentencia dictada por este tribunal en fecha 16 de noviembre de 2.006 (sic), no es susceptible, de tal recurso extraordinario de casación, por cuanto la misma es una sentencia definitiva que no presenta disconformidad con la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia Agrario (...), tal y como lo establece el artículo 244 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (...)”.

En atención a ello, debe esta Sala recordar que los requisitos de admisibilidad del recurso de casación, por ser este un recurso extraordinario de impugnación, se constituyen como unos de los principales presupuestos procesales de la actividad en el procedimiento ordinario, entendiéndose que tales presupuestos no son requisitos arbitrarios del legislador para restringir el acceso a la justicia, sino por el contrario, son condiciones indispensables que han de verificarse en un determinado proceso para que el mismo pueda desarrollarse en su totalidad y finalizar con una resolución fundada en derecho que resuelva el fondo del debate.

Así pues, debe esta Sala advertir que no pueden ser medidos con el mismo grado de intensidad los requisitos de admisibilidad de la acción con los requisitos de admisibilidad de los recursos, por cuanto en estos últimos las partes han podido obtener una resolución judicial y, lo impugnado es su idoneidad y adecuación en el derecho, mientras que en los requisitos de admisibilidad de la acción sí debe persistir una interpretación más favorable -principio *pro actione*- a los intereses de los accionantes en acudir a los órganos jurisdiccionales, mediante la revisión de aquellos requisitos que no se correspondan lo solicitado con el fin perseguido.

Al efecto, la consagración de los requisitos de admisibilidad no infringe el derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto dicho derecho no implica que las pretensiones tengan que ser resueltas en el sentido expuesto por las partes, sino que ante el ejercicio del derecho de acción éste tiene como objeto que las partes procesales obtengan una resolución fundada en derecho, la cual puede ser limitada al examen de la admisibilidad o no de la pretensión, por cuanto tales requisitos tienen como finalidad y objeto principal otorgar justicia, previa depuración del proceso, de aquellas causas que no cumplan con un mínimo indispensable para excitar la actuación de los órganos jurisdiccionales, siempre y cuando los mismos se ciñan a los cánones de razonabilidad y proporcionalidad del requisito impuesto.

En este sentido, debe destacarse sentencia de esta Sala N° 5.043/2005, en la cual se pronunció sobre la interrelación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la constitucionalidad de los presupuestos procesales, así se dispuso lo siguiente:

“Así pues, debe destacarse que el alcance del principio pro actione, debe entenderse como que las condiciones y requisitos de acceso a la justicia no deben imposibilitar o frustrar injustificadamente el ejercicio de la acción a través de la cual se deduce la pretensión, toda vez que ‘(...) el propio derecho a la tutela judicial efectiva garantiza la posibilidad de ejercicio eficiente de los medios de defensa, así como una interpretación de los mecanismos procesales relativos a la admisibilidad que favorezca el acceso a los ciudadanos a los órganos de justicia’ (Vid. Sentencia de la Sala Constitucional N° 1.064/2000 del 19 de septiembre).

En aras de lo anterior, deben reflexionar nuestros órganos jurisdiccionales sobre las posturas o criterios mantenidos por esta Sala así como por órganos jurisdiccionales en el Derecho Comparado, en cuanto a la correcta ponderación a la que deben ser sometidos los requisitos de admisibilidad cuando estos de alguna manera pudieren constituir una vulneración a la tutela jurisdiccional, tutela ésta que debe brindar el Estado a través del acceso efectivo a la justicia.

Así, en el mismo sentido que lo ha realizado esta Sala, ha sido analizado por el Tribunal Constitucional Español cuando ha determinado que: ‘(...) el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface igualmente cuando los órganos judiciales dictan resoluciones apreciando la concurrencia de un motivo legalmente previsto que impide el examen del fondo, de tal forma que una resolución de inadmisión o meramente procesal es un principio constitucionalmente admisible, si bien la interpretación judicial del correspondiente obstáculo procesal debe guiarse por un criterio pro actione que, teniendo siempre presente la ratio de la norma y un criterio de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo, no impida la cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de entendimiento no razonables de las normas procesales’. (Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, ‘El Derecho a la Tutela Jurisdiccional’, Editorial Civitas, Tercera Edición, 2001, p. 37).

Es en respeto y consagración de este principio procesal -pro actione- que deben guiar su actividad los órganos jurisdiccionales, ya que si bien es cierto que el relajamiento absoluto de los presupuestos procesales por la contrariedad con el libre acceso a la justicia podría desembocar en una situación de anarquía recursiva de los actos de la Administración Pública, y en un posterior colapso de los órganos judiciales, no es menos cierto que éstos deben atender a la proporcionalidad y razonabilidad de ciertos presupuestos procesales.

En este orden de ideas, se ha señalado que el derecho al debido proceso comprende el acceso a la justicia, el juzgamiento con las debidas garantías y la efectiva ejecución del fallo. Al respecto, se ha establecido lo siguiente:

‘Por otra parte, este Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 8 de agosto de 2000 dictada por la Sala Político-Administrativa, ha precisado que el derecho al debido proceso (artículo 49 de la Constitución de 1999) es un derecho complejo que encierra un conjunto de garantías que se traducen en una diversidad de derechos para el procesado entre los que figuran

el derecho a acceder a la justicia, a ser oído, a la articulación de un proceso debido, de acceso a los recursos legalmente establecidos, a un tribunal competente, independiente e imparcial, a obtener una resolución de fondo fundada en derecho, a un proceso sin dilaciones indebidas, a la ejecución de las sentencias, entre otros que se vienen configurando en la jurisprudencia. Todos estos derechos se desprenden de la interpretación de los ocho ordinales que consagra el artículo 49 de la Carta Fundamental. (sentencia N° 1.614 del 29.08.01).'

Ciertamente, esta Sala estima que es contrario al artículo 26 de la Constitución que se declare inadmisibile una demanda y se ordene el archivo del expediente cuando considere que no es el tribunal con competencia para su conocimiento, pues de ese modo, dicha decisión se estaría fundamentando en una interpretación literal del artículo 19, aparte 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que no toma en cuenta los criterios de esta Sala que antes fueron expuestos en relación con el favorecimiento al derecho de acceso a la justicia, al derecho a la acción y, en definitiva, con la absoluta garantía del derecho a la tutela judicial efectiva.

En abundancia, esta Sala recuerda que es una máxima en Derecho Procesal que la competencia es requisito esencial para la resolución de fondo del asunto, no así para su tramitación, de manera que mal puede declararse la inadmisibilidad de una demanda por razón de la incompetencia sin que con ello se enerve el contenido esencial del derecho al acceso a la justicia y, en definitiva, el derecho a la tutela judicial eficaz. (Vid. Sentencia de esta Sala N° 97/2005 del 2 de marzo).

En tal sentido, en sentencia de esta Sala N° 97/2005, se dispuso la inseguridad jurídica y desigualdad procesal que crea la declaratoria de inadmisibilidad por carecer de competencia, y el consecuente deber de declinarse el conocimiento de la causa al Tribunal competente. Así, se dispuso lo siguiente:

'Incluso, considera la Sala que la aplicación literal de la referida norma jurídica implicaría una indebida desigualdad procesal y una indeseable inseguridad jurídica. Desigualdad procesal e inseguridad jurídica porque, en el marco de un proceso judicial y ante un supuesto de hecho en concreto -la incompetencia del tribunal ante el cual se interpuso la causa-, se producirían dos soluciones jurídicas distintas: la declaratoria de incompetencia y consecuente declinatoria, o bien la declaratoria de inadmisibilidad, según el proceso se rigiese por el Código de Procedimiento Civil (artículos 69 y 75 de dicho Código) o bien por la normativa de la entonces Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (artículo 84, cardinal 2), ahora Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 19, párrafo 6), lo que, en definitiva, arroja una dicotomía de soluciones jurídicas frente a un mismo supuesto fáctico que reflejan la necesaria incompatibilidad de alguna de ambas en relación con el derecho de acceso a la justicia y el principio pro actione, ante lo cual debe prevalecer, con fundamento en los precedentes de esta Sala que antes se citaron, la solución que otorga la norma procesal civil'.

En idéntico sentido, debe expresarse lo expuesto por GARCÍA DE ENTERRÍA en cuanto a la consagración del principio pro actione y a sus consecuencias derivadas de su aplicación, '(...) el principio de la interpretación más favorable al ejercicio de la acción contenciosa ha de intentar buscar allí donde exista indeterminación en las reglas de acceso al fondo la solución menos rigorista, de forma que no se agraven las cargas y gravámenes en la materia, antes bien, se reduzcan y suavicen para que pueda ejercitarse ese derecho sustancial y básico, natural, como lo han definido las instancias morales más autorizadas de la tierra, que es someter al juez la discrepancia con la Administración'. (Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, 'El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos', en Revista de Administración Pública N° 42, pág. 275 y sig.).

En este orden de ideas, debe destacarse que la propia Sala Político-Administrativa en concordancia al criterio objeto de revisión, lo ha reiterado en cuanto a las consecuencias jurídicas de la declaratoria de incompetencia a la luz de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia".

En este orden de ideas, se aprecia que el derecho a la tutela judicial efectiva, no se agota en un simple contenido o núcleo esencial, sino que por el contrario, abarca un complejo número de derechos dentro del proceso, los cuales pueden ejercer o no las partes dentro del mismo, constituyéndose asimismo de obligatorio resguardo y acatamiento por parte de los órganos jurisdiccionales, so pena de resultar vulnerados este mismo derecho u otro cúmulo de derechos de los cuales gocen las partes.

Así pues, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende a grandes rasgos, i) el derecho de acción de los particulares de acudir a los órganos jurisdiccionales para obtener la satisfacción de su pretensión, ii) el derecho a la defensa y al debido proceso en el marco del procedimiento judicial, iii) el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho, iv) el derecho al ejercicio de los medios impugnativos que establezca el ordenamiento jurídico y v) el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.

No obstante ello, asimismo dentro de éstos debe destacarse que el derecho a la defensa, el cual tiene una vinculación inmediata y directa con el derecho a la tutela judicial efectiva, y dentro del cual suele incluirse el derecho al ejercicio de los medios impugnatorios, no agota su contenido en el derecho a ser oído por los órganos jurisdiccionales competentes, sino que el mismo conlleva una serie de incidencias procesales que complementan su contenido, los cuales pueden resultar vulnerados en diversas fases procedimentales del proceso, destacando entre ellos:

1. Derecho a ser notificado de todo procedimiento que lo afecte en sus derechos o intereses;
2. Derecho a ser oído y hacerse parte en cualquier momento en un procedimiento;
3. Derecho a tener acceso al expediente, examinarlo y copiarlo;
4. Derecho a presentar pruebas y alegatos;
5. Derecho al acceso de las pruebas;
6. Derecho a que el acto agravante indique los motivos de hecho y de derecho en que se funda;
7. Derecho a ser notificado de todo acto que afecte sus derechos o intereses;
8. Derecho a ser informado sobre los medios jurídicos de defensa contra el acto que lo perjudique;
9. Derecho a recurrir del acto o fallo que ocasione gravamen (con las excepciones establecidas en la Constitución y en la ley);
10. Derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa;
11. Garantía en materia probatoria según la cual serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso.

Conforme a lo expuesto, puede esta Sala apreciar que el derecho al ejercicio de los recursos se enmarca en una esfera protectora bastante amplia, en virtud que este puede ser tutelado mediante el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa de las partes para solicitar su revisión ante otra instancia superior, lo cual asegura una efectiva protección por parte de los órganos jurisdiccionales en cuanto a los requisitos de admisibilidad y procedibilidad, sometiéndolos en determinadas ocasiones a un examen de

proporcionalidad y racionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo, en aras de no impedir la cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de entendimiento no razonables de las normas procesales.

Si bien es cierto, como se expuso anteriormente que el principio *pro actione* no tiene plena aplicación en el ejercicio del derecho a los recursos, no deja de constituirse como un mecanismo de asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes que los órganos jurisdiccionales en el momento de apreciar el establecimiento de ciertos requisitos que pudieran vulnerar dicho derecho, procedan a interpretar más progresivamente su acceso al ejercicio de los medios de impugnación.

En este mismo orden, debe citarse lo expuesto por Ortells Ramos, quien recoge los supuestos expuestos por el Tribunal Constitucional Español en cuanto a la jurisprudencia sentada sobre la interrelación del derecho a los recursos con el derecho a la tutela judicial efectiva. Al respecto, expone el referido autor lo siguiente:

“La ya amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión, permite sentar las siguientes conclusiones:

a) En primer término, ni el art. 24 CE, ni el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, imponen al legislador al establecimiento de recursos en el proceso civil. En consecuencia, la mera falta de previsión de los mismos en la ley no genera inconstitucionalidad. Sin embargo, en el supuesto de que la ley los establezca, habrá inconstitucionalidad si el derecho a impugnar la resolución se regula con infracción del principio de igualdad proclamado en el art. 14 CE.

b) En segundo lugar, si los recursos están previstos en las leyes procesales, sus presupuestos de admisión deben ser interpretados y aplicados por los órganos jurisdiccionales de modo que no se obstaculice irrazonablemente el derecho a obtener un pronunciamiento de fondo como consecuencia del recurso interpuesto. La actuación de los órganos jurisdiccionales contraria a este principio, puede ser impugnada, con probable éxito, mediante recurso de amparo” (Vid. MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; “Derecho Jurisdiccional”, Tomo II, Edit. Bosch, 1991, pp. 366).

En resumen, aprecia esta Sala conforme a lo precedentemente expuesto, que los órganos jurisdiccionales, habiendo sido previamente establecido el medio impugnativo dentro del ordenamiento jurídico, deben ante la evidente desproporción de un requisito de admisibilidad, ponderar la adecuación del ejercicio de dicha exigencia entre la cualidad del defecto o el efecto de dicho requisito y la sanción derivada del mismo, es decir, el impedimento que ocasiona y los efectos perniciosos que ello crea, en cuanto a si existen otros recursos más permisibles para el ejercicio de los accionantes que puedan revisar los fallos objetos de discusión.

Al efecto, la misma Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social mediante sentencia N° 531/2002, interpretó progresivamente de manera parcial el artículo 244 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, en cuanto a que es admisible el recurso de casación aun cuando exista conformidad con los fallos de instancia, si el fallo de segunda instancia ratificó un fallo de primera instancia que haya omitido la valoración del material probatorio y acoge las motivaciones de primera instancia sin argumentar motivos de hecho y derecho, o que el fallo haya infringido principios o derechos constitucionales. En consecuencia, expuso el fallo en cuestión lo siguiente:

“Del análisis literal que la Sala realiza sobre el artículo in comento, debe entenderse por interpretación en contrario, que al ser el fallo de la segunda instancia agraria conforme con el de la primera, no hay lugar a la admisión del recurso de casación propuesto, quedando de esta manera firme definitivamente la decisión proferida. Es decir, que en dicho supuesto

previsto en el dispositivo legal preanotado, el juicio debe concluir al ser inadmitido el recurso de casación, sino se intentare recurso de hecho por la negativa del de casación.

Lo expuesto permite señalar que por argumento en contrario, la exigencia procesal de la conformidad, entre los fallos de la instancia agraria que involucre el acorde comparativo en lo dispositivo de las decisiones, para inadmitir el recurso de casación agrario, se corresponde con los principios de justicia expedita y sin dilaciones indebidas, donde subyacen seguramente en los criterios de los sentenciadores de instancia, las mismas razones de hecho y de derecho; y obran en función de la motivación y congruencia de toda sentencia, que derivan a su vez del fundamento constitucional del artículo 26 de nuestra Carta Magna y del precepto legal contenido en distintos supuestos del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente.

Ahora bien, en interpretación de esta Sala es incontrovertible que el presupuesto de conformidad, para inadmitir el recurso de casación (o de disconformidad para admitirlo) no debe ser considerado con carácter absoluto, sino relativo, en el entendido que su significación jurídica debe responder a la debida interpretación progresiva y lógico - sistemática, para salvaguardar el **debido proceso y el derecho de defensa y aún más, las normas constitucionales y de orden público, que protegen no solo dichas garantías, sino la propia Constitución Nacional en su efectiva vigencia y supremacía, lo cual conlleva a la realización de la justicia por intermedio del proceso, como lo prescribe el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.** (Negrillas de la Sala)

Por consiguiente, cuando el Juez Agrario emisor del fallo recurrido omite la valoración del material probatorio y acoge las motivaciones del de la primera instancia, pero en base a generalizaciones, sin argumentar los motivos de hechos y de derecho para arribar a sus conclusiones; o viola normas constitucionales que tienen incidencia en la preservación de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa, alterando incluso, la igualdad procesal de las partes al no analizar, criticar y valorar sus alegatos; o igualmente viola normas donde está interesado el interés público, especialmente, el de protección del destinatario o beneficiario del texto legal aplicable, aunque el fallo recurrido se presenta en absoluta conformidad con el de la primera instancia, el recurso de casación agrario debe ser admitido, porque como se expuso ut supra, el presupuesto procesal para admitirlo, tiene carácter relativo desde el presente enfoque interpretativo, y en consideración a las situaciones descritas.

De manera pues, que el conformatem de los fallos de instancia agraria no hacen inadmisibles en forma absoluta los recursos de casación propuestos de acuerdo al artículo 248 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, en contra de las sentencias de segunda instancia. Expuestos en los términos de este artículo (coram lege), la disconformidad hace posible la admisión del recurso de casación agrario, pero la conformidad no impide su admisión en forma absoluta, dado su carácter relativo, según la doctrina de este fallo de presentarse en las situaciones planteadas anteriormente.

Es por los motivos expuestos que esta Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, confirma lo señalado supra, en el sentido de que aun y cuando el Juez emisor de la sentencia recurrida ratifique el fallo del de la Primera Instancia, si éste: 'omite la valoración del material probatorio y acoge las motivaciones del de la primera instancia, pero en base a generalizaciones, sin argumentar los motivos de hechos y de derecho para arribar a sus conclusiones; o viola normas constitucionales que tienen incidencia en la preservación de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa, alterando incluso, la igualdad procesal de las partes al no analizar, criticar y valorar sus alegatos; o igualmente viola normas donde está interesado el interés público, especialmente, el de protección del destinatario o beneficiario del texto legal aplicable...', la Sala podría declarar la admisibilidad del recurso de casación anunciado. Así se declara.

Así producto de lo señalado esta Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, luego de realizar el análisis del fallo recurrido, se aparta del análisis literal del encabezamiento del artículo 248 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario y decide entrar a conocer el presente recurso de Casación. Así se decide".

En atención a los considerandos expuestos, aprecia esta Sala que ciertamente el requisito de la doble conformidad como causal de inadmisibilidad del recurso de casación, resulta a todas luces desproporcionado e irracional, por cuanto no pueden sobreponerse los principios de economía y celeridad procesal al derecho a la tutela judicial efectiva, todo ello en virtud que si bien pueden existir un cierto número de casos en donde la casación no vaya a tener un resultado distinto al de la instancia, puede observarse de lo expuesto por la misma Sala Especial Agraria, que existen muchos casos donde pueden quedar inmunes de protección un sin número de violaciones a derechos y/o garantías constitucionales.

Si bien, los mismos pueden ser objeto de tutela mediante la interposición de la acción de amparo constitucional o la solicitud de revisión constitucional, ambos son conocidos por esta Sala y no por la Sala idónea para ello -Sala Especial Agraria-, lo que evitaría retardos y reposiciones en la administración de justicia, que pueden ser convalidados con el conocimiento del recurso de casación.

Asimismo, se puede presumir que uno de los efectos pretendidos mediante la consagración de disconformidad entre los fallos para poder acceder al recurso de casación, fue en la práctica la descongestión del alto número de casos existentes, sin embargo, el mismo genera una sanción que excede de un grado de proporcionalidad entre el requisito pretendido y la sanción impuesta, por cuanto el accionante se ve impedido del ejercicio de un medio impugnativo establecido en nuestro ordenamiento jurídico y la posibilidad de que el fallo adquiera firmeza, como consecuencia del no ejercicio de los recursos establecidos por estarle vedado.

En atención a lo expuesto, si bien el principio procesal *-pro actione-* no tiene un igual grado de intensidad en el derecho de los recursos, existe una obligación constitucional para todos los jueces de interpretar las normas de la manera más progresiva posible para poder permitir el acceso a la justicia en todas sus instancias, en consecuencia, dicho principio interpretativo, el cual resulta cónsono con el principio de supremacía constitucional *-ex artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-*, deben guiar la actividad de los órganos jurisdiccionales nacionales, ya que si bien es cierto que el relajamiento absoluto de los presupuestos procesales por la contrariedad con el libre acceso a los órganos jurisdiccionales podría desembocar en una situación de anarquía recursiva y en un posterior colapso de los órganos judiciales, no es menos cierto que éstos deben atender a la proporcionalidad y razonabilidad de ciertos presupuestos procesales, ya que algunos de ellos lucen como atentatorios al derecho a la tutela judicial efectiva.

Así pues, los presupuestos legales de acceso al proceso o a los recursos deben interpretarse de forma que resulten favorables a la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial, lo cual se traduce en la búsqueda de la finalidad del presupuesto legal de acceso por encima del estricto acatamiento de la mera formalidad procesal.

Es atención a dichos razonamientos y a la debida proporcionalidad que debe observarse entre el requisito exigido y la consecuencia jurídica aplicable, es que los órganos judiciales deben propender a establecer un criterio restrictivo en el ámbito de la inadmisibilidad y, en consecuencia, favorable al enjuiciamiento del fondo del asunto, en aras de proveerle un valor de relevancia al derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los órganos del Estado, todo ello con la finalidad de salvaguardar los derechos constitucionales de los justiciables y los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país.

En aplicación exacta de lo expuesto, debe destacarse el fallo dictado por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, del 10 de abril de 2003 (caso: "*David José Gregorio Luces*"), mediante el cual se desaplicó por control difuso el artículo 324 del Código

de Procedimiento Civil, en el que se consagran los requisitos que deben poseer los abogados para formalizar y contestar el recurso de casación, así como para intervenir en los actos de réplica y contrarréplica. Al efecto, dispuso la referida Sala:

“Ahora bien, en el caso bajo estudio, nos encontramos frente a la interposición de un recurso de casación ante esta Sala, en un juicio de restitución de guarda y custodia, donde ya es sabido, de conformidad con las disposiciones legales y la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, que el abogado o representante de las partes, que aquí actúe, deberá cumplir con los requisitos que señala el artículo 324 del Código de Procedimiento Civil, siendo criterio reiterado de esta Sala de Casación Social, el declarar periculado aquellos recursos que han sido interpuestos por abogados que no cumplen con lo exigido en la mencionada norma. Sin embargo, vista la importancia que tienen para la sociedad en general y, en consecuencia para el Estado, las materias que conforman el estudio de esta Sala de Casación Social, es decir, la materia laboral, agraria y de menores, en virtud de la función social que ejercen, resultaría contradictorio ante el texto Constitucional, el de limitar el acceso a la justicia, exigiendo el cumplimiento de formalidades, a aquellos sujetos que intervienen en procesos de esta naturaleza, lo que en definitiva impediría la búsqueda de la justicia social, la cual forma parte de los principales objetivos de todo Estado Democrático y Social, de derecho y de justicia, fin éste, al que como Máximo representante del poder judicial, estamos obligados a garantizar. En este sentido, señala la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo que de seguida se transcribe: ‘Artículo 26. Toda persona tiene derecho a acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles’.

Es así, como este Tribunal Supremo en Sala Constitucional, en reiteradas oportunidades ha desaplicado determinada norma, aplicando con preferencia aquellas que garanticen la efectividad y supremacía de la Constitución, cumpliendo de esta forma con el control difuso de dicho texto Constitucional, en este sentido, establece el artículo 334 de la Carta Magna, lo que a continuación se transcribe: ‘Artículo 334. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente’.

Siguiendo este orden de ideas, podemos observar en sentencia N° 271, de la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal, de fecha 25 de abril de 2000, lo siguiente:

Los mencionados artículos 20 y 334 transcritos, responden, sin duda, a la llamada supremacía constitucional, formulada originalmente en Alemania -Verfassungskonforme Auslegung del Gesetze- y en los Estados Unidos de América del Norte -obligación de interpretar las leyes in harmony with the Constitution- y que tiene su más acendrada expresión jurisprudencial en la celeberrima decisión del juez John Marshall en el caso Marbury v. Madison, 5 U. S. (1 Granch), 137 (1803), de la Corte Suprema del segundo de los países nombrados, de cuyo texto conviene, a los fines de resolver el caso, citar las siguientes líneas: ‘Aquellos que aplican las normas a casos particulares, deben necesariamente exponer e interpretar aquella regla (...) de manera que si una Ley se encuentra en oposición a la Constitución (...) la Corte debe determinar cuál de las reglas en conflicto debe regir el caso: esta es la real esencia del deber judicial. Si en consecuencia, los tribunales deben ver la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la Legislatura, es la Constitución, y no tal acto ordinario, la que debe regir el caso al cual ambas se aplican’.

En la doctrina constitucional, la supremacía constitucional se resuelve en varios medios de protección, entre los cuales se cuenta precisamente el utilizado por el sentenciador de ins-

tancia, llamado control difuso de la Constitución. Dicho medio consiste en la potestad que se reserva a los órganos judiciales de examinar las leyes de las cuales deba valerse para dar solución a un asunto concreto sometido a su dictamen, debiendo inclinarse por la inaplicabilidad de las mismas cuando indubitablemente y flagrantemente contradigan la Constitución, por cuanto la consecuencia inmediata y lógica del principio de la supremacía constitucional, es el de que todo acto que la desvirtúe es nulo, variando, no obstante, los medios por los cuales se hace valer tal anomalía’.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, analizadas como han sido la naturaleza jurídica de las materias objeto de estudio de esta Sala de Casación, en la cual impera la función social, actuando en acatamiento del deber Constitucional con el fin de garantizar su Supremacía, siguiendo lo dispuesto en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 334 de la Norma Fundamental (antes transcrita), se desaplica el artículo 324 del mismo Código, por lo que en consecuencia, no se aplicará lo dispuesto en el artículo mencionado, en todos aquellos casos que nos competa. Así se decide”.

Valorados los elementos interpretativos y normas que rigen el caso concreto, esta Sala ciertamente estima que la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia incurrió en el fallo objeto de la presente revisión constitucional en una interpretación inconstitucional, la cual no sólo se da cuando el juez ordinario aplica una ley inconstitucional y no procede a su desaplicación, disponiendo de los medios utilizables para ello mediante la desaplicación de la norma por control difuso de la constitucionalidad y en respeto y garantía del principio de supremacía constitucional, sino también cuando su decisión infringe los derechos garantizados en la Constitución por cualquier otra causa (desconociéndolos en su totalidad, haciéndolos nugatorios de su ejercicio o menoscabando el desarrollo de los mismos, de manera tal en su esencia que queden desprovistos de toda operatividad), habiendo la referida Sala incurrido como previamente se ha expresado en el segundo de los supuestos mencionados. (Vid. RUBIO LLORENTE, Francisco; “*¿Divide et obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de protección en los Derechos*”, REDC 67/2003, pp. 49-67).

En efecto, el juez al momento de interpretar normas que restrinjan derechos constitucionales debe ser cauteloso y precavido en su actuar, por cuanto éste debe tratar de lograr la interpretación más acorde con la norma superior, en este caso, con la norma constitucional, en aras de resguardar el principio de supremacía de las normas constitucionales, por lo que no debe convertirse el juez en un mero subsumidor de hechos en la norma y menos aun cuando éstas no se encuentran consagradas de manera expresa, sino que debe el mismo, propender por la validez y adecuación del derecho en protección de la tutela judicial de los justiciables.

En consecuencia, debió la referida Sala en el caso de marras, así como en otros, desaplicar por control difuso el artículo 244 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario y remitir en consulta el referido fallo a esta Sala, cuando conforme al criterio expuesto por la mencionada Sala Especial Agraria en fallo N° 531/2002, al verificar que ciertamente el Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Distrito Metropolitano de Caracas y de los Estados Miranda, Vargas, Guárico y Amazonas, debió pronunciarse sobre el argumento expuesto por la parte demandada en cuanto a la diferencia en el saldo, y pasar a verificar la procedencia del mismo, ya que tal alegato no requiere de un cúmulo probatorio nuevo, en virtud que debió dicho Tribunal apreciar si el mismo había sido igual al fijado por las partes de manera convencional, tal como lo alega la parte demandada en su escrito de oposición, ya que tal silencio vulneró los derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva (Vid. Sentencias de esta Sala Nros. 1.340/2002, 2.036/2002 y 3.711/2005, entre otras).

Aunado a ello, esta Sala verificados los extremos y fundamentos expuestos, **reinterpreta por interés constitucional con efectos *ex nunc* y con carácter vinculante para todos los Tribunales de la República, el artículo 244 *eiusdem*, en el sentido de eliminar el supuesto de la disconformidad de los fallos de instancia como requisito de admisibilidad del recurso de casación, es decir, que si el agraviado estando en tiempo hábil para ello y complementado el requisito de la cuantía para ejercer el recurso de casación, podrá hacer uso de este medio extraordinario, aun cuando exista doble conformidad entre los fallos obtenidos en ambas instancias.** Así se decide.

En congruencia con lo expuesto, esta Sala aprecia que el principio de seguridad jurídica, se constituye como uno de los pilares dentro del ordenamiento jurídico, por cuanto es aquel que le otorga a los ciudadanos que actúan ante los órganos de administración de justicia, un cierto grado de confiabilidad y racionalidad en el ejercicio de sus pretensiones o determinadas expectativas en el reclamo de sus acciones, en consecuencia, se aprecia que la seguridad jurídica en su acepción de la actividad jurisdiccional debe ser entendida como la expectativa racional de una determinada decisión la cual se ha mantenido en el tiempo, lo cual no restringe o inhabilita a los órganos jurisdiccionales al cambio tempestivo del criterio jurisprudencial -overruling-, lo cual debe responder a unos criterios razonables, proporcionales y motivados que expliquen los fundamentos jurídicos y fácticos que inciden en la decisión.

Asimismo, en torno al respeto y consagración del principio de seguridad jurídica dentro del proceso judicial y su vinculación con el derecho a la tutela judicial efectiva, debe destacarse sentencia de esta Sala N° 2.995/2005, en la cual se dispuso:

“Demás está decir, aunque debe insistirse en ello siempre que se dé la oportunidad, en que el objeto del reconocimiento de los derechos fundamentales en las Constituciones y en el ordenamiento jurídico en general, es el que sirvan de instrumento de garantía para el disfrute de una vida digna y plena de libertades. Pero esa libertad en tanto valor ético (sea que se trate de la libertad moral, libertad de decisión, libertad política, social o económica, y no meramente de su privación), exige para su ejercicio medios procesales que permitan a los que sufren restricciones o privaciones acudir a ellos en procura de una protección efectiva. Este estado de cosas que permite un saber a qué atenerse y contar con organismos e instituciones imparciales e idóneas, responde a un valor asociado a la libertad conocido como la seguridad jurídica.

Es necesario precisar ahora que la seguridad jurídica despliega sus efectos en tres planos: seguridad en relación con el poder (sea que la fuerza sea ejercida por el Estado o por un particular), seguridad en relación con el mismo derecho (por ejemplo, el principio de irretroactividad de las leyes y el principio de legalidad), y seguridad en relación con la sociedad (la llamada seguridad social). La seguridad jurídica en relación con el poder asegura que tanto en el origen del poder, como en el ejercicio del poder, preexistan procedimientos y garantías razonables que aseguren el disfrute de los derechos fundamentales y la consecuente libertad moral y dignidad humana de las personas.

...omissis...

Para alcanzar el objetivo de seguridad jurídica y de previsibilidad, se hace uso de una serie de pretensiones procesales que han adquirido en el constitucionalismo actual rango de derechos fundamentales. Su clasificación y caracterización es polémica, pero, teniendo en cuenta lo establecido por los artículos 26, 49, 253 y 257 de nuestra Constitución, y tras insertar su contenido en algunos esquemas doctrinarios, se pueden agrupar del siguiente modo: la seguridad jurídica en el proceso la custodia un derecho procesal general que se conoce como el de tutela judicial efectiva, el cual está integrado por los derechos de: acceso a la jurisdicción; debido proceso (compuesto, a su vez, por los derechos a un juez imparcial predeterminado por la ley, a la asistencia de abogado, a la defensa y a un proceso sin dilaciones indebidas); y, por último, el derecho a la efectividad de las sentencias”.

Así pues, debe advertir esta Sala que el Poder Judicial no puede ni debe convertirse en un ente anárquico y carente de toda racionalidad (moral, ética, política, social), sino que éste debe atender al establecimiento de sus propios límites y el cambio jurisprudencial, debe ser uno de ellos, siguiendo el principio de continuidad jurisprudencial críticamente evaluada, expuesto por ZAGREBELSKY (Vid. RODRÍGUEZ BEREJO, Alvaro, "Constitución y Tribunal Constitucional", Revista Española de Derecho Administrativo N° 91, 1996).

Sin embargo, con la concepción de dicho principio no se trata de sacralizar el respeto a la jurisprudencia y a sus criterios de modo que resulte imposible su cambio o modificación, ya que ello transmutaría inmediatamente en una *fossilización* de las interpretaciones judiciales, en virtud que la continua adaptación de las normas jurídicas, como forma de heterocomposición del derecho, postula una fórmula saludable de adecuación del mismo a las realidades sociales, sin que estas desnaturalicen su contenido.

El cambio jurisprudencial, debe hacerse además de con la necesaria prudencia y equilibrio, siempre de manera explícita y razonada para no generar incertidumbre e inseguridad jurídica respecto del sentido y alcance de la interpretación constitucional que al Tribunal compete.

De manera que, aprecia esta Sala que los efectos procesales de la reinterpretación vinculante del artículo 244 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, no deben constituirse como un elemento perturbador de la actividad jurisdiccional o un menoscabo al derecho a la igualdad de otros accionantes que como producto del establecimiento de dicho artículo se encuentran impedidos de ejercer el recurso de casación, ya que las normas procesales son de aplicación inmediata y, en consecuencia, sus interpretaciones no pueden ser aplicadas sobre los hechos que ya hayan sido cumplidos.

Al respecto, siendo uno de los pilares fundamentales de la justicia la confianza que tienen los particulares que un órgano del Poder Público actúe de manera semejante a la que ha venido actuando, frente a circunstancias similares o parecidas, considera la Sala que las modificaciones posteriores que determinen para acceder a la sede casacional, pueden afectar eventualmente a las partes, pues no están en capacidad de prever, las alteraciones que en el futuro puedan ocurrir en relación con esa situación y en caso de ser previsible, no tienen la seguridad que sucedan.

En tal sentido, esta Sala en aras de preservar la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y el debido proceso, a los fines de evitar daños prácticos irreparables, darle efectos exclusivamente *ex nunc* (hacia el futuro), es decir, producirá sus efectos a todos aquellos ciudadanos que estando en tiempo hábil para ejercer el recurso de casación previo cumplimiento de los demás requisitos establecidos en el artículo 244 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, excepto el de la disconformidad de los fallos. Así se decide.

En este orden de ideas, sólo se aplicará este criterio a las nuevas demandas que se inicien con posterioridad a la publicación del presente fallo y para las causas que se encuentren en trámite siempre que el tribunal correspondiente aún no hubiere emitido pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso de casación para la fecha de la publicación de la presente decisión. Así se declara.

En consecuencia, debe concluir esta Sala que el juez de casación en el fallo objeto de revisión constitucional obvió el respeto y garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, razón por la cual, debe declararse ha lugar la revisión constitucional, conforme al criterio

expuesto por esta Sala en sentencia N° 325/2005 y, en consecuencia, anularse el fallo N° 883 dictado el 8 de mayo de 2007, por la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, mediante el cual se declaró sin lugar el recurso de hecho propuesto por los hoy solicitantes contra el auto dictado el 28 de noviembre de 2006, que negó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 16 de noviembre de 2006, dictada por el Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Distrito Metropolitano de Caracas y de los Estados Miranda, Vargas, Guárico y Amazonas, y por tanto inadmisibile el recurso de casación anunciado. Así se decide.

Finalmente, se ordena a la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, se pronuncie conforme a la doctrina expresada en el presente fallo. Así se decide.

B. *La garantía de igualdad ante la ley*

TSJ-SC (1986)

23-10-2007

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Impugnación de los artículos 5 (ordinal 3°) 6 y 7 de la Ley sobre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y de los artículos 3 (Parágrafo Primero) y 5 del Reglamento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Siendo las Academias parte de la Administración del Estado, es a todas luces inconstitucional, por infracción al principio de igualdad en la ley, que no exista verdadera posibilidad de ingresar en ellas para el conjunto de los ciudadanos. No siendo válida la exigencia de un número de postulantes, dentro de la Academias, para decidir sobre la incorporación de nuevos miembros, por lo que las normas que lo prevén son invalidas constitucionalmente.

La Sala debe llamar la atención acerca del amplio alcance que tiene, en Venezuela, el derecho a la igualdad, un derecho que no sólo implica que todos deben ser tratados por igual al momento de aplicación de las leyes (*igualdad ante la Ley*, recogido en el artículo 21 de la Carta Magna), sino que el propio ordenamiento jurídico debe descansar sobre tal principio (*igualdad en la Ley*).

Existe, así, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, un derecho implícito de igualdad *en la Ley*, que es un derecho frente al Legislador, así como un derecho a la igualdad ante la Ley o en la aplicación de ésta. De ese modo, las normas deben contener todas las garantías necesarias para la materialización de ese derecho de igualdad en la Ley. En el caso de autos, lo que se denuncia es que la Ley no se fundamenta en ese principio, sino que, de manera inconstitucional, permite la desigualdad en la Ley.

En el fallo N° 1457/2006, la Sala expuso cómo a la idea de igualdad ante la ley se ha sumado la de igualdad en la ley, lo cual ha traído aparejadas relevantes consecuencias. Se lee de ese modo en dicha sentencia lo siguiente:

“Este derecho, ha ido “superando cada vez más el concepto formal de igualdad ante la ley y adentrándose en el de igualdad material, esto es, igualdad dentro de la ley o en la ley. En cierta forma, ello ha supuesto la ruptura, al menos parcial, de los caracteres de universalidad, generalidad, abstracción y duración de la ley, al admitirse las leyes singulares o sectoriales -con destinatarios individuales o grupales concretos-, las leyes temporales -cuya vali-

dez se persigue solo durante una época concreta- y las leyes diferenciadoras, que, aún siendo generales o duraderas, otorgan distintos tratamientos en función de sus características” (García Morillo, *ob. cit.*, p. 172).

Tal fenómeno no es injustificado, pues viene determinado por la constatación de diferencias entre las situaciones fácticas de los sujetos de derecho y por la obligación que no pocas Constituciones, entre ellas la de 1999, imponen a los Poderes Públicos de procurar que esa igualdad sea real y efectiva. Estas circunstancias, aunadas a la complejidad de la sociedad moderna y al carácter social del Estado venezolano, explican que un gran número de normas otorguen, hoy, tratamiento diferente a supuestos de hecho que se entienden distintos.

Actualmente, la igualdad se constituye en una situación jurídica de poder, que permite la *“reacción frente a la posible arbitrariedad de los poderes públicos. No se trata ya de que éstos no puedan, en sus actuaciones, diferenciar entre individuos o grupos: se trata de que, si lo hacen, su actuación no puede ser arbitraria. Es, por lo tanto, un principio negativo, limitativo, que acota un ámbito de actuación de los poderes públicos, y reaccional, que permite a los particulares reaccionar frente a las actuaciones de aquellos cuando sean arbitrarias”* (García Morillo, *ob. cit.*, p. 173).

La Sala, entonces, ha puesto de relieve cómo la igualdad y la libertad impregnan todo el régimen jurídico del Estado, manifestándose de diversos modos. En particular, referido también al principio de *igualdad en la ley*, esta Sala -en su sentencia N° 266/2006- ha declarado:

“De igual forma, esta Sala ha reconocido en varios fallos, que el respeto al principio o derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación es una obligación de los entes incardinados en todas las ramas que conforman el Poder Público, de tratar de igual forma a quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho y que todos los ciudadanos gocen del derecho a ser tratados por la ley de forma igualitaria (...).

Tomando en consideración esta última afirmación, debe señalarse que dos de las modalidades más básicas de este principio son, en primer lugar, el principio de igualdad ante la ley strictu sensu, también denominado principio de igualdad en la ley o igualdad normativa, el cual constituye una interdicción a todas aquellas discriminaciones que tengan su origen directo en las normas jurídicas, de lo cual se colige que dicho postulado se encuentra dirigido a los autores de las normas, es decir, al órgano legislativo; y en segundo término, el principio de igualdad en la aplicación de la ley o igualdad judicial, el cual constituye la piedra de tranca a toda discriminación que se pretenda materializar en la aplicación de las normas jurídicas por parte de los tribunales de la República, siendo que este segundo principio se encuentra destinado a los órganos encargados de la aplicación de la Ley (vid. GUI MORI. Ob. Cit., p. 331).

A mayor abundamiento, y con especial referencia al principio de igualdad normativa, resulta necesario señalar que el mismo constituye un mecanismo de defensa en manos del ciudadano frente a las posibles discriminaciones que pudiera sufrir por obra del Poder Legislativo, e implica la prohibición de que en los principales actos de esta rama del poder público - a saber, en las leyes- se establezcan discriminaciones. Siendo así, el órgano legislativo se encuentra en la obligación de respetar el principio de igualdad, toda vez que su incumplimiento es susceptible de conllevar a la movilización del aparato de la justicia constitucional, a los fines de que sea emitido un pronunciamiento que apunte a catalogar como inconstitucional la ley correspondiente, sea en el caso concreto a través de la aplicación del control difuso de la constitucionalidad, o de forma abstracta mediante la motorización del control concentrado de la constitucionalidad”.

Aplicando lo anterior al caso de autos, considera la Sala que en el presente caso efectivamente se genera desigualdad cuando la Ley sobre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales exige, como requisito de acceso a la condición de candidato para ingresar como Individuo de Número o Miembro Correspondiente, que una cantidad mínima de Individuos

de Número haga la postulación, derivándose de ello un círculo cerrado para la inclusión de nuevos miembros.

El acceso a la Academia no puede, entonces, partir sólo de la voluntad de quienes la integran, sino que debe tomar en cuenta la voluntad de quienes pretendan ingresar a ella, si estiman tener méritos suficientes. Un régimen de postulaciones interno tiene como consecuencia necesaria dejar sin posibilidades ciertas a las personas que, *ab initio*, no cuenten con ese aval, convirtiéndose en la práctica en un mecanismo de exclusión.

La representación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales justificó la exclusión de la iniciativa particular de los ciudadanos o grupos organizados para postularse o postular a alguien como nuevo Individuo de Número o Miembro Correspondiente, en el hecho de que en las Academias no se ventilan asuntos públicos. Bastaría leer nuevamente el contenido del artículo 3 de la Ley que creó la Academia de Ciencias Políticas y Sociales para desvirtuar tal argumento. Los asuntos públicos están presentes en todo el texto de la Ley que crea dicha Academia.

Es cierto que a la Procuraduría General de la República constitucionalmente corresponde la asesoría jurídica del Ejecutivo Nacional, pero ello sin perjuicio de la consulta que puedan plantear los órganos del Estado a corporaciones como las Academias. De no ser así, carecería de sentido su creación por Ley (o Decreto, en el caso de las Academias más antiguas) y que el Ejecutivo Nacional las financie por la vía del presupuesto público anual. En fin, se trata de entes estatales. Así se declara.

Ahora, es bien sabido que no todos los entes estatales tienen el mismo grado de vinculación con la Administración Central. Las Academias son un claro ejemplo de ello. Para la Sala, la explicación acerca de ese grado de autonomía es fácilmente comprensible, a partir de la idea de que se trata de corporaciones que reúnen prestigiosos ciudadanos en diversas áreas de la experiencia humana (ciencias, artes, técnicas), que deben gozar de la mayor libertad posible para que logren alcanzar resultados que realmente sirvan para aportar al Estado la ayuda que requiere y que justificó crearlas. Las Academias, como las universidades, son centros para el mejoramiento del saber y la cultura de los pueblos y para coadyuvar al mejor esclarecimiento de los problemas de interés nacional, según dispone la propia Ley.

Esa razón justifica el especial mecanismo de selección de los integrantes de las Academias: el de *cooptación*, que consiste en que son los propios integrantes del Cuerpo los que escogerán a quienes se unirán a ellos. Ese mecanismo no es censurable por sí mismo.

Ahora bien, la cooptación prevista en la Ley impugnada no se limita a ello, sino que impide que la Corporación se reúna para decidir sobre la incorporación de cualquier posible candidato que cumpla con los requisitos. Se exige, en cambio, que sólo se consideren candidatos sobre los cuales recaerá la votación, quienes hayan sido postulados por un número cerrado de Individuos de Número. Hay, así, dos fases: la postulación y la elección. Quien no logre ser postulado según el régimen previsto en la Ley, no será candidato al ingreso y, con ello, a ocupar uno de los sillones como Individuo de Número de la Academia o de Miembro Correspondiente.

El Ministerio Público creyó encontrar en el Reglamento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales la corrección a esa limitación, por cuanto frente a una vacante de Individuo de Número se publica en Gaceta Oficial un aviso haciéndolo de conocimiento público. Ahora bien, el Ministerio Público no repara en que ese aviso no implica desatender el artículo 5 de la Ley, según el cual se requiere la postulación de tres Individuos de Número. Basta ver

en Gaceta Oficial el texto de tales avisos, pues en ellos se deja expresa constancia de tal requisito.

Consideran todos los opositores a esta demanda que la necesidad de una previa postulación interna es compatible con la Constitución. Incluso la representación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales llegó a afirmar, en su escrito de oposición a la demanda, que ello es lo correcto, y que la Corporación debe contar con la libertad para juzgar sobre las credenciales de los interesados, sin otro límite que el de su prudencia. Incluso ironizó -y la acompañó la representación de la Asamblea Nacional- cuando sostuvo, además, que si una persona no consigue reunir un pequeño número de Individuos de Número que lo postulen, nunca obtendrá el número suficiente de votos para ser beneficiado en la votación definitiva.

La Sala estima, sin embargo, que el mecanismo previsto en la Ley, tal como lo ha denunciado la parte accionante, es violatorio de la Carta Magna. En efecto, si una Academia es una corporación para reunir, en beneficio público -y nunca en provecho privado- a los más destacados representantes de una determinada disciplina científica, artística o técnica, se hace inconcebible que quienes puedan exhibir credenciales de relevancia queden excluidos de su seno porque el acceso a la Academia dependa de la postulación de tres (o cinco) Individuos de Número.

Hay límites lógicos, tal como lo apuntó la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en su escrito de oposición, como lo es el reducido número de integrantes de la Academia, que de por sí impide el ingreso proporcional al aumento de la población de todos los merecedores de la distinción de incorporación a la Academia. Es de desear -pues revelaría una sociedad altamente preparada- que muchas personas tengan credenciales como para pretender ser Individuos de Número o Miembros Correspondientes de las Academias. Muchos, no obstante, quedan fuera. El ingreso, en todo caso, no puede quedar sometido a los estrechos vínculos entre quienes sean Individuos de Número y quienes pretendan serlo, relaciones que pueden desembocar, aun sin que sea esa la intención de los Académicos.

Una Academia no puede regirse como un *club* privado, que con libertad escoge a sus miembros (y aun así, en todo grupo social deben respetarse los derechos de índole constitucional). Por eso no caben en esta causa las similitudes que la Academia de Ciencias Políticas y Sociales ha pretendido hallar entre su caso y el de la Royal Society del Reino Unido (*Royal Society of London for the Improvement of Natural Knowledge*), institución que se precia de ser, en el mundo, la más antigua corporación científica que aún opera.

Fundada en 1660, la Royal Society es -y siempre fue- una institución totalmente separada del Gobierno. En su evolución histórica conoció, como es natural, de actos que le permitieron actuar en Derecho, pero sin restar en nada su carácter privado. De hecho, hoy día, según información que puede obtener en su propia página web (www.royalsoc.ac.uk) está formada por unas 1400 personas -muy lejos de las 35 que integran la Academia de Ciencias Políticas y Sociales- y, ciertamente, el sistema de selección se basa en la postulación previa por otros socios. Una vez electos, revisadas sus credenciales, el nuevo socio debe pagar una cuota y se compromete a pagar cuotas anuales para el sostenimiento de la Sociedad.

Escasas semejanzas, entonces, con la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, más allá de la esencial: reunir a personas de considerable prestigio científico. De hecho, la Royal Society también se precia de contar, entre sus aproximadamente 1400 socios actuales, con unos 60 que han recibido el Premio Nobel.

Asociaciones con vocación similar existen en nuestro país, en el sentido de ser agrupaciones privadas, deseosas de reunir especialistas en un área y efectuar los mejores aportes de que sean capaces, en beneficio de sus disciplinas. Ello no las convierte, sin embargo, en organizaciones públicas, así sea público el interés que en el fondo encierra su actuación. Por esencia, se trata de asociaciones privadas de personas que tienen el loable propósito de colaborar en el desarrollo de sus ciencias. Siendo, por supuesto, entes meramente privados, sus propios estatutos regulan el ingreso de los miembros, si bien ni siquiera esa condición les exime del cumplimiento de los principios constitucionales.

Lo expuesto no deja lugar a dudas acerca de que las Academias en Venezuela son, por tres razones, entes públicos: por su creación legal, por sus funciones y por su financiamiento. Por ello, mal puede estimarse que sus integrantes gozan de una libertad tal que les permita excluirse de las normas mínimas de organización y funcionamiento del Estado. Ciertamente, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales tiene su antecedente en una asociación privada, la llamada *Academia de Jurisprudencia*, creada por juristas con finalidad gremial, sin vinculación con el Estado, pero la actual Academia es un ente con dependencia de la Administración Pública (integrada en la estructura estatal, de la cual recibe sus ingresos).

La propia Academia de Ciencias Políticas y Sociales reconoce en su sitio de Internet (www.acienpol.com) que el fracaso de aquella llamada Academia de Jurisprudencia obedeció a la falta de recursos y de apoyo del gobierno. Se lee así en su sitio web: "*Los abogados de Caracas carecieron por espacio de largas décadas de un centro que los aglutinase en el sentido de fomentar la solidaridad gremial. / Después de cruzar ideas acerca de la orfandad en que vivían como núcleo de profesores de derecho, un grupo de ellos resolvió fundar lo que se llamó "Academia de Jurisprudencia". / (...) / Instalada con la mayor solemnidad, la Academia de Jurisprudencia, se entregó en 1841 al desarrollo de su progresista labor, ceñida a las pautas fijadas en los Estatutos; el objeto de la Academia era el de dilucidar materias y cuestiones de derecho para instrucción de sus miembros; contribuir al progreso de la Jurisprudencia en el país y procurar el mayor lustre de la abogacía. / La vida de la Academia no fue larga, la aquejaron males como la falta de dinero y la ausencia de apoyo gubernamental. Su paso por la vida ha quedado sólo como un recuerdo en la larga historia del viejo Convento de San Francisco y, a la vez, como precioso antecedente de la actual Academia de Ciencias Políticas y Sociales*". El apoyo gubernamental del que se carecía se produjo a través de la creación de un ente integrado en la Administración, financiado por ella, al que se le concedería la mayor libertad de acción para lograr el desarrollo de las ciencias políticas y sociales.

Se ha entendido que ser seleccionado como académico es un honor, como hace ver la representación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, comparando el caso con una condecoración. Por supuesto, se trata de un reconocimiento, pero que en realidad es una designación que lleva aparejada una responsabilidad pública posterior: quien es académico no sólo ostenta un título que puede lucir como demostración de sus múltiples credenciales, sino que además tiene un compromiso con la sociedad.

El Estado ha creado la corporación -que no en balde la Ley califica como *institución oficial*- para dar ocasión a reunir a quienes se espera que puedan realizar los mejores aportes. A esa corporación se le dota de un presupuesto cuyos recursos proceden mayoritariamente del propio Estado. Por ello, esta Sala solicitó a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales información sobre diversos aspectos: 1) la lista de los Individuos de Número y Miembros Correspondientes, nacionales y extranjeros, con indicación precisa de sus credenciales y méritos; 2) el financiamiento que recibe del Estado y, en caso de recibirlo, a cuanto asciende,

con que periodicidad se efectúa y como se administra e invierte; y 3) las actividades desarrolladas en los últimos 5 años, con indicación precisa de los eventos organizados, trabajos publicados, obras emprendidas, relaciones con la colectividad y cualquiera que sea de interés para conocer su reciente gestión.

Siendo las Academias parte de la Administración del Estado, es a todas luces inconstitucional, por infracción al principio de igualdad en la ley, que no exista verdadera posibilidad de ingresar en ellas para el conjunto de los ciudadanos. No se trata, pues, como afirmó la representación de la Asamblea Nacional, de un aspecto "*meta jurídico*".

En criterio de la representación del órgano parlamentario, es inaceptable, en una demanda de nulidad, que el accionante presuponga que los miembros de la Academia se apartarán del interés colectivo para hacer prevalecer sus intereses personales, es decir, que torcerán la realidad para no postular y, en definitiva, seleccionar, a quienes mejores merecimientos tengan sino a sus cercanos. Por el contrario, la Asamblea Nacional afirma que "*el método de selección de los miembros de la Academia no está basado en criterios discriminatorios, sino estrictamente en razones de mérito, sin que pueda favorecerse el ingreso de una persona por razones de amistad o preferencias personales*".

Para la Sala, en cambio, no se trata de ningún aspecto *meta jurídico*: el respeto de los derechos ciudadanos, exige evitar que situaciones excluyentes puedan producirse. No se cuestiona la integridad de los miembros de las Academias, erigidos en únicos electores para la selección de los nuevos integrantes de la corporación, pero resulta cierto que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela fomenta la participación ciudadana (artículos 62 y 70) y mal podría eliminarse esa participación en actividades que la propia Carta Magna, en el artículo 110, estima de interés público.

Por lo expuesto, esta Sala declara la inconstitucionalidad de la totalidad del numeral 3 del artículo 5 de la Ley sobre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y parte del artículo 6 eiusdem, en los que actualmente se dispone:

"Artículo 5: Para ser admitido como miembro activo de la Academia, se requiere:

(...)

3. Ser propuesto por tres miembros activos y aceptado por la Academia en sesión ordinaria.

(...)

Artículo 6: Para ser miembro Correspondiente nacional se requiere: Llenar las condiciones establecidas en el Parágrafo Único del artículo 1º; residir en algunos de los Estados de la Unión; y ser propuesto por tres miembros activos y aceptado por la Academia en sesión ordinaria." (cursivas de la Sala).

Según lo expuesto, no es válida la exigencia de un número mínimo de postulantes, dentro de la Academia, para decidir sobre la incorporación de nuevos miembros, por lo que las normas que lo prevén son inválidas constitucionalmente. Así se declara.

La Sala, en cambio, rechaza la demanda en lo relacionado con el artículo 7 de la Ley impugnada, pues estima que, para el caso de los *Miembros Correspondientes Extranjeros*, la situación ha de ser necesariamente distinta.

En efecto, la igualdad que garantiza la Constitución de la República aplica para quienes se someten a ella: quienes, sin importar su nacionalidad, residen en el territorio nacional, salvo que el propio Texto Fundamental establezca la diferenciación o permita que el Legisla-

dor lo haga. Ahora bien, aunque todos los ciudadanos venezolanos y los extranjeros que residen en Venezuela quedan amparados por el reconocimiento del derecho a la igualdad, con las excepciones mencionadas, ello no se extiende a los extranjeros que residen fuera de las fronteras de este país. Para ellos, la incorporación a la Academia no es un derecho, sino una distinción que se les concede.

Por lo tanto, la Sala estima que el artículo 7 de la Ley sobre la Academia de Ciencias Jurídicas y Sociales no violenta el principio constitucional de igualdad. El texto de dicha disposición es el siguiente:

“Artículo 7: Para ser miembro Correspondiente extranjero, es preciso:

Residir en territorio extranjero, ser profesor o haberlo sido en una Universidad de su país por más de seis años en cualquiera de las ramas de las Ciencias Políticas y Sociales, o ser autor de obras sobre tales de incontestable mérito; ser propuesto por cinco miembros activos y aceptado por la Academia en sesión especial”.

Declarado lo anterior, la Sala se pronunciará sobre un aspecto que ha surgido con ocasión del análisis del presente caso, aunque no fue objeto de demanda: la selección de los miembros de la Academia de Ciencias Políticas no sólo es inconstitucional por la manera en que se ha previsto el mecanismo de cooptación, sino porque además contiene otras normas que causan desigualdad, como de seguidas se expondrá.

Al efecto debe destacarse que esta Sala cuenta con el poder para trascender la demanda del caso concreto, siempre que sea necesario para dar efectividad plena a la sentencia. No sería suficiente anular unas normas si se mantienen otras formas de inconstitucionalidad *totalmente vinculadas* con las que sí fueron objeto de demanda.

Esta Sala ha hecho uso del poder para pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma legal, así no fuese el objeto del análisis principal del caso, si fuera relevante respecto de lo debatido. Se trata de los fallos 379/2007 y 380/2007, en los cuales, ante *“la evidente inconstitucionalidad”* del requisito de *solve et repete* previsto en el artículo 650 de la Ley Orgánica del Trabajo, que *“impide el acceso a los ciudadanos a los órganos de administración de justicia”*, la Sala interpretó dicha norma, a fin de eliminar la inconstitucionalidad y darle un sentido ajustado a la Carta Magna.

En esos casos se discutía la validez de la conversión de multas administrativas en arrestos. La Sala decidió que esa conversión infringía el Texto Fundamental, pero a la vez se estimó necesario referirse al eventual recurso que procedería ante dichas multas. Al hacerlo, constató la inconstitucionalidad del *solve et repete*. Como en el caso concreto se estimó que esa inconstitucionalidad podía salvarse con la interpretación de la norma, fue lo que se hizo, sin anularla.

En el caso de autos sucede algo similar: el análisis de la controversia permite observar que la desigualdad denunciada (y declarada inconstitucional), nacida de un incorrecto régimen de postulaciones, se extiende a otros ámbitos. En efecto, la Sala declaró que la postulación de candidatos para nuevos Individuos de Número o Miembros Correspondientes Nacionales (no así los Miembros Correspondientes Extranjeros) *impide la participación* y, por tanto, *genera desigualdad*. Ahora bien, no puede dejar de observarse que la propia distinción entre Individuos de Número y Miembros Correspondientes Nacionales carece de sentido constitucional, pues marca *otra desigualdad* basada en un criterio irrelevante, a los fines de determinar los méritos científicos de los venezolanos o los extranjeros que desarrollan su actividad en el país, cual es la residencia en la capital de la República.

Las Academias, según se ha visto, las crea el Estado para ciertos fines de utilidad general y, debido a su vinculación con el desarrollo de las ciencias (o de las artes, si bien en Venezuela no existen Academias de esa naturaleza), decide integrarlas con quienes se revelen como destacados exponentes de sus respectivas disciplinas. Visto así, al menos en la actualidad, es imposible comprender la razón por la que sólo están en capacidad para ser Individuos de Número quienes viven en la ciudad de Caracas, mientras que las personas que vivan en el interior de la República únicamente alcanzarían la condición de Miembro Correspondiente Nacional.

Tanto los Individuos de Número como los Miembros Correspondientes (Nacionales y Extranjeros) integran las Academias, pero legalmente existen diferencias de trato entre unos y otros, de modo que, por ejemplo, la Ley sobre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, sólo confiere a los Individuos de Número la condición de "*miembros activos*", encargados de cumplir la misión de la Corporación, al tiempo que los Miembros Correspondientes son una suerte de auxiliares, a los que se les asignan otras tareas.

No se niega que quizás esa exigencia pudo tener en su momento total justificación, dada la dificultad de los desplazamientos por el territorio nacional y la inexistencia de los diversos medios de comunicación de los que hoy disfrutamos. Hoy día, no obstante, se erige como una norma anacrónica.

Esa distinción, para la Sala, es también inconstitucional. En efecto, carece de justificación, en el estado actual de la sociedad, que un órgano consultivo de la Administración, que debe reunir a las personas de mejores credenciales académicas, sólo pueda estar integrado por quienes residan en la ciudad capital de la República, relegando al resto de la población a la condición de Miembro Correspondiente Nacional, los cuales están en plano de total desigualdad respecto de los Individuos de Número, que son quienes realmente representan a la Corporación.

Por ello, la Sala juzga necesario, por razones de orden público constitucional, a fin de dar efectividad al principio de igualdad en el resto de la normativa legal impugnada, anular también la distinción entre Individuos de Número y Miembros Correspondientes Nacionales. Puede mantenerse, pues ello sí es sólo un reconocimiento carente de mayor efecto práctico, la figura del Miembro Correspondiente Extranjero.

Como consecuencia de lo anterior, a partir de la publicación de este fallo, los actuales Individuos de Número y Miembros Correspondientes Nacionales de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales deben ser tratados como Individuos de Número, sin distingos. Todos los miembros conformarán el colegio denominado *Academia*, con idénticas atribuciones y obligaciones, por lo que deberán dictarse las normas internas en la referida Academia de Ciencias Políticas y Sociales, a fin de que se garantice su efectiva participación en la atención de las competencias que la Ley asignan a esa Corporación.

Por tanto, se declaran inválidas las normas que exigen la residencia en la capital de la República para ser Individuo de Número, así como todas las referencias a los Miembros Correspondientes Nacionales, por lo que se anulan los artículos 5 (numeral 2), 6 y 8 de la Ley sobre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. La anulación sólo se extiende a la distinción entre Individuos de Número y Miembros Correspondientes Nacionales, subsistiendo cualquier otra disposición que contengan esos mismos artículos que no guarden relación con ese aspecto. Así se declara.

A causa de este fallo, a partir de su publicación cualquier persona puede postularse o ser postulada para formar parte del conjunto de candidatos a ocupar algún sillón en la Academia como Individuo de Número, siempre que se mantenga el criterio de la excelencia, constatable por los méritos que exhiban en sus currícula profesionales.

Ahora bien, está consciente la Sala de que se hace necesario garantizar esa apertura con una reforma de la legislación que sirva no sólo para impedir que el propósito perseguido se niegue en la práctica, sino también para depurar el ordenamiento jurídico de todo vestigio de exclusión social. Para ello, la Sala exhorta a la Asamblea Nacional para que dicte nuevas leyes que adapten las Academias -y no sólo la Academia de Ciencias Políticas y Sociales- a los criterios contenidos en este fallo y que no son más que el desarrollo de expresos mandatos constitucionales. La regulación de las Academias requiere de actualizaciones para armonizarla con los preceptos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y con la evolución de la sociedad venezolana.

La necesidad de reformar la legislación vigente en la materia se pone de relieve cuando se repara en que la defensa planteada por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales -a la que se unieron la Academia Nacional de la Historia y la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales- consistió en la supuesta necesidad de reconocer legalmente a todas esas Corporaciones una total libertad de selección, en el entendido de que la subjetividad, lejos de ser perniciosa, era una ventaja.

No puede compartir la Sala esa idea, pues con ella se corre el riesgo de que las Academias se conviertan en reductos, en círculos cerrados en los que se hagan patentes diversos, y a veces sutiles, mecanismos de exclusión. La total libertad de selección encierra el peligro de una subjetividad excluyente que este Alto Tribunal rechaza, porque es innegable que la falta de controles puede conducir a la arbitrariedad.

Desea la Sala insistir en lo que fueron argumentos de los defensores de la Ley impugnada (e indirectamente de las similares): que la demanda, aparte de ser infundada, no tendría efecto práctico, pues si una persona era incapaz de reunir un número mínimo de postulantes, menos lograría sumar votos suficientes para resultar electo en definitiva. Ello es cierto, pero responde a una distorsión del régimen que la Sala debe evitar.

En virtud de que la Sala ha calificado como inconstitucional el régimen de postulaciones basado en el aval previo de algunos Individuos de Número, como condicionante de la candidatura, debe procurar que su fallo no se haga ilusorio. No sería aceptable constitucionalmente que la Sala anule las restricciones de postulación para que resurjan mecanismos de elusión que puedan hacer nugatoria la nulidad declarada.

Si las Academias son entes estatales, no pueden escapar, ni siquiera por su carácter científico, de los controles a los que la evolución histórica ha sometido al Estado. Sería una carencia del sistema jurídico permitir una actividad de carácter público en los que estén ausentes los controles para la toma de decisiones. Por ello se hace necesario -como con toda la Administración-, que las resoluciones que se adopten cuenten con supuestos ciertos, y que los móviles que han llevado a ellas sean los correctos.

El Estado de Derecho condiciona la actuación de las Academias, como es natural, y les obliga a decidir sobre sus futuros integrantes con base en criterios que puedan ser objeto de control, no con ánimo de disminuir o eliminar su autonomía y su libertad de criterio (en el entendido de que sólo el estudio y la libre reflexión son esenciales en el academicismo), sino

de proteger los derechos de todos los ciudadanos de la República que, contando con méritos para ello, deseen incorporarse en tales Corporaciones.

Esta Sala, por tanto, resuelve exhortar a la Asamblea Nacional para que legisle sobre las Academias Nacionales que requieran, de conformidad con este fallo, cambios en su regulación, como son las Academia de la Lengua (correspondiente de la Real Academia Española), la Academia Nacional de la Historia, la Academia Nacional de Medicina, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales, la Academia Nacional de Ciencias Económicas y la Academia Nacional de la Ingeniería y el Hábitat.

En virtud de las declaraciones precedentes, la Sala en consecuencia, y con fundamento en el artículo 5.50 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, debe declarar también la nulidad de los siguientes artículos del Reglamento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, cuyo contenido corresponde a los artículos de la Ley que se han declarado inconstitucionales:

1. Artículo 1, en su aparte único, sólo en la mención a Miembros Correspondientes Nacionales.
2. Artículo 2, en sus párrafos segundo y tercero, en su totalidad, por establecer la necesidad de postulación por parte de los Individuos de Número.
3. Artículo 3, en su primer párrafo, sólo en la mención a los Miembros Correspondientes Nacionales.
4. Artículo 3, Parágrafo primero, en su totalidad, por establecer el aval para la selección de miembros de la Academia.
5. Artículo 3, Parágrafo segundo, en su totalidad, por regular los Miembros Correspondientes Nacionales.
6. Artículo 5, en su totalidad, por establecer el aval para la selección de miembros de la Academia.
7. Artículo 9, en su totalidad, por referirse a la postulación por parte de los Individuos de Número.
8. Artículo 10, sólo en la mención a Miembros Correspondientes Nacionales.
9. Artículo 11, parágrafo único, en su totalidad, por referirse a los Miembros Correspondientes Nacionales.
10. Artículo 13, en su totalidad, por referirse a los Miembros Correspondientes Nacionales.
11. Artículo 14, sólo en la mención a Miembros Correspondientes Nacionales.
12. Artículo 17, sólo en la mención a Miembros Correspondientes Nacionales.
13. Artículo 18, sólo en la mención a Miembros Correspondientes Nacionales.
14. Artículo 27, sólo en la mención a Miembros Correspondientes Nacionales.
15. Artículo 29, sólo en la mención a Miembros Correspondientes Nacionales.
16. Artículo 69, sólo en la mención a Miembros Correspondientes Nacionales.

Voto salvado 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:

1. La doctrina nacional es casi unánime cuando considera que las academias son entes públicos *no estatales*, salvo la calificada opinión contraria del Dr. Gonzalo Pérez Luciani (Cfr. "Las Academias Venezolanas. Su naturaleza jurídica" en Estudios de Derecho Civil, Vol. II, Libro Homenaje a José L. Aguilar Gorrondona, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002 pp. 54 a 108). El fallo en cuestión eligió la tesis minoritaria sin análisis acerca de la ampliamente predominante. Es de desatacar que, en todo caso, aún el muy ilustre Dr. Pérez Luciani reconoce que la Academia "goza de una serie de privilegios, como la elección de sus miembros por 'cooptación' y la elección de sus propias autoridades" a lo cual no hace crítica alguna, pese a que califica a sus miembros activos como funcionarios públicos.

2. Aunque el veredicto hace un esfuerzo por negarlo, lo que se desprende de su lectura es una presunción de que los Individuos de Número escogen a los nuevos miembros con base en sus afectos y relaciones personales y no en ejercicio de su buen criterio y en beneficio del país y de la corporación, lo cual es, en opinión de quien discrepa, inaceptable, tanto más por la calidad pública y notoria de las personas que conforman las distintas academias venezolanas.

En este sentido, se disiente de la afirmación según la cual el ingreso a las academias queda sometido a los estrechos vínculos entre quienes sean Individuos de Número y quienes pretendan serlo; en realidad, el ingreso queda sometido al cumplimiento con los requisitos de ley y no hay razón alguna que autorice a pensar que los miembros de las academias postularían a alguien por otras razones o dejarían de postular a quien sí las cumpla. Por eso, no es cierto que no exista una verdadera posibilidad para el conjunto de los ciudadanos de que sean postulados para convertirse en Individuo de Número o Miembro Correspondiente.

Por otra parte, es evidente que el grupo de personas más calificado del país en una ciencia o arte determinadas no llegaría a ser alguna vez tan amplio como para que al menos tres de los miembros de la academia correspondiente, en un momento dado, no las conozca a todas o, al menos, la labor de cada una, de modo que tampoco sería plausible la consideración de que alguien con los méritos suficientes a los ojos de la comunidad científica a la que pertenezca podría quedar excluido *a priori* del ingreso a una academia por falta de relaciones con uno de los académicos, lo cual permite el descarte del alegato de violación al derecho a la no discriminación en la Ley en este caso concreto.

Por otra parte, la cooptación, *per se*, no es contraria al derecho a la igualdad ya que no establece diferencia alguna entre los aspirantes a miembros de las academias, todos los cuales deben someterse al mismo método de selección y todos los cuales pueden manifestar su aspiración al respecto como lo establece el Reglamento.

En todo caso, parece evidente que no hay un "derecho" a pertenecer a una academia que pueda ser violado por no ser elegido; el hecho de que la elección se haga -en el caso de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales- entre abogados o doctores de Ciencias Políticas o sabios venezolanos que reúnan condiciones específicas mencionadas en la Ley, no quiere decir que todos los "abogados o doctores de Ciencias Políticas o sabios venezolanos" que reúnan esos requisitos tengan derecho a ser académicos, como es obvio; de lo contrario, la simple expresión de un número máximo determinado de miembros sería inconstitucional pero la ausencia de tal límite haría inviable el funcionamiento de éste tipo y de cualquier ente colegiado.

3. El hecho de que el presupuesto del ente provenga del Estado no resulta relevante para su clasificación como miembro de la Administración ya que tal condición es compartida por numerosas fundaciones y entes académicos, culturales y deportivos de evidente carácter privado.

4. Especialmente se discrepa de la extrapetita en que se incurre en el proyecto cuando abarca normas que no fueron objeto de impugnación, lo cual viola frontalmente el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuando dispone que la Sala Constitucional podrá ejercer el control concentrado “*únicamente cuando medie un recurso popular de inconstitucionalidad*” y “*no podrá conocerlo incidentalmente en otras causas*”. La norma, más que clara, es enfática cuando autoriza a la Sala a suplir deficiencias o técnicas del recurrente (sic) *sobre las disposiciones expresamente denunciadas por éste*. Las decisiones análogas que se citaron ya motivaron voto salvado de quien de nuevo debe apartarse de la posición mayoritaria. (ss. 379/2007 y 380/2007).

5. No resolvió la Sala -ni siquiera lo planteó- el problema presupuestario -e incluso hasta de espacio físico- que generará el súbito aumento de los miembros de las academias por la incorporación como Individuos de Número de los Miembros Correspondientes, a cuyo respecto tampoco hubo denuncia alguna de la parte actora, con lo cual la mayoría incurrió otra vez en extrapetita.

En criterio del salvante, concordante con *todos* los intervinientes en este proceso, las normas objeto de la demanda de autos no son inconstitucionales por las razones que arguyó la parte actora y así ha debido ser declarado.

TSJ-SC (2152)

14-11-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasqueño López

Caso: Impugnación del artículo 192 de la Ley de Telecomunicaciones

El principio de igualdad, es uno de los valores sustanciales del estado de derecho, que dado su carácter metajurídico, preexiste al ordenamiento sirviéndole de sustrato esencial al Estado y del mismo modo, fungiendo de límite al Poder Público.

Por otra parte, el accionante argumentó que la disposición atacada vulnera el derecho a la igualdad y en este sentido, tal como señaló esta Sala en sentencia N° 1457 del 27 de julio de 2007, caso: **PEDRO JOSÉ MARTÍNEZ YÁNEZ**, el derecho a la igualdad, es conjuntamente con la libertad, uno de los principios inherentes a la naturaleza del hombre y por tanto, el ordenamiento jurídico debe reconocer una serie de derechos fundamentales derivados de este valor, que por su carácter supraconstitucional forma parte del elenco de postulados superiores del Estado.

Así, la igualdad se presenta como una de las decisiones políticas fundamentales del estado de derecho, del cual constituye un presupuesto cardinal y básico. Es decir, es una regla primaria de los sistemas jurídicos que se considera a su vez, un aspecto de libertad, pues tal como afirma Hauriou (*Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Barcelona. Editorial Ariel. p. 67), si todos los hombres son plenamente libres, son por ello mismo iguales.

En consonancia con lo expuesto, nuestro Texto Fundamental reconoce en el artículo 21 al principio de igualdad, como un “*elemento rector de todo el ordenamiento jurídico*,” (Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, Editorial, 2009, p. 289), es decir, como “*un valor inserto en nuestro Ordenamiento, que se traduce en un principio general, el cual a su vez se*

concreta como derecho subjetivo que afecta a todos los derechos constitucionales, y como obligación de los poderes públicos de hacerla real allí donde no surja de forma espontánea" (Molas, Derecho Constitucional, Editorial Tecnos, 1998, p. 299).

De este modo, nuestro sistema se adhiere por convicción y por tradición a la concepción post-revolucionaria de finales del siglo XVIII, de acuerdo a la cual el principio de igualdad, es uno de los valores sustanciales del estado de derecho, que dado su carácter metajurídico, preexiste al ordenamiento sirviéndole de sustrato esencial al Estado y del mismo modo, fungiendo de límite al Poder Público.

Así, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se alinea con la filosofía igualitarista de la Revolución francesa, reconociendo expresamente a la igualdad como una de las bases del sistema político instaurado, sobre el cual surge un deber de protección que trasciende la noción retórica, para asumirlo como una técnica jurídica operante, que tiende a equilibrar las situaciones jurídicas de los particulares de una manera no sólo declarativa, sino también real y verdadera.

Con ello, es uno de los fines del Estado, que consiste en el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a uno de lo que se concede a otro en iguales circunstancias, lo cual implica, que ante diferencias fácticas, la ley no puede establecer disposiciones uniformes.

En este contexto, García Morillo afirma (*Derecho Constitucional*, 2000, p. 171), que es un derecho prototípicamente relacional, por cuanto antes de concebirlo de manera autónoma, se observa conjuntamente con otro derecho o en una determinada situación material, es decir, *"no se viola la igualdad en abstracto, sino en relación con - esto es en la regulación, ejecución o aplicación, ejercicio, etc.- el acceso a los cargos públicos, la libertad de residencia, el derecho al trabajo o la tutela judicial efectiva, por solo poner unos ejemplos"* (García Morillo, *ob. cit.*, p. 174).

En efecto, el derecho a la igualdad *"no es propiamente hablando un derecho autónomo de los otros derechos, puesto que difícilmente puede materializarse en abstracto"* (Molas, *ob. cit.*, p. 299), es decir, que aparece adminiculado con otros derechos, concretándose siempre en una situación material determinada.

Este derecho, ha ido *"superando cada vez más el concepto formal de igualdad ante la ley y adentrándose en el de igualdad material, esto es, igualdad dentro de la ley o en la ley. En cierta forma, ello ha supuesto la ruptura, al menos parcial, de los caracteres de universalidad, generalidad, abstracción y duración de la ley, al admitirse las leyes singulares o sectoriales -con destinatarios individuales o grupales concretos-, las leyes temporales -cuya validez se persigue sólo durante una época concreta- y las leyes diferenciadoras, que, aún siendo generales o duraderas, otorgan distintos tratamientos en función de sus características"* (García Morillo, *ob. cit.*, p. 172).

Tal fenómeno no es injustificado, pues viene determinado por la constatación de diferencias entre las situaciones fácticas de los sujetos de derecho y por la obligación que no pocas Constituciones, entre ellas la de 1999, imponen a los Poderes Públicos de procurar que esa igualdad sea real y efectiva. Estas circunstancias, aunadas a la complejidad de la sociedad moderna y al carácter social del Estado venezolano, explican que un gran número de normas otorguen, hoy, tratamiento diferente a supuestos de hecho que se entienden distintos.

Actualmente, la igualdad se constituye en una situación jurídica de poder, que permite la *"reacción frente a la posible arbitrariedad de los poderes públicos. No se trata ya de que*

éstos no puedan, en sus actuaciones, diferenciar entre individuos o grupos: se trata de que, si lo hacen, su actuación no puede ser arbitraria. Es, por lo tanto, un principio negativo, limitativo, que acota un ámbito de actuación de los poderes públicos, y reaccional, que permite a los particulares reaccionar frente a las actuaciones de aquellos cuando sean arbitrarias” (García Morillo, *ob. cit.*, p. 173).

De este modo, *“la igualdad jurídica no implica un trato igual en todos los casos con abstracción de los elementos diferenciadores. Se prohíbe la discriminación, pero no toda desigualdad es una discriminación. Se prohíben las normaciones “no justificadas” (es decir arbitrarias o discriminatorias), pero no las normaciones diferenciadas, si corresponden a supuestos de hecho diferentes”* (Molas, *ob. cit.*, p. 301). A mayor abundamiento, los dos corolarios de la noción de igualdad: a) no asimilar a los distintos y b) no establecer diferencias entre los iguales.

En este mismo sentido, el referido autor sostiene, que *“la igualdad no exige tratar de manera igual situaciones diferentes”* (Molas, *ob. cit.*, p. 301), sino, que prohíbe la discriminación, que consiste en la diferenciación *“que se funda en un prejuicio negativo en virtud del cual los miembros de un grupo son tratados como seres no ya diferentes sino inferiores (en ciertos aspectos al menos). El motivo de la discriminación es algo más que irrazonable, es odioso, y de ningún modo puede aceptarse porque resulta humillante para quienes sufren esa marginación.”* (Bilbao, *La Eficacia de los Derechos Fundamentales Frente a Particulares*, 1997, p. 398).

Al respecto, esta Sala en sentencia del 17 de febrero de 2006, dictada en el caso *José Gómez Cordero* señaló:

“el principio de igualdad implica un trato igual para quienes se encuentren en situación de igualdad -igualdad como equiparación-, y un trato desigual para quienes se encuentren en situación de desigualdad -igualdad como diferenciación- (vid. sentencia Nº 898/2002, del 13 de mayo). En este último supuesto, para lograr justificar el divergente tratamiento que se pretenda aplicar, el establecimiento de las diferencias debe ser llevado a cabo con base en motivos objetivos, razonables y congruentes.

De lo anterior se desprende que no resulta correcto conferirle un tratamiento desigual a supuestos fácticos que ostenten un contenido semejante y que posean un marco jurídico equiparable, pero debe aclararse que igualdad no constituye sinónimo de identidad, por lo que también sería violatorio del principio de igualdad darle un tratamiento igualitario a supuestos que sean distintos (vid. GUI MORI, Tomás. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ÍNTEGRA 1981-2001. Tomo I. Editorial Bosch. Barcelona, 2002, p. 332). Lo que podría resumirse en dos conclusiones: ‘No asimilar a los distintos, y no establecer diferencias entre los iguales,’ como se dijo ut supra”.

Con ello, no cualquier trato desigual resulta discriminatorio, pues sólo lo es el trato desigual no basado en causas objetivas y razonables. En efecto, *“la igualdad constitucional no prohíbe que el legislador diferencie. Si lo hiciera, el legislador no podría hacer nada. No se aprobaría ni una sola ley. Lo que prohíbe es que diferencie de una manera no objetiva, no razonable y no proporcionada. Es decir, que tome partido ante el ejercicio del derecho a la diferencia”* (Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 2000, p. 311).

De allí, que el legislador pueda introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, esto es, cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos, con lo cual la vigencia del principio de igualdad, no debe analizarse desde una visión puramente formalista.

Sobre este particular, se pronunció la Sala en sentencia N° 165, del 2 de marzo de 2005, dictada en el caso *Julián Isaías Rodríguez*, estableciendo que “*es posible que el ordenamiento jurídico establezca diversas regulaciones de carácter particular que no sean violatorias de los preceptos constitucionales.*”

Ahora bien, el accionante sostiene, que el derecho *supra* analizado se ve conculcado por la norma impugnada, toda vez que atribuye al Presidente de la República, al Vicepresidente y a los Ministros, un trato especial y diferenciado respecto a los demás ciudadanos, como es el acceso en condiciones privilegiadas a los medios de comunicación.

Sobre el particular es menester señalar, que el Presidente de la República, al Vicepresidente y a los Ministros, son órganos superiores de la Administración Pública Nacional, que se encuentran constituidos por dos elementos como son: el objetivo, el cual versa sobre el conjunto de competencias que le han sido atribuidas a un ente público y justifican una determinada conducta, lo cual comprende tanto el aspecto sustancial de la competencia, es decir, la materia, como la cuestión instrumental o los mecanismos mediante los cuales se cumple con la finalidad para la cual se otorgó la atribución y; en segundo lugar, el elemento subjetivo o persona física por medio de la cual el ente público manifiesta una voluntad que no obedece a la capacidad jurídica que como individuo detenta el titular del órgano, sino al desarrollo de las competencias que le han sido legalmente atribuidas al referido ente público. De allí, que las actuaciones jurídicas no le sean imputables a sus titulares, sino al ente mismo que es quien tiene la capacidad de obrar y por tanto, sobre quien recae la responsabilidad de la actuación.

Por tal razón, cuando el Presidente de la República, el Vicepresidente o los Ministros, despliegan la competencia atribuida en la norma impugnada, no actúan como particulares, sino como órganos del Poder Público, es decir, en ejercicio del *ius imperio*, que es único e irresistible y frente al cual no cabe hablar de igualdad, por cuanto tal como señaló esta Sala en sentencia N° 1104, dictada el 23 de mayo de 2006, caso: *Carlos Brender*, el Estado (que en el presente caso actúa mediante los órganos de dirección del Poder Ejecutivo) es una organización jurídico política que funge de rectora de la sociedad y en tal virtud, existe una desigualdad legítima que es precisamente lo que le permite el desarrollo de las potestas.

En razón de lo expuesto, esta Sala desestima la denuncia de inconstitucionalidad fundamentada en la violación del artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.

C. *La garantía de acceso a la justicia*

TSJ- SC (1889)

17-10-2007

Magistrado Ponente: Francisco Carrasquero López

Caso: Impugnación de los artículos 449, 453, 454, 455, 456 y 457 de la Ley Orgánica del Trabajo

El procedimiento administrativo de calificación de despido funge de instrumento de protección legítimo, racional y eficaz de la relación de trabajo amparada por fuero, que no impide el acceso a los órganos jurisdiccionales, sino que conforme a los principios de celeridad, flexibilidad y economía, procura remediar una situación sin que sea necesaria la intervención judicial para su resolución.

Por otra parte, los accionantes argumentaron que las normas impugnadas conculcan el derecho de acceso a la justicia, toda vez que someten a los justiciables a cumplir un proceso administrativo para dirimir sus controversias laborales.

Tal argumento se enmarca en lo que Palomeque (*Derecho del Trabajo*. Madrid. 2001. p. 1077) denomina el modelo de solución unitaria de conflictos laborales en el cual, el orden jurisdiccional es desarrollado por los tribunales en forma excluyente. Ahora bien, en el contexto antes expuesto resulta patente que el modelo de solución unitaria desconoce la posibilidad de que la función jurisdiccional pueda ser desarrollada por órganos distintos a los tribunales, que es precisamente el sistema de protección laboral imperante en nuestro régimen legal donde se reconoce la subsistencia de procedimientos administrativos y judiciales en la protección del trabajo como fenómeno social de interés general.

Ciertamente, las normas impugnadas positivizan en el ordenamiento jurídico venezolano un modelo dual de configuración del control de los actos que inciden sobre los derechos e intereses de los trabajadores amparados por fuero, lo cual evidencia el carácter heterogéneo de la tutela en la materia y, por ende, el cariz permeable de un orden laboral que no propugna la exclusión de mecanismos de composición de conflictos, sino, la integración de procedimientos administrativos y jurisdiccionales concebidos como instrumentos para solucionar conflictos entre las partes de la relación laboral.

De este modo, ambos procedimientos fueron concebidos por el legislador como verdaderos mecanismos de protección del *status* de los trabajadores amparados y de allí, que la función que en la materia desarrollan las inspectorías del trabajo viene a reforzar la protección jurídica de los trabajadores a través del establecimiento de una vía extrajudicial donde la Administración busca prevenir un litigio, confiriendo a las partes de una relación de trabajo investida de fuero, un procedimiento que de modo fácil y expedito busca conservar ileso el vínculo laboral, cuya especialidad y orden público la particularizó.

Significa entonces, que las normas recurridas colaboran en tiempo y forma con la preservación de la relación de trabajo, permitiendo que patrono y trabajador compongan ante juicio ciertas diferencias frente a un tercero, que conoce del asunto en el marco de un procedimiento intersubjetivo que tiene por finalidad tutelar el fuero laboral.

Lo anterior permite concluir, que los artículos impugnados tienen como *ratio* fortificar la protección de la relación laboral y, en este sentido, siendo que esta Sala, en sentencia N° 2995 del 11 de octubre de 2005, caso **OSCAR RONDEROS RANGEL** estableció, que el derecho de acceso a la jurisdicción prohíbe la consagración de normas que excluyan injustificada e irrazonablemente de la tutela judicial a los que se afirmen interesados en tramitar alguna pretensión ante los tribunales, mal puede calificarse a dicho procedimiento administrativo como un obstáculo en la defensa de derechos e intereses de contenido laboral, cuando en realidad funge de instrumento de protección legítimo, racional y eficaz de la relación de trabajo amparada por fuero, que no impide el acceso a los órganos jurisdiccionales, sino que conforme a los principios de celeridad, flexibilidad y economía, procura remediar una situación sin que sea necesaria la intervención judicial para su resolución.

Conforme a lo desarrollado, debe esta Sala desestimar el alegato de lesión del derecho de acceso a la justicia, pues el procedimiento y competencia que tienen las inspectorías para calificar los despidos se enmarca dentro del régimen dual de protección de la relación laboral (que en nada lesionan el reconocimiento constitucional de una "jurisdicción" laboral autónoma, toda vez que son los tribunales del trabajo quienes tienen de forma plena, la competencia para dictar sentencias en materia laboral), recogido por el ordenamiento jurídico venezolano

como un efecto de la libertad de configuración normativa de la cual goza el legislador en el establecimiento del sistema de tutela de situaciones jurídicas y dentro éste, del desarrollo del principio de legalidad de las formas procesales, dispuesto en el numeral 1° del artículo 187 de la Constitución, en concordancia con el cardinal 32 del artículo 156 *eiusdem*, que faculta al Poder Legislativo Nacional para regular los mecanismos adjetivos, estableciendo cuáles órganos y en qué condiciones desarrolla el Estado su potestad jurisdiccional.

En virtud de los razonamientos expuestos, se declara improcedente la denuncia de lesión al derecho de acceso a la justicia y así se decide.

a. *Protección de intereses colectivos y difusos*

TSJ-SC (1814)

8-10-2007

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Efraín Antonio Duin De La Rosa y otros

Las asociaciones civiles, así como las sociedades mercantiles, son personas jurídicas usualmente constituidas en virtud de la voluntad de una multiplicidad de personas. Dichos entes expresan su voluntad mediante la deliberación de un órgano que recibe el nombre de asamblea en la cual intervienen con voz y voto los socios.

No obstante el carácter colectivo de las decisiones de la asamblea, en tanto que son tomadas por un grupo de individuos, ello no implica que tales decisiones sean la expresión de un derecho o interés difuso o colectivo, en los términos que esta Sala ha conceptualizado la expresión que está contenida en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Los derechos o intereses difusos han sido definidos como aquellos que guardan relación con:

“...un bien que atañe a todo el mundo, a personas que en principio no conforman un sector poblacional identificable e individualizado, sino que es un bien asumido por los ciudadanos (pluralidad de sujetos), que sin vínculo jurídico entre ellos, se ven lesionados o amenazados de lesión. Ellos 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. Los daños al ambiente o a los consumidores, por ejemplo, así ocurran en una determinada localidad, tienen efectos expansivos que perjudican a los habitantes de grandes sectores del país y hasta del mundo, y responden a la prestación indeterminada de protección al ambiente o de los consumidores por ejemplo, así ocurran en una determinada localidad, tienen efectos expansivos que perjudican a los habitantes de grandes sectores del país y hasta del mundo, y responden a la prestación indeterminada de protección al ambiente o de los consumidores” (s. SC. 656 del 30.06.00, caso: Dilia Parra Guillen).

En contraposición, los derechos e intereses colectivos se refieren a los atañen:

“...a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque individualmente, dentro del conjunto de personas existe o puede existir un vínculo jurídico que los une entre ellos. Ese es el caso de las lesiones a grupos profesionales, a grupos de vecinos, a los gremios, a los habitantes de un área determinada, etc.” (s.S.C Idem)

Según la jurisprudencia pacífica de la Sala, y en los términos en que ésta se recogió en la sentencia N° 1048 de 17-08-00, la determinación de la existencia de derechos e intereses difusos o colectivos, impone que se conjuguen varios factores:

1. Que el que actúe lo haga en base no sólo a su derecho o interés individual, sino en función del derecho o interés común o de incidencia colectiva.
2. Que el hecho lesivo produzca la lesión general a la calidad común de vida de todos los habitantes del país o de sectores de él, ya que la situación jurídica de todos los componentes de la sociedad o de sus grupos o sectores.
3. Que los bienes lesionados no sean susceptibles de apropiación individual por un sujeto.
4. Que se trate de un derecho o interés indivisible que comprenda a toda la población del país (difusos) o a un sector o grupo de ella (colectivos).
5. Que exista un vínculo, así no sea jurídico, entre quien pretende la protección del interés general de la sociedad o de un sector de ella (interés social común) y ésta, el cual nace del daño o peligro en que se encuentra la colectividad (como tal).
6. Que exista una necesidad de satisfacer intereses sociales o colectivos, antepuestos a los individuales.
7. Que el obligado, deba una prestación indeterminada, cuya exigencia sea general.

Lo anterior evidencia que el Juzgado constitucional erró en su calificación cuando estableció que cuando la Asociación, en asamblea general, decidió la exclusión de algunos de sus miembros, lo habría hecho en ejercicio de “un derecho general o colectivo, el cual priva sobre los derechos individuales”, en tanto que consideró:

“...que la desincorporación de dichos ciudadanos fue avalada por la Asamblea celebrada en la fecha supra señalada, en razón de lo cual (...) observa, que la Constitución de 1999 conceptualiza los ‘derechos e intereses, colectivos o difusos’ los cuales adquieren un reconocimiento expreso, en tal sentido si esa decisión fue aprobada por la Asamblea de esa Asociación eso significa que fue tomada por la mayoría de los miembros de dicha asociación, lo que significa la contraposición de los intereses generales versus los intereses individuales lo que quiere decir es un criterio delimitador, de nuestro ordenamiento jurídico el cual reconoce el carácter de derecho subjetivo a los intereses generales en contraposición a los intereses particulares...”

En efecto, en criterio de la Sala el asunto de autos es ajeno a la noción de intereses colectivos como fueron explicados supra, puesto que la controversia se presentó entre los miembros de una persona jurídica, en el marco del ejercicio del derecho individual a la libre asociación, cuya violación o no es lo que correspondía determinar al juez constitucional.

El hecho de que una persona jurídica esté conformada por una pluralidad de personas naturales entre las cuales, cuando hay divergencias de opinión, se pueden conformar grupos mayoritarios y minoritarios con intereses distintos, no guarda relación alguna con los derechos prestacionales de algún colectivo sobre bienes no susceptibles de apropiación individual.

Por tanto, resulta concluyente que el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas hizo una errada interpretación y aplicación del criterio de esta Sala en cuanto a la ámbito de los derechos e intereses difusos y colectivos y su protección judicial, motivo este suficiente para declarar la nulidad del fallo objeto de revisión y ordenar al Juzgado supuesto agravante que dicte nuevo veredicto con apego a los límites de la controversia que se presentó a su consideración y al criterio aquí expresado y evite, en el futuro, su incursión en un error semejante. Así se decide.

TSJ-SC (2150)

14-11-2007

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales de Lamuño

Caso: Lorenzo Emilo Rondón vs. Presidente del Instituto Nacional de Investigaciones y de Ministro del Poder Popular para la Agricultura y Tierras.

Las organizaciones, actores sociales o a los individuos que acrediten el interés colectivo con que accionen, en tanto representantes de la sociedad civil, de las comunidades, de las familias, de grupos de personas, etc, según el sector del ámbito vital en que se plantee el conflicto, es a los que corresponde, (hasta tanto sea dictada la legislación que desarrolle los mecanismos procesales para la protección de esta categoría de derechos) reclamar ante esta Sala Constitucional la tutela judicial efectiva de los derechos o intereses colectivos o difusos de rango constitucional a cuya satisfacción, promoción o protección se orienta su actuación, sin que sea posible en ningún caso, que las organizaciones o actores sociales en referencia puedan ser representados en sede judicial por órganos estatales como los Gobernadores, los Alcaldes, los Directores de Institutos Autónomos, el Presidente de la República o los Ministros

Luego de estudiar el contenido de la petición formulada por el Alcalde del Municipio Francisco de Miranda del Estado Anzoátegui, la Sala advierte que ciertamente el derecho que se denuncia como amenazado o vulnerado (calidad de vida) así como aquellos otros derechos constitucionales que podrían del mismo modo estar en una situación similar al estar vinculados con aquél, "(...) *corresponden por su naturaleza positiva o prestacional (no conflictiva, no exclusiva y no excluyente) a aquél conjunto de condiciones de vida que deben ser garantizadas en forma general y no individualizada por el Estado, al ser inseparables del bien común del que han de disfrutar los miembros de la comunidad, entendido este concepto (el de bien común) como el conjunto de condiciones que permiten el disfrute de los derechos humanos y el cumplimiento de los deberes que les son conexos (...)*" (Vid. Sentencia N° 962 del 24 de mayo de 2004), por lo que la materia a examinar en el presente caso está vinculada con derechos supraindividuales cuya tutela está encomendada provisionalmente a esta Sala, según jurisprudencia pacífica al respecto (Vid. Sentencias Nros. 656 del 30 de junio de 2001 y 1.321 del 19 de junio de 2002).

Sin embargo, antes de revisar cualquier otro requisito de admisibilidad de la acción ejercida, resulta oportuno determinar si el accionante, quien actúa en su condición de Alcalde del Municipio Francisco de Miranda del Estado Anzoátegui, tiene legitimación activa para acudir a esta Sala Constitucional a fin de solicitar la tutela judicial de los derechos colectivos y de los intereses difusos de las personas que habitan o residen en el mencionado Municipio, ello de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente y con la jurisprudencia establecida por la Sala en materia de protección judicial de derechos e intereses colectivos o difusos, por ser dicho presupuesto procesal indispensable para el análisis de los restantes requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En tal sentido, se advierte que esta Sala en sentencia N° 1.395 del 21 de noviembre de 2000 (caso: "*William Dávila Barrios y otros*"), determinó, con respecto a qué sujetos individuales o colectivos, públicos o privados, están autorizados o facultados de acuerdo con la norma constitucional para reclamar la tutela efectiva de los derechos e intereses colectivos y

difusos, que en el caso de los sujetos públicos, es decir, de los órganos o entes estatales, sólo la Defensoría del Pueblo tiene la potestad, con base en los artículos 280 y 281.2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de acudir a los Tribunales de la República para solicitar amparo y tutela efectiva de los derechos e intereses colectivos de las personas que habiten o residan en el territorio de la República, sin que ello excluya la posibilidad de reclamar la protección de los derechos colectivos o intereses difusos de los venezolanos que habiten o residan fuera del territorio de la República; igualmente, indicó que tal representación no está expresamente atribuida en el actual ordenamiento jurídico a ningún otro órgano o ente estatal, y que la invocación de su defensa en sede jurisdiccional “(...) *corresponderá a una pluralidad de organizaciones con personalidad jurídica, cuyo objeto esté destinado a actuar en el sector de la vida donde se requiere la actividad del ente colectivo, y que -a juicio del Tribunal- constituya una muestra cuantitativamente importante del sector (...)*”.

Ahora bien, en dicho fallo esta Sala precisó, en relación con los sujetos privados, que el Texto Fundamental confiere a los ciudadanos un amplio margen para actuar en sede judicial y solicitar la tutela efectiva de los derechos e intereses colectivos o difusos, y que tales actuaciones podían ser adelantadas por organizaciones sociales con o sin personalidad jurídica, o por individuos que acrediten debidamente en qué forma y medida ostentan la representación de al menos un sector determinado de la sociedad, cuyos objetivos, más allá de la defensa de intereses privados o particulares, se dirigen a la solución permanente de los problemas de la sociedad o de la comunidad de que se trate.

Ello así, se observa que es a dichas organizaciones, actores sociales o a los individuos que acrediten el interés colectivo con que accionen, en tanto representantes de la sociedad civil, de las comunidades, de las familias, de grupos de personas, etc, según el sector del ámbito vital en que se plantee el conflicto, a los que corresponde, hasta tanto sea dictada la legislación que desarrolle los mecanismos procesales para la protección de esta categoría de derechos, reclamar ante esta Sala Constitucional la tutela judicial efectiva de los derechos o intereses colectivos o difusos de rango constitucional a cuya satisfacción, promoción o protección se orienta su actuación, sin que sea posible en ningún caso, de acuerdo a lo establecido en la misma decisión N° 1.395/00, antes referida, que las organizaciones o actores sociales en referencia puedan ser representados en sede judicial por órganos estatales como los Gobernadores, los Alcaldes, los Directores de Institutos Autónomos, el Presidente de la República o los Ministros (Vid. Sentencia N° 154 del 9 de febrero de 2001, caso: “*Gobernador del Estado Miranda*”), ya que cada uno de estos funcionarios en el ejercicio de sus cargos públicos tienen señaladas en la norma constitucional y en las leyes sus potestades y competencias específicas, entre las que no se encuentra la de accionar judicialmente para reclamar la tutela efectiva de los derechos e intereses colectivos o difusos, ello en virtud del siguiente criterio:

“(...) En la Constitución vigente se prevé la participación de la sociedad civil (artículo 206); de la sociedad organizada (artículos 182 y 185) de acuerdo con la ley, así como el derecho de palabra por representantes (artículo 211). Igualmente, se toma en cuenta la participación de: las vecindades (artículo 184, numeral 6); barrios (artículo 184 numeral 6); grupos vecinales organizados (artículo 184); organizaciones vecinales y otros de la sociedad organizada (artículo 182) (luego es lo mismo organización vecinal y sociedad organizada); iniciativa vecinal o comunitaria (artículo 173); población (consultas) (artículos 171 y 181); participación ciudadana (artículos 168 y 173); comunidad organizada (artículo 166); participación de la comunidad (artículo 178); comunidades (artículo 184 numerales 4, 6 y 7), y comunidad indígena (artículo 181).”

A pesar de tener personalidad jurídica, entre los cometidos constitucionales de los Estados y de los Municipios no se encuentra ejercer los derechos de los entes colectivos que existen o funcionen dentro de sus demarcaciones político-territoriales, y ello es debido a que la Constitución quiere que dichos entes estén como tales, separados del Poder Público, así interactúen con él en muchas áreas, como lo previenen los artículos 184, 206, 211 o 326 de la Constitución de 1999, por ejemplo. La corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad, o entre los Municipios y las comunidades, hace nacer en esos entes sin personalidad jurídica, una serie de derechos cívicos destinados a que el Poder Público cumpla con sus deberes y obligaciones, y estas acciones de cumplimiento, de preservar, o de restablecimiento de situaciones jurídicas, pueden ser contra los Poderes Públicos, por lo que mal pueden ellos demandarse a sí mismos en nombre de quienes pueden exigirles la corresponsabilidad sobre los ámbitos señalados -por ejemplo- en el artículo 326 de la Constitución de 1999 (...)

Así las cosas, visto que en el caso bajo estudio fue el Alcalde del Municipio Francisco de Miranda del Estado Anzoátegui quien solicitó la protección del derecho difuso a la calidad de vida y, siendo que el ente en nombre del cual actúa no tiene atribuida competencia constitucional para formular dicho pedimento, pues no posee de la legitimación requerida para interponer la presente acción de amparo constitucional por intereses difusos, resulta forzoso para esta Sala declarar inadmisibles las solicitudes ejercidas, por carecer el accionante de legitimación activa para ello, toda vez que no pertenece a una organización con personalidad jurídica -que constituya una muestra cuantitativamente importante del sector- ni está reconocido como un ente colectivo que represente a la sociedad civil, a la comunidad o a un grupo de personas, y al no ser parte de ninguna organización ni ostentar alguna de estas funciones -aunado a que carece de cualidad para intentar la acción en nombre propio, toda vez que en autos no fue debidamente acreditado en qué forma y medida ostenta la representación de los habitantes del referido Municipio, a efectos de que su participación, más allá de la defensa de intereses privados o particulares, vaya dirigida a la solución permanente de los problemas de dicha comunidad-, carece de legitimación procesal para intentar una acción de amparo en la forma que pretenden, pues el cargo que ejerce, *per se*, no lo legitima para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 párrafo quinto de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide.

Finalmente, declarada inadmisibles las presentes acciones de amparo constitucional por intereses difusos, resulta inoficioso un pronunciamiento respecto de la medida cautelar innominada solicitada, ya que por su carácter accesorio sigue la suerte de la acción principal. Así se decide.

TSJ-SC (2211)

29-11-2007

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Claudia Nikken y Flavia Pesci Feltri vs. Presidente de la República, miembros del Consejo de Ministros, Asamblea Nacional, y Consejo Nacional Electoral

En lo que concierne a la tutela de intereses colectivos o difusos, esta Sala ha considerado que la pretensión de actuar en representación de todo “el Pueblo de Venezuela”, en su condición de integrantes del cuerpo electoral, es inadmisibles

En relación a su legitimación, esta Sala debe precisar lo siguiente:

Las accionantes, a pesar de actuar en nombre propio, también pretenden arrogarse “...la representación del Pueblo de Venezuela, aunque ello parezca pretencioso...”. Asimismo,

invocan para la solicitud de tutela tanto el artículo 26, como el artículo 27 de la Constitución. Es de advertir, que estas disposiciones sirven de base a dos acciones diferentes -con procedimientos igualmente distintos-. La contenida en el artículo 26 es la acción de tutela de intereses colectivos o difusos, mientras que la referida en el artículo 27 es la acción de amparo propiamente dicha, que está desarrollada en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, publicada en *Gaceta Oficial* N° 34.060 Extraordinaria del 27 de septiembre de 1988; la cual ha sido adecuada a la nueva Constitución de 1999, mediante la jurisprudencia de esta Sala Constitucional.

Esta disparidad de acciones, con pretensiones igualmente disímiles, aunado a la diferencia entre los procedimientos por los cuales éstas se tramitan, constituye, sin duda, una inepta acumulación, lo cual hace que la presente demanda deba ser declarada inadmisibile, a tenor de lo previsto en el artículo 19, párrafo 6 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; y así se decide.

Aun cuando lo anterior sería suficiente para desestimar lo pretendido por las actoras, considera la Sala, en virtud de la importancia que revisten sus argumentos en el contexto político e histórico que vive el país y tomando en consideración el principio *pro actione*, que es necesario hacer las siguientes consideraciones adicionales:

En lo que concierne a la tutela de intereses colectivos o difusos, esta Sala ha considerado que la pretensión de actuar en representación de todo “*el Pueblo de Venezuela*”, en su condición de integrantes del cuerpo electoral, es inadmisibile (Vid. sentencia N° 1999 del 25 de octubre de 2007, caso: *REDEGUA*); porque esta acción exige, como se indica en el fallo N° 1053 del 31 de agosto de 2000 (caso: *William Ojeda*), que la razón de la demanda sea la “...*lesión general de la calidad de vida de todos los habitantes del país...*” o que se trate de un “...*derecho o interés indivisible que comprenda a toda la población del país o a un sector o grupo de ella...*” (subrayados de este fallo).

En el presente caso, las accionantes ejercen su “*amparo*” en tutela de supuestos “*intereses difusos o colectivos*” de los ciudadanos que integran “*el Pueblo de Venezuela*”, en su condición de electoras, señalando la presunta violación de un pretendido “*derecho colectivo*”, es decir, el derecho a la soberanía popular.

La Sala, en el citado fallo N° 1999/2007, ha precisado que esta pretensión no es admisible, pues la misma “...*puede no corresponderse con el interés de la totalidad de los electores a quienes pretenden representar sino más bien con el de una porción de ésta; es por ello que dichos accionantes en amparo no pueden atribuirse la representación que alegan tener en el presente caso...*”. Esta argumentación se hace más pertinente en la presente causa, cuando la tutela se invoca para proteger el “...*DERECHO DEL PUEBLO DE VENEZUELA AL RECONOCIMIENTO DE SU SOBERANÍA...*”, el cual “*sensu stricto*” no es un derecho (no está incluido como tal en el Título III de la Constitución), sino un principio contemplado expresamente en el Título I, artículo 5 de la Carta Fundamental.

Tal circunstancia no excluye “*per se*”, la posibilidad de protección constitucional mediante el amparo, pues la jurisprudencia de la Sala ha admitido la pretensión de tutela de los mismos -principios fundamentales- (Vid. sentencia N° 908 del 24 de abril de 2003; caso: *Naudy Arcángel Camacaro y otros*); pero debe advertirse que el constituyente venezolano siempre ha acogido el principio de la soberanía popular y no el de soberanía nacional.

Tal distinción no es meramente semántica. La “*paternidad*” del concepto de soberanía popular fue de Juan Jacobo Rousseau, quien inspiró posteriormente a la Asamblea Constituyente francesa de 1789, con la diferencia de que ésta la hace reposar en la Nación.

Como refiere Humberto J. LA ROCHE en su texto *Derecho Constitucional General* (Maracaibo. LUZ. 1969; página 241): “...*Pareciera como una sutileza del lenguaje, aun cuando los autores establecen las siguientes diferencias: Soberanía Popular significa que esta reside de manera fraccionada en los individuos que componen el Estado, siendo cada uno detentor de una porción alícuota de la Soberanía, y la nacional, según la cual, ésta reside en la nación de manera indivisa, persona colectiva distinta de cada uno de los miembros que la integran. Como consecuencia de esta distinción se colige que la consagración de la Soberanía Popular comporta por parte del electorado el ejercicio del mandato imperativo...*” (subrayado de este fallo).

En consecuencia de lo expuesto, tratándose de un principio fundamental cuya titularidad reside de una manera fraccionada en los ciudadanos, siendo cada uno de ellos titulares de una porción alícuota de la misma, y ejerciéndola mediante la institución del sufragio y otros mecanismos de democracia participativa; ningún elector puede arrogarse la representatividad de la voluntad del pueblo, entendido este como una colectividad indivisa (principio de soberanía nacional). Por lo tanto, la pretensión de tutela de derechos e intereses colectivos o difusos en el presente caso, resulta inadmisibile, a tenor de lo dispuesto en el mismo artículo 19, párrafo sexto de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; y así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero

Quien suscribe, **JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO**, disiente de la mayoría sentenciadora, y por lo tanto salva el voto, por las siguientes razones:

1.- Se declaró inadmisibile la acción interpuesta, por inepta acumulación, ya que las accionantes invocaron en su solicitud de tutela los artículos 26 y 27 constitucionales, referidos a acciones por derechos o intereses difusos o colectivos y amparo, respectivamente.

No comparte, quien disiente, el argumento esgrimido en el fallo, ya que acciones por derechos e intereses difusos pueden incoarse por la vía del amparo constitucional, como lo ha asentado esta Sala, entre otras, en sentencias Nros. 656 del 30 de junio de 2000, 1595 del 9 de julio de 2002, 1571 del 22 de agosto de 2001 y 1655 del 13 de julio de 2005.

Además, en fallo N° 7 del 1 de febrero de 2000, en el caso *José Amando Mejía*, esta Sala reconoce el poder del juez constitucional respecto a la posibilidad de cambiar la calificación jurídica si ello es necesario, al sostener que:

“El proceso de amparo no es, como se dijo, de naturaleza netamente dispositiva, y el Juez del amparo es un tutor de la constitucionalidad, que para amparar a quienes se le infringen sus derechos y garantías, no puede estar atado por las equivocaciones de los agraviados al calificar el derecho o garantía violado, o la norma aplicable.

El Juez del amparo por aplicación del principio iura novit curia puede cambiar la calificación jurídica de los hechos que hizo el accionante, y restaurar la situación jurídica que se alega fue lesionada partiendo de premisas jurídicas diferentes a las señaladas en el amparo. Esto significa que ante peticiones de nulidades, el Juez del amparo, que es un Juez que produce cosas juzgadas formales, puede acudir a otra figura jurídica para restaurar la situación violada.

Por otra parte, debe declarar esta Sala que entre las garantías constitucionales que acuerda el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se encuentra el

que la justicia sea transparente y sin formalismos, principio este último que se repite en el artículo 257 de la vigente Carta Fundamental”.

Siendo ello así, mal puede existir en un caso similar inepta acumulación de acciones.

2.- Tampoco comparte quien suscribe, los conceptos del fallo sobre los derechos e intereses difusos y colectivos.

Los derechos e intereses difusos o colectivos pertenecen a cualquier miembro de la sociedad o de un sector específico de ella, quien los puede ejercer sin arrogarse la representación del pueblo, sociedad o colectivo, ya que actúa por su propio interés.

Su conexión con las demás personas, es que éstas -como la parte accionante- pueden ser perjudicadas por el incumplimiento de una prestación de carácter general que corresponde al Estado o a particulares legalmente responsables de tal prestación.

Luego, quien incoa esta acción por derechos o intereses difusos y colectivos, no necesita la aquiescencia de todos los miembros de la sociedad en cuanto a su proceder, ya que entre ellos pueden existir personas indiferentes o que no comparten la posición del o de los accionantes.

En cuanto a la legitimación activa de las solicitantes para reclamar la tutela de los derechos difusos en representación “del Pueblo de Venezuela”, esta Sala, en sentencia N° 3648/2003 del 19 de diciembre, caso: *Fernando Asenjo Rosillo y otros*, señaló lo siguiente:

“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”.

En atención al criterio expuesto, el cual ha sido aplicado en reiteradas oportunidades por esta Sala, y en un caso de interés difuso como el de autos (véase, entre otras, la sentencia N° 1655 de 13 de julio de 2005, caso: *Julio César Lattan y otros* contra los propietarios de Globovisión), y dado que la situación jurídica constitucional que las actoras denunciaron como supuestamente lesionada, está vinculada no solamente a su esfera individual de derechos e intereses sino a la de un número indeterminado e indeterminable de personas que habitan y residen en todo el territorio de la República, es por lo que la Sala -en criterio de quien suscribe- debió reconocer legitimación a las accionantes para intentar la acción incoada.

Queda así expresado el criterio de quien suscribe.

Voto Salvado 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:

1. La sentencia de la que se discrepa declaró la inadmisión de la demanda de amparo constitucional que intentaron las ciudadanas Claudia Nikken y Flavia Pesci Feltri contra “*el ciudadano Presidente de la República y los miembros del Consejo de Ministros, contra la Asamblea Nacional y contra el Consejo Nacional Electoral, en su condición de órganos del Poder de Revisión, con la finalidad de que se proteja el DERECHO DEL PUEBLO DE VENEZUELA AL RECONOCIMIENTO DE SU SOBERANÍA, en tanto que derecho colectivo...*”. Tal declaratoria se realizó de conformidad con el artículo 19, párrafo 6, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por falta de legitimación de las demandantes.

Quien difiere reitera, en esta oportunidad, el voto salvado que rindió, entre muchos otros, respecto del pronunciamiento de esta Sala N° 2042 de 2.11.07, en lo que concierne a la aplicación de las causales de inadmisibilidad de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia a las demandas de amparo constitucional:

En primer lugar, respecto de la declaración de inadmisibilidad de la demanda de amparo con base en la aplicación supletoria del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, este voto salvante reitera el criterio disidente que ha expuesto en múltiples oportunidades (Entre otras muchas, en sentencias n°s 908/07, 1297/07, 1301/07, 1834/07, 1112/07, 1117/07, 1462/07 y 1931/07), en el sentido de que dicha aplicación de normas jurídico positivas tiene, como propósito único, la solución de una situación que no aparezca regulada, o lo esté insuficientemente, por la ley que, en principio, sea la aplicable y, en la situación que se examinó, no existe tal insuficiencia, ya que la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales preceptúa claramente cuáles son los requisitos que debe satisfacer la solicitud de amparo; entre ellos, la legitimación activa, según se desprende del cardinal 2 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En criterio del salvante, se insiste, los supuestos de inadmisibilidad que tienen pertinencia en el procedimiento de amparo son los que derivan de los artículos 6, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, así como los generales que dispone el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con la norma de remisión que contiene el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y con los criterios doctrinales que ha dispuesto esta Sala.

En todo caso, si la mayoría de la Sala consideraba -tal como se lee del fallo- que “*el ciudadano Néstor Luis Romero Méndez no tiene legitimación activa alguna para incoar la presente acción de amparo constitucional, por cuanto no señaló, ni se evidencia de autos, de qué manera las actuaciones denunciadas como lesivas son susceptibles de vulnerar sus derechos constitucionales*”, debió ordenarse al demandante la corrección de la solicitud respecto de lo que establecen los cardinales 4 y 5 del artículo 18 de la Ley especial y debió recaer el referido pronunciamiento de inadmisibilidad sólo en la eventualidad de que caducara el lapso que establece el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, sin que la parte hubiere subsanado el error.

2. Asimismo, y en segundo, lugar, se difiere del señalamiento según el cual habría, en este caso, inepta acumulación porque se habrían planteado dos pretensiones cuyos procedimientos serían incompatibles: la de protección de derechos colectivos y difusos y la de amparo, lo cual se dedujo de la invocación que hizo la parte actora de los artículos 26 y 27 constitucional como fundamento de sus planteamientos. Sin embargo, la lectura del escrito conteniente de la demanda no ofrece dudas acerca de la voluntad de las demandantes del ejercicio de su derecho de acceso a la justicia “*para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos*” -en los términos del artículo 26 de la Constitución-, a través del medio judicial específico a que se refiere el artículo 27 *eiusdem*, el amparo constitucional.

En relación con la falta de legitimación que fue declarada respecto de la protección del “*derecho del pueblo de Venezuela al reconocimiento de su soberanía, en tanto que derecho*”

colectivo”, para cuyo rechazo la Sala invocó los criterios que afirmó en su reciente sentencia N° 1999 de 25 de octubre de 2007, se reitera la opinión disidente que se expresó sobre el punto, en los términos que siguen:

“En general, se entiende en doctrina por intereses difusos los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto a integrantes de grupos, clases o categorías de personas, que están ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, de una misma prerrogativa. De forma tal que la satisfacción de fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta simultánea y globalmente a los integrantes del conjunto comunitario; y los intereses difusos se traducen en colectivos, a través de un proceso de sectorialización y especificación.

En el caso *Yatama vs. Nicaragua* (Sentencia de 23.06.05) la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo:

196. La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa. (Subrayado añadido).

197. El ejercicio de los derechos a ser elegido y a votar, íntimamente ligados entre sí, es la expresión de las dimensiones individual y social de la participación política.

Así, en criterio de quien concurre con el veredicto anterior, la materia de derechos políticos puede encuadrar en el ámbito de los intereses difusos en determinadas circunstancias, en las que el bien jurídico cuya protección se pretende adquiere distinta entidad porque adquiere mayor -o, al menos, distinta- relevancia jurídica en cabeza de la colectividad aún cuando, en otras circunstancias, sería susceptible de apropiación individual.

En efecto, no tiene la misma entidad la violación al derecho al sufragio o a la igualdad o a la participación política de cada uno de los electores, individualmente considerados, que fueron migrados a centros electorales distantes a su domicilio, que igual violación si se ve desde el colectivo de todos los electores de la región que habrían corrido la misma suerte; por otra parte, parece indudable la posible afectación de dichos derechos respecto de todos los electores cuyos centros de votación fueron eliminados, si son ciertas las denuncias de los demandantes, quienes, sólo porque son, ellos también, electores que se habrían visto afectados por la situación que delataron, tienen legitimación activa para la actuación en nombre y protección de todos, tal como se estableció en sentencia n.º 536 de 14.04.05: “..., 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.”

Precisamente, sería lo contrario lo que resultaría absurdo: que cada uno de los electores que están adscritos al ochenta por ciento de los centros electorales de un estado tuvieren que entablar demandas individuales en protección al derecho de cada uno; piénsese qué pasaría si sólo un elector hubiese interpuesto, en nombre propio, una demanda en contra del mismo hecho lesivo; ¿tendría la misma relevancia jurídica la migración de un elector a otro centro de votación que la del ochenta por ciento del padrón electoral?; ¿podría el juez constitucional ordenar la reapertura de todos los centros electorales que habrían sido cerrados -de comprobarse la denuncia-, lo cual afectaría, como colectivo, a todos los electores, para el restablecimiento de la situación jurídica de uno solo de ellos? Por otra parte, incluso en la circunstancia que antes fue explicada de demandas individuales contra el mismo hecho lesivo, la propia Ley de Amparo ordenaría su acumulación”(Artículo12).

3. En tercer término, también debe apartarse el salvante del pronunciamiento acerca de la falta de legitimación de las actoras, a título personal, porque éstas habrían expresado

circunstancias insuficientes, por genéricas, para la demostración de su “*interés personal, legítimo y directo*” para la protección de sus derechos e intereses particulares, de forma que no se advertiría, de su exposición, “*en qué medida las actuaciones y normas -en proyecto-denunciadas como lesivas son susceptibles de vulnerar sus derechos y garantías constitucionales*”, ya que, como se expuso *supra*, aquellas no invocaron, para su legitimación, la violación directa de algún derecho subjetivo *stricto sensu*, sino el que les otorgaría el artículo 333 constitucional, como a *toda persona*, cuando les impone el deber de “*colaborar en el restablecimiento de la efectiva vigencia de la Constitución, si ésta es derogada por cualquier medio distinto a los que ella establece.*” En este sentido, argumentaron:

“Esta Sala Constitucional no tendrá duda en considerar que quienes suscri(ben) (son), efectivamente, personas: además investidas de la condición formal de ciudadanas de la República Bolivariana de Venezuela, en los términos del artículo 39 de la Constitución. De ahí que resulte innegable su deber -y por ende su derecho- a colaborar en el restablecimiento de la efectiva vigencia de la Constitución en caso de que ésta sea derogada por un medio distinto a los que ella establece”.

A continuación, quienes demandaron explicaron, a través de varios puntos, cómo, en su criterio, los actos que señalaron como lesivos comportarían la derogación de la Constitución por medios distintos a los que ella establece; por qué el amparo es la vía idónea para el ejercicio del derecho-deber al que hicieron referencia y, específicamente, de qué deriva la “*urgente necesidad de garantizar y proteger el derecho del pueblo de Venezuela al reconocimiento de su soberanía*” a causa de “*el desconocimiento de los límites sustanciales [formales y materiales] del mecanismo de la reforma constitucional.*”

Mal podía afirmarse, en consecuencia, que el planteamiento del escrito que encabeza estas actuaciones adolecía de alguna deficiencia impeditiva de la resolución de fondo a que está obligado, como todos los tribunales de la República, éste, que es el Máximo.

Por otra parte, y en lo que se refiere a la supuesta ausencia de legitimación de las accionantes, quienes actuaron también a título personal, se observa que la Sala incurre en contradicción, pues, mediante veredicto que pronunció en el expediente 07-1595, admitió una demanda de amparo constitucional cuyo objeto es el mismo, para lo cual rechazó la representatividad, por los actores, de los derechos difusos que invocaron pero aceptó la pretensión respecto de los derechos que, en sus nombres, hicieron valer.

En todo caso, ya ha tenido oportunidad el disidente para la manifestación de su parecer en cuanto a la indudable existencia de legitimación, en este caso, de todos los ciudadanos de la República Bolivariana de Venezuela, para la defensa del derecho que deriva, para cada uno, de las normas constitucionales que imponen los límites a los procesos de cambio de su Constitución, el cual consiste, precisamente, en el respecto irrestricto y extremo a esos límites. (Cfr. por todos, V.S. a s.S.C. n.º 2042 de 2.11.07).

4. En último lugar, llama la atención de quien difiere, la afirmación de la sentencia mayoritaria, cuando expresa que la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales dispone, en su artículo 3, que es posible accionar, contra normas, en caso de interposición de acciones de nulidad por inconstitucionalidad, el llamado amparo cautelar, pero que no se reconoce en esta ley especial el amparo autónomo contra proyectos de actos normativos, la cual sorprende porque, con ella, parece ignorarse el contenido del artículo 2 de la misma Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que reza:

“La acción de amparo procede contra cualquier hecho, acto u omisión provenientes de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal. También procede contra el hecho,

acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados por esta Ley". (Subrayado añadido).

De manera que en el ordenamiento jurídico venezolano, uno de los más amplios en la materia en Derecho Comparado, el amparo constitucional para la protección de derechos y garantías fundamentales procede frente a cualquier forma de actuación -o ausencia de actuación- de los órganos del Poder Público -y también de los entes y personas privadas-, con independencia del contenido de esa actuación.

En consecuencia, la demanda de autos ha debido ser admitida a trámite, porque cumple con los requisitos del artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y no está incurso en ninguna de las causales de inadmisibilidad del artículo 6 *eiusdem* y ha debido acordarse la medida cautelar que se peticionó por cuanto se encuentran ostensiblemente satisfechas las exigencias para su otorgamiento.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

b. *Derecho a la defensa*

TSJ-SPA (1641)

3-10-2007

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Municipio Colina del Estado Falcón vs. Decisión Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Central.

Tanto en un procedimiento administrativo como judicial, el efectivo cumplimiento del derecho a la defensa y al debido proceso, impone necesariamente que se guarden con estricta rigurosidad determinadas fases o etapas, en las cuales las partes involucradas tengan iguales oportunidades para formular alegatos y defensas, así como controlar las pruebas que cada una promueva para demostrar sus argumentos o pretensiones; de lo contrario, se comprobaría una alteración en el derecho de la igualdad de las partes, que violentaría la esencia misma del proceso.

De las actas que cursan en autos, se desprende que en fecha 23 de enero de 2006 fueron consignadas por el Alguacil del Tribunal de instancia las copias certificadas de las boletas de notificación practicadas el día 20 del citado mes y año, al Alcalde y al Síndico Procurador del Municipio Colina del Estado Falcón, cursantes a los folios 120 y 122, respectivamente, del expediente judicial.

De lo expuesto, observa esta Sala que a la señalada notificación no se le acompañaron las copias certificadas pertinentes, situación ésta que en criterio de esta Sala demuestra vicios en la notificación que la hace ineficaz, pues a tenor de lo previsto en el citado artículo 155 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, resulta necesario acompañar a la notificación de la interposición del recurso contencioso tributario, las "*copias certificadas de la demanda y todos sus anexos*", con el objeto de que el Síndico Procurador Municipal se forme criterio sobre el asunto y pueda ejercer su derecho a la defensa, todo ello en virtud que la notificación en este procedimiento contencioso tributario es un acto procesal y formalidad necesaria para la validez del juicio; lo cual constituye a su vez, garantía del derecho a la defensa, elemento básico del debido proceso y garantía esencial del principio del contradictorio, pues por un

lado la parte queda a derecho y por el otro cumple con la función comunicacional de enterar al demandado que se ha iniciado un juicio en su contra y de su contenido.

En tal sentido, resulta conveniente señalar que el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece lo siguiente:

“Artículo 49.- El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.”

De tal manera que, tanto en un procedimiento administrativo como judicial, el efectivo cumplimiento del derecho a la defensa y al debido proceso, impone necesariamente que se guarden con estricta rigurosidad determinadas fases o etapas, en las cuales las partes involucradas tengan iguales oportunidades para formular alegatos y defensas, así como controlar las pruebas que cada una promueva para demostrar sus argumentos o pretensiones; de lo contrario, se comprobaría una alteración en el derecho de la igualdad de las partes, que violentaría la esencia misma del proceso.

En el presente caso, esta Sala observa que se detectó un vicio en la notificación de la interposición del recurso en cuestión al Síndico Procurador del Municipio Colina del Estado Falcón, advertido por éste en una primera oportunidad ante el *a quo*, por escrito presentado el 31 de mayo de 2006, por no acompañar a la boleta de notificación las copias certificadas pertinentes, cuestión ésta que resultaba necesaria a los fines de dar cumplimiento al debido proceso y al derecho a la defensa de la Administración Tributaria Municipal, además de ser garantía esencial del principio del contradictorio (Vid. sentencia número 00721 del 16 de mayo de 2007), lo cual ocasionó la violación del derecho a la defensa y al debido proceso del referido Municipio, al limitar la posibilidad de interponer las defensas que estimare conveniente y participar activamente en las etapas del proceso instaurado. Así se establece.

2. *Derechos Individuales*

A. *Libertad Personal*

TSJ-SC (2046)

5-11-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Milagros Coromoto De Armas de Fantes vs. Decisión Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.

Los jueces de la República, al momento de adoptar o mantener sobre un ciudadano, venezolano (a) o extranjero, la medida de privación judicial preventiva de libertad, deben llevar a cabo la articulación de un minucioso análisis de las circunstancias fácticas del caso que se someta a su consideración, y tomar así en cuenta, además del principio de legalidad (*nulla custodia sine lege*), la existencia de indicios racionales de criminalidad en el caso concreto, y adoptar -o mantener-

la antedicha provisión cautelar como una medida excepcional, subsidiaria, provisional, necesaria y proporcional a la consecución de los fines *supra* indicados

En primer lugar, en cuanto a la violación del derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 44.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por haber convalidado la Corte de Apelaciones una medida de coerción personal carente de una motivación necesaria y suficiente que justificara la privación de la libertad de la imputada, es menester resaltar, a modo de introducción, que la libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico consagrado en el artículo 2 de la Constitución de la República de Venezuela, pero también un derecho fundamental que funge como presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales. De esto se deriva 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 (as) y extranjeros (sentencia N° 1.744/2007, de 9 de agosto, de esta Sala).

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.

Siguiendo esta línea de criterio, 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” (Cfr. BORREGO, Carmelo. *La Constitución y el Proceso Penal*. Editorial Livrosca. Caracas, 2002, p. 90).

No obstante lo anterior, cabe destacar que si bien el derecho fundamental a la libertad personal es la regla general, es el caso que el propio texto constitucional permite que el mismo pueda verse limitado en ciertos supuestos excepcionales, como lo son los establecidos taxativamente en el artículo 44.1 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).

En sintonía con la citada norma constitucional, el legislador patrio ha consagrado el principio de afirmación de libertad en el texto del artículo 9 del Código Orgánico Procesal Penal, según el cual:

“Artículo 9º. Afirmación de la libertad. Las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad o de otros derechos del imputado, o su

ejercicio, tienen carácter excepcional, sólo podrán ser interpretadas restrictivamente, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta.

Las únicas medidas preventivas en contra del imputado son las que este Código autoriza conforme a la Constitución”.

Del texto de las citadas disposiciones normativas, 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.

Igualmente, debe afirmarse que el artículo 44.1 del Texto Constitucional dispone 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, de 1 de febrero).

En tal sentido, la orden judicial constituye una garantía inherente e ineludible para la restricción del mencionado derecho fundamental. La manifestación más importante de tal excepción dentro del proceso penal, se ve materializada fundamentalmente en el instituto de las medidas de coerción personal, y específicamente, por la privación judicial preventiva de libertad regulada en el artículo 250 de la ley adjetiva penal, 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.

Sobre las medidas cautelares en el proceso penal, GIMENO SENDRA afirma lo siguiente:

“Por tales medidas cabe entender las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la Sentencia”. (GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Primera edición. Editorial *Colex*. Madrid, 2004, p. 481.

En este orden de ideas, y como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional español, la privación preventiva de la libertad 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, de 17 de febrero). Ahora bien, 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 artículo 49.2 de la Constitución de la República Bolivariana reza de la siguiente forma:

“Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

(...)

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”.

Esta disposición constitucional se ve desarrollada por el artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal, que establece lo siguiente:

“Artículo 8º. Presunción de inocencia. Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme”.

Por su parte, 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 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 inculcado, permitiendo la imposición anticipada de medidas que por sus efectos se equiparan a la pena privativa de libertad”. (Cf. 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).

De lo anteriormente expuesto se infiere que a través de la medida de privación judicial preventiva de libertad no se puede anticipar la protección de un bien jurídico utilizándola como pena, toda vez tal función le corresponde al Derecho Penal sustantivo. Por el contrario, la privación judicial preventiva de libertad debe atender a la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de dicha medida, concretándose aquéllos en la conjuración de ciertos riesgos relevantes, a saber, la sustracción del encartado a la acción de la justicia, la obstrucción de la justicia penal y la reiteración delictiva (STC 33/1999, de 8 de marzo, del Tribunal Constitucional español). En pocas palabras, es una medida que esencialmente se justifica por la necesidad de asegurar el proceso, específicamente, garantizar sus resultados y la estabilidad en su tramitación.

Así, advierte 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, sobretodo, 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 destina-

dos a garantizar los objetivos del proceso, esto es, su normal desarrollo y la seguridad del cumplimiento de sus resultados (sentencias números 2.426/2001, del 27 de noviembre; y 1.998/2006, de 22 de noviembre).

Íntimamente vinculado a lo antes expuesto, se encuentra lo referente a la configuración de los límites de dicha medida, los cuales han sido delineados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en el siguiente sentido:

“... más allá del expreso principio de legalidad, la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos que constitucionalmente la justifican y delimitan” (STC 128/1995, de 26 de julio).

Siguiendo el criterio jurisprudencial antes citado, esta Sala estima que los jueces de la República, al momento de adoptar o mantener sobre un ciudadano, venezolano (a) o extranjero, la medida de privación judicial preventiva de libertad, deben llevar a cabo la articulación de un minucioso análisis de las circunstancias fácticas del caso que se someta a su consideración, y tomar así en cuenta, además del principio de legalidad (*nulla custodia sine lege*), la existencia de indicios racionales de criminalidad en el caso concreto, y adoptar -o mantener- la antedicha provisión cautelar como una medida excepcional, subsidiaria, provisional, necesaria y proporcional a la consecución de los fines *supra* indicados (sentencia N° 1998/2006, de 22 de noviembre).

Tal análisis debe materializarse en una resolución judicial motivada, en forma de auto, tal como lo ordena el artículo 254 del Código Orgánico Procesal, que dispone lo siguiente:

“Artículo 254. Auto de privación judicial preventiva de libertad. La privación judicial preventiva de libertad sólo podrá decretarse por decisión debidamente fundada que deberá contener:

- 1°. Los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo;
- 2°. Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen;
- 3°. La indicación de las razones por las cuales el tribunal estima que concurren en el caso los presupuestos a que se refieren los artículos 260 o 261;
- 4°. La cita de las disposiciones legales aplicables.

La apelación no suspende la ejecución de la medida”.

Así, MORENO CATENA afirma que el auto que acuerde la privación cautelar de la libertad personal, debe cumplir la siguiente exigencia:

“... ha de ser suficiente y razonablemente motivado, pues en otro caso no sólo afectaría el derecho a la tutela judicial efectiva, sino también el derecho a la libertad personal (...); es decir, que en el auto se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción no se arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normas razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional” (MORENO CATENA, Víctor. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición. Editorial *tirant lo blanch*. Valencia, 2005, p. 292).

Precisado lo anterior, esta Sala debe reiterar que al Juez Constitucional no le corresponde determinar en cada caso si concurren o no los presupuestos contemplados en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, a los fines de la adopción -o mantenimiento- de la medida de privación judicial preventiva de libertad, toda vez que tal facultad le corresponde exclusivamente a la jurisdicción penal ordinaria. Sin embargo, dado el papel nuclear que posee el derecho fundamental a la libertad personal en el modelo de Estado consagrado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la medida de coerción personal antes indicada debe ser dictada con todas las garantías, de manera razonada y sometida al control de las Cortes de Apelaciones, siendo que éstas deberán revisar si la medida resultó o no inadecuada o desproporcionada. De igual forma, advierte esta Sala que la vía por la cual la alzada penal efectuará tal revisión es fundamentalmente el recurso de apelación (sentencia N° 1.998/2006, de 22 de noviembre).

Ahora bien, esta Sala también ha señalado que al Juez Constitucional única y excepcionalmente le corresponde el ejercicio del denominado control externo de la medida de coerción personal, así como también de la decisión del Tribunal superior que confirme o revoque la misma (sentencia N° 1.998/2006, de 22 de noviembre), ello a los fines de velar por la salvaguarda del derecho fundamental a la libertad personal. Dicho control externo se traduce en supervisar que la decisión judicial contentiva de la medida se sustente en una motivación fundada y razonada, en otras palabras, que haya sido dictada de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la prisión preventiva, concretamente, constatando si los fundamentos de la decisión son suficientes (es decir, si se han plasmado los presupuestos que autorizan y justifican la medida), razonada (esto es, la expresión del proceso lógico que individualiza la aplicación de las exigencias constitucionales al caso concreto) y proporcionada (a saber, si se han ponderado los derechos e intereses en conflicto del modo menos gravoso para la libertad), neutralizando así cualquier posibilidad de que tal provisión cautelar sea dictada bajo el manto de la arbitrariedad (sentencia N° 1.998/2006, de 22 de noviembre).

En el caso *sub lite*, se observa que la Sala N° 8 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, en su sentencia del 3 de julio de 2007, estableció que la medida de privación judicial preventiva de libertad decretada por el Juzgado Cuadragésimo Cuarto en Función de Control de ese mismo Circuito Judicial Penal el 1 de junio de 2007, confirmada en la audiencia de presentación del 4 de junio de ese mismo año, estuvo ajustada a derecho, al considerar dicha alzada penal, entre otras cosas, que tales decisiones fueron dictadas en ejercicio de las atribuciones legales que le han sido conferidas a los jueces de control, y en cumplimiento de las exigencias contenidas en los artículos 250 y 254 del Código Orgánico Procesal Penal, *"...encontrándose las mismas debidamente fundadas en conformidad con lo establecido en el artículo 250, en sus numerales 1, 2 y 3, en concordancia con lo establecido en el artículo 251, numerales 2 y 3, y párrafo primero, ambos del Código Orgánico Procesal Penal"*.

Del exhaustivo análisis de la sentencia de la mencionada alzada penal, esta Sala, desde la óptica del control externo de las medidas privativas de libertad, observa que la decisión aquí impugnada compartió y reiteró los razonamientos con los que el Juzgado de Control justificó la adopción de la señalada medida cautelar, observando esta Sala que tales razonamientos implicaron un concienzudo análisis de las circunstancias, tanto objetivas (referidas a los hechos del caso) como subjetivas (referidas a la imputada) que habilitan la adopción de la medida de privación judicial preventiva de libertad, evidenciándose claramente en aquéllos finalidad que se persigue con tal medida.

En otras palabras, de la lectura detenida de las decisiones emitidas por el Juzgado de Control y confirmadas por la alzada penal, se desprende que las mismas materializaron el juicio de ponderación necesario para arribar al resultado decisorio limitativo de la libertad personal, ya que en sus textos se evidencia que el órgano jurisdiccional examinó todas las circunstancias fácticas que rodean del caso, así como también las condiciones particulares de la imputada, y que han contrastado todos estos elementos, de forma detallada, con el contenido de los numerales 1, 2, y 3 del artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal.

Por tanto, en criterio de esta Sala Constitucional, el Juez de Control sí dictó una decisión motivada, en la cual se llevó a cabo un razonamiento que conjugó los principios de excepcionalidad, subsidiariedad, provisionalidad y proporcionalidad, para justificar la adopción de la medida de privación judicial preventiva de libertad, todo lo cual fue debidamente constatado y confirmado por la Corte de Apelaciones, y con base en ello, ésta declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido por la defensa.

Siendo así, esta Sala reitera el criterio asentado en la sentencia N° 1.278/2001, de 19 de julio, que en virtud de la autonomía e independencia de la que gozan los jueces al decidir, los mismos, si bien deben ajustarse a la Constitución y a las leyes al resolver una controversia, disponen de un amplio margen de valoración del derecho aplicable a cada caso, por lo cual pueden interpretarlo y ajustarlo a su entendimiento, como actividad propia de su función de juzgar, sin que el juzgador de amparo pueda inmiscuirse dentro de esa autonomía del juez en el estudio y resolución de la causa, salvo que tal criterio viole notoriamente derechos o principios constitucionales, lo cual no se ha verificado en el presente caso.

En efecto, y tal como se indicó *supra*, no puede esta Sala Constitucional determinar si estaban llenos o no los extremos de procedencia para que se acordara la medida de privación judicial preventiva de libertad -tal como pretende la parte accionante-, ya que ello le corresponde hacerlo a los jueces penales ordinarios dentro del ámbito de sus competencias (en el presente caso, al Juez de Control y a la alzada penal por vía de apelación); siendo que al Juez Constitucional únicamente le corresponde el ejercicio del control externo de la medida de coerción personal. En el presente caso, esta Sala, haciendo uso de esa potestad de control, ha constatado que, al haberse plasmado en una decisión motivada el antes mencionado juicio de ponderación, tanto en primera instancia como en su confirmatoria en alzada, no se ha verificado violación alguna al derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 44.1 del Texto Constitucional y, en consecuencia, se desecha esta primera denuncia de la parte actora. Así se declara.

B. *Derecho a la información*

TSJ-SC (2152)

14-11-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasqueño López

Caso: Impugnación del artículo 192 de la Ley de Telecomunicaciones

El derecho a informar no se encuentra exclusivamente bajo el ámbito de la autodeterminación de los operadores y por tanto, la transmisión de un hecho noticioso sobre el cual recae el interés colectivo, pudiera ir incluso en detrimento de la programación regular de un medio de comunicación, ya que en tal caso, el beneficio económico individual del medio, debe ceder ante el derecho colectivo de recibir información general.

En este contexto hermenéutico, el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es del siguiente tenor:

"Artículo 112. ***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. El Estado promoverá 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.***" (Resaltado añadido).

En el referido marco constitucional, la injerencia pública sobre el principio general de libertad de empresa, debe basarse en la salvaguarda del desarrollo humano, la seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social y someterse al comentado principio de racionalidad o *test* democrático y en este sentido, las telecomunicaciones se encuentran reguladas por un régimen jurídico que responde al interés social inherente a la materia y de acuerdo al cual, el propio Texto Fundamental sujeta a los operadores de dicha actividad a ciertas cargas de servicio, tal como se evidencia del artículo 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, donde se reconoce el derecho a la libertad de expresión, y de igual forma, al uso de cualquier medio de comunicación para materializar la citada libertad fundamental, estableciendo en consecuencia, el carácter instrumental de los operadores del espectro radioeléctrico en la difusión de opiniones, ideas y pensamientos, sin menoscabo de las condiciones de oportunidad, tiempo, espacio, interés, etc., que pudieran ponderar los medios para otorgar el espacio.

Dicho carácter instrumental, se despliega en forma paralela al derecho a la libertad de expresión, pues permite el uso público de mecanismos idóneos para generalizar las opiniones y fomentar la crítica ideológica y la ilustración de la sociedad. Ciertamente, el acceso a los medios de comunicación, proporciona al juicio público la racionalidad necesaria para que el individuo analice los hechos que pudieran ser determinantes sobre su esfera jurídica y en general sobre la sociedad.

De allí, que el derecho a la libertad de expresión y de acceso a los medios de comunicación vayan unidos, ya que como señala Saavedra (El Derecho a la Libertad de Expresión como Garantía Constitucional de la Opinión Pública. ***Constitución y Derechos Fundamentales***. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2004. P. 677), constituyen remedios capaces de revitalizar las estructuras democráticas y potenciar la participación ciudadana.

En el orden de las ideas anteriores, el citado cariz instrumental, se complementa con la disposición contenida en el artículo 58 *eiusdem*, donde se impone a los medios de comunicación el denominado deber de informar, que tal como afirma Pérez-Royo (***Curso de Derecho Constitucional***. Madrid: Editorial Marcial Pons, 7º edición. 2000. P. 432), comprende intrínsecamente un aspecto activo y otro pasivo, como es, el derecho a comunicar o a no comunicar.

El derecho a comunicar, supone que los medios de comunicación previamente habilitados para utilizar el espectro radioeléctrico, gozan en principio de libertad al momento de considerar noticiable una determinada circunstancia. Sin embargo, deben observar en la ponderación de los hechos susceptibles de transmisión, que la noticia debe tener un manejo masivo, que permita a la audiencia acceder a la información, pues ello resulta esencial para formar opiniones que conduzcan a una actuación responsable en un contexto democrático.

Significa entonces, que el deber de comunicar tiene una dimensión objetiva que exige a los medios de comunicación el suministro de toda información concreta, que sea de interés para la opinión pública, aun cuando ésta pudiera no ser afín con los fines de lucro que persiguen los medios privados en su carácter de sociedades mercantiles, pues sobre el beneficio económico de la explotación del espectro radioeléctrico, se erige el valor intrínseco y superior de informar un determinado hecho, más allá de los intereses pecuniarios que su transmisión pudiera generar.

Es decir, el derecho a informar no se encuentra exclusivamente bajo el ámbito de la autodeterminación de los operadores y por tanto, la transmisión de un hecho noticioso sobre el cual recae el interés colectivo, pudiera ir incluso en detrimento de la programación regular de un medio de comunicación, ya que en tal caso, el beneficio económico individual del medio, debe ceder ante el derecho colectivo de recibir información general.

Según se ha citado, la esencia de la libertad de información reside en su función social y por tanto, en el derecho de todos a conocer la realidad social, política y económica, a través de transmisiones objetivas que permitan la creación de una opinión pública formada sobre elementos veraces.

Así lo expresan De Esteban y González-Trevijano (*Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: 1994. P. 677), al sostener, que el derecho a la información tiene una función de interés general que se muestra indispensable para la existencia de una opinión pública que contribuya con la eficacia de la acción ciudadana, tal como demanda el artículo 108 del Texto Fundamental.

Ciertamente, resulta esencial a la labor informativa, llevar al público el conocimiento en general de hechos y opiniones de trascendencia para el colectivo y por tal motivo, para el ordenamiento jurídico el recipiendario de la noticia no es sólo el individuo (que particularmente la necesita para su realización), sino la sociedad.

Debido a esto, el Estado debe garantizar el derecho a la libertad económica de los operadores de las telecomunicaciones, pero al mismo tiempo, establecer las condiciones idóneas para que los medios de comunicación, satisfagan el derecho fundamental de las personas a estar informados en condiciones de veracidad, oportunidad e imparcialidad.

En el marco del interés general que resulta inmanente al sector de las telecomunicaciones como elemento instrumental del derecho a la información, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone en el artículo 156.28, la sujeción del régimen y la administración del espectro electromagnético a la reserva legal y de allí, la positivización de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la cual establece en su disposición primera, que dicho complejo normativo tiene por objeto establecer el marco legal de regulación general del sector, a objeto de salvaguardar la libertad fundamental de las personas a la comunicación y de igual modo, establecer las condiciones legales necesarias para la realización de las actividades económicas en la materia.

De esta forma y sin menoscabo del carácter axiomático de la libertad económica, el legislador desarrolla el *supra* referido principio regulatorio, sobre la base del interés general que la propia Ley bajo análisis reconoce en su artículo 5 y de acuerdo al cual, se establece que el contenido de las transmisiones o comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones podrá someterse a las limitaciones y restricciones que por razones de interés público establezca la Constitución y la ley.

Es precisamente en el marco regulatorio del complejo normativo *in commento*, que el artículo 192 establece una carga de servicio, destinada a maximizar el acceso a la información considerada por el Ejecutivo Nacional como relevante al colectivo y que por ende, exija una cobertura mínima uniforme cuya atención vaya más allá del mercado permitiendo la accesibilidad noticiosa a la ciudadanía.

Efectivamente, la señalada norma establece una obligación de servicio universal que impone a los operadores la transmisión de mensajes o alocuciones oficiales del Ejecutivo Nacional, en pro de la divulgación de información en condiciones de igualdad y universalidad, tal como exige el interés general que gravita sobre el ámbito comunicacional y sin que ello, constituya *per se* una actuación arbitraria de los órganos superiores del Poder Ejecutivo Nacional, pues la orden impartida conforme a la norma impugnada, como toda actividad administrativa del Estado, conlleva a que su ejercicio se enmarque en lo que la doctrina denomina el principio de interdicción de la arbitrariedad del Poder Público, cuya vigencia no sólo entraña la sumisión del Estado, al principio de legalidad y competencia, sino que para el caso de actuaciones discrecionales, resulta menester observar el principio de razonabilidad, que comprende la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad, de acuerdo a los cuales, la eventual actuación de un órgano o ente del Estado, debe resultar apta para los fines perseguidos, requerida ante una situación de hecho determinada y finalmente, adecuada a las circunstancias en concreto, pues de lo contrario se plantearía una medida injustificada.

Como resultado de lo antes expuesto, la exégesis de la norma bajo análisis debe desarrollarse en el marco de la relevancia social que la actividad de las telecomunicaciones presenta y conforme a la cual, se ha conformado un régimen jurídico exorbitante, que responde al carácter social del Estado y se armoniza con las exigencias constitucionales de los artículos 58 y 108 del Texto Fundamental, relativas al derecho a la información y al papel de los medios en la satisfacción del mismo, toda vez que coloca a la ciudadanía en condiciones de igualdad real sobre las oportunidades de acceso a la comunicación de relevancia general, corrigiendo eventuales desequilibrios en la transmisión de mensajes cuyo conocimiento resulta necesario para el colectivo.

Por tanto, lejos de menoscabar las referidas normas constitucionales, el artículo 192 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se enmarca dentro del principio regulatorio que informa al Estado Venezolano y que ha sido aplicado al sector de las telecomunicaciones, en virtud de la dimensión social del derecho a comunicar y al correlativo deber que tiene el Gobierno Nacional, de suministrar información preferente a las personas, para que nadie quede excluido del conocimiento de hechos relevantes a la sociedad.

En consecuencia de lo expuesto, esta Sala desestima los argumentos de violación de los artículos 58 y 108 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y así se declara.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. Régimen del Poder Público Nacional

A. Régimen de la Administración Pública

a. Organización Administrativa: Las Academias. Naturaleza jurídica

TSJ-SC (1986)

23-10-2007

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Impugnación de los artículos 5 (ordinal 3º) 6 y 7 de la Ley sobre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y de los artículos 3 (Parágrafo Primero) y 5 del Reglamento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Las Academias son parte de la Administración Pública, tanto orgánica como funcionalmente. Tal condición deriva de estar inserta en el aparato público y desarrollar actividades públicas.

Como se observa, la presente controversia se centra en la determinación de la naturaleza jurídica de las llamadas Academias, pues resulta claro que su régimen será diverso en caso de ser -o no- instituciones estatales. La lectura de la demanda y de los diferentes escritos de oposición revela que el criterio de cada interviniente en el proceso parte de una, expresa o implícita, toma de posición al respecto. En ese sentido, por ejemplo, resulta evidente que la parte actora hace énfasis en las consideraciones sobre el carácter público de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, mientras que el resto de quienes han manifestado sus criterios lo hacen, sin negar la relevancia de las Academias, en sus aspectos de organización carente de poder público.

Sobre tal naturaleza, la Sala observa:

El término Academia está relacionado con el estudio. De allí que la noción más general que incorpora el *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua* sea la de “*establecimiento docente, público o privado, de carácter profesional, artístico, técnico, o simplemente práctico*”. Aparte de esa concepción muy amplia, existe una noción mucho más restringida, que es la que interesa al caso de autos, según la cual -siguiendo también la definición que aporta el mismo Diccionario- una Academia es una “*sociedad científica, literaria o artística establecida con autoridad pública*”.

En este último sentido, las Academias son agrupaciones de individuos, con especial saber en determinada área, a las que se les dota de ciertas facultades que derivan del prestigio de sus miembros y de la utilidad que pueden representar para la colectividad. De hecho, esta Sala ha invocado las definiciones que proporciona una Academia -la Real Academia Española de la Lengua-, agrupación en la que los hispanohablantes de España, de América y de otras partes del mundo confían al momento de solventar dudas sobre el idioma. El prestigio de las Academias -que es derivado del reconocimiento de sus integrantes- les ubica en lugar de relevancia.

Son siete las Academias, en ese sentido estricto, que existen en Venezuela, tres de las cuales participan en este proceso. Se trata, en el mismo orden en que fueron creadas, de las siguientes: 1) Academia de la Lengua (correspondiente de la Real Academia Española), creada por Decreto Presidencial en 1883; 2) Academia Nacional de la Historia, creada también por Decreto Presidencial en 1888; 3) Academia Nacional de Medicina, creada esta vez por Ley, en el año 1904; 4) Academia de Ciencias Políticas y Sociales, creada también por Ley en el año 1915; 5) Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales, creada por Ley de 1917; 6) Academia Nacional de Ciencias Económicas, mucho más reciente, creada por Ley en el año 1983; y 7) Academia Nacional de la Ingeniería y el Hábitat, creada por Ley en el año 1998.

Como se observa, las siete Academias fueron creadas por actos del Poder Público: dos por Decreto Presidencial y cinco por Ley. Sólo fueron creadas por Decreto las primeras, mientras que la ley fue la vía empleada para las sucesivas. Ha existido, además, un tiempo

considerable entre la creación de las primeras y las últimas (1883 la primera; 1998, la última), lo que ha significado, según se reseñará más adelante, alguna diferencia en su regulación, en especial lo relacionado con la postulación de los candidatos, que es el aspecto debatido en esta causa.

La doctrina nacional ha dedicado poca atención a las Academias, si bien el aspecto que más la ha ocupado es el relacionado con su naturaleza jurídica, en particular, la determinación de su personalidad jurídica. El caso es que en Venezuela únicamente se reconoce expresamente personalidad jurídica a dos de las Academias, justamente las de más reciente creación: la de Ciencias Económicas y de la Ingeniería y el Hábitat. No sólo se declara su personalidad, sino que, además, se le califica como *pública*. De ese modo, se dispone en sus leyes de creación que se trata de corporaciones “*de carácter público, con personalidad jurídica, patrimonio distinto del Fisco Nacional, autonomía académica, organizativa y económica*”.

El resto de las Academias no tienen reconocida, expresamente, su personalidad, si bien existe casi unanimidad doctrinal en admitirla, bajo el argumento de que la expresión que se utiliza en sus actos de creación (“*corporación*”) es un reconocimiento implícito de su personalidad.

Una vez reconocida la personalidad jurídica de todas las Academias, la doctrina nacional es también casi unánime en afirmar que se trata de *personas de Derecho Público*, es decir, sometidas a un régimen especial, distinto al de los particulares. Sin embargo, tal calificación no implica, para la mayor parte de la doctrina nacional, que sean parte de los Poderes Públicos, es decir, que se les pueda concebir dentro del organigrama funcional del Estado. Según la doctrina, serían personas públicas, de manera similar a los colegios profesionales.

Sobre la naturaleza de las Academias, la Sala estima que se trata de personas jurídicas de Derecho Público, sometidas, por tanto, no sólo a un régimen preponderantemente *iuspúblicista*, sino que están encuadradas en la estructura del Estado, razón que las hace sujetarse a los límites que se exigen para todos los entes por los cuales el Estado actúa. Por su función, se trata -dentro del Estado- de entes administrativos. Así, las Academias son parte de la *Administración Pública*, tanto orgánica como funcionalmente. Tal condición deriva de estar inserta en el aparato público y desarrollar actividades públicas.

La Procuraduría General de la República, en su escrito de oposición, sostuvo que la Academia de Ciencias Políticas y Sociales “*no forma parte del Poder Público*”. La Sala entiende que efectivamente no *ejercen* poder público, en el sentido de *auctoritas*, pero sí son parte de la Administración Pública. La Procuraduría General se basa “*en la especialidad de la función que desempeña*”, para negar su encuadramiento en la Administración, sin parecer reparar en que es precisamente su función lo que la hace ente público, como se verá al reseñar las funciones legalmente asignadas a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

La Procuraduría, además, parece concebir a la Administración con base en un curioso criterio cuantitativo, pues rechaza la demanda porque significaría aumentar el número de integrantes de la Academia -lo que en realidad no es parte de las pretensiones de los accionantes-, temiendo que “*eleva a un número considerable de miembros desvirtuaría su propósito o razón de ser, y sería una institución más con características propias de la Administración Pública, no siendo éste, el espíritu de su creación*”. Pareciera ser -no se entiende cómo- que mientras más personas formen la Academia, ese ente se acercará más a la condición de Administración Pública, en infracción -tampoco se explica cómo- del supuesto espíritu de la Ley.

La Sala recuerda, sin embargo, que no existe relación alguna entre ese supuesto incremento y la naturaleza estatal del ente, sin dejar de mencionar que el espíritu de la Ley pareciera más bien convertirla en Administración, a través de su expresa calificación como “*institución oficial*”, contenida en el artículo 12 de su Ley de creación.

Basta observar el origen de las Academias para descubrir su integración en el aparato estatal: las crea el Estado para atender algunos de sus cometidos y designa para ello a personas de reconocido prestigio que le permitan alcanzar sus objetivos (según artículo 3 de la Ley: “*La elección de miembros de la Academia se hará entre Abogados o Doctores de Ciencias Políticas o sabios venezolanos que reúnan las condiciones siguientes: Haber escrito alguna obra, bien reputada generalmente, sobre Ciencias Políticas y Sociales, o haber desempeñado por más de cuatro años en alguna de las Universidades de la República o en cualquier plantel autorizado para ello, alguna cátedra sobre tales materias, o haber sido codificador o miembro revisor de las Comisiones de Códigos creados por el Gobierno Nacional, y poseer reconocida e incontestable competencia en el dominio de las Ciencias Políticas*”).

El Estado las crea, aunque con el propósito de que se incorporen a ella personas destacadas en la disciplina de las ciencias políticas y sociales. A ese ente le confiere una serie de competencias, así no sean Poder Público en sentido estricto. Es suficiente leer el artículo 3 de la Ley sobre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales para comprobar que se trata de una organización de marcado carácter estatal. Varios de los numerales de ese artículo revelan que se trata de entidad con funciones *consultivas*, a través de la cual el Ejecutivo Nacional (e incluso estatal) pueden obtener criterios calificados, que le sirvan para el desarrollo de sus actividades. Se dispone así en el artículo 3°:

“*Son atribuciones de la Academia:*

1. *Propender al desarrollo y progreso de las Ciencias Políticas y Sociales en general.*
2. *Cooperar al progreso y mejora de la legislación venezolana, ya por medio de estudios sobre puntos determinados, que se publicarán en el órgano oficial de la Corporación, o promoviendo certámenes de acuerdo con sus Estatutos.*
3. *Redactar y revisar los proyectos de Códigos y demás leyes de carácter general que el Ejecutivo Federal crea conveniente someter a su estudio con el fin de presentarlos oportunamente a las Cámaras Legislativas.*
4. *Redactar y revisar los Proyectos de Leyes de carácter local que el Ejecutivo de algún Estado creyere conveniente a someter a su estudio con el fin de presentarlos oportunamente a su Legislatura.*
5. *Cumplir cualquier otro encargo relativo a Leyes o a disposiciones reglamentarias que le confíe el Ejecutivo Federal o el de algún Estado de la República.*
6. *Informar igualmente sobre cualesquiera otras materias que sometan a su estudio el Ejecutivo Federal.*
7. *Formar una biblioteca en la cual figuren las mejores obras de Ciencias Políticas y Sociales, de autores nacionales y extranjeros, y la legislación universal de todos los países cultos.*
8. *Recomendar al Ministro de Instrucción Pública las mejores obras de texto para la enseñanza en la República, de las Ciencias Políticas y Sociales.*
9. *Establecer relaciones con todas las Academias y Cuerpos de igual índole del mundo.*

10. *Ocuparse en todo lo demás que sea propio de la naturaleza y carácter de la Corporación*".

La condición no sólo pública sino estatal de las Academias la recoge la propia Ley impugnada, en su artículo 12, según el cual:

"En la Ley de Presupuesto se fijará la cantidad mensual para el sostenimiento de la Corporación, la cual como Institución Oficial y de utilidad pública, gozará de las franquicias necesarias para su correspondencia oficial, por el correo o telegráficamente, además del apoyo que le prestará la Nación, a los altos fines de su creación".

Erradamente, por tanto, la representación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales aduce que no existe necesidad de intervención ciudadana porque *"no se trata de asuntos públicos en los que la sociedad deba participar, sino de un asunto meramente académico, en el que lo resaltante son los méritos"*. Siendo verdad que lo resaltante son los méritos de los académicos, es falso que no se trate de asuntos públicos. Lo son, sin duda. Así, aunque las Academias no puedan englobarse en la llamada *administración activa*, sí son calificables en la *administración consultiva*.

No toma en cuenta la Academia de Ciencias Políticas y Sociales cuál es el origen de sus recursos, previsto por su Ley de creación y organización: el presupuesto nacional. Como *institución oficial*, se precisa, le corresponde una parte de los ingresos del Estado. No se trata de un aporte gracioso del Estado a particulares por prestar un servicio de relevancia pública o satisfacer una demanda de interés colectivo: consiste, en el caso de autos, en una obligación legal para sostener una institución oficial, al igual como el Estado mantiene -sin perjuicio de que obtengan otras fuentes adicionales de ingreso- todo el sector público.

La propia Academia de Ciencias Políticas y Sociales informó a esta Sala, en virtud del auto para mejor proveer, que su presupuesto proviene de los recursos que proporciona el Estado y que sólo recibe aportes privados de manera esporádica (en el informe remitido a esta Sala, en atención al auto para mejor proveer, se hace saber que apenas han recibido apoyo económico mínimo para eventos concretos, como sería el caso de dinero para proporcionar billetes de avión para conferencistas extranjeros).

El aporte estatal a las Academias se observa claramente en la Ley de Presupuesto de cada año, en la que las siete Academias venezolanas aparecen como organizaciones que reciben sus asignaciones a través del Ministerio del Poder Popular para la Educación, al igual que el conjunto de los entes que tiene adscritos.

Resulta incomprensible para la Sala, por tanto, que la Procuraduría General de la República pretenda restar importancia a las funciones de las Academias, a fin de justificar que dentro de su seno no existe necesidad de tutelar la igualdad entre la ciudadanía. Sostuvo esa representación que no procede la demanda de violación a la igualdad, pues tal igualdad sólo cabe hacerla valer frente a *"una acción u omisión de la administración que afecte a un particular, y no, como en el caso que nos ocupa, por la actividad que desarrolle un ente corporativo de carácter científico, cuyas decisiones solo afecta (sic) a sus integrantes"*.

No es cierto que la actividad de las Academias -y en concreto, de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales- sólo tenga incidencia sobre sus integrantes. Se incurre en una indebida simplificación cuando se vincula el carácter científico de tal Academia -que no se discute en autos- con una intrascendencia de su actividad respecto de la colectividad. Por el contrario, las Academias se crean para que tengan un efecto positivo en el desarrollo del país. En el caso de la referida Academia de Ciencias Políticas y Sociales, sus competencias se centran en el mejoramiento del ordenamiento jurídico y de las instituciones del Estado.

La simplificación que hace la Procuraduría General de la República permite pensar en un grupo reducido de personas que trabajan para sí mismas, cuando no debe ser así. Sería un contrasentido que el Legislador se ocupe de crear entes y obligar al Ejecutivo a financiarlos, si se tratase en realidad de algo meramente privado, sin incidencia en terceros. Es un caso, relevante en la organización administrativa, de entes creados por el Estado, integrados por personas que asumen una función pública, sin que por ello queden imposibilitados para el desarrollo de sus actividades particulares, de tenerlas. Ello ocurre, con frecuencia, en la Administración consultiva, lo que parecen olvidar los opositores a esta demanda.

Además, en el caso de autos la Procuraduría parte de un falso supuesto, pues afirma que no existe una conducta que afecte a particulares que pretendan encontrarse en idéntica posición a otros y que, sin embargo, no logren la misma protección. Si se observa con cuidado, se nota fácilmente que hay terceras personas interesadas en el aspecto concreto que se denuncia en esta causa: en ser también postulable a la Academia, sin necesidad de contar con el aval previo de tres o cinco, según el caso, Individuos de Número. Resulta difícil sostener que nadie ajeno a la Corporación tiene interés en ella, salvo que sea llamado a incorporarse, que es lo que está en el fondo de esa afirmación.

Para la Sala, sí existe desigualdad entre las personas cuando se permite que sólo puedan postularse a quienes cuenten con aval previo de una parte de quienes harán la elección final. Escoger internamente a los integrantes de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales no es inconstitucional, como no lo es en el caso de las Universidades, cuyos profesores escogen por concurso a los nuevos profesores. Sí lo es, en cambio, cuando esa escogencia interna se hace sin control alguno (como es el caso, donde no existe la más mínima medición de credenciales, quedando sólo al buen juicio de los Individuos de Número) y donde no se permite que tengan posibilidades de ingreso quienes no cuentan con relaciones previas suficientes entre los Individuos de Número de la Academia. Un proceso de selección de servidores públicos, incluso en corporaciones científicas, no puede desconocer la apertura democrática a la sociedad. Es obvio que un ente financiado por el Estado no puede actuar de manera excluyente.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONOMICO DEL ESTADO

1. *Intervención del Estado en la economía*

TSJ-SPA (1915)

28-11-2007

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Federación Nacional de Ganaderos de Venezuela (FEDENAGA) y Asociación Civil de Ganaderos de Machiques (GADEMA) vs. Decreto N° 2.292 emanado del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela publicado en la *G.O.* N° 37.624 de 4-2-2003

La actuación e intervención del Estado en la economía nacional tiene por finalidad asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad, ello como resultado del referido modelo de Estado Social. De allí, que en el mismo Capítulo I de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se disponga un entramado de normas tendentes a obtener la efectividad del referido sistema, a través de la promoción y el fomento de diversas actividades de los particulares a fin de elevar el nivel de vida de la población y por ende, el desarrollo humano integral.

Ahora bien, para una mejor comprensión de la materia que se analiza, este Máximo Tribunal debe destacar que en el marco de las atribuciones conferidas al Presidente de la República destaca la *actividad de fomento*, entendida como aquella técnica de intervención administrativa dirigida fundamentalmente, a incentivar y promocionar la acción de los particulares hacia fines de interés público o general.

Al respecto, resulta pertinente señalar que dicha actividad administrativa es una de las principales manifestaciones del *Estado Social* establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que este particular modelo de Estado se expresa mediante el desarrollo de políticas interesadas en el bienestar general y en la conducción prioritaria de los intereses colectivos y la consecución de tales fines exige que la Administración se esfuerce en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes una vida digna.

De allí, que este modelo de Estado Social consagrado en el artículo 2 del Texto Fundamental se proyecta como uno de los fines esenciales que tiene el Estado, establecidos en el artículo 3 *eiusdem*, al disponer entre otros de igual trascendencia, *la promoción de la prosperidad y el bienestar del pueblo*.

En el mismo orden de ideas, se debe indicar que la proyección del Estado Social, según las previsiones del referido artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, compromete no sólo la responsabilidad del Estado en la satisfacción de las necesidades primigenias de la comunidad, sino que adicionalmente compromete la responsabilidad de los particulares en virtud del *principio de solidaridad* que dirige su actuación hacia la consecución de un fin público.

Dicho principio de solidaridad rige asimismo el régimen socioeconómico consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyas características se encuentran establecidas en el artículo 299 en los términos siguientes:

"...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..."

Por consiguiente, conforme al citado artículo del Texto Fundamental, la actuación e intervención del Estado en la economía nacional tiene por finalidad *asegurar el desarrollo humano integral* y una existencia digna y provechosa para la colectividad, ello como resultado del referido modelo de Estado Social. De allí, que en el mismo Capítulo I (*Del régimen socioeconómico y de la función del Estado en la Economía*) del Título VI (*DEL SISTEMA SOCIECONÓMICO*), de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se disponga un entramado de normas tendentes a obtener la efectividad del referido sistema, a través de la promoción y el fomento de diversas actividades de los particulares a fin de elevar el nivel de vida de la población y por ende, el desarrollo humano integral.

En consecuencia, las disposiciones contenidas en los referidos artículos 305, 306 y 307 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales como se ha indicado,

constituyen el fundamento del decreto presidencial impugnado, establecen diversas medidas por parte del Estado y en tal sentido, por parte del Presidente de la República, de orden financiero, comercial, transferencia tecnológica, tenencia de la tierra, infraestructura, capacitación de mano de obra y cualquier otra que fuere necesaria para alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento. (artículo 305 *eiusdem*).

Esta serie de medidas o técnicas de intervención de la Administración, son una clara manifestación de la actividad de fomento, actividad administrativa ésta, que en sentido amplio, puede provenir de actos de rango legal o infralegal, expresados en determinadas normas de comportamiento que en el caso particular que nos ocupa, fueron dictadas por el Presidente de la República, quien es la máxima autoridad administrativa, a fin de *garantizar la seguridad alimentaria*, pues el decreto que se recurre fue dictado en el marco de un eventual desabastecimiento e inestabilidad económica. De allí que en éste se estipule entre sus considerandos, lo siguiente:

“...CONSIDERANDO

Que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el deber del Estado de proveer la agricultura sustentable como base estratégica del desarrollo rural integral, que garantiza la seguridad agroalimentaria, entendida como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en todo el territorio nacional,

CONSIDERANDO

Que el Estado venezolano como consecuencia de las maniobras desestabilizadoras protagonizadas por grupos que pretenden sumir el país en un estado de inestabilidad económica, propiciando el desabastecimiento y atacando el aparato productivo del país, se ha visto en la necesidad de importar rubros alimenticios que tradicionalmente han sido de producción nacional,

CONSIDERANDO

Que la seguridad agroalimentaria constituye un elemento esencial a fin de preservar la salud y el bienestar general del colectivo y que ambos elementos forman parte de la concepción de Soberanía Nacional,

CONSIDERANDO

Que la República y sus entes descentralizados funcionalmente poseen extensas porciones de tierra que en la actualidad se encuentran incultas y no están destinadas al cumplimiento de un fin específico...”.

De la lectura anterior del Decreto N° 2.292, se evidencian las condiciones bajo las cuales dicho instrumento fue dictado y que a su vez justifican el ejercicio de las atribuciones constitucionales conferidas al Presidente de la República en el contexto y desarrollo de los mencionados artículos 305, 306 y 307 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, conforme también con las finalidades perseguidas en el entonces vigente Decreto N° 1546 con Rango y Fuerza de Tierras y Desarrollo Agrario.

Así, se advierte que al disponer el ciudadano Presidente de la República en Consejo de Ministros, en el artículo 1° del decreto en referencia (impugnado), que las tierras pertenecientes a los institutos autónomos, empresas del Estado, las de las demás personas en las que los entes mencionados, tengan una participación superior al 50% del capital social y las fundaciones del Estado, deben ser enajenadas al Instituto Nacional de Tierras, no se invade la esfera de competencia de ningún otro órgano o autoridad establecida en el ordenamiento

jurídico y tampoco se están usurpando las funciones acordadas al Directorio del instituto autónomo en referencia.

Ahora bien, se debe destacar que conforme lo establece el propio decreto impugnado, las enajenaciones previstas al Instituto Nacional de Tierras de los referidos terrenos, sólo tienen lugar cuando se cumpla con las dos condiciones allí establecidas, esto es: la primera, que dichas tierras no sean necesarias para el cumplimiento de los fines de las personas jurídico-públicas mencionadas en el citado artículo 1° del referido decreto presidencial y la segunda, que se trate de tierras incultas.

En tal sentido se observa, que tanto el Decreto N° 1.546 con Rango y Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, como la vigente Ley de Tierras de fecha 18 de mayo de 2005, establece entre las atribuciones del Directorio en cuestión, la de acordar la intervención de tierras ociosas o incultas de manera preventiva en los casos previstos en la Ley.

No obstante lo anterior, lo expuesto no significa que se haya invadido la esfera de competencias atribuidas al Directorio en mención, ya como se indicó anteriormente, el mismo artículo 1° en su último aparte consagra que sólo el Instituto Nacional de Tierras es el órgano encargado de proceder a la emisión de Cartas Agrarias, bajo el entendido de que éstas constituyen "...actos administrativos emanados del Instituto Nacional de Tierras, conforme los cuales se confieren-provisionalmente, y hasta tanto se efectúe la adjudicación definitiva, según lo previsto en los artículos 62 y siguientes de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario- derechos de ocupación y explotación agrícola sobre fundos incultos propiedad de las personas jurídico-públicas nacionales indicadas en el artículo 1° del Decreto N° 2.292, a favor de las agrupaciones campesinas que -de forma previa- hayan manifestado su voluntad de desarrollar una actividad productiva en el predio de que se trate..." (Sent. de SC-TSJ N° 404 de fecha 5 de abril de 2005).

En criterio de la Sala, lo indicado deja en evidencia que la finalidad perseguida en el decreto impugnado, con la emisión de las Cartas Agrarias, realmente se corresponde con los objetivos previstos originalmente en el entonces vigente Decreto N° 1.546 con Rango y Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario ya citado, (actualmente prevista en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario), así como también, guarda la debida correspondencia con los referidos artículos 305, 306 y 307 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales constituyen como se señaló anteriormente, el fundamento no sólo de los referidos instrumentos jurídicos, sino también del Decreto N° 2.292.

Lo expuesto, cobra particular importancia a efectos de desechar la denunciada incompetencia manifiesta del Presidente de la República por usurpación de funciones, ya que en criterio de este Máximo Tribunal, el acto de naturaleza normativa y por ende, de efectos generales impugnado, dictado por el mencionado funcionario no desborda los límites materiales de la constitucionalidad y la legalidad, ya que el fin perseguido con dicho instrumento, es el de garantizar la *seguridad agroalimentaria* a nivel nacional, cuestión que constituye una manifestación de la actividad de fomento dirigida a materializar el modelo de Estado Social y por ende, a *promocionar la prosperidad y el bienestar del pueblo*, como fin esencial del dicho modelo de Estado (Artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

En consecuencia, con la entrada en vigencia del Decreto N° 2.292 y con ello, el otorgamiento de las Cartas Agrarias por parte del Instituto Nacional de Tierras a agrupaciones campesinas para la ocupación y cultivo de tierras incultas propiedad de las personas jurídico-públicas ya referidas, no se usurparon las funciones del Directorio del mencionado Instituto y tampoco se incurrió en el vicio de incompetencia manifiesta denunciado.

En el mismo orden de ideas, siendo que la Resolución N° 177 emanada del Presidente del Instituto Nacional de Tierras el 11 de febrero de 2003, fue impugnada por las accionantes aduciendo que ésta incurrió en los mismos vicios que el referido Decreto N° 2.292, por cuanto éste último le sirve de fundamento, la Sala debe reproducir los argumentos utilizados para desechar las denuncias expuestas en contra de dicho decreto presidencial, pues como se indicó, este último no se encuentra viciado por incompetencia ya que no usurpó las funciones establecidas al Directorio del Instituto Nacional de Tierras. Así se declara.

Por el contrario, de la lectura de la Resolución N° 177 se evidencia que es el propio Instituto, el que se encarga de autorizar y adjudicar las mencionadas Cartas Agrarias, cuestión que en modo alguno significa para la Sala que se han usurpado las funciones atribuidas a dicho organismo en el entonces vigente Decreto N° 1.546 con Rango y Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, (reproducidas también en la vigente Ley de Tierras y Desarrollo Agrario) y más trascendente aún, tampoco se ha desviado la finalidad perseguida en dicho instrumento jurídico.

2. *Propiedad y Expropiación*

A *Propiedad*

a. *Libertad económica*

TSJ-SC (2152)

14-11-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasqueño López

Caso: Impugnación del artículo 192 de la Ley de Telecomunicaciones

El Estado debe garantizar el derecho a la libertad económica de los operadores de las telecomunicaciones, pero al mismo tiempo, establecer las condiciones idóneas para que los medios de comunicación, satisfagan el derecho fundamental de las personas a estar informados en condiciones de veracidad, oportunidad e imparcialidad.

Del análisis de la disposición transcrita se desprende, que el constituyente, en el contexto del principio de libertad (artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) que informa como valor fundamental al ordenamiento jurídico venezolano, desarrolló el derecho a la libertad económica, igualmente denominado derecho a la libertad de empresa, como una situación jurídica activa o en términos de Santamaría Pastor, una situación de poder, que vista desde la perspectiva positiva, faculta a los sujetos de derecho a realizar cualquier actividad económica, siempre que ésta no esté expresamente prohibida o que en el caso de estar regulada, se cumpla con las condiciones legalmente establecidas para su desarrollo.

Lo antes expuesto, permite deducir la vertiente negativa del derecho *in commento*, según la cual la situación de libertad, conlleva la prohibición general de perturbación de las posibilidades de desarrollo de una actividad económica, mientras el sistema normativo no prescriba lo contrario, con lo cual se reconoce de igual manera, el principio de regulación, como uno de los aspectos esenciales del Estado social de derecho a que se refiere el artículo 2 del Texto Fundamental.

Ambos valores esenciales -libertad de empresa y regulación económica-, se encuentran en la base del sistema político instaurado, sin que ninguno pueda erigirse como un valor

absoluto, propenso a avasallar a cualquier otro que se le interponga. Antes bien, se impone la máxima del equilibrio según la cual, los valores están llamados a convivir armoniosamente, mediante la producción de mutuas concesiones y ello implica, que las exigencias de cada uno de ellos, no sean asumidas con carácter rígido o dogmático, sino con la suficiente flexibilidad para posibilitar su concordancia.

De este modo, las colisiones o conflictos entre valores o derechos, que lleva inherente el carácter mixto de la denominada Constitución económica, permite mantener la armonía del sistema, no mediante la sumisión total de unos valores sustentada en alguna pretendida prevalencia abstracta u ontológica de uno sobre otro, sino mediante el aseguramiento, en la mayor medida posible, de la observancia de cada valor, fijando el punto de equilibrio en atención a las circunstancias del caso y a los principios del ordenamiento.

El comentado punto de equilibrio, se logra a través del principio de compatibilidad con el sistema democrático, que impera en materia de limitación de derechos fundamentales y de acuerdo al cual, las citadas restricciones deben responder al contexto constitucional en el que habrán de ser dictadas. Así, a través del denominado control democrático, que no es más que un análisis de la vigencia del principio de racionalidad, debe constatar que la actuación del Estado sea idónea, necesaria y proporcional al objetivo perseguido, es decir, que sea apta para los fines que se buscan, requerida ante la inexistencia de una medida menos gravosa para el derecho y finalmente, que la intervención no resulte lesiva, sino suficientemente significativa, pues de lo contrario se plantea una limitación injustificada.

De esta forma, si el ejercicio del derecho se ve limitado excesivamente, la medida de- vendrá en desproporcionada y por ende, inconstitucional, con lo cual no es suficiente su idoneidad, sino la valoración de un propósito donde deben preponderar los requerimientos sociales del pleno goce de los derechos involucrados, sin trascender de lo estrictamente necesario, pues tal como se desprende del artículo 3 del Texto Fundamental vigente, el Estado venezolano tiene una vocación instrumental que como todo Estado constitucional de derecho, propende al goce y salvaguarda de los derechos fundamentales en un contexto social.

B. *Prohibición de confiscación*

TSJ-SC (2152)

14-11-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasqueño López

Caso: Impugnación del artículo 192 de la Ley de Telecomunicaciones

La prohibición de actividad confiscatoria, no es una protección constitucional sobre los bienes específicos de los administrados, sino una garantía del grado de afectación sobre sus derechos reales, por lo que reviste un límite dogmático al *quantum* de las medidas estatales que inciden en el patrimonio de las personas

Igualmente, el accionante denunció la violación de los artículos 115 y 116 del Texto Fundamental, alegando el presunto carácter confiscatorio de la norma impugnada. Al respecto, el referido artículo 116 de la Constitución vigente dispone un marco conforme al cual, salvo los casos permitidos por el propio Texto constitucional y excepcionalmente, las materias relacionadas a los delitos contra el patrimonio público y el tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, no es posible decretar ni ejecutar la *confiscatio*, toda vez que esta medida, ha estado -salvo las excepciones constitucionalmente admitidas- excluida de las

instituciones del ordenamiento jurídico venezolano, desde los propios tiempos independentistas, en razón del carácter excesivamente dañoso que presenta en el patrimonio del sujeto a quien le es aplicada.

Tal castigo, sobre la cual Voltaire expresó, que “*en todos los casos, no es otra cosa que una rapiña...*” es una sanción que de acuerdo a Dromi (*Derecho Administrativo*. 1996. Editorial Ciudad Argentina. p. 620), procede a través de vías penales, civiles, administrativas y fiscales e implica, un desapoderamiento de parte esencial de los bienes de la persona, que por tanto, excede un porcentaje razonable de punición, constituyéndose en una sanción desproporcionada que resulta violatoria del derecho de propiedad.

En el mismo sentido, Marienhoff M. (*Tratado de derecho Administrativo*. 1965. Editorial Abeledo Perrot. Tomo IV. Pág. 499), recoge esta noción según la cual, las confiscaciones pueden derivar de actos expresos de naturaleza civil, administrativa, fiscal o penal y de igual forma, sostiene que se trata del apoderamiento de todos los bienes de una persona, o al menos de la mayoría de estos, por lo que resultará confiscatoria, aquella exigencia de pago cuyo monto absorba todo o gran parte del capital o renta de quien resulte obligado.

Por ello, la prohibición de actividad confiscatoria, no es una protección constitucional sobre los bienes específicos de los administrados, sino una garantía del grado de afectación sobre sus derechos reales, por lo que reviste un límite dogmático al *quantum* de las medidas estatales que inciden en el patrimonio de las personas.

De este modo, el Constituyente limitó al legislador en la extensión de las medidas que afectan pecuniariamente a los sujetos de derecho, proporcionándole unos parámetros o un esquema de adecuación entre la actuación del Poder Público y la incidencia en los administrados de acuerdo al cual, no se debe exceder de manera indudable, el grado de restricción necesaria de la libertad, para lograr la preservación de los intereses generales.

Ante la situación planteada, la prohibición de confiscatoriedad se encuentra vinculada al principio de razonabilidad que debe guiar el ajuste entre la actuación del Estado y la afectación a la esfera jurídica de un sujeto de derecho, para lo cual, debe cuidarse que la actividad no alcance formal o sustancialmente la confiscación de los bienes de la persona, lo cual ocurre ante el desapoderamiento total de los bienes o de su equivalente, pues ello provoca en términos de Valdés (*Curso de Derecho Tributario*. 1996. Ediciones De Palma. p. 128), un sacrificio económico excesivo.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, el artículo 192 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones impone a los operadores del sector una carga de servicio, pero contrariamente a lo denunciado, dicha carga no afecta *per se* la totalidad de los bienes o una parte sustancial de los operadores. Antes bien, los medios de comunicación, ni sufren el desapoderamiento de sus equipos o infraestructura, ni de los ingresos que su actividad genera, sino que presentan una merma en el desarrollo de su actividad comercial por el espacio que dure el mensaje o alocución, el cual se constata por hecho notorio, que en ningún caso se extiende a copar la mayor parte de las transmisiones de un canal de radio o televisión.

Es evidente entonces, que la disposición impugnada no presenta una desproporción irracional, entre el deber social de los medios en la satisfacción del derecho a la información y los efectos económicos que pueden causar la transmisión gratuita de un mensaje o alocución.

En tal virtud, se desestiman los argumentos anulatorios esgrimidos sobre la base del supuesto carácter confiscatorio y lesivo del derecho de propiedad del artículo 192 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y así se decide.

3. *Expropiación: Procedimiento expropiatorio. Ocupación previa*

CSCA

7-11-2007

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Por mandato expreso del artículo 56 de la vigente Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, 51 de la derogada ley, se requiere como requisito para la procedencia de la declaratoria de ocupación previa que “el ente expropiante consigne la cantidad en que hubiere sido justipreciado el bien”.

Realizado el estudio individual del expediente, esta Corte pasa a decidir previas las siguientes consideraciones:

Previo a pronunciarse en torno al caso de marras, debe tenerse en cuenta que, a los fines de adelantar la posesión efectiva del inmueble objeto de expropiación, deben ser cubiertas ciertas formalidades, tal como lo señaló la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 11 de febrero de 1992 (criterio reiterado en numerosas sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, entre ellas, la del 30 de enero de 2003, caso: *la República vs. Arquidiócesis de Caracas*, Santa Iglesia Parroquial de la Divina Pastora, la del 15 de mayo de 2003, caso: *la República vs. INVERSIONES DAMAMAR S.A.*), que al efecto expresó acertadamente lo siguiente:

“La medida de ocupación previa, por su misma naturaleza, lleva implícita la noción de urgencia en la realización de la obra, que constituye precisamente fundamento racional y necesario, de esta institución en el procedimiento expropiatorio. Para responder a esa naturaleza y a fin de tutelar los derechos de los propietarios, los artículos 51 y 52 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social prevén para que la susodicha ocupación previa pueda ser otorgada previo el cumplimiento de las siguientes formalidades: a) que la obra a ser ejecutada sea de las consideradas como de utilidad pública por el artículo 11 de la Ley, es decir, aquellas que se encuentren exceptuadas de la formalidad de la declaratoria previa de utilidad pública por ser evidentemente de esta naturaleza; b) que el expropiante considere la ejecución de la obra como de urgente realización; c) que se justiprecie el inmueble por la comisión de expertos a que se refiere el artículo 16 en su último aparte; d) que haya introducido la demanda de expropiación, valorado el inmueble; f) que se haya dado aviso al propietario y al ocupante; g) que se haya llevado a cabo una inspección judicial sobre el bien, a objeto de dejar constancia de las circunstancias que han de ser tomadas en cuenta para la determinación del justiprecio definitivo del inmueble”.

Cabe destacar que la sentencia anteriormente transcrita alude a la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, que fue refrendada el 4 de noviembre de 1947, la cual, debe precisarse, quedó derogada ante la entrada en vigencia de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 324.340, en fecha 1° de julio de 2002.

Ello así, se observa que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en casos similares al de autos, donde entró en vigencia un nuevo texto normativo, como se indicó supra, expresó que al realizar las consideraciones necesarias a los fines de verificar el cumplimiento de las formalidades requeridas para desestimar o declarar la procedencia de la ocupación previa solicitada por el ente expropiante, debe considerarse que tales formalidades deben ser cónsonas a la luz de las previsiones contenidas en la vigente Ley que regula la materia (tal criterio fue expuesto en sentencias del 30 de enero de 2003, Exp. N° 92-13373, del 15 de mayo de 2003, Exp. N° 87-8080).

En similares términos se expresó la Sala Político-Administrativa de nuestro Máximo Tribunal al manifestar, en sentencia N° 00195 del 7 de febrero de 2007, que:

“(…) sólo basta revisar el cumplimiento de los requisitos contemplados en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social y una vez constatados éstos, se entiende que la ocupación previa podría ser decretada; a saber, principalmente, que se trate de alguna de las obras de utilidad pública especificadas en el artículo 14 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social y siempre que su ejecución se repute de urgente realización por parte de la autoridad correspondiente. Adicionalmente, que la solicitud haya sido introducida ante el tribunal competente; que se haya efectuado el avalúo del bien por parte de la comisión de expertos, de conformidad con lo establecido en el artículo 19 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social; la consignación de la cantidad dineraria arrojada en el informe de avalúo; y el cumplimiento por parte del tribunal, de la inspección judicial del bien objeto de expropiación, previo aviso al propietario y al ocupante; especialmente para dejar constancia de las circunstancias de hecho que deben tenerse en cuenta para fijar el monto definitivo de la justa indemnización”.

En tal sentido, corresponde a esta Corte, en primer término, analizar si la obra a ser ejecutada por el ente expropiante, encuadra dentro de las excepciones de declaratoria de utilidad pública, previstas en el artículo 14 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.

Así, se desprende que el inmueble afectado por el decreto de expropiación, se encuentra dentro de la zona afectada para la construcción de la obra “Autopista Petare Barcelona (Rómulo Betancourt) Tramo: Guatire-Caucagua”, razón por la cual, este Órgano Jurisdiccional estima que la obra a ser realizada se encuentra dentro de las previstas en el artículo 14 eiusdem, y por lo tanto, no amerita la declaratoria de utilidad pública por ser evidentemente de esta naturaleza.

Por otra parte, cursa al folio quinientos sesenta y ocho al quinientos ochenta (568 al 580) del expediente, informe contentivo de los resultados obtenidos por los peritos designados para conformar la comisión de avalúos, arrojando un monto total de DOCE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL BOLÍVARES (Bs. 12.853.000,00) cumpliendo así con el mandato contenido en el último aparte del artículo 56 de la Ley que regula la materia.

Asimismo, con respecto al aviso que debe ser dado al propietario y al ocupante, la Corte observa que mediante auto de fecha 23 de mayo de 1996, el cual cursa en el folio quinientos noventa y cinco y quinientos noventa y seis (595 y 596) del expediente, se ordenó la publicación del Decreto de expropiación, emplazando a los integrantes de la Sucesión Carlos Corao y de Tomas Prieto, los cuales aparecen como propietarios, y a los demás posibles propietarios, ocupantes, poseedores, arrendatarios, acreedores y en general a quien tuviera interés, en uno de los periódicos de mayor circulación de la ciudad de Caracas y en alguno de la localidad, si lo hubiere, por tres (3) veces durante un mes, con intervalos de diez (10) días entre una y otra publicación.

En virtud de lo anterior, se aprecia que efectivamente fueron publicados y consignados los carteles, a tenor de la previsión contenida en los artículos 21 y 22 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, y siendo ello así, el Juzgado de Sustanciación señaló que, por cuanto además de las personas emplazadas, pueden haber otras que tengan o pretendan tener derechos sobre el inmueble objeto de expropiación y que no han comparecido por sí ni por medio de apoderado dentro del lapso establecido en el artículo 23 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social a hacerse parte en el proceso expro-

piatorio, estimó necesario notificar mediante boleta a la abogada Zoraida Frontado de Breto, en su condición de Defensora de Ausentes y no Comparecientes, a los fines de ocurrir al acto de contestación a la solicitud de expropiación, de conformidad con el artículo 24 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, siendo que llegada la oportunidad, no se opuso al procedimiento expropiatorio instaurado por la República.

Adicionalmente, en cuanto a que se haya llevado a cabo una inspección judicial sobre el bien, a objeto de dejar constancia de las circunstancias que han de ser tomadas en cuenta para la determinación del justiprecio definitivo del inmueble, esta instancia observa que el 7 de febrero de 2002, se agregó a los autos oficio N° 2860-599 del 7 de julio de 1999, emanado del Juzgado del Municipio Zamora de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, contenido de las resultas de la comisión conferida por esta Corte, en la cual se dejó constancia que en fecha 1° de julio de 1999, se practicó la inspección judicial ordenada en presencia de integrantes de la Sucesión Carlos Corao y Tomas Prieto, así como de la representación de la República.

Aunado a lo anterior, por mandato expreso del artículo 56 de la vigente Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, 51 de la derogada ley, se requiere como requisito para la procedencia de la declaratoria de ocupación previa que “el ente expropiante consigne la cantidad en que hubiere sido justipreciado el bien”.

Observa esta Corte que este último requisito de consignación de la cantidad en que hubiese sido justipreciado el bien, como elemento indispensable para acordar la ocupación previa del mismo, tiene su fundamento en el resarcimiento de los posible daños y perjuicios que se pudieren ocasionar al propietario, que se ha visto desprovisto de la posesión del inmueble sin decisión definitiva.

Al respecto, luego de un análisis profundo de las actas procesales, no observa esta Corte que haya sido consignada por la representación de la República la cantidad de DOCE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL BOLÍVARES (Bs. 12.853.000,00) resultante del avalúo previo realizado por la comisión de expertos.

En ese sentido, con la finalidad de contrastar la información solicitada, igualmente requiere esta Corte la presentación y consignación por parte de la Procuraduría General de la República de dicho recaudo a los fines del pronunciamiento respectivo. Así se decide.

Tomando en cuenta lo anterior y, dado el carácter de aplicación supletoria que tienen las normas procesales establecidas en el Código de Procedimiento Civil en los juicios contencioso administrativos, siendo la oportunidad procesal para dictar sentencia en torno a los asuntos debatidos en la presente solicitud de expropiación, esta Corte, en aras de realizar un pronunciamiento ajustado al principio de verdad material, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 514 del citado Código de Procedimiento Civil, ORDENA a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, para que dentro del lapso de diez (10) días de despacho siguientes a que conste en autos la notificación del presente auto, consigne en autos prueba del pago correspondiente al avalúo previo realizado por la comisión de expertos, con la advertencia que una vez transcurrido dicho lapso, esta Corte procederá a dictar sentencia con los documentos que consten en autos. Así se decide.

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO1. *Potestad Tributaria Nacional: Hidrocarburos***TSJ-SC****18-10-2007**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Interpretación de los artículos 12, 156, numerales 12, 16 y 32; 179, numeral 2; 180; 183, numeral 1; y 302 de la Constitución de la República

La reserva de poder tributario a favor de la República sobre los hidrocarburos sólo puede afectar a las empresas que se aprovechan de manera directa de esos productos, quedando el resto sometidas a los tributos municipales que se generan por el ejercicio de actividades lucrativas, como cualquier otra empresa.**- Acerca de la exclusión del poder tributario local en razón de la propiedad nacional de los hidrocarburos reconocida por el artículo 12 de la Constitución:**

El artículo 12 de la Constitución, invocado por la empresa actora en apoyo de su tesis acerca de la exclusión de la tributación municipal sobre la actividad de hidrocarburos, dispone:

“Los yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental, pertenecen a la República, son bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles. Las costas marinas son bienes del dominio público”.

Para la accionante, así como para la Procuraduría General de la República, la propiedad nacional de los hidrocarburos implica que sólo pueden exigirse tributos nacionales a las empresas que se dedican a explotarlos o a operar en ese sector económico.

Ahora bien, esta Sala ya ha declarado (sentencia N° 285/2004; caso: “*Alcalde del Municipio Simón Bolívar del Estado Zulia*”) que la titularidad del derecho de propiedad que tenga la República respecto de un bien no implica la exclusión del poder tributario local respecto de las actividades de aprovechamiento de ese bien, salvo que exista prohibición expresa en ese sentido.

En efecto, en ese caso se planteó ante la Sala la posibilidad de entender que los municipios carecen de poder para exigir el impuesto a las actividades económicas cuando esas actividades se desarrollen en o bajo las aguas, debido a que las aguas pertenecen a la “*Nación*” de conformidad con el artículo 304 de la Constitución).

Al respecto la Sala dejó establecido que la propiedad nacional sobre las aguas no tiene incidencia alguna, *por sí misma*, sobre el poder tributario local ni puede explicar que las actividades desarrolladas en ellas queden sólo sometidas al Poder Nacional. Al respecto se sostuvo o en el fallo:

“Para la Sala es clara la confusión en que incurren quienes sostienen que la declaratoria de las aguas como bienes del dominio público nacional implica que las actividades que se lleven a cabo en o bajo las mismas también quedan sometidas al poder exclusivo -en este caso, tributario- de la República.

Ello es un error, estima la Sala, pues al artículo 304 de la Constitución no puede atribírsele un significado mayor al que su propio texto proporciona: las aguas son del dominio público

nacional, por lo que toca a la República su aprovechamiento, como titular del derecho de propiedad. Ahora, nada en esa disposición puede conducir a pensar que lo que suceda en o bajo las aguas también pasa al poder tributario de la República, pues con ello se estaría extendiendo el sentido de la norma.

No entiende la Sala cómo pudo surgir una interpretación semejante, con la que se confunden nociones muy distintas. Dedicarse a actividades relacionadas con la industria de los hidrocarburos, y hacerlo bajo las aguas de un lago, como hacen los accionantes del segundo recurso, no es explotar las aguas, como tan infelizmente se ha afirmado.

(...) sólo confundiendo nociones se puede llegar a concluir que la propiedad sobre las aguas implica un poder absoluto para regularlas y, en especial, para aprovecharse de los tributos sobre cualquier actividad que se desarrolle en ellas. Parece olvidarse, por ejemplo, que la propiedad de las aguas bien pudo ser atribuida a los particulares, con lo que quizás nadie hubiera jamás pensado en relacionar, hasta confundirlas, todas las nociones indicadas.

(...) Si la empresa explotase las aguas sería diferente; el caso es que no lo hace: se trata, en el supuesto objeto de este proceso, de empresas de servicios destinadas a la industria de los hidrocarburos. ¿Qué diferencia hay -haciéndose la Sala la misma pregunta que el actor del primero de los recursos entre desarrollar una misma actividad en tierra o en agua?

(...)

Por lo expuesto, no puede aceptar la Sala que se interprete que la declaratoria de demanialidad que hace el artículo 304 de la Constitución implique afectación de ninguna clase sobre las competencias que antes distintos a la República puedan tener por las actividades desarrolladas en o bajo las aguas. En concreto, las actividades económicas desarrolladas en las aguas son gravables con los impuestos municipales correspondientes, salvo que se trate de un supuesto de excepción expresa. Así se declara.

(...)

Por lo expuesto, esta Sala declara que el artículo 304 de la Constitución de la República debe ser interpretado en el sentido exacto de su letra: que las aguas son del dominio público de la República, aprovechables en beneficio colectivo. Ese dominio ejercido por el Poder Nacional no acepta la exclusión del poder de los otros entes territoriales -en especial los municipios, a través de los impuestos sobre actividades económicas- sobre las actividades que se desarrollen en o bajo las mismas, salvo excepción expresa”.

La Sala, entonces, ha dejado establecido que la propiedad de los bienes a favor de la República (en ese caso, aguas) no tiene como consecuencia la exclusividad de la tributación nacional sobre las actividades relacionadas con tales bienes, “salvo excepción expresa”.

En el caso de autos, por tanto, no puede presuponerse la exclusividad de la República para la tributación de las *actividades* económicas relacionadas con los hidrocarburos. El fundamento de tal exclusividad, de haberla, no sería entonces la propiedad nacional de los yacimientos hidrocarburos, por cuanto es necesario distinguir entre la tributación por *aprovechamiento del bien* y la tributación por *ejercicio de actividades económicas*.

Por supuesto, el aprovechamiento de un bien (aguas, como en el caso del citado fallo N° 285/2004; hidrocarburos, en el presente) puede dar lugar al pago de tributos a su propietario, pero ello es distinto al tributo que puede crearse por el desarrollo de la actividad económica concreta.

Por lo expuesto, **esta Sala declara que la propiedad nacional de los yacimientos de hidrocarburos no tiene incidencia sobre la tributación por el ejercicio de actividades económicas relacionadas con ellos.** Así se declara.

- Acerca de la exclusión del poder tributario local en razón de la reserva legislativa nacional del régimen y administración de los hidrocarburos, consagrada en el numeral 16 del artículo 156 de la Constitución:

La empresa accionante sostuvo que si el régimen y administración de los hidrocarburos está asignado al Poder Nacional por el numeral 16 del artículo 156 de la Constitución, ello debe tener como consecuencia el reconocimiento de la potestad tributaria exclusiva de la República sobre las empresas del sector, argumento que compartió la Procuraduría General de la República.

Para la accionante la reserva del artículo 156.16 de la Constitución abarcaría la materia tributaria, toda vez que la palabra “régimen” se refiere al “conjunto de normas que gobiernan la actividad”. Precisamente esa reserva es la que habría llevado a que la misma disposición previese que la ley establecerá “un sistema de asignaciones económicas especiales en beneficio de los Estados en cuyo territorio se encuentren situados los bienes que se mencionan en este numeral”, lo cual fue desarrollado por la *Ley de Asignaciones Económicas Especiales para los Estados Derivadas de Minas e Hidrocarburos*, que exige la entrega a los estados de un porcentaje de los tributos nacionales sobre las minas y los hidrocarburos, una vez deducido el porcentaje correspondiente al situado constitucional, asignaciones que luego llegarían a los municipios, en virtud de la obligación de administrarlas, “dando prioridad a las inversiones en los municipios donde se explore o exploten dichos recursos”.

La Sala observa, sin embargo, que el asunto que plantea la accionante ha sido tratado en la citada sentencia N° 285/2004, por el cual se interpretó el alcance de la primera parte del artículo 180 de la Constitución, cuyo texto es el siguiente:

“La potestad tributaria que corresponde a los Municipios es distinta y autónoma de las potestades reguladoras que esta Constitución o las leyes atribuyan al Poder Nacional o Estadal sobre determinadas materias o actividades”.

Para la Sala -y así lo declaró-, con lo dispuesto en el artículo 180 de la Constitución de 1999, la discusión acerca de la vinculación entre potestad *reguladora* y potestad *tributaria* quedó definitivamente zanjada a favor de la tesis de la separación de cada una.

En efecto, fue criterio sentado por la Sala en ese fallo que la norma del primer párrafo del artículo 180 de la Constitución es clara: la potestad *tributaria* que corresponde a los Municipios es distinta y autónoma de las potestades *reguladoras* atribuidas al Poder Nacional o Estadal sobre determinadas materias o actividades. Con esa disposición se dejan a salvo las potestades *tributarias locales*, que no deben verse afectadas por lo que sólo son potestades *nacionales de regulación*. Por supuesto, y así lo advirtió la Sala en su oportunidad, ello obliga a precisar, entre las potestades nacionales, cuáles son sólo de regulación.

Según se ha recordado, el caso resuelto por la Sala en el fallo N° 285/2004 se refería al ejercicio de actividades económicas en o bajo las aguas. Aparte de la invocación del artículo 304 de la Constitución (la propiedad nacional de las aguas) la parte accionante había expuesto ante la Sala que otro de los motivos para justificar la supuesta exclusión de la tributación local se hallaba en el artículo 156, pues se establece que es competencia del Poder Nacional la “conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques suelos y aguas” (número 16), así como “la legislación en materia naviera, de sanidad, vivienda, seguridad alimentaria, ambiente, aguas, turismo y ordenación del territorio” (número 23). Al respecto sostuvo la Sala:

“Esos numerales no disponen expresamente que exista una reserva tributaria nacional en esos casos, sino sólo que existe una reserva legal nacional para la regulación de esas materias. Así, el caso de autos se encuadra directamente en la polémica -largamente sostenida acerca de la extensión de las potestades reguladoras, las cuales para algunos abarcan los aspectos tributarios, mientras que ello es negado por otros.

En esa discusión encuentra ahora lugar especial el primer párrafo del artículo 180 de la Constitución, según el cual:

“La potestad tributaria que corresponde a los Municipios es distinta y autónoma de las potestades reguladoras que esta Constitución o las leyes atribuyan al Poder Nacional o Estatal sobre determinadas materias o actividades”.

Como se observa, parece desprenderse de ese artículo que la discusión quedó definitivamente zanjada, a favor de la tesis de la separación de potestades. La norma es clara al respecto: la potestad tributaria que corresponde a los Municipios es distinta y autónoma de las potestades reguladoras atribuidas al Poder Nacional o Estatal sobre determinadas materias o actividades. Con esa disposición se dejan a salvo las potestades tributarias locales, que no deben verse afectadas por lo que sólo sean potestades nacionales de regulación. Por supuesto, ello obliga a precisar, entre las potestades nacionales, cuáles son las reguladoras.

“(…)

La norma sobre la que versa este proceso constituye una de las novedades constitucionales: la expresa distinción entre potestades tributarias y potestades reguladoras. La inclusión de esta disposición obedeció, sin duda, a la necesidad de eliminar una incertidumbre que siempre existió en nuestro Derecho: el alcance del poder normativo de la República y, en mucho menor medida, de los estados, respecto de las competencias municipales, en materia tributaria.

Como es sabido, los municipios cuentan en nuestro ordenamiento con un poder tributario originario, a la vez que la República goza de la exclusividad del poder normativo en un buen número de materias, enumeradas en el artículo 156 de la vigente Constitución. Al vincular ambos aspectos la situación había sido en muchos casos la siguiente: que los poderes normativos de la República han absorbido los poderes tributarios locales.

Para la Sala, la previsión de la primera parte del artículo 180 de la Constitución podría haber sido innecesaria, si se hubiera entendido de manera pacífica la separación de potestades, pero lo cierto es que no fue así. Por ello, no cree que sea como sostuvo el Alcalde del Municipio Simón Bolívar: que se trata de una verdad de Perogrullo. Podría serlo, pero no lo ha sido. De hecho, un caso como el de autos demuestra la conveniencia de su incorporación en la Carta Magna: si con norma tan clara hay aún dudas, ¿qué podría haber ocurrido cuando prevalecía la tesis de la amplitud de los poderes nacionales de regulación?”

La Sala, en este fallo relató la evolución de la jurisprudencia sobre el particular, en especial para el caso de las telecomunicaciones, pues -como se afirmó en la sentencia- *“cualquiera que conozca la evolución de nuestra doctrina y jurisprudencia tributaria, en particular los problemas presentados en determinadas áreas de actividad económica, sabrá las razones que condujeron al artículo 180 de la Constitución”*. Hecho el relato de esa evolución, la Sala declaró:

“La narración que ha hecho la Sala revela el continuo vaivén que produjo la tensa relación entre poderes nacionales y locales. En ese vaivén, lo que empezó siendo un criterio aislado acabó por consolidarse como convicción general, a la que se quiso dar fin con el artículo 180 Constitucional. Sobre todo, el anterior relato permite comprobar la gravedad de la tesis de los poderes implícitos, según la cual la potestad para regular una materia abarca todo, incluido el poder tributario.

Basta leer las normas sobre reserva legal, tanto en la actual Constitución como en las anteriores, para entender el motivo del riesgo de ese poder implícito. Esa lectura revela la gran cantidad de sectores que están enumerados a favor del Poder Nacional, con lo que la República disfrutaría de un amplísimo poder.

Es en el artículo 156 del Texto Fundamental donde figura la lista de las competencias del Poder Nacional, las mismas que para el Alcalde del Municipio Simón Bolívar del Estado Zulia son meramente “reguladoras” -salvo el numeral 12-, lo que implicaría que no incluyen una reserva de poder tributario, mientras que para las cuatro empresas de hidrocarburos que han presentado el segundo de los recursos implican efectivamente esa pérdida, entendiendo que el poder de regulación abarca el de imposición exclusiva”.

La Sala transcribió el artículo 156 de la Constitución de la República, con sus 33 numerales, para afirmar:

“De todos esos numerales es predicable el mismo aserto: no deben confundirse potestades de regulación con las de tributación. (...). Basta leer los nada menos que 33 numerales del artículo 156 para eliminar las dudas acerca de las supuestas competencias implícitas: de ser ciertas, prácticamente no habría poder tributario estatal o municipal, debido a que la República goza de un poder regulador amplísimo, que abarca la casi totalidad de las materias o sectores de interés.

(...)

Con esa premisa, vuelve la Sala a los dos numerales del artículo 156 que interesan al caso de autos: el 16 y el 23, ambos sobre aguas. Destaca al efecto la Sala que aunque las empresas accionantes se dedican a prestar servicios a la industria de los hidrocarburos, en ningún momento alegaron esa materia particular para justificar su eximente de pago de tributos. Todo el caso se ha basado en las aguas (acerca de si la propiedad, el aprovechamiento y el poder de regulación abarca los tributos exclusivos).

Tanto en el numeral 16 como en el 23 se observa que no se hace mención alguna a la tributación sobre las aguas, sino sobre su “conservación, fomento y aprovechamiento”, así como a sus “políticas nacionales y legislación”. De esos términos el único que podría prestarse a confusión es el de “aprovechamiento”, pues éste puede darse tanto por parte de quien hace uso de las aguas como de la propia República, su propietaria, que exija tributos por ello. Ahora bien, debe insistirse, para lo que se remite la Sala al apartado correspondiente, que la presente causa no versa sobre “aprovechamiento” de aguas, sino sobre actividades realizadas en áreas cubiertas por aquéllas.

Como se observa, esos dos numerales del artículo 156 no incluyen potestades tributarias sino sólo reguladoras y de administración de las aguas, por lo que debe aplicarse el artículo 180 en la forma en que se ha indicado: separando potestades, sin aceptar la tesis de los poderes implícitos. Se ha visto cómo esta Sala no sólo no tiene dudas acerca del sentido y alcance del primer párrafo del artículo 180 de la Constitución, sino que tampoco las tiene acerca de su origen y justificación. En tal virtud, la primera parte del artículo 180 de la Constitución debe entenderse como la separación del poder normativo de la República y los estados respecto del poder tributario de los municipios. De esta manera, aunque al Poder Nacional o estatal corresponda legislar sobre determinada materia, los municipios no se ven impedidos de ejercer sus poderes tributarios, constitucionalmente reconocidos. Lo anterior, aplicado al caso de autos, implica que los municipios pueden exigir el pago de los impuestos sobre actividades económicas, aunque la regulación de esa actividad sea competencia del Poder Nacional o de los estados, salvo que se prevea lo contrario para el caso concreto. Así se declara”.

Por lo expuesto, **la Sala distingue entre potestades reguladoras y potestades tributarias, por lo que del numeral 16 del artículo 156 de la Constitución no puede desprenderse poder tributario de la República sobre el sector de los hidrocarburos.** Así lo declara nuevamente esta Sala.

-Acerca de la restricción del poder tributario local en razón de la reserva a favor de la República de la industria de los hidrocarburos, efectuada por el artículo 302 de la Constitución, y la reserva impositiva nacional contenida en el artículo 156.12 eiusdem:

Aparte de los argumentos rechazados en los dos apartados previos, la accionante sostuvo que las empresas dedicadas al sector de los hidrocarburos no están sujetas a tributos municipales, porque expresamente la Constitución prohíbe a los municipios gravar las materias rentísticas nacionales y es el caso que la actividad sobre los hidrocarburos es nacional porque existe reserva a favor de la República, tanto para el ejercicio de la actividad (artículo 302) como para gravarla (artículo 156, numeral 12). Según la parte actora:

- La intención del Constituyente, plasmada en el artículo 156, numeral 12, fue que sólo el Poder Nacional tenga la “*potestad tributaria para crear, organizar y administrar todos los tributos con los que se gravaría la actividad de hidrocarburos de la República*”.
- La razón de esa reserva es el artículo 302, también de la Constitución, “*que reserva al Estado la actividad ‘petrolera’ y otras industrias de carácter estratégico*”, si bien advirtió la accionante que en esa norma “*se nota una falta de precisión técnica (...) en cuanto la terminología usada para referirse a la actividad petrolera*”. En su criterio, el Constituyente, en el artículo 302, no pretendió limitarse a la “*actividad petrolera*”, sino a la actividad de explotación de cualquier hidrocarburo, ya que es éste el término genérico, “*siendo el petróleo una de sus especies*”.
- La actividad de explotación de hidrocarburos, y de allí la reserva, debe regularse de un modo tal que garantice la seguridad, transparencia y uniformidad en el impacto del régimen tributario sobre las empresas, en especial debido a que esos fondos “*nutren la Hacienda Pública Nacional, de la cual salen no sólo las asignaciones de situado constitucional para los entes descentralizados, sino también los fondos especiales destinados a financiar las haciendas regionales y municipales*”.

Al igual que en las otras apreciaciones de la parte actora, la Procuraduría General de la República coincidió en su criterio, destacando que efectivamente la actividad en el sector de los hidrocarburos debe someterse a la tributación exclusiva del Poder Nacional, por cuanto:

- Con base en el artículo 302 de la Constitución, “*el Estado se reservó, mediante el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, todo lo relativo a la exploración, explotación, refinación, industrialización, transporte, almacenamiento, comercialización, conservación de los hidrocarburos, así como lo referente a los productos refinados y a las obras que la realización de estas actividades requieran*”.
- En virtud de esa reserva, “*los impuestos sobre los hidrocarburos son recaudados, administrados y controlados por órganos que ejercen el Poder Público Nacional, en su rama Ejecutiva*” y “*los ingresos producidos por dichos impuestos forman parte de la materia rentística nacional*”, todo “*como consecuencia de las limitaciones establecidas en los numerales 12 y 16 del artículo 156 en concordancia con el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución de 1999*”.

Sobre este aspecto la Sala observa que efectivamente existe una reserva a favor del Poder Nacional en lo relacionado con los hidrocarburos, prevista en el numeral 12 del artículo 156 de la Constitución, en el que se dispone:

“Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(...)

12. *La creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos sobre la renta, sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos, el capital, la producción, el valor agregado, los hidrocarburos y minas, de los gravámenes a la importación y exportación*

de bienes y servicios, los impuestos que recaigan sobre el consumo de licores, alcoholes y demás especies alcohólicas, cigarrillos y demás manufacturas del tabaco, y de los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidas a los Estados y Municipios por esta Constitución o por la ley.

(...)"

Esa reserva vendría justificada, tanto para la parte actora como para la Procuraduría General de la República, por la previsión del artículo 302 de la Carta Magna, según el cual:

"El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo".

De esta manera, entienden la parte accionante y la Procuraduría General de la República que el poder tributario es exclusivo del Poder Nacional respecto del sector de los hidrocarburos, lo que excluye la tributación municipal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 183, numeral 1, de la Constitución, según el cual ni estados ni municipios pueden gravar las "*materias rentísticas de la competencia nacional*".

Para la Sala no cabe duda, con base en la Constitución, de que la tributación sobre la industria de los hidrocarburos está reservada al Poder Nacional. Ahora bien, esa reserva a favor de la República, tal como se dejó sentado en los dos apartados previos no deriva ni del artículo 12 ni del numeral 16 del artículo 156 de la Constitución. Además, y a ello se referirán los párrafos que siguen; tal exclusión del poder tributario estatal y local, sólo abarca el caso de las empresas que efectivamente se aprovechen económicamente de los hidrocarburos y no el caso de las empresas que actúen en tal sector, a través de la prestación de servicios, cualquiera que sea la relación jurídica que exista entre ellas y a quienes les preste el servicio.

En criterio de la Sala, es claro el artículo 183 de la Carta Magna al imponer límites al poder tributario estatal y municipal, de modo que garantiza la competencia para crear y recaudar tributos en todos los niveles de la organización político-territorial venezolana, cada uno de ellos debe sujetarse a las restricciones que constitucionalmente se prevean, sin posibilidad de afectar unos a otros.

La Constitución hace un reparto de poderes y procura conciliarlos de manera de asegurar que cada ente cuente con los recursos que necesita para su funcionamiento y para la realización de las tareas de su competencia. La delimitación de cada poder, sin embargo, no siempre es sencilla, por lo que el Constituyente lo hace de maneras diversas: positiva (atribuyéndole un tributo, precisando su hecho generador) o negativa (indicando los casos en los que, aun frente a ese hecho generador, se niega la tributación, normalmente por razones de interés general que aconsejan trasladar el tributo a otro ente).

El caso del impuesto a las actividades económicas es el más claro ejemplo. Se trata de un tributo en principio de espectro amplísimo -el ejercicio de actividades económicas en territorio local-, pero que está sujeto a los límites que fije la Constitución. El artículo 179 lo dispone así expresamente:

"Artículo 179. Los Municipios tendrán los siguientes ingresos:

(...).

1. (...) los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, con las limitaciones establecidas en esta Constitución (...)."

Se prevé de manera genérica el impuesto, que podrá ser entonces creado por cada Municipio a través de sus ordenanzas. La lectura de la norma revela que el ejercicio de actividades económicas constituye, en principio, el hecho generador, pero de inmediato ella misma dispone que la Constitución puede imponer límites. Tales restricciones son comprensibles al tomar en cuenta que en ocasiones resulta prudente que sea la República, y no los entes locales, los que graven determinadas actividades económicas.

Las limitaciones a la tributación están dispersas en el Texto Constitucional, pero a los efectos de este fallo interesa el numeral 12 de su artículo 156, ya transcrito en este apartado del fallo, según el cual corresponde al Poder Nacional "*la creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos sobre (...) los hidrocarburos*".

En esa disposición se establece de manera expresa que los impuestos sobre los hidrocarburos están reservados al Poder Nacional. Ahora bien, en vista de que no es posible constitucionalmente -como se ha advertido- limitar el alcance del poder tributario de los entes territoriales -pues todos tienen garantizada su autonomía-, cualquier interpretación que se haga de las normas correspondientes ha de ser restrictiva; de lo contrario, se favorecería a un ente en desmedro de otro u otros.

En ese sentido, estima la Sala que el impuesto al que se refiere el artículo 156.12 de la Constitución sólo puede ser aquél que grave la actividad de *aprovechamiento* de los hidrocarburos, por lo que la reserva no incluye los impuestos que puedan exigírsele a las diversas empresas que operan, prestando *servicios*, en ese sector.

Es de destacar que tratándose de una actividad sumamente compleja, en el sector de los hidrocarburos actúan muchas empresas, pero sólo algunas son las que realmente obtienen su beneficio de la explotación o comercialización del producto. Es necesario recordar, así, que siendo un sector de actividad reservado al Estado por la propia Constitución (artículo 302), es en consecuencia el Estado el que se aprovecha del mismo, por más que recurra a otras personas (empresas privadas, por ejemplo, para efectuar las operaciones necesarias para esa explotación o para que le presten servicios conexos).

En criterio de la Sala, es fundamental determinar quién tiene la propiedad de los hidrocarburos para a su vez precisar cuál es el ente territorial que puede gravar su aprovechamiento. En el apartado correspondiente, la Sala ha dejado sentado que la sola propiedad nacional de los hidrocarburos no es suficiente para excluir toda tributación local sobre empresas que operen en ese sector. En esta oportunidad reitera tal aserto, pero destacando que esa titularidad es la que lleva a que, como uno de los límites constitucionales expresos, el artículo 156.12 reserve al Poder Nacional ciertos tributos, entre los que se encuentran aquellos "*sobre (...) los hidrocarburos*".

La extinta Corte Suprema de Justicia, en Pleno, mediante sentencia del 17 de agosto de 1999, que resolvió la demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra la llamada "*apertura petrolera*", se refirió a este punto, pues distinguió, a los efectos de la tributación nacional y/o municipal, entre las actividades que implican auténtica explotación y aquellas en las que no. El criterio diferenciador consistía en la adquisición de propiedad sobre el crudo extraído por parte de las empresas (que eran una asociación de capital público y capital privado). El caso en el que la empresa mixta adquiriese la propiedad del crudo quedaba fuera del alcance de la tributación municipal. En cambio, se precisó en ese fallo, sí estaban sujetas a los im-

puestos locales las actividades inherentes a los llamados *Convenios de Servicios Operativos*, pues siendo totalmente ejecutadas por empresas privadas, no había traslado de la propiedad del crudo, sino el pago de sus servicios.

La Sala entiende, en ese mismo sentido, que la reserva de poder tributario a favor de la República sobre los hidrocarburos sólo puede afectar a las empresas que se aprovechan de manera directa de esos productos, quedando el resto sometidas a los tributos municipales que se generan por el ejercicio de actividades lucrativas, como cualquier otra empresa. El hecho de que ciertas empresas presten servicios relacionados con la industria y el comercio de hidrocarburos no puede implicar una exclusión de la tributación local, pues se le estaría dando un alcance mayor del que en efecto tiene.

La propia parte actora ha invocado el artículo 183 de la Constitución para poner de relieve los límites del poder de tributación de estados y municipios. Por supuesto, en esa norma están algunos de esos límites, pero estima la Sala que el contenido en el numeral 1, que le prohíbe gravar "*materias rentísticas de la competencia nacional*" debe ser interpretado de manera restrictiva. Dispone ese artículo 183, en su totalidad, lo siguiente:

"Artículo 183. Los Estados y los Municipios no podrán:

1. Crear aduanas ni impuestos de importación, de exportación o de tránsito sobre bienes nacionales o extranjeros, o sobre las demás materias rentísticas de la competencia nacional.
2. Gravar bienes de consumo antes de que entren en circulación dentro de su territorio.
3. Prohibir el consumo de bienes producidos fuera de su territorio, ni gravarlos en forma diferente a los producidos en él.

Los Estados y Municipios sólo podrán gravar la agricultura, la cría, la pesca y la actividad forestal en la oportunidad, forma y medida que lo permita la ley nacional".

De todas las restricciones que establece el artículo transcrito, sólo dos guardan relación con el impuesto a las actividades económicas: la prohibición de gravar las materias rentísticas de la competencia nacional y la necesidad de que ciertas actividades -en concreto: agricultura, cría, pesca y la actividad forestal- se graven con sujeción a la ley nacional. Como se ve, existe un caso de *prohibición* total (la de crear impuestos que recaigan sobre las materias rentísticas de la República) y una de simple *limitación* (la de gravar las actividades enumeradas precedentemente).

Lo anterior lleva a una necesaria precisión acerca de cuáles son las materias rentísticas de la competencia nacional. Tradicionalmente se ha estimado que tales materias son las sujetas a impuestos nacionales. Sin embargo, sin necesidad de previsión expresa, es obvio que los estados y los municipios no deben invadir el poder tributario de la República, por lo que no parece que deba ser ese el sentido de la norma. De hecho, la República tampoco puede crear impuestos sobre las materias que corresponden a estados y municipios, pero nada dice al respecto la Constitución.

Para la Sala, entonces, es otro el sentido de la norma, y de allí la importancia de su inclusión en el Texto Fundamental: lo que se ha querido impedir es que las entidades federadas y locales graven la renta que recibe la República con ocasión del ejercicio de ciertas actividades. Estima la Sala que "*materia rentística de la competencia nacional*" es aquella actividad del Poder Nacional capaz de generar una *renta*, es decir, un provecho económico. La disposición es clara al indicar que se trata de casos en los que la renta se produce como resultado de la *competencia* nacional, por lo que se excluye cualquier caso en el que la actividad estatal no

corresponde a una competencia (asignación de tarea según el Derecho Público), sino a una actividad que se desarrolla de manera idéntica o similar a la de un particular.

Ha destacado con insistencia esta Sala que la actividad económica relativa a los hidrocarburos es una de las materias rentísticas de la competencia nacional, en virtud de que la República se la ha reservado con base en el artículo 302 de la Constitución. La República, así sea a través de empresas organizadas con forma de sociedad mercantil, explota la industria y el comercio de los hidrocarburos y obtiene de ellos una renta. Por ello, la tributación municipal no se extiende a las empresas que prestan sus servicios a la industria de los hidrocarburos, independientemente de la figura jurídica empleada. En esos casos no existe necesidad de proteger la *renta nacional*.

Como la reserva de actividades económicas al Estado no impide que éste se auxilie de particulares para el mejor desarrollo de la misma, la exclusión del poder municipal sólo puede abarcar el caso en que es el Estado el que desarrolla la actividad, aprovechándose del hidrocarburo.

Lo que justifica la exclusión del poder tributario local es la existencia de una renta a favor del Estado a causa del aprovechamiento de los hidrocarburos, y así lo sostuvo la Sala en el tantas veces citado fallo N° 285/2004, al invocar el fallo de la extinta Corte Suprema de Justicia -del 17 de agosto de 1999- al que se ha hecho mención con precedencia. La Sala compartió el criterio de esa Corte, para lo cual declaró:

“En esa sentencia se decidió que las actividades que implican auténtica explotación de hidrocarburos, por cuanto conllevan la adquisición de propiedad sobre el crudo extraído por parte de las asociaciones empresariales conformadas tanto el capital público como por capital privado, son las que escapan de la tributación municipal, mas no las actividades que llevan a cabo quienes ejecutan los llamados “Convenios de Servicios Operativos”, en los cuales expresamente se excluye que la titularidad sobre el crudo pase a los operadores del campo -entes eminentemente privados- por lo cual se entiende que tales entes llevan a cabo servicios comerciales que no significan explotación del hidrocarburo. En consecuencia, esos Convenios y cualesquiera otros en los cuales el particular no se apropie del hidrocarburo, en asociación con el Estado venezolano, quedan sujetos a los tributos municipales”.

Para la Sala, constituyó un error “*pretender que cualquier empresa que presta servicios a la industria petrolera ejecuta actividades que comportan la explotación de hidrocarburos*”, por lo que en el caso resuelto a través del fallo N° 285/2004 aceptó que los municipios podían gravar a las empresas prestadoras de servicios a la industria de los hidrocarburos, en el caso en que “*el contribuyente tenga fijado su ‘establecimiento permanente’ (en el sentido más tradicional en imposición municipal venezolana, entendido como ‘sucursal’, ‘oficina’, ‘local’)*”, con lo que “*atrae para sí todos los ingresos que le reporten esas actividades al respectivo contribuyente*”.

Por lo expuesto, la Sala declara que **la actividad directamente relacionada con la industria de los hidrocarburos está reservada al Poder Nacional con base en el artículo 302 de la Constitución, y su tributación le está también reservada en virtud del numeral 12 del artículo 156 eiusdem, lo que implica la imposibilidad de que los Municipios graven el ejercicio de esa actividad, dada la restricción que impone el numeral 1 del artículo 183 de la misma Carta Magna. Esa exclusividad sólo existe respecto de las empresas que efectivamente se aprovechan del producto (hidrocarburo), a través de la obtención de una renta, y no respecto de cualquier empresa que preste servicios colaterales a la industria, así sean indispensables para el desarrollo de la actividad. Así se declara.**

2. *Potestad Tributaria Municipal*A. *Servicios relacionados con la industria y el comercio de hidrocarburos*

TSJ-SC

18-10-2007

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Interpretación de los artículos 12, 156, numerales 12, 16 y 32; 179, numeral 2; 180; 183, numeral 1; y 302 de la Constitución de la República

El hecho de que ciertas empresas presten servicios relacionados con la industria y el comercio de hidrocarburos no puede implicar una exclusión de la tributación local, pues se le estaría dando un alcance mayor del que en efecto tiene.

B. *Inmunidad tributaria*

TSJ-SC

18-10-2007

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Interpretación de los artículos 12, 156, numerales 12, 16 y 32; 179, numeral 2; 180; 183, numeral 1; y 302 de la Constitución de la República

La inmunidad fiscal frente a los Municipios se extiende sólo a las personas creadas por República o estados y nunca a otras personas, así sean sus concesionarios o contratistas.

-Acerca de si las empresas que actúan, por contrato, en un sector económico estratégico y reservado al Estado, como es el de los hidrocarburos, están beneficiadas por la inmunidad que prevé la segunda parte del artículo 180 de la Constitución:

Según la empresa actora, y en ello la acompañó la representación de la República, la segunda parte del artículo 180 de la Constitución debe ser interpretada en el sentido de que se benefician de inmunidad fiscal no sólo los entes territoriales y las personas jurídicas que creen, sino también las empresas privadas que operen en un sector que, por su trascendencia en la economía, está reservado al Estado. Al respecto destacó la accionante que:

- En primer lugar, admitió que el artículo 180 de la Constitución, en su segundo párrafo, sólo prevé la inmunidad fiscal para los entes político-territoriales y las personas jurídicas estatales creadas por ellos, *“pero no a concesionarios ni a otros contratistas de la Administración Nacional o de los Estados”*.
- Sin embargo, destacó que la reserva a favor del Estado de la actividad de hidrocarburos hace que ella deba ser ejercida *“sólo por el Estado o por empresa de su propiedad total o en las que tenga más del cincuenta por ciento del capital accionario, sin que ello obste a que se contraten empresas privadas”*.
- Por ello, estima que en la disposición del artículo 180 no se *“toma en cuenta que bajo el régimen de reserva de actividades (explotación, extracción, recolección, transporte y almacenamiento iniciales), se permite las asociaciones del Estado o de sus empresas para realizar esas actividades reservadas con empresas privadas, creando una confusión sobre la aplicación del poder tributario del municipio sobre esas actividades cuando son realizadas por cuenta de una empresa estatal titular de la reserva o por las empresas mixtas”*.

Expuesto eso, la parte actora, de manera poco precisa, preguntó a esta Sala Constitucional:

“Si la reserva de potestad tributaria sobre hidrocarburos plasmada en el artículo 156, en su numeral 12, cuyo fundamento está justificado por la normativa constitucional que otorga a la actividad de explotación de los hidrocarburos, el tratamiento de una actividad estratégica (artículos 12 y 302), cuya administración y regulación está reservada al Poder Nacional (numeral 16, artículo 156), no resulta afectada por la disposición contenida en la segunda parte del artículo 180, que introduce en la Constitución una simple aclaratoria sobre el alcance de las inmunidades tributarias, por tratarse de un supuesto de no sujeción distinta al de la reserva de potestad tributaria”.

Como se ve, la accionante planteó con bastante claridad el problema, pero al formular la pregunta concreta incurrió en alguna imprecisión derivada de una redacción algo confusa. En todo caso, entiende la Sala que la idea es la siguiente: si bien las empresas contratistas del Estado en el sector de los hidrocarburos no están amparadas por inmunidad fiscal alguna, para la accionante sí deberían estarlo, para de ese modo ser coherentes con el régimen de reserva de la actividad.

La Procuraduría General de la República coincidió en la apreciación de la empresa accionante, pues sostuvo ante la Sala que *“aun cuando de la letra del artículo 180 de la Constitución de 1999, se desprende que las empresas que actúan, por contrato, no parecen estar protegidas por la denominada inmunidad tributaria, sin embargo, y tal como lo hemos señalado precedentemente, el sector económico estratégico de los hidrocarburos está reservado impositivamente al Poder Público Nacional, de conformidad con el numeral 12 del artículo 156 eiusdem. En consecuencia, mal pueden los Municipios intentar exigir impuestos sobre materias rentísticas de competencia nacional (numeral 1 del artículo 183 ibídem), cuyo tratamiento jurídico de fiscalidad ‘esta cubierto por diferentes instrumentos legales’”*.

La Sala observa que tanto la empresa accionante como la Procuraduría General de la República están contestes en que el segundo párrafo del artículo 180 de la Constitución extiende la inmunidad fiscal de que pueden gozar los entes político-territoriales frente a los Municipios sólo a los entes que aquellos creen y nunca a sus concesionarios o contratistas. Expresamente dispone el artículo en cuestión:

“Artículo 180. La potestad tributaria que corresponde a los Municipios es distinta y autónoma de las potestades reguladoras que esta Constitución o las leyes atribuyan al Poder Nacional o Estadal sobre determinadas materias o actividades.

Las inmunidades frente a la potestad impositiva de los Municipios, a favor de los demás entes políticos territoriales, se extiende sólo a las personas jurídicas estatales creadas por ellos, pero no a concesionarios ni a otros contratistas de la Administración Nacional o de los Estados” (cursivas de la Sala).

Como se observa, la letra de la Constitución es muy clara: sólo están excluidas de la tributación municipal, aparte de la República o los estados federados, los entes que ellos creen, pero no a quienes sean sus concesionarios o sus contratistas.

Esa disposición, al igual que ocurrió con el primer párrafo, tiene un origen que no es difícil determinar para quienes están al tanto de la evolución de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina venezolanas. Esta Sala se encargó de poner de relieve en el muy citado fallo N° 285/2004 que las dos normas reunidas en el artículo 180 de la Constitución (pese al silencio de la Exposición de Motivos al respecto y al poco aporte que hace la lectura de los debates constituyentes) encuentran su causa en el hecho cierto de que la tributación municipal en

ciertas materias, en especial la de telecomunicaciones, fue negada durante mucho tiempo con al menos dos alegatos: que la regulación de la materia le correspondía al Poder Nacional y con ello venía aparejado un poder tributario implícito; y que las concesionarias del Estado para la operación en ese sector no debían tampoco estar sujetas a tributos locales de la misma manera en que la propia República no lo estaba.

De este modo, la Constitución revela un propósito de tutela de la potestad tributaria municipal, a la cual pretende proteger frente a dos de los argumentos esgrimidos de continuo para excluirla. Por tanto, es imposible jurídicamente sostener una ampliación de una regla restrictiva como la contenida en la segunda parte del artículo 180 de la Carta Magna y debe concluir que la inmunidad fiscal frente a los municipios se extiende sólo a las personas creadas por República o estados y nunca a otras personas, así sean sus concesionarios o contratistas.

En todo caso, la empresa accionante hace ver a la Sala que existen razones de justicia que aconsejarían que todas las empresas que se dediquen al sector de los hidrocarburos se vean beneficiados por la inmunidad fiscal frente a los municipios. Ahora bien, no resulta cierto que toda empresa que opere de alguna forma en el sector esté en la misma condición de la República o las sociedades que cree, por lo que en realidad no tienen cabida tales argumentos de justicia.

Observa la Sala que, al efecto, el artículo 302 del Texto Fundamental es la base que permite al Estado (República, en ese caso) reservarse, mediante ley orgánica respectiva, “*la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico*”. Por su parte, como lo cierto es que la reserva del sector de los hidrocarburos es anterior a la Constitución de 1999, el artículo 303 *eiusdem* dispone que “*por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera, exceptuando las de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S.A.*”

Como puede verse, la Constitución prevé tanto la existencia de una empresa cien por ciento pública (PDVSA o la que la sustituya en un futuro), pero permite la posibilidad de que en las empresas que operen el sector (sean sus filiales o aquéllas con las que se asocie) no tenga la totalidad del capital social. Así lo destaca la Exposición de Motivos, en la que se lee:

“Por conveniencia nacional el Estado queda facultado para reservarse determinadas actividades económicas, de manera particular en el sector minero y petrolero. De forma transparente se reconoce que el dominio sobre esas áreas puede hacerse de acuerdo con el sector privado, dejando claramente establecido que el Estado puede entrar en convenios de asociación con el sector privado para el desarrollo y la explotación de esas actividades. Se le otorga rango constitucional a la nacionalización petrolera, pero al mismo tiempo establece la posibilidad de continuar en convenios de asociación con el sector privado siempre y cuando sean de interés para el país, y no desnaturalice el espíritu, propósito razón de la nacionalización petrolera”.

Siguiendo ese esquema, la Ley Orgánica de Hidrocarburos dispuso que existen dos tipos de actividades relacionadas con los hidrocarburos: las *primarias* y las *secundarias*. Todas, en cualquier caso, están declaradas como “*de utilidad pública y de interés social*” (artículo 4).

Son actividades primarias, conforme al artículo 9 *eiusdem*, las “*relativas a la exploración en busca de yacimientos de los hidrocarburos (...), a la extracción de ellos en estado*

natural, a su recolección, transporte y almacenamiento iniciales". Agrega ese mismo artículo 9 que, "de conformidad con lo previsto en el artículo 302 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las actividades primarias indicadas, así como las relativas a las obras que su manejo requiera, quedan reservadas al Estado".

Reitera el artículo 22 de dicha Ley que las actividades primarias "serán realizadas por el Estado", ya sea "directamente por el Ejecutivo Nacional o mediante empresas de su exclusiva propiedad" e incluso "mediante empresas donde tenga control de sus decisiones, por mantener una participación mayor del cincuenta por ciento (50%) del capital social, las cuales (...) se denominan empresas mixtas". En todo caso, las empresas que se dediquen a la realización de esas actividades primarias reciben el nombre de empresas operadoras, conforme a la parte final de ese artículo 22.

A continuación, la Ley regula tanto las empresas de exclusiva propiedad de la República o sus filiales, así como a las empresas que éstas constituyan, para lo cual dispone en el artículo 27 que "el Ejecutivo Nacional podrá mediante decreto en Consejo de Ministros, crear empresas de la exclusiva propiedad del Estado para realizar las actividades establecidas en este Decreto Ley y adoptar para ellas las formas jurídicas que considere convenientes, incluida la de sociedad anónima con un solo socio", mientras que el artículo 28 establece: "Sin desmejorar la reserva establecida en este Decreto Ley, las empresas a que se refiere el artículo anterior, podrán crear otras empresas para el desarrollo de sus actividades, previa aprobación de la respectiva Asamblea de Accionistas. Así mismo, deberá obtenerse esa aprobación para modificar el objeto de las empresas creadas, así como para fusionarlas, asociarlas, disolverlas, liquidarlas o para cualquier otra modificación estatutaria. Igual autorización será necesaria para las empresas a ser creadas por las empresas filiales".

Se aprecia, entonces, que el Estado puede hacer efectiva la reserva de actividad directamente o -que es el régimen actual- a través de empresas de capital total o mayoritariamente público. Esas empresas (las *empresas operadoras*) cuentan con considerables poderes, por el hecho mismo de ser el instrumento del Estado para la ejecución de una actividad que, por su trascendencia, está reservada al sector público. Por ello, el artículo 24 de la misma Ley dispone que el "Ejecutivo Nacional mediante Decreto podrá transferir a las empresas operadoras, el derecho al ejercicio de las actividades primarias. Asimismo, podrá transferirles la propiedad u otros derechos sobre bienes muebles o inmuebles del dominio privado de la República, requeridos para el eficiente ejercicio de tales actividades. El Ejecutivo Nacional podrá revocar esos derechos cuando las operadoras no den cumplimiento a sus obligaciones, de tal manera que impida lograr el objeto para el cual dichos derechos fueron transferidos".

A los efectos de este fallo, hecha la recapitulación previa, interesa especialmente el artículo 25 de la Ley, según el cual "las empresas operadoras podrán realizar las gestiones necesarias para el ejercicio de las actividades que se les hayan transferido y celebrar los correspondientes contratos, todo conforme a las disposiciones del presente Decreto Ley u otras que les fueren aplicables". Se observa que por medio de contratos, la Ley permite que empresas privadas participen en actividades primarias, es decir, en las reservadas al Estado.

Por su parte, el artículo 10 de la misma Ley dispone que las "actividades relativas a la destilación, purificación y transformación de los hidrocarburos naturales (...), realizadas con el propósito de añadir valor a dichas sustancias y la comercialización de los productos obtenidos, configuran actividades de refinación y comercialización" que "pueden ser realizadas por el Estado y los particulares, conjunta o separadamente". A ello agrega el artículo

10 que “*las instalaciones y obras existentes, sus ampliaciones y modificaciones, propiedad del Estado o de las empresas de su exclusiva propiedad, dedicadas a las actividades de refinación de hidrocarburos naturales en el país y al transporte principal de productos y gas, quedan reservadas al Estado*”. Como los particulares pueden participar en las actividades de refinación de los hidrocarburos naturales, el artículo 12 exige la previa obtención de una licencia y el artículo 14 ordena la inscripción en un registro.

Por último, los artículos 56 a 58 de esa Ley disponen lo relacionado con las actividades de comercialización (lo que comprende “*el comercio interior y el comercio exterior, tanto de los hidrocarburos naturales, como de sus productos derivados*”, según el artículo 56), actividades que “*sólo podrán ser ejercidas por las empresas a que se refiere el artículo 27*” (artículo 57). Sin embargo, “*las actividades de comercialización de los productos derivados que estuvieren excluidos conforme a lo previsto en el artículo anterior, podrán ser realizadas por el Estado directamente, o por empresas de su exclusiva propiedad, o por empresas mixtas con participación del capital estatal y privado en cualquier proporción y por empresas privadas*” (artículo 58), para lo cual “*las personas naturales o jurídicas que deseen ejercer las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de hidrocarburos, deberán obtener previamente permiso del Ministerio de Energía y Minas. Estos permisos estarán sujetos a las normas establecidas en este Decreto Ley, su Reglamento y las Resoluciones respectivas. Las personas naturales o jurídicas que ejerzan las actividades antes señaladas, podrán realizar más de una actividad, siempre que exista la separación jurídica y contable entre ellas*” (artículo 61).

El presente es un fallo interpretativo del Texto Fundamental, pero la Sala ha estimado útil reseñar el desarrollo legal de la reserva, a fin de revelar que en la actividad relacionada con los hidrocarburos operan, aun con la reserva constitucional al Estado, empresas que no son estatales, respecto de las cuales, en criterio de la Sala, es válido establecer un régimen distinto a las empresas en las que el Estado sea total o parcialmente propietario de las acciones.

El ser situaciones distintas impide considerar que existen razones de justicia para efectuar una equiparación entre empresas estatales y aquellas que no lo son, así operen en un mismo sector: la Ley es clara al distinguir entre actividades primarias y secundarias, según la extensión de la reserva y, por tanto, con incidencia directa en la posible intervención privada; la ley también es clara respecto a la imposibilidad de que empresas privadas desarrollen actividades primarias, salvo que sea por contrato, es decir, sin ser la titular de la reserva sino un mero ejecutor. Todo ello tiene su razón de ser en la voluntad del Constituyente: reservar al Estado una industria (la de hidrocarburos), para contratarle y aprovechar al máximo su renta.

Por lo expuesto, esta Sala declara que **la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 180 de la Constitución no puede ser interpretada en el sentido de abarcar supuestos de inmunidad fiscal adicionales al previsto expresamente, independientemente de que la empresa concesionaria o contratista del Estado opere en un sector económico reservado**. Así se declara.

C. *Impuesto a las actividades económicas*

TSJ-SC

18-10-2007

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Interpretación de los artículos 12, 156, numerales 12, 16 y 32; 179, numeral 2; 180; 183, numeral 1; y 302 de la Constitución de la República

El impuesto local sobre las actividades económicas que garantiza la Constitución está limitado a la industria y al comercio o aquellas actividades de servicios o de índole similar que guarden relación con aquellas.

-Acerca de si los municipios están limitados a consagrar el impuesto a las actividades económicas al caso de la industria y el comercio:

Dos de las preguntas que formuló la parte actora a la Sala se centran en la determinación del alcance del poder tributario local en lo relacionado con el impuesto a las actividades económicas. El artículo 179, numeral 2, de la Constitución, establece que ese impuesto se genera la realización de “*actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar*”. Para la empresa accionante es necesario precisar si ese artículo realmente ha previsto un tributo por el ejercicio de cualquier actividad económica (lucrativa) o sólo las vinculadas con la industria o el comercio. En concreto, la Sala transcribe de nuevo las dos interrogantes:

3) “Si el contenido de la norma constitucional que faculta a los Municipios para crear ‘los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar’ (artículo 179, N° 2), involucra cualquier actividad económica o lucrativa, o por el contrario, el ejercicio de la potestad conferida, obliga al Municipio a ceñirse al principio constitucional de legalidad tributaria (artículo 317), que implica la necesidad de la descripción precisa de los elementos que constituyen el hecho imponible”.

4) “Si la referencia a los conceptos indeterminados de ‘actividades económicas... de servicios o de índole similar’, incluidas en el artículo 179, numeral 2, de la Constitución de 1.999, están específicamente referidas a la naturaleza comercial o industrial de dichas actividades y, en consecuencia, la potestad del Municipio para crear impuestos sobre las mismas, está limitada a esa naturaleza comercial o industrial”.

La Sala observa que el alcance del impuesto a las actividades económicas es un aspecto en continua discusión. La Constitución de 1961 estableció que su hecho generador era el ejercicio de la industria y el comercio, mientras que la Constitución de 1999 dispuso que su hecho generador es el ejercicio de “*actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar*”.

Como se puede notar, existe una diferencia en la previsión: ya no se limita la norma a establecer el caso de la industria y el comercio, sino que se agregan los servicios o aquellas actividades de índole similar. Para la empresa accionante, la Constitución emplea ahora unos “*conceptos indeterminados*”: las actividades económicas de servicios o de índole similar. Al ser indeterminados sería necesario precisar su alcance, siendo su criterio que esas actividades deben tener también “*naturaleza comercial o industrial*”, por lo que “*la potestad del Municipio para crear impuestos sobre las mismas, está limitada a esa naturaleza comercial o industrial*”.

La Sala se ha pronunciado al respecto al juzgar sobre la constitucionalidad de la inclusión de la prestación de servicios profesionales de ingeniería en las actividades económicas gravables por un Municipio (sentencia N° 3241/2002; caso: “COVEIN”).

La Sala analizó el origen del impuesto municipal a las actividades lucrativas y llegó a la conclusión de que el régimen constitucional venezolano estaba marcado por la limitación de ese tributo a las actividades industriales o comerciales. Entendió la Sala que ni siquiera el cambio de redacción operado por la Constitución de 1999 implicó modificación real del alcance del poder local, pues las actividades de servicios o las de índole similar a que se

refiere la Constitución deben ser entendidas como referidas a la industria y al comercio. La Sala sostuvo:

“(...) esta Sala observa que la Constitución vigente introdujo novedades en la regulación del impuesto creado por la Ordenanza parcialmente impugnada, ya que, en primer lugar, cambió su denominación, al llamarlo impuesto sobre actividades económicas, y, en segundo lugar, aparentemente amplió las actividades susceptibles de ser gravadas por este tributo, al colocar junto a las actividades industriales y comerciales, que históricamente han estado sujetas al pago de tributos locales, a las actividades de ‘servicios’ o ‘de índole similar’.

(...)

Ante tal regulación, cabría preguntarse ¿bajo el régimen tributario municipal que en la actualidad contempla la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 179, numeral 2, la tradicional exclusión que legal, jurisprudencia y doctrinariamente se ha reconocido respecto de la prestación de servicios profesionales vinculados con el ejercicio de profesiones liberales como la ingeniería, la abogacía, la medicina, la arquitectura, el periodismo, la odontología, entre otras, consideradas como de naturaleza civil en vista del objeto que persiguen, ha desaparecido por completo cuando el constituyente de 1999 confiere a los Municipios potestad tributaria originaria para gravar a las actividades económicas derivadas de la prestación de servicios?, siendo que la referida disposición constitucional no especifica en su redacción si cualquier tipo de servicio prestado está sujeto a imposición, o si es necesario, por el contrario, atender a la naturaleza jurídica del servicio prestado y, en particular, al objeto mercantil o civil que el mismo pueda tener”.

Se observa que la Sala se planteó la interrogante acerca de si la Constitución de 1999 implicó un cambio en el régimen constitucional del impuesto a las actividades económicas, que ya no estaría limitado a la actividad de industria y comercio, sino también a las de servicios (cualesquiera que fuesen) y aquellos que fuesen “*de índole similar*”. Para la Sala, era fundamental esa precisión no sólo para el caso que juzgaba en esa oportunidad, sino por la constatación de que un buen número de leyes nacionales habían dispuesto la exclusión de ciertos servicios de carácter civil de la tributación local. Sobre el particular se lee en el fallo:

“Al respecto, resulta pertinente tener en cuenta que durante la vigencia de la derogada Constitución de 1961, mantuvieron su vigor e inclusive fueron dictados distintos textos legales que consagraban como supuesto de no sujeción al impuesto de patente, es decir, como casos en los que a juicio del legislador no se configuraban los elementos del hecho imponible que dan lugar a la imposición de dicho tributo (...), la prestación de servicios derivada del ejercicio de diferentes profesiones liberales, entre otras: la Ley de Abogados (artículo 2), la Ley de Ejercicio de la Contaduría (artículo 2), la Ley de Ejercicio de la Profesión de Economista (artículo 10), la Ley de Ejercicio de la Odontología (artículo 3), la Ley de Ejercicio de la Psicología (artículo 3), y la invocada por los apoderados de la recurrente Ley de Ejercicio de la Ingeniería, la Arquitectura y Profesiones Afines (artículo 3), en todas las cuales el legislador nacional, partiendo de la tesis de que tales actividades no tienen carácter mercantil, prohibió de forma expresa que las mismas fueron objeto de imposición por vía del tributo municipal de patente sobre industria y comercio.

Las leyes antes nombradas, visto que la Constitución de 1961 no incluyó en su artículo 31, numeral 3, el término ‘servicios’ ni la expresión ‘de índole similar’, mantuvieron su plena e incuestionable vigencia respecto de la exclusión o supuesto de no sujeción al impuesto de patente que crean a favor del ejercicio de las profesiones mencionadas previamente, ya que, como lo reconoció la jurisprudencia reiterada de la anterior Corte Suprema de Justicia en Pleno (entre otras, las del 30 de junio de 1982, *caso: Ramón Pigna R.*, y del 14 de diciembre de 1983, *caso: Becoblohm*) y en Sala Político Administrativa (verbigracia, las del 17 de febrero de 1987, *caso: Dixie Cup*, y del 18 de mayo de 1995, *caso: Tecnofluor*), bastaba con realizar una interpretación literal del dispositivo constitucional, que empleaba los términos

'industria' y 'comercio', para concluir en la inconstitucionalidad de toda Ordenanza que pechara por vía del impuesto de patente actividades distintas a las industriales y a las comerciales, como son las derivadas del ejercicio de profesiones liberales, por considerarse que la naturaleza de éstas es esencialmente civil.

Sin embargo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela sí emplea el término 'servicios' y la expresión 'de índole similar', y una interpretación como la que doctrinariamente se acepta en materia tributaria, apegada a la literalidad de la norma, podría llevar a declarar la derogación de todas las disposiciones antes referidas, si se entiende que el término 'servicio' comprende toda actividad que implique el ejercicio de una profesión, técnica o arte, por parte de una persona natural o jurídica, con ánimo de lucro, en beneficio de un tercero, y que basta con que tales supuestos se den para que a través de la respectiva Ordenanza, cualquier órgano legislativo municipal pueda pechar a través del impuesto a las actividades económicas, el desempeño de tales profesiones, sin atender al carácter civil y no mercantil de las mismas".

No se trata entonces de un asunto menor: el alcance que se le dé a la Constitución implica una gran variación de régimen jurídico. Constituiría un cambio de concepción, que haría comprender en el poder tributario local una serie de actividades hasta ese momento excluidas. Al respecto sostuvo la Sala en ese mismo fallo N° 3241/2002:

"En criterio de la Sala, tal interpretación podría conducir a una errónea aplicación de la vigente Constitución, ya que, al apegarse al más amplio sentido literal posible de la norma constitucional contenida en el numeral 2 del artículo 179, estaría al mismo tiempo apartándose del resto del ordenamiento jurídico, e ignorando los límites que deben ser tomados en consideración por el intérprete al momento de aplicar la norma tributaria, de acuerdo con los métodos admitidos por el artículo 5 del Código Orgánico Tributario, dictado por la Asamblea Nacional y publicado en Gaceta Oficial N° 37.305, del 17 de octubre de 2001, entre los que se hallan el método literal restrictivo y el método literal extensivo, que a diferencia de lo creído, es todavía interpretación y no integración o desenvolvimiento del Derecho por parte del juez".

La Sala, de ese modo, entendió que debía hacerse una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico y no una interpretación literal de la Constitución. Al hacerlo concluyó:

"Ciertamente, siendo el término "servicios" incluido dentro de la disposición que crea el impuesto municipal sobre actividades económicas en extremo amplio e indeterminado, al no existir una ley dictada con posterioridad a la Constitución de 1999 que precise cuál es el sentido que en materia tributaria municipal debe atribuírsele al mismo, debe ser precisado mediante la labor interpretativa que realizan la jurisprudencia y la doctrina especializada, y a tal efecto, observa la Sala que para ello es menester tomar en cuenta, de un lado, elementos históricos y económicos que permitan establecer si cualquier tipo de servicios, ya sea que éstos deriven de una actividad civil o de una mercantil, ha sido objeto de imposición por parte de los Municipios, o si sólo algún tipo de servicios en particular ha sido considerado como un supuesto de sujeción al impuesto; y de otro, elementos extraídos de la normas civiles y mercantiles que, en caso de existir distinción en cuanto a la naturaleza del hecho generador del tributo, permitan clasificar las características que debe revestir el servicio prestado para ser susceptible de imposición a través del impuesto bajo estudio".

La Sala fue del criterio, como se lee, de que era necesario considerar elementos de diverso tipo, en especial históricos y económicos, que permitieran determinar el verdadero sentido que debe dársele a la nueva redacción del alcance del impuesto municipal a las actividades económicas. Fue precisamente lo que hizo de la manera siguiente:

"Según describen autores como Héctor B. Villegas (Cfr. *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 699), el hoy llamado impuesto a las actividades económicas tiene su origen más remoto en la Edad Media, durante el auge del

régimen feudalista, en donde el señor feudal concedía el privilegio (carta-patente) a algunos de sus vasallos para efectuar negocios o actividades económicas dentro su territorio a cambio de una contraprestación; posteriormente, ya en la Edad Moderna, son las autoridades locales, en tanto integrantes del Estado, quienes expedían a las personas dedicadas de manera habitual el comercio, licencias (patente) para realizar actos de comercio en su jurisdicción, a cambio de una contraprestación o pago por el disfrute de tal libertad.

Desde entonces y con posterioridad al reconocimiento a partir del siglo XVIII de los derechos fundamentales de la persona humana, entre los que se encuentran el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad económica (artículos 20 y 112 de la Constitución vigente), se abandona en buena medida la concepción antes señalada, de considerar como una autorización la expedición de tales licencias o patentes, que pasan entonces a ser justificadas mediante el principio de contribución a las cargas públicas (artículo 133 de la Constitución), como la imposición que las autoridades locales (del lugar en donde se efectúa la interposición en el cambio o el tráfico comercial para obtener un enriquecimiento mediante la acumulación de capital) tienen derecho a realizar para captar recursos que coadyuven a la satisfacción de las necesidades a ellas encomendadas, sobre las actividades económicas comerciales, industriales o afines, de las personas, naturales o jurídicas, que actúan en su jurisdicción.

Así, pues, las circunstancias fácticas anteriormente descritas, permiten advertir que los elementos constitutivos del denominado hecho generador o hecho imponible del impuesto aquí examinado (...) siempre han estado vinculadas de forma directa con el desempeño de actividades económicas de naturaleza mercantil, reguladas en la actualidad por el Código Mercantil vigente, ya que *'el hecho generador de la Patente de Industria y Comercio es el ejercicio del comercio o de la industria -o de actividades similares agregan las Ordenanzas- en el territorio de un Municipio, con fines de lucro'* (Cfr. Ezra Mizrahi C. *La Patente de Industria y Comercio*, Caracas, Funeda, 1998, p. 56).

Este marco histórico y económico permite concluir que sólo las actividades realizadas con fines de lucro que tienen su causa en el desempeño de una industria o comercio, o en una afín con cualquiera de éstas en tanto actividad de naturaleza mercantil o de interposición en el tráfico económico, han sido objeto del antiguo impuesto de patente sobre industria y comercio que han creado los Concejos Municipales en ejercicio de la potestad tributaria originaria que los Textos Constitucionales han conferido a los Municipios, sin que se tenga noticia, al menos durante el siglo XX, que actividades de naturaleza civil hayan sido gravadas en Venezuela por esta vía tributaria con fundamento en alguna Constitución o en la Ley.

En concordancia con lo expuesto, el Código de Comercio publicado en Gaceta Oficial N° 475, Extraordinario, del 26 de julio de 1955, establece de forma expresa cuáles actividades son en Venezuela consideradas de naturaleza mercantil al enumerar, en su artículo 2, todas las actuaciones económicas que según el legislador nacional son *actos objetivos de comercio*, y al señalar, en su artículo 3, que se repuntan como *actos subjetivos de comercio* cualesquiera otros contratos y cualesquiera otras obligaciones de los *comerciantes*, si no resulta lo contrario del acto mismo, o si tales contratos y obligaciones no son de naturaleza esencialmente civil.

Tal regulación mercantil permite afirmar que todos los demás actos o negocios jurídicos cuyo objeto sea valorable económicamente, que no puedan ser subsumidos en ninguno de los dispositivos legales antes referidos, bien porque no sean actos objetivos de comercio, bien porque no sean realizados por comerciantes, o bien porque aun siendo comerciante el sujeto que la realiza cae en alguna de las excepciones contenidas en el artículo 3, son de naturaleza esencialmente civil, y por tanto se encuentran regulados por las disposiciones del Código Civil publicado en *Gaceta Oficial N° 2970, Extraordinaria, del 26 de Julio de 1982*, como es el caso de las actividades realizadas con fines de lucro que tienen su causa en la prestación de un servicio profesional brindado con motivo de la celebración de un contrato de mandato, de servicios o de obras (artículos 1.630 y ss., y 1.684 y ss), que es el caso de los contratos profe-

sionales que celebran las personas, naturales o jurídicas, legalmente autorizadas para prestar servicios en el campo de la ingeniería, la arquitectura, la abogacía, la psicología, la contaduría, la economía, entre otras, a cambio de una contraprestación a la que se denomina honorarios.

Las consideraciones previas permiten a la Sala arribar a las siguientes conclusiones: (I) que por razones históricas y económicas, las Constituciones y las leyes nacionales han considerado sólo a las actividades económicas de naturaleza mercantil como susceptibles de ser pechadas por vía del impuesto de patente sobre industria y comercio, hoy llamado impuesto a las actividades económicas; (II) que sólo son actividades económicas de naturaleza mercantil, y por tanto susceptibles de ser objeto del referido impuesto, aquellas actividades subsumibles en los artículos 2 y 3, en concordancia con el 200, del Código de Comercio; y (III) que los servicios profesionales prestados con motivo del ejercicio de alguna de las denominadas profesiones liberales (ingeniería, arquitectura, abogacía, contaduría, etc) son actividades económicas de naturaleza civil, no subsumibles en alguna de las disposiciones legales del Código de Comercio antes referidas, que se rigen por lo dispuesto en el Código Civil o en leyes especiales, y que, por tanto, no son susceptibles de ser objeto de imposición alguna por constituir, a pesar del ánimo de lucro que evidencian, supuestos de no sujeción en atención al objeto civil a que responden”.

Expuesto todo lo anterior, la Sala concluyó, respecto del sentido exacto de la previsión constitucional, lo siguiente:

“Al hilo de las consideraciones históricas, económicas y jurídicas precedentes, la Sala considera, en razonable interpretación restrictiva del sentido literal posible de la norma, y al mismo tiempo coherente con el resto del ordenamiento jurídico vigente, que cuando el artículo 179, numeral 2, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece la posibilidad para los Municipios de gravar la actividad económica generada con motivo de la prestación de servicios, les confiere a éstos potestad tributaria originaria para pechar solo a aquellas derivadas del ejercicio o desempeño de actividades económicas de naturaleza mercantil, interpretación que resulta reforzada, en atención a la conexión de las palabras entre sí, por la propia norma constitucional cuando ésta advierte también son susceptibles de imposición las actividades económicas ‘de índole similar’ a las de industria o de comercio, para lo cual, forzosamente, tienen que revestir carácter mercantil y no civil.

Así las cosas, podrán los Municipios gravar únicamente aquellos servicios cuya prestación implique el desarrollo de una actividad económica de naturaleza mercantil por parte de la persona natural o jurídica que brinde tales asistencias, quedando excluidas del hecho generador del impuesto municipal contemplado en el numeral 2 del artículo 179 del Texto Constitucional, todas aquellas actividades económicas de naturaleza civil, como las desempeñadas con motivo del ejercicio de profesiones liberales como la ingeniería, la arquitectura, la abogacía, la psicología, la contaduría, la economía, entre otras, por constituir un supuesto de no sujeción al referido tributo según las motivaciones precedentes, de manera tal que mantienen plena vigencia todas las disposiciones legales que excluyen la imposición de tributos a actividades económicas (antigua patente de industria y comercio) al ejercicio de las profesiones cuyos servicios son naturaleza de naturaleza civil. Así se declara”.

De modo que la Sala fijo criterio acerca del alcance del artículo 179.2 de la Constitución, al menos en lo relacionado con ciertas actividades. Más recientemente (sentencia N° 781/2006, caso: “*Ordenanza Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Miranda*”), la Sala insistió al respecto, para lo cual declaró:

“Acerca de este punto, la Sala, en sentencia N° 3241/2002, ha tenido oportunidad de pronunciarse señalando expresamente “(...) que cuando el artículo 179, numeral 2, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece la posibilidad para los Municipios de gravar la actividad económica generada con motivo de la prestación de servicios, les confiere a éstos potestad tributaria originaria para pechar solo a aquellas derivadas del

ejercicio o desempeño de actividades económicas de naturaleza mercantil (...)”, por lo que los Municipios pueden “(...) gravar únicamente aquellos servicios cuya prestación implique el desarrollo de una actividad económica de naturaleza mercantil por parte de la persona natural o jurídica que brinde tales asistencias, quedando excluidas del hecho generador del impuesto municipal contemplado en el numeral 2 del artículo 179 del Texto Constitucional, todas aquellas actividades económicas de naturaleza civil, como las desempeñadas con motivo del ejercicio de profesiones liberales como la ingeniería, la arquitectura, la abogacía, la psicología, la contaduría, la economía, entre otras, por constituir un supuesto de no sujeción al referido tributo (...)”.

No obstante tal precedente, los defensores del acto sostienen la constitucionalidad de la Ordenanza alegando que la máxima jurisprudencial citada se produjo dentro de un contexto distinto al hoy discutido. En aquella oportunidad se trataba de una Ordenanza previa a la Constitución de 1999, refieren, mientras que en esta se trata de una Ordenanza dictada con ocasión a la interpretación del artículo 179.2 constitucional hecha por el legislador municipal; sin embargo, se trata de un argumento que riñe con lo que ha sido la concepción histórica del aludido impuesto y con el principio de división de poderes que reserva al Poder Público nacional todo lo concerniente a la regulación de las **profesiones liberales**.

En efecto, en el precedente citado se indicó que lo que es hoy el impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio y servicios y otras actividades de índole similar siempre ha estado vinculado de forma directa con el desempeño de actividades económicas de naturaleza mercantil. Ese sustrato histórico permite afirmar que sólo las actividades realizadas con fines de lucro -y no de honorarios- que tienen su causa en el desempeño de una industria o comercio, o en una actividad de servicio que sea afín con cualquiera de éstas, en tanto actividad de naturaleza mercantil o de interposición en el tráfico económico, han sido objeto del antiguo impuesto de patente sobre industria y comercio, sin que se tuviera conocimiento, destacó en esa oportunidad la Sala, que actividades de naturaleza civil hayan sido gravadas en Venezuela por esta vía tributaria con fundamento en alguna Constitución o en la Ley.

Por otra parte, las profesiones liberales jamás han tenido naturaleza mercantil, el Código de Comercio, publicado en Gaceta Oficial N° 475 Extraordinario del 26 de julio de 1955, establece de forma expresa cuáles actividades son en Venezuela consideradas de naturaleza mercantil al enumerar, en su artículo 2, todas las actuaciones económicas que según el legislador nacional son actos objetivos de comercio, y al señalar, en su artículo 3, que se repuntan como actos subjetivos de comercio cualesquiera otros contratos y cualesquiera otras obligaciones de los comerciantes, si no resulta lo contrario del acto mismo, o si tales contratos y obligaciones no son de naturaleza esencialmente civil.

Tal regulación mercantil permite afirmar, como ya se hizo en la sentencia aludida, que todos los demás actos o negocios jurídicos cuyo objeto sea valorable económicamente que no puedan ser subsumidos en ninguno de los dispositivos legales referidos, bien porque no sean actos objetivos de comercio, bien porque no sean realizados por comerciantes o bien porque aun siendo comerciante el sujeto que la realiza cae en alguna de las excepciones contenidas en el artículo 3, son de naturaleza esencialmente civil y, por tanto, se encuentran regulados por las disposiciones del Código Civil, como es el caso de las **profesiones liberales**.

No desconoce la Sala, y este fue un argumento que trajo a colación la representación del Municipio Chacao del Estado Miranda, que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal trae una definición de aquello que debe entenderse por actividad económica de servicio en el mismo sentido que lo hace la Ordenanza impugnada, pero se trata de un argumento que dilucidarlo a fondo implicaría excederse del objeto de esta causa, pues amerita analizar la constitucionalidad del precepto de esa Ley nacional. En todo caso, lo importante a retener aquí es que la concepción histórica del impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios y actividades de índole similar obliga a entender que el término servicio se refiere a servicios conexos a actividades industriales y comerciales, pues es ese tipo de actividad, en definitiva, la que genera verdadera riqueza, al extremo que doctrinariamente el bene-

ficio económico que se obtiene de cada una de ellas se denominan de forma diferente si se trata de una u otra. Al de las primeras se les llama ganancias; mientras que al de los servicios profesionales se les denomina honorarios.

Por otro lado, la constitucionalidad del precepto riñe también con la distribución de competencia a que alude nuestra carta Magna en su artículo 136. Toda la regulación de las profesiones liberales pertenece al Poder Público nacional por una razón fundamental: la necesidad de unificar el régimen y evitar arbitrariedades al momento de estipular los requisitos que se deben cumplir para ejercer cualquier profesión, que por sus características son indispensables para la buena marcha de la sociedad. En definitiva, el Constituyente fue previsor al resguardar de posibles regulaciones dispares los requisitos para ejercerlas” (negritas del fallo).

Analizado el presente caso a la luz de la interpretación que dio la Sala en esos fallos, se observa ahora:

La sentencia N° 3241/2002 dio una respuesta al caso planteado por la demandante con base en la disposición constitucional sobre el impuesto a las actividades económicas, pero con la debida advertencia acerca de la inexistencia de normas legales nacionales de carácter general sobre los ingresos municipales o la tributación municipal. Por ello, se lee en ese fallo: *“Ciertamente, siendo el término ‘servicios’ incluido dentro de la disposición que crea el impuesto municipal sobre actividades económicas en extremo amplio e indeterminado, al no existir una ley dictada con posterioridad a la Constitución de 1999 que precise cuál es el sentido que en materia tributaria municipal debe atribuírsele al mismo, debe ser precisado mediante la labor interpretativa que realizan la jurisprudencia y la doctrina especializada”*.

Por su parte, en la sentencia N° 781/2006 se negó la constitucionalidad del impuesto local a la prestación de servicios profesionales, a la par que sostuvo la Sala: *“No desconoce la Sala (...) que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal trae una definición de aquello que debe entenderse por actividad económica de servicio en el mismo sentido que lo hace la Ordenanza impugnada, pero se trata de un argumento que dilucidarlo a fondo implicaría excederse del objeto de esta causa, pues amerita analizar la constitucionalidad del precepto de esa Ley nacional”*.

Debe recordarse que la Constitución garantiza un mínimo de tributos locales, pero el legislador nacional puede aumentarlos; lo que jamás podrá hacer es reducirlos, por lo que sería inconstitucional cualquier disposición legal nacional que eliminase o limitase uno de los tributos expresamente garantizados por la Carta Magna.

Se trata de un asunto bien conocido en Venezuela, pues la Ley Orgánica de Régimen Municipal, hoy derogada, había ampliado los tributos previstos en la Constitución, en el entendido de que éstos eran sólo una garantía mínima de ingresos, pero que aceptaban ser extendidos siempre que ello no implicase la invasión de una potestad tributaria nacional o estatal. Por supuesto, no eran los municipios los que podían extender por sí mismos esos tributos: lo hizo el legislador nacional, único competente para regularlo, de acuerdo con la Constitución de 1961.

El artículo 31 de la Carta Magna de 1961 enumeró los tributos que entran en el ejercicio de la autonomía local, pero la Ley Orgánica de Régimen Municipal amplió esos supuestos. Así lo reconoció expresamente sin vacilación:

“Artículo 113: El Municipio, además de los ingresos que señala el artículo 31 de la Constitución de la República, tendrá los siguientes:

1. El gravamen sobre los juegos y apuestas lícitas que se pacten en su jurisdicción. Dicho impuesto no excederá del cinco por ciento (5%) del monto de lo apostado, cuando se origine en sistemas de juegos establecidos nacionalmente por algún Instituto Oficial. En este caso, el monto del impuesto se adicionará a los apostadores y el Municipio podrá recaudarlo directamente o por medio de los selladores de formularios de juego o expendedores de boletos o billetes, quieto de conformidad con lo previsto en la Ordenanza respectiva. Las ganancias derivadas de estas apuestas solo quedaran sujetas al pago de impuestos nacionales.

UNICO: El Municipio no podrá dictar normas sobre la creación y funcionamiento de loterías, hipódromos y apuestas en general.

2. El producto del impuesto sobre la publicidad comercial realizada en su jurisdicción;

3. La contribución de mejoras sobre los inmuebles urbanos que directa o indirectamente se beneficien con la construcción de obras o el establecimiento de servicios por el Municipio y que sean de evidente interés para la comunidad, de acuerdo a lo que determine la Ley Nacional de la materia y las ordenanzas respectivas. El monto total de la contribución de mejoras no podrá exceder del señalado en la Ley Nacional y en su defecto, del sesenta por ciento (60%) del costo de las obras o de la instalación del servicio, según presupuesto aprobado y verificado por la Contraloría General de la República. Salvo disposición en contrario de la Ley Nacional respectiva, el monto de la contribución de mejoras se calculará en relación al valor real de las propiedades afectadas, pero no podrá ser, para cada propiedad, mayor del cinco por ciento (5%) del valor de dicha propiedad, por cada obra, conjunto de obras o instalación de servicios que se efectúe en una misma oportunidad.

Igual porcentaje corresponderá al Municipio por mayores valores que adquieran las propiedades en virtud de los cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por planes de ordenación urbanística, observándose al respecto lo establecido en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio;

4. La participación en el producto de Impuesto Territorial Rural, la cual se determinará en la Ley que establezca dicho impuesto”.

Con base en la ley nacional, entonces, los municipios disfrutaron del poder -no originario, sino derivado- para imponer tributos en ciertos supuestos y así lo ejercieron con frecuencia. De hecho, los impuestos a las apuestas lícitas y a la publicidad comercial se convirtieron en tributos comunes en los entes locales, si bien nunca con la importancia cuantitativa del impuesto a las actividades industriales y comerciales. Precisamente esa relevancia aconsejó al Constituyente a elevar el rango de los tributos que hasta entonces sólo contaban con cobertura legal. Estos tributos bien podrían haber sido eliminados con la simple reforma de esa legislación, pero consciente de que habían adquirido entidad suficiente para consolidarse como parte de la tradición local, el Constituyente los concedió rango supremo, así:

“Artículo 179. Los Municipios tendrán los siguientes ingresos:

1. Los procedentes de su patrimonio, incluso el producto de sus ejidos y bienes.

2. Las tasas por el uso de sus bienes o servicios; las tasas administrativas por licencias o autorizaciones; los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, con las limitaciones establecidas en esta Constitución; los impuestos sobre inmuebles urbanos, vehículos, espectáculos públicos, juegos y apuestas lícitas, propaganda y publicidad comercial; y la contribución especial sobre plusvalías de las propiedades generadas por cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por los planes de ordenación urbanística.

3. El impuesto territorial rural o sobre predios rurales, la participación en la contribución por mejoras y otros ramos tributarios nacionales o estatales, conforme a las leyes de creación de dichos tributos.
4. Los derivados del situado constitucional y otras transferencias o subvenciones nacionales o estatales;
5. El producto de las multas y sanciones en el ámbito de sus competencias y las demás que les sean atribuidas;
6. Los demás que determine la ley”.

Se observa la constitucionalización de los tributos previstos en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, con lo que han quedado ahora protegidos por la Carta Magna y forman parte de las garantías que deben ser tuteladas frente a invasiones del legislador nacional o del estatal. Ya no son tributos derivados de la ley, sino del Texto Fundamental.

Ahora bien, al igual como lo hacía la Constitución de 1961, la de 1999 permite al legislador nacional incluir nuevos ingresos, tributarios o no, por lo que la Ley nacional sobre la materia -la actual Ley Orgánica del Poder Público Municipal- bien podría disponerlo. La Sala destaca en este momento sólo el último número del artículo 179 de la Constitución, según el cual:

“Artículo 179. Los Municipios tendrán los siguientes ingresos:

(...)

6. Los demás que determine la ley”.

La importancia que concede el Constituyente al Municipio, derivado sin duda de su carácter de *“unidad política primaria de la organización nacional”* como reza en el artículo 168 de la Carta Magna, aconsejó una vez más permitir que aparte de los ingresos (en este caso, tributos) garantizados frente a cualquier injerencia, se creen unos adicionales. De hecho así lo reconoce la Exposición de motivos de la Constitución de 1999, en la que se lee:

“Respecto a los ingresos, se consagran y caracterizan en la Constitución los ramos de ingresos, incluyendo aquellos de naturaleza tributaria que corresponden al municipio de manera irrestricta, dejando abierta la posibilidad de que por vía del desarrollo legislativo puedan ser creados otros impuestos, tasas y contribuciones especiales”.

Por supuesto, la ampliación de ingresos locales nunca podría implicar la vulneración de los límites que el propio Constituyente ha establecido. Respetando esos límites y cualquier otro que se derive del propio Texto Constitucional, el legislador nacional es libre de aumentar el poder tributario local, en consonancia con los principios rectores del Estado venezolano, en especial el de descentralización (que exige recursos para ser efectiva) y que aparece recogida desde el Preámbulo y se repite en varias normas, como las siguientes:

Preámbulo: “El pueblo de Venezuela (...) con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado (...)”

Artículo 4. La República Bolivariana de Venezuela es un Estado Federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad.

Artículo 6. El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables.

Artículo 16. Con el fin de organizar políticamente la República, el territorio nacional se divide en el de los Estados, el del Distrito Capital, el de las dependencias federales y el de los territorios federales. El territorio se organiza en Municipios.

La división políticoterritorial será regulada por ley orgánica, que garantice la autonomía municipal y la descentralización político administrativa. (...)"

La Ley Orgánica del Poder Público Municipal, a diferencia de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, contiene una muy detallada regulación de la materia tributaria, sin duda en un intento de ejecución de la potestad conferida por el numeral 13 del artículo 156, según el cual:

"Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(...)

13. La legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales, así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial".

La Ley Orgánica del Poder Público Municipal ha repetido la norma del artículo 176 de la Constitución y ha añadido algunos ingresos, de esta forma:

"Artículo 140

Son ingresos ordinarios del Municipio:

1. Los procedentes de la administración de su patrimonio, incluido el producto de sus ejidos y bienes.
2. Las tasas por el uso de sus bienes o servicios; las tasas administrativas por licencias o autorizaciones; los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar, con las limitaciones establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; los impuestos sobre inmuebles urbanos, vehículos, espectáculos públicos, juegos y apuestas lícitas, propaganda y publicidad comercial; las contribuciones especiales por mejoras sobre plusvalía de las propiedades generadas por cambio de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por los planes de ordenación urbanística y cualesquiera otros que le sean asignados por ley.
3. El impuesto territorial rural o sobre predios rurales y otros ramos tributarios Nacionales o estatales, conforme a las leyes de creación de estos tributos.
4. Los derivados del Situado Constitucional y otras transferencias o subvenciones nacionales o estatales.
5. El producto de las multas y sanciones en el ámbito de sus competencias y las demás que le sean atribuidas.
6. Los dividendos o intereses por suscripción de capital.
7. Los provenientes del Fondo de Compensación Interterritorial.
8. Los demás que determine la ley".

El transcrito artículo 140 incluso ha dejado lugar a que otra ley -nacional, se entienda-agregue otros ingresos municipales. Ahora, en el aspecto que interesa a la Sala en este momento el legislador repitió las palabras del Constituyente: existe un impuesto "*sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar*". Ese tributo, al igual

que el resto de los previstos, se halla exhaustivamente regulado en sección aparte, específicamente en los artículos 207 y siguientes:

“Artículo 207: El hecho imponible del impuesto sobre actividades económicas es el ejercicio habitual, en la jurisdicción del Municipio, de cualquier actividad lucrativa de carácter independiente, aún cuando dicha actividad se realice sin la previa obtención de licencia, sin menoscabo de las sanciones que por esa razón sean aplicables

(...)”.

Por tratarse la presente de una solicitud de interpretación constitucional, la Sala no debe extenderse sobre el alcance de las normas legales, sino que se limitará a destacar lo evidente: que el impuesto municipal a las actividades económicas se ha extendido al “*ejercicio habitual*” de “*cualquier actividad lucrativa de carácter independiente*”. No existe distinción entre actividades: basta que sea ejercida de manera habitual y que sea susceptible de generar lucro. En cualquier caso, el artículo 211 define las nociones básicas: actividad industrial, actividad comercial y actividad de servicios, sin evitar las dudas que podrían generarse debido a que se trata de un cambio en la concepción tradicional del tributo que supera la garantía mínima consagrada por la Constitución. Al respecto dispone:

“Artículo 211: A los efectos de este tributo se considera:

1. Actividad Industrial: Toda actividad dirigida a producir, obtener, transformar, ensamblar o perfeccionar uno o varios productos naturales o sometidos previamente a otro proceso industrial preparatorio.
2. Actividad Comercial: Toda actividad que tenga por objeto la circulación y distribución de productos y bienes, para la obtención de ganancia o lucro y cualesquiera otras derivadas de actos de comercio, distintos a servicios.
3. Actividad de Servicios: Toda aquella que comporte, principalmente, prestaciones de hacer, sea que predomine la labor física o la intelectual. Quedan incluidos en este renglón los suministros de agua, electricidad, gas, telecomunicaciones y aseo urbano, entre otros, así como la distribución de billetes de lotería, los bingos, casinos y demás juegos de azar. A los fines del gravamen sobre actividades económicas no se considerarán servicios, los prestados bajo relación de dependencia”.

Entonces, la nueva Ley Orgánica del Poder Público Municipal revela con claridad el propósito de apartarse de las limitaciones tradicionales de ese tributo en Venezuela y aumentar la garantía tributaria que concede la Constitución a los Municipios, a través de la superación de la restricción del tributo al caso de las empresas dedicadas a la industria o al comercio, sin poder entonces incluirse el caso de aquellas actividades que, siendo lucrativas, no fueren ni industriales ni comerciales, es decir, que no consistiesen en la elaboración o venta de productos.

La intención clara del Legislador fue ampliar el espectro de los sujetos pasivos del tributo en cuestión, por razones de evidente justicia: si todas las personas con capacidad suficiente tienen la obligación de colaborar con el Estado (en este caso, Municipios), a través de la entrega de dinero que servirá para el financiamiento de los gastos públicos, no resulta justo que sólo lo hagan quienes se dediquen a unas actividades lucrativas y no estén de la misma forma obligadas otras personas que también se dedican a actividades capaces de generar lucro.

Para la Sala, entonces, no es sólo una cuestión de aumento del número de contribuyentes, con un mero afán recaudatorio: es realmente la necesidad, reflejada ahora en el propio texto legal, de que sean contribuyentes todos aquellos que tienen la capacidad económica

para soportar las cargas tributarias locales. El impuesto a las actividades económicas, de esta manera, amplió su hecho generador, para incluir otras que, como sucede con la industria y el comercio, producen ingresos.

La inclusión de la actividad de prestación de servicios es muestra de lo expuesto, si bien la Sala (en los citados fallos 3241/2002 y 781/2006) ha dejado sentado que debe tratarse de servicios que no son profesionales, es decir, de aquellos que generan honorarios. El resto de los servicios -asociados a la industria y el comercio- son gravables a nivel local. No se trata de un "concepto indeterminado", como lo sostuvo la empresa actora; por el contrario, es claro el supuesto, aun cuando requiera ser definido de manera negativa: se trata de la actividad consistente en la satisfacción de una necesidad del consumidor que no se traduce ni en la producción ni en la comercialización de bienes. Precisamente de esa manera negativa hace su definición la Real Academia de la Lengua Española, para la cual servicio es, en el ámbito económico, la "prestación humana de alguna necesidad social y que no consiste en la producción de bienes materiales".

Por lo expuesto esta Sala declara:

- **El impuesto local sobre las actividades económicas que garantiza la Constitución está limitado a la industria y al comercio o aquellas actividades de servicios o de índole similar que guarden relación con aquellas.**
- **La Constitución, sin embargo, permite al legislador aumentar las fuentes de ingreso de los municipios, entre ellas las tributarias, por lo que la Asamblea Nacional puede crear por ley impuestos no garantizados expresamente por la Constitución, siempre que no vulnere con ello la potestad tributaria de los otros niveles político-territoriales.**
- **Esos tributos que se creen por ley nacional no están incluidos en la tutela constitucional a la autonomía local, por lo que podrían ser eliminados tras una derogatoria o reforma de la norma que los estableció.**

Así se declara.

VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo*

A. *Principios*

CSCA

17-12-2007

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Héctor Rafael Paradas Linares vs. Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas.

Los principios reguladores del procedimiento administrativo se clasifican en tres grandes grupos: El principio de legalidad; Los principios relativos a las garantías jurídicas de los administrados (los principios de *audire alteram partem* o principio de contradictorio administrativo, de igualdad de los participantes en el procedimiento, de publicidad de las actuaciones y de motivación del acto administrativo) y, Los principios que garantizan la eficacia de la actuación administrativa (principios de economía procedimental, preclusividad,

flexibilidad probatoria, de actuación de oficio o inquisitivo y de control jerárquico).

Respecto a la Infracción de Ley consagrada en el artículo 313 ordinal 2 del Código de Procedimiento Civil por haber desconocido el contenido del artículo 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En este sentido el artículo 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece:

“La tramitación y resolución de los expedientes no podrá exceder de cuatro (4) meses, salvo que medien causas excepcionales, de cuya existencia se dejará constancia, con indicación de la prórroga que se acuerde.

La prórroga o prórrogas no podrán exceder, en su conjunto, de dos (2) meses”.

De la disposición precedente se desprende que la Administración, dispone de un plazo de cuatro (4) meses para sustanciar el procedimiento disciplinario, pudiendo prorrogarlo por dos (2) meses, cuando medie causa que lo justifique.

Ahora bien observa esta Corte, que pudiera ocurrir que una vez concluido el plazo legal para sustanciar, e inclusive, finalizado el plazo de prórroga, queden por practicar algunas actuaciones necesarias e importantes para el esclarecimiento de los hechos, actos u omisiones investigados, o con respecto a la presunta autoría.

Así tenemos que, el hecho de que un acto administrativo sea dictado con posterioridad al vencimiento del lapso legalmente establecido para ello, no lo vicia necesariamente de nulidad. La obligación de resolver dentro de un lapso determinado en la ley, tiene por objeto dar un tiempo prudencial para que el administrado obtenga una decisión en relación al asunto conocido en sede. Sin embargo, esta Corte no puede dejar de advertir que ello no exime a la Administración del pronunciamiento expreso solicitado (Vid. sentencia N° 00799 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 11 de junio de 2002).

En este sentido esta Corte considera conveniente recordar que la actuación del órgano administrativo en todo momento debe sujetarse no sólo a las normas jurídicas aplicables, si no que, además debe orientarse a cumplir una serie de principios que constituyen una pieza fundamental dentro de dicho procedimiento.

Acerca de los principios que rigen el procedimiento administrativo, Hildegard Rondón de Sansó, en su obra “Procedimiento Administrativo” expresó:

“De toda la normativa, que será objeto de un análisis posterior, vigente en lo ordenamientos jurídicos, así como en la materia, se evidencia que, en la regulación de los procedimientos administrativos existen una serie de postulados que están siempre presentes, bien de forma expresa, o bien porque subyacen como motivación intrínseca de las normas reguladora. A tales postulados podemos denominar ‘Principios’, porque son rectores del procedimiento administrativo en abstracto, constituyendo proposiciones fundamentales que condicionan el sistema en base al cual se erigen. Tales postulados pueden o no ser formulados, porque, como bien lo expresa Moles Caubet, los principios jurídicos no pueden estar incorporados literalmente en la norma, constituyendo el ‘Derecho detrás del Derecho’, por lo cual se les puede denominar ‘principios con trascendencia jurídica, o bien, pueden estar incorporados, constituyendo así norma condicionante de las otras.

(...) podemos enunciarlos enmarcados en tres grandes categorías: la primera constituida por el principio de Legalidad que es extrínseco al procedimiento, por que es una regla común de toda actividad administrativa; en la segunda quedarán comprendidos los que constituyen ga-

rantías jurídicas de los administrados, en el sentido de que aseguran o salvaguardan sus intereses durante el procedimiento, y, en la tercera, los que están dados, fundamentalmente, para garantizar la eficacia de la actuación administrativa (...)"

Como se advierte, la doctrina expuesta clasifica los principios reguladores del procedimiento administrativo en tres grandes grupos: a) El principio de legalidad; b) Los principios relativos a las garantías jurídicas de los administrados, como son los principios de *audire alteram partem* o principio de contradictorio administrativo, de igualdad de los participantes en el procedimiento, de publicidad de las actuaciones y de motivación del acto administrativo; y, c) Los principios que garantizan la eficacia de la actuación administrativa, tal es el caso de los principios de: economía procedimental, preclusividad, flexibilidad probatoria, de actuación de oficio o inquisitivo y de control jerárquico. En el procedimiento de averiguaciones administrativas es indiscutible que el principio de legalidad debe tenerse presente a lo largo del mismo.

Por su parte, los principios que se encuentran vinculados con las garantías de los administrados, también entran en juego en la etapa de sustanciación del procedimiento disciplinario. En efecto, se tendrán en cuenta tales principios cuando el órgano sustanciador procede a citar para escuchar las declaraciones de aquellos sujetos que pudieran tener vinculación con los hechos investigados, los que deberán tener derecho a que se les escuche, a que se les trate en igualdad de condiciones respecto a los demás investigados, los que deberán tener derecho a que se les escuche, a que se les trate en igualdad de condiciones respecto de los demás involucrados en el procedimiento disciplinario, a que la Administración valore sus intervenciones de manera imparcial, a tener acceso a las actuaciones recogidas en el expediente administrativo y a que la decisión definitiva que se adopte se encuentre debidamente motivada. En suma, a que se garantice el derecho a la defensa.

Del mismo modo, cabe destacar que tiene una gran importancia en esta fase de sustanciación del procedimiento disciplinario aquellos principios que aseguran la eficacia de la Administración, tal como lo refiere la autora patria Hildegard Rondón de Sansó, por tanto existe la posibilidad de practicar actuaciones excediendo el tiempo establecido en la Ley, de manera excepcional, y sólo puede admitirse cuando la causal que originó el procedimiento haga indispensable para la Administración requerir más tiempo de lo previsto, para contar con fundados elementos que le permitan decidir el asunto con arreglo a la verdad material.

En otras palabras, debe tener presente el órgano administrativo posibilidades excepcionales dentro del procedimiento de procedimientos disciplinarios, que sólo deberán producirse cuando ocurran circunstancias como las previstas.

En el presente caso, la parte recurrente consignó en copias certificadas la Resolución N° D.C.J. N° 1076 de fecha 28 de octubre de 2005 (folios 16 al 21) mediante la cual la Dirección de Consultoría Jurídica de la Alcaldía Mayor emitió su opinión con respecto al procedimiento disciplinario llevado en contra del ciudadano Héctor Rafael Paradas Linares.

De la referida resolución se desprende que la Administración llevó a cabo un procedimiento disciplinario en contra del hoy recurrente, el cual se inició el 12 de abril de 2004 mediante auto emanado del Director de Recursos Humanos de la referida Alcaldía que ordenó la apertura del procedimiento administrativo, igualmente se dejó constancia que el 30 de agosto de 2004 rindieron declaración dos (2) ciudadanas, que el 29 de ese mismo mes y año, se le notificó al funcionario de los cargos, razón por la cual el 7 de octubre de 2004 el referido ciudadano consignó escrito de descargos, y en esa misma fecha se acordó la apertura del lapso probatorio, el cual concluyó el 19 de octubre de 2004 y así se dejó constancia. Poste-

riormente fue remitido el expediente a la Consultoría Jurídica de la entidad municipal a los fines de que emitiera su opinión.

Precisado lo anterior, esto es, que se llevó a cabo un procedimiento administrativo a los fines de determinar si el funcionario Héctor Parada Linares incurrió en una falta sancionada con la destitución, procedimiento en el cual el funcionario actuó tal como se desprende de la Resolución N° D.C.J. N° 1076 de fecha 28 de octubre de 2005 (la cual fue consignada por la misma parte actora).

Ahora bien, estima esta Corte, que si bien es cierto que el procedimiento administrativo en referencia tuvo una duración mayor a la estipulada en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, no menos cierto es que la tardanza en nada conculcó los derechos constitucionales del accionante, pues, tal como se señaló, éste participó en la instancia administrativa a los fines de exponer sus respectivas defensas y, asimismo, pudo ejercer el recurso judicial respectivo a los fines de impugnar dicha decisión administrativa.

Aunado a ello, y no menos importante, es el hecho que el querellante fue destituido del cargo de agente policial por haber realizado una acción que podría ser objeto de una sanción penal (porte ilícito de arma), que el hoy querellante reconoció, y que a criterio de esta Corte en el caso concreto, por ser esta una situación que afecta el orden público y las buenas costumbres el procedimiento disciplinario efectuado no podía estar sujetos a lapsos de caducidad o prescripción, como erradamente lo afirmó el querellante en su fundamentación.

Por tanto, corroborado en esta instancia que la Administración sustanció el procedimiento disciplinario contra el recurrente, atendiendo a los principios que aseguran la eficacia de la Administración, y siendo que en el presente caso se presentó una situación excepcional que afectó el orden y público y las buenas costumbres, esta Corte desecha el alegato del recurrente en torno a la caducidad del procedimiento administrativo.

Por tanto, corroborado en esta instancia que la Administración sustanció el procedimiento disciplinario contra el ciudadano Héctor Parada Linares, atendiendo a los principios que aseguran la eficacia de la Administración, y siendo el presente caso una situación excepcional que incumbe el orden público, esta Corte considera ajustada la decisión de la Alcaldía de destituirlo, pues, quedó demostrado a través de la instancia administrativa que el hoy recurrente incurrió en la causal prevista en el ordinal 6 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, relativa a la "falta de probidad" institución que tiene un amplio alcance, pues comprende todo el incumplimiento, o al menos una gran parte, de las obligaciones que informan el llamado contenido ético de las obligaciones del funcionario público. (Vid sentencia N° 2006-01835 de fecha 13 de junio de 2006 de esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo).

De manera que siendo la falta de probidad un comportamiento incompatible con los principios morales y éticos previstos en la naturaleza laboral del cargo ejercido por el funcionario público, se hace más reprochable cuando las funciones desempeñadas por la persona que ostenta el cargo, comprende principalmente actividades de seguridad ciudadana, que por su naturaleza requiere la más alta rectitud que pudiere exigírsele a otros funcionarios. Así se decide.

No obstante lo anterior, esta Corte insta a la Administración recurrida a que, en casos similares al de autos, instruya el respectivo procedimiento administrativo en resguardo de los lapsos establecidos legalmente, con estricta observancia a las normas que, sobre la material procedimental, consagra la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Así se decide.

Desechadas cada una de las denuncias esgrimidas por el apoderado judicial del ciudadano Héctor Rafael Paradas Linares en el escrito de fundamentación, esta Corte declara sin lugar la apelación interpuesta el 15 de noviembre de 2006, contra la sentencia dictada el 9 de noviembre 2006 por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, mediante la cual declaró sin lugar el recurso interpuesto por el referido ciudadano contra la ALCALDÍA DEL DISTRITO METROPOLITANO DE CARACAS, y confirma el fallo apelado. Así se decide.

B. *Derechos de los Administrados*

a. *Las garantías del debido proceso*

TSJ- SC (1889)

17-10-2007

Magistrado Ponente: Francisco Carrasquero López

Caso: Impugnación de los artículos 449, 453, 454, 455, 456 y 457 de la Ley Orgánica del Trabajo

El origen del derecho al debido proceso, se encuentra en el principio de codificación, de acuerdo al cual la actuación del Estado supone una normación procedimental vinculante, que ordene el accionar administrativo.

Finalmente, los actores denunciaron que la sustanciación llevada por las Inspectorías del Trabajo, resulta lesiva del derecho al debido proceso, por cuanto son procedimientos sui generis.

Al respecto, tal como señaló esta Sala en sentencia N° 1392, dictada el 28 de junio de 2005, en el caso LUIS CARLOS PINZÓN LA ROTTA, el debido proceso a que se refiere el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, reviste una gran importancia a favor de todo sujeto de derecho, por cuanto implica el cumplimiento y respeto tanto de las reglas legales como de las garantías y derechos de los sujetos de derecho; lo cual, supone la sustanciación de un procedimiento, en el que se garantice al interesado sus posibilidades de defensa y el empleo de los medios o recursos dispuestos para tal fin; es decir, la posibilidad de alegar y probar en condiciones de igualdad, todo cuanto pueda favorecer su condición jurídica y de allí, que su trasgresión se configura no sólo cuando se tergiversa el procedimiento aplicable, sino también cuando se obvia alguna de sus fases esenciales, privando a una de las partes de una oportunidad para exponer o demostrar lo que estime conducente para preservar sus derechos e intereses.

La génesis del derecho al debido proceso, se encuentra en el principio de codificación, de acuerdo al cual la actuación del Estado supone una normación procedimental vinculante, que ordene el accionar administrativo. Por ello, cada actuación debe administrarse coherentemente en una cadena o sucesión de actuaciones donde la defensa de los administrados o justiciables (según el caso) representa el eje fundamental de la legitimación del procedimiento como garantía jurídica.

La exigencia del procedimiento judicial o administrativo y con ella, la de su racionalización, responde a las nociones de seguridad jurídica, pues tiende a la verificación procedimental de las circunstancias que dan lugar a la manifestación de autoridad, otorgándole así un carácter solemne a su actuación, que le permite a los interesados, intervenir con las garantías necesarias para la defensa de sus situaciones jurídicas.

Es esa la justificación del carácter procedimentalizado de la actuación del Estado, que se presenta como uno de los principios del Estado de derecho que tiende al control de la arbitrariedad del Poder Público, en el cual se manifiestan las garantías adjetivas de los particulares.

A tono con la doctrina expuesta, el ordenamiento jurídico venezolano, recoge en el artículo 47 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el principio de aplicación preferente de los procedimientos administrativos establecidos en leyes especiales, donde en el marco antes desarrollado, deben observarse el derecho a la defensa y el principio de racionalidad de las actuaciones.

Conforme a lo expuesto, observa esta Sala que las normas atacadas salvaguardan el derecho a la defensa y el principio de racionalidad de las actuaciones procesales y ello, aunado a que la sustanciación de la actividad desarrollada por las inspectorías del trabajo se encuentra predeterminada en un procedimiento establecido por vía legal, permiten concluir que el carácter *sui generis* o especial de dicho procedimiento en nada atenta contra la garantía dispuesta en el artículo 49 del Texto Fundamental, ya que esta norma no debe ser entendida como un imperativo de un procedimiento administrativo único, sino como una garantía que supone la sustanciación ajustada a la ley de la actuación administrativa del Estado y así se decide.

b. *Derecho al juez natural*

TSJ- SC (1889)

17-10-2007

Magistrado Ponente: Francisco Carrasquero López

Caso: Impugnación de los artículos 449, 453, 454, 455, 456 y 457 de la Ley Orgánica del Trabajo

El derecho al juez natural se debe garantizar no sólo en el plano procesal judicial, sino en el procedimental administrativo o de administración judicial en particular, referido a un “instructor natural”, “administrador natural” o “sancionador natural”, según el caso.

En otro orden de ideas, los accionantes denunciaron que las normas impugnadas menoscaban el derecho al juez natural, y sobre el particular, se observa, que el contenido esencial de este derecho es el siguiente: “Es necesario, pues, que el Juez sea aquel al que corresponde su conocimiento según las normas vigentes con anterioridad (...). Se atenta contra la garantía constitucional siempre que se modifica la competencia o la composición del órgano jurisdiccional, tanto por norma con fuerza de ley como por actos del Ejecutivo o de los órganos rectores del Poder Judicial, a fin de sustraer un litigio del conocimiento del Tribunal al que naturalmente le correspondería” (cfr. J. González Pérez, *El derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1989. P. 129).

Así, el derecho al juez predeterminado por la ley, mejor conocido en nuestro ámbito como el derecho al juez natural, lo justifica Pérez Royo en el imperativo de que “la voluntad general tiene que ser previa a la resolución del conflicto, tanto en la definición de la norma sustantiva y de la norma procesal con base en la cual tiene que ser resuelto como en la previsión del órgano judicial y de las personas que lo van a componer, que van a intervenir en su solución”. Para este autor, “se trata de una exigencia de la neutralidad de la voluntad general, que no admite que se pueda designar a posteriori un juez o tribunal *ad hoc*, así como tampoco

que pueda el ciudadano elegir el juez que va a entender de su conducta” (cfr: Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000. p. 500).

En el contexto señalado, nuestra Constitución establece en su artículo 49, cardinal 4, que “toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley”.

Por su parte, la jurisprudencia de la Sala ha establecido al respecto, que el derecho al juez predeterminado por la ley, supone, “en primer lugar, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica; en segundo lugar, que ésta lo haya investido de autoridad con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial; en tercer lugar, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional para el caso; y, en cuarto lugar, que la composición del órgano jurisdiccional sea determinado en la Ley, siguiéndose en cada caso concreto el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros, vale decir, que el Tribunal esté correctamente constituido. En síntesis, la garantía del juez natural puede expresarse diciendo que es la garantía de que la causa sea resuelta por el juez competente o por quien funcionalmente haga sus veces” (cfr. sentencia núm. 520/2000 del 7 de junio, caso: Mercantil Internacional, C.A.).

Ahora bien, toda esta doctrina es trasladable a la funciones que en específico la ley le ha atribuido a los órganos administrativos, pues el artículo 49 constitucional establece en su encabezado que: “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas...”; esto es, el derecho al juez natural se debe garantizar, no sólo en el plano procesal judicial, sino en el procedimental administrativo o de administración judicial en particular, referido a un “instructor natural”, “administrador natural” o “sancionador natural”, según el caso.

Siendo así, las normas impugnadas establecen un criterio atributivo de competencia en favor de las inspectorías del trabajo para conocer y tramitar en sede administrativa el correspondiente procedimiento de protección al fuero, lo cual evidencia la observancia de la garantía a que alude el encabezado del artículo parcialmente transcrito (el derecho al juez natural extensivo a la actuación de los órganos de la administración), correspondiente al establecimiento previo y por vía legal del órgano decisor de una controversia. Así se establece.

2. *Actos Administrativos*

A. *Requisitos de forma.*

TSJ-SPA (1763)

7 -11-2007

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Banco de Venezuela, S.A, Banco Universal vs. Ministerio de la Producción y el Comercio, hoy Ministerio del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio

.....a tenor de lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en concordancia con lo establecido en el artículo 72 *eiusdem*, es un requisito de forma de los actos administrativos “...la **indicación expresa del número y fecha del acto de delegación...**”, así como la obligación de la Administración de publicar en Gaceta Oficial los actos administrativos que interesen a un número indeterminado de personas, sin lo cual dicho acto administrativo no tendría eficacia alguna. (Negrillas del texto).

B. *Requisitos de Fondo: Competencia. Delegación*

TSJ-SPA (1763)

7-11-2007

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Banco de Venezuela, S.A, Banco Universal vs. Ministerio de la Producción y el Comercio, hoy Ministerio del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio

La Sala Político Administrativa señala la diferencia existente entre la delegación de atribuciones y la delegación de firmas.

De las normas antes transcritas, se observa que la Ley prevé las competencias atribuidas al Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario, entre las cuales se le confiere al INDECU la defensa de los derechos de los ahorristas, así como la facultad de sustanciar y decidir los procedimientos para determinar la comisión de hechos violatorios de la Ley.

Por otra parte, el artículo 88 *eiusdem*, contempla las atribuciones legales que le están conferidas al Presidente del referido Instituto, entre las cuales se encuentran las siguientes:

“Artículo 88. El Presidente del Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) será la máxima autoridad ejecutiva del mismo, y como tal tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

...omissis...

6. Delegar atribuciones en los Directivos del Instituto y en éstos y en otros funcionarios la firma de documentos, conforme a la resolución respectiva;

7. Aplicar las sanciones administrativas;...” (Resaltado de la Sala).

El artículo parcialmente transcrito, consagra la facultad del Presidente del INDECU, de aplicar las sanciones administrativas que considere necesarias con ocasión a la violación de las disposiciones normativas contenida en la Ley que rige el funcionamiento de dicho Instituto. Asimismo, refiere a la posibilidad de delegar a los Directivos o cualquier otro funcionario, sus atribuciones de firma.

En el caso de autos el vicio de incompetencia manifiesta denunciado por la entidad bancaria recurrente se contrae al acto administrativo sancionatorio de primer grado dictado el 20 de diciembre de 2001 por la Coordinadora Regional del INDECU del Estado Zulia, quien actuó -según lo afirmado por los apoderados actores- sin delegación del Presidente de dicho Instituto.

Así las cosas, resulta necesario para la Sala precisar que la delegación es una técnica organizativa mediante la cual un órgano con un ámbito competencial determinado, desvía algunas de sus atribuciones a un órgano de inferior jerarquía, o bien al funcionario que ostente la titularidad de dicho órgano; en este segundo supuesto, como es de suponer, la cesación en el cargo aparejaría el fin de las atribuciones delegadas.

Sobre este contexto, la Sala ha sostenido en reiteradas oportunidades (vid. Sentencia N° 2005-00928 de fecha 30 de marzo de 2005), la existencia de dos tipos de delegaciones: la delegación de atribuciones y la delegación de firmas. La *delegación de atribuciones* o facul-

tades es un acto jurídico general o individual, por medio del cual un órgano administrativo transmite parte de sus poderes o facultades a otro órgano. Son transmitidas tanto la competencia como la responsabilidad que trae aparejada su ejercicio, donde los actos dictados se estiman emanados del funcionario inferior delegado y no del superior delegante.

La *delegación de firma*, en cambio, no es una transmisión de competencias en el sentido apuntado, ya que el inferior delegado se limita a suscribir los documentos o actos señalados en la delegación, conservando el superior delegante la competencia, la decisión y la responsabilidad sobre el acto en sí mismo considerado. Es por tal razón, que en estos casos los delegados no son responsables de la eventual ilegalidad de los actos, debiendo interponerse los recursos a que hubiera lugar de ser el caso, ante el propio superior delegante.

Asimismo, ha sostenido la Sala que la delegación sólo procede "... i) cuando exista norma legal expresa que la contemple; ii) siempre que se efectúe entre el órgano delegante y el órgano delegatario que así prevea la norma y iii) debe siempre constar en el acto administrativo que se dicte con fundamento en ella, tal como lo exige el artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos...". (vid. Sentencia de fecha 25 de noviembre de 1999, Caso: Servicio Autónomo Junta de Beneficiencia Pública y Protección Social del Estado Nueva Esparta y otros). (Destacado de la Sala).

En el referido artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, se puede leer lo siguiente:

"Artículo 18: Todo acto administrativo deberá contener:

...omissis...

7. Nombre del funcionario o funcionarios que lo suscriben, con indicación de la titularidad con que actúen, e indicación expresa, en caso de actuar por delegación, del número y fecha del acto de delegación que confirió la competencia." (Subrayado de la Sala).

Dicho lo anterior, esta Sala observa que a los folios 234 al 238 del expediente judicial, corre inserto el acto administrativo de primer grado, dictado por la ciudadana Diomira González, quien con el carácter de "COORDINADORA REGIONAL DEL INDECU-ZULIA" (Mayúsculas del texto), impuso sanción de multa a la recurrente, "...en uso de las atribuciones que le confiere la Providencia Administrativa N° 058 de fecha: 09-04-99...".

Siendo así, esta Sala considera cumplido el requisito previsto en el referido artículo, que exige a la funcionaria que dictó el acto administrativo impugnado indicar en forma expresa el "...número y fecha del acto de delegación que [le] confirió la competencia...". En consecuencia, se desestima el alegato de incompetencia manifiesta esgrimido por la representación judicial de la entidad bancaria recurrente. Así se declara.

Aunado a lo anterior, esta Sala observa que la delegación fue realizada a un órgano o funcionario perteneciente a la misma rama de la Administración Pública del ente delegante, razón por la cual no se violó la esfera de competencias de otros poderes; por lo que mal podría esta Sala declarar procedente la incompetencia manifiesta denunciada.

C. *Efectos*

a. *Notificación*

TSJ-SPA (1939)

28-11-2007

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Alcaldía del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira vs. Decisión Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Los Andes

...Señalado lo anterior, debe la Sala pronunciarse en torno al supuesto error cometido por el juzgador de instancia en su fallo al considerar que la notificación defectuosa de la Resolución N° AM/121-2006, por no indicar los medios recursivos y plazos de impugnación que procedían contra ella, acarreó la nulidad de ésta y por consiguiente, su no sujeción al plazo de caducidad previsto en el artículo 261 del Código Orgánico Tributario; en este sentido, estima pertinente esta alzada destacar que, efectivamente, la notificación es un requisito esencial para la eficacia de los actos administrativos, máxime cuando afecten los derechos de los particulares o interesados, de modo que hasta que la misma no se haya verificado tales actos carecerán de ejecutoriedad. La aludida condición constituye además, el presupuesto para que transcurran los lapsos de impugnación, de allí que se exija la indicación de las vías de defensa procedentes contra el acto en cuestión, con expresión de los órganos y lapsos para su ejercicio.

En este contexto, resulta que la eficacia del acto administrativo se encuentra, supeditada a su publicidad, y en los casos de los actos de efectos particulares la misma se obtiene con la notificación de los mismos, con la que se persigue poner al administrado en conocimiento de una medida o decisión que le afecta directamente en sus intereses; no obstante, puede ocurrir que un acto que no ha sido debidamente notificado llegue a ser eficaz por haber cumplido con el objeto que se persigue con la aludida exigencia, siendo entonces aplicable el principio del "logro del fin". Ante esa circunstancia, una defectuosa notificación quedará convalidada si el interesado, conociendo de la existencia del acto que le afecta, recurre del mismo oportunamente por ante el órgano competente.

Ahora bien, advertido como fue que el acto intimatorio afectó la esfera subjetiva de la contribuyente al calcular unos intereses moratorios e imponer una multa no contenidos en las resoluciones de reparo, desconocidos hasta ese momento por la contribuyente, considera esta alzada que en dicho acto debían indicarse tanto los medios de defensa que procedían contra él, como los lapsos para la interposición de tales recursos, siendo en consecuencia, que al no hacerlo la Administración Tributaria Municipal incurrió en una notificación defectuosa, a tenor de lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Así se declara.

b. *Publicación*

TSJ-SPA (1763)

7 -11-2007

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Banco de Venezuela, S.A, Banco Universal vs. Ministerio de la Producción y el Comercio, hoy Ministerio del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio

Ahora bien, en cuanto al requisito de publicidad de los actos administrativos de efectos generales, el artículo 72 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, establece lo siguiente:

“Artículo 72: Los actos administrativos de carácter general o que interesen a un número indeterminado de personas, deberán ser publicados en la Gaceta Oficial que corresponda al organismo que tome la decisión.

Se exceptúan aquellos actos administrativos referentes a asuntos internos de la administración.

También serán publicados en igual forma los actos administrativos de carácter particular cuando así lo exija la ley.” (Subrayado por la Sala)

De la norma anteriormente transcrita, se desprende que el legislador previó para los actos administrativos considerados de carácter general o que interesen a un número indeterminado de personas (como es el caso de los actos delegatorios), ciertos requisitos de forma que delimitan su eficacia, siendo uno de ellos, la publicidad a la cual siempre están sujetos.

Sin embargo, en un caso análogo al de autos, esta Sala realizó las siguientes consideraciones:

“...en el caso bajo examen, si bien la Providencia Administrativa N° 068 de fecha 14 de abril de 1999, mediante la cual el Presidente del INDECU resolvió delegar ‘...en todos y cada uno de los Coordinadores Regionales de este Instituto (...) las atribuciones previstas en el artículo 88, Numerales 3, 6 y 7 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario’, adolece del requisito formal de publicidad, ello no implica obligatoriamente la ineficacia de dicho acto.

En atención a lo antes indicado, en el caso bajo examen, la falta de publicación de la delegación no afecta la validez del acto administrativo sancionatorio cuya nulidad se persigue, toda vez que no menoscabó el derecho a la defensa del administrado -hoy recurrente- ni obstaculizó el cabal ejercicio de los recursos que éste tenía a disposición, esta Sala debe desechar la violación alegada referida a la falta de publicidad del acto. En consecuencia, se desestima el alegato de incompetencia manifiesta presentado por los apoderados judiciales de la entidad bancaria recurrente. Así se declara.” (Destacado de la Sala) (Vid. Sentencia N° 02148 de fecha 4 de octubre de 2006).

En atención al criterio jurisprudencial citado, esta Sala aprecia que en el caso bajo análisis, igualmente, la falta de publicación de la delegación no afectó la validez del acto administrativo sancionatorio impugnado, por cuanto la parte recurrente ejerció cabalmente su derecho a la defensa e interpuso los recursos que la ley pone a su disposición. En consecuencia, se declara improcedente el alegato referido a la incompetencia manifiesta del funcionario que dictó el acto administrativo impugnado por la falta de publicación en Gaceta Oficial del acto delegante. Así se declara.

D. *Vicios. Usurpación de funciones e incompetencia manifiesta*

TSJ-SPA (1915)

28-11-2007

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Federación Nacional de Ganaderos de Venezuela (FEDENAGA) y Asociación Civil de Ganaderos de Machiques (GADEMA) vs. Decreto N° 2.292 emanado del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela publicado en la G.O. N° 37.624 de 4-2-2003

En relación a los denunciados vicios de *usurpación de funciones* e *incompetencia manifiesta*, la Sala ha establecido en su jurisprudencia lo siguiente:

“...En efecto, en forma constante la Sala ha señalado, que el vicio de **incompetencia** se configura cuando una autoridad administrativa determinada dicta un auto para el cual no estaba legalmente autorizada, por lo que debe precisarse de manera clara y evidente, que su actuación infringió el orden de asignación y distribución de las competencias o poderes jurídicos de actuación de los órganos públicos administrativos, consagrado en el ordenamiento jurídico. La competencia le confiere a la autoridad administrativa la facultad para dictar un acto para el cual está legalmente autorizada y ésta debe ser expresa, por lo que sólo en los casos de incompetencia manifiesta, los actos administrativos estarían viciados de nulidad absoluta.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala, han distinguido básicamente tres tipos de irregularidades: la llamada *usurpación de autoridad*, la *usurpación de funciones* y la *extralimitación de funciones*.

La *usurpación de autoridad* ocurre cuando un acto es dictado por quien carece en absoluto de investidura pública. Este vicio se encuentra sancionado con la nulidad absoluta del acto.

Por su parte, la **usurpación de funciones** se constata, cuando una autoridad legítima dicta un acto invadiendo la esfera de competencia de un órgano perteneciente a otra rama del Poder Público, violentando de ese modo las disposiciones contenidas en los artículos 136 y 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en virtud de los cuales se consagra, por una parte, el principio de separación de poderes, según el cual cada rama del Poder Público tiene sus funciones propias, y se establece, por otra parte, que sólo la Ley define las atribuciones del Poder Público, y a estas normas debe sujetarse su ejercicio.

Finalmente, la *extralimitación de funciones* consiste fundamentalmente en la realización por parte de la autoridad administrativa de un acto para el cual no tiene competencia expresa. (Sent. N° 02765 de fecha 30 de noviembre de 2006). (Destacado de esta decisión).

TSJ-SPA (1915)

28-11-2007

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Federación Nacional de Ganaderos de Venezuela (FEDENAGA) y Asociación Civil de Ganaderos de Machiques (GADEMA) vs. Decreto N° 2.292 emanado del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela publicado en la G.O. N° 37.624 de 4-2-2003

A su vez, se observa que la parte accionante también denunció en el escrito contentivo del recurso, que el decreto impugnado y por vía de consecuencia, la referida Resolución N° 177, viola el *principio constitucional de la separación de funciones de las ramas del Poder Público*.

En criterio de la Sala la denuncia de violación al referido principio constitucional guarda estrecha relación con la de *usurpación de funciones* alegada por las accionantes y es por ello, que en su jurisprudencia al referirse al mencionado vicio ha señalado lo siguiente:

“...se incurre en *usurpación de funciones* cuando una autoridad legítima dicta un acto invadiendo la esfera de competencia de un órgano perteneciente a otra rama del Poder Público, **violentando** de ese modo las disposiciones contenidas en los **artículos 136 y 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**, en virtud de los cuales se consagra, por una parte, el principio de separación de poderes, según el cual cada rama del Poder Público tiene sus funciones propias, y se establece, por otra parte, que sólo la Constitución y la ley definen las atribuciones del Poder Público y a estas normas debe sujetarse su ejercicio. De manera que al invadirse la esfera de atribuciones que es propia de otro órgano del Poder

Público, se estaría incurriendo en una incompetencia manifiesta, lo cual se traduce necesariamente en la nulidad del acto impugnado...”

(Sent. SPA N° 06589 de fecha 21 de diciembre de 2005, caso: *Seguros Banvalor, C.A.*)

En orden a lo anterior, dado que esta Sala ha desvirtuado ya la denuncia de incompetencia por usurpación de funciones; consecuentemente, se desestima cualquier violación al principio de separación de funciones de las ramas del Poder Público, ya que como se ha dejado en evidencia, la competencia ejercida por el Presidente de la República al dictar el decreto impugnado resulta del propio Texto Fundamental y del ejercicio de la actividad de fomento, la cual ha sido ejercida conjuntamente con el órgano competente a nivel nacional para autorizar y adjudicar las tierras para el desarrollo agrario, como máximo administrador agrario, es decir, el Instituto Nacional de Tierras (INTI), a fin de alcanzar mancomunadamente los objetivos previstos en el entonces vigente Decreto N° 1.546 con Rango y Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario y evitar así el eventual desabastecimiento que pudiese poner en riesgo la seguridad agroalimentaria.

VII. LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo de Anulación*

A. *Objeto: Actos administrativos. Universalidad de control*

TSJ-SPA (1915)

28-11-2007

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Federación Nacional de Ganaderos de Venezuela (FEDENAGA) y Asociación Civil de Ganaderos de Machiques (GADEMA) vs. Decreto N° 2.292 emanado del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela publicado en la *G.O.* N° 37.624 de 4-2-2003

Con el establecimiento del Estado de Justicia, resulta imposible suponer que exista un acto administrativo que escape del control jurisdiccional, pues uno de los logros trascendentales del Estado Democrático es precisamente, la consagración del control universal de los actos administrativos

A su vez, con respecto al alegato de violación del principio de separación de funciones de las ramas del Poder Público, la parte actora alegó que el decreto impugnado vulnera el ejercicio de la función jurisdiccional, en virtud de que el artículo 9 del referido instrumento jurídico establece que ninguna persona o autoridad podrá ejecutar actos que conlleven al desalojo de los beneficiarios de las Cartas Agrarias.

Denunció en tal sentido que “...ninguna persona o funcionario público puede recurrir por ante los órganos de la administración de justicia para que su conflicto de intereses con otra persona o con el Estado sobre la propiedad, la posesión u ocupación de un predio rústico sea resuelto por la rama jurisdiccional. Bastará con el otorgamiento de la Carta Agraria para fijar los derechos de los beneficiarios sin que aquellos puedan ser sometidos al conocimiento controversial ante los órganos de la administración de justicia...”

Al respecto, se observa que el referido artículo establece lo siguiente:

“...Artículo 9º, Ninguna persona o autoridad podrá ejecutar actos que conlleven al desalojo de los beneficiarios de las Cartas Agrarias expedidas por la Autoridad Agraria para el cultivo de tierras propiedad del Estado venezolano.

En caso de contravención a esta norma, el afectado podrá, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, solicitar la protección necesaria al Instituto Nacional de Tierras, que actuará en coordinación con los órganos de seguridad de la Nación...”.

En relación a este alegato se debe precisar que con el establecimiento del Estado de Justicia, resulta imposible suponer que exista un acto administrativo que escape del control jurisdiccional, pues uno de los logros trascendentales del Estado Democrático es precisamente, la consagración del control universal de los actos administrativos. En tal sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra en el artículo 259 *eiusdem* que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular cualquier acto administrativo sea éste general o individual, si es contrario a Derecho, e incluso por desviación de poder, siendo errado en consecuencia, que en virtud de la disposición establecida en el citado artículo 9, pueda interpretarse que con el otorgamiento de las Cartas Agrarias el Instituto Nacional de Tierras dicta actos de naturaleza administrativa, cuya constitucionalidad y legalidad no pueda ser revisada por los órganos jurisdiccionales competentes.

En este orden de ideas, la representación de la República también advirtió que *“...debemos interpretar al artículo 9 del Decreto impugnado, dentro de la intención con que fue creado, un alto valor de solidaridad y justicia social, en consecuencia, se manifiesta la necesidad de regular la condición de los beneficiarios de las cartas agrarias, quienes no podrán ser objeto de ‘actos’ que perturben su posesión temporal, de lo contrario, podrán solicitar protección ante el ente competente, vale decir el Instituto Nacional de Tierras. Empero, tal escenario, no debe entenderse como una negatoria de derechos de otros particulares quienes podrán acudir a la sede administrativa como a la jurisdiccional para ejercer los recursos pertinentes en defensa de posibles derechos subjetivos lesionados...”*. (subrayado de la Sala).

Por las razones indicadas se desestima el alegato expuesto por las accionantes relativo a la violación del principio constitucional de separación de funciones de las ramas del Poder Público, ya que como se ha señalado, el contenido del Decreto recurrido no impide el ejercicio de la función jurisdiccional. Así se declara.

B. Suspensión de efectos del acto administrativo

TSJ-SPA (1642)

3-10-2007

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Proula Medicamentos. C.A. vs. Decreto N° 5.079 de 22-12-2006, dictado por el Presidente de la República, G.O. N° 38.592 de 27-12-2006.

Precisado lo anterior, se pasa a revisar la procedencia de la medida cautelar solicitada, en los siguientes términos:

Es criterio reiterado de este Alto Tribunal, que la suspensión de efectos de los actos administrativos a que se refiere el aparte veintiuno del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (antes artículo 136 de la

Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), constituye una medida preventiva establecida por nuestro ordenamiento jurídico, mediante la cual, haciendo excepción al principio de ejecutoriedad del acto administrativo, consecuencia de la presunción de legalidad, se procura evitar lesiones irreparables o de difícil reparación al ejecutarse una eventual decisión anulatoria del auto, porque ello podría constituir la vulneración a la garantía del derecho fundamental de acceso a la justicia y al debido proceso.

En este sentido, debe el Juez velar porque su decisión se fundamente no sólo en un simple alegato de perjuicio, sino en la argumentación y acreditación de hechos concretos de los cuales nazca la convicción de un posible perjuicio real y procesal para el recurrente.

Así, la norma prevista en el aparte veintiuno del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, prevé:

“El Tribunal Supremo de Justicia podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, a instancia de parte, cuando así lo permita la ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. A tal efecto, se deberá exigir al solicitante preste caución suficiente para garantizar las resultas del juicio.”

Por tanto, la medida preventiva de suspensión procede sólo cuando se verifiquen concurrentemente los supuestos que la justifican, esto es, que la medida sea necesaria a los fines de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación, o bien para impedir que el fallo quede ilusorio, y que adicionalmente resulte presumible que la pretensión procesal principal será favorable, a todo lo cual debe agregarse la adecuada ponderación del interés público involucrado; significa entonces que deben comprobarse los requisitos de procedencia de toda medida cautelar: el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y la presunción grave del derecho que se reclama.

En efecto, el correcto análisis acerca de la procedencia de la medida cautelar solicitada requiere, además de la verificación del *periculum in mora*, la determinación del *fumus boni iuris*, pues mientras aquél es exigido como supuesto de procedencia en el caso concreto, por su parte, la presunción grave de buen derecho, es el fundamento mismo de la protección cautelar, dado que en definitiva, sólo a la parte que posee la razón en juicio pueden causársele perjuicios irreparables que deben ser evitados, bien que emanen de la contraparte o sean efecto de la tardanza del proceso. Consecuentemente, el referido principio se encuentra necesariamente comprendido en las exigencias del aparte veintiuno del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela para acordar la suspensión de efectos, cuando alude la norma en referencia a que la medida será acordada “teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

Establecidos los anteriores lineamientos, pasa la Sala a verificar su cumplimiento en el caso concreto, y en tal sentido advierte que la parte recurrente se limitó a solicitar la medida cautelar a fin de obtener la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado, “en atención a las incidencias económicas que generaría la aplicación del acto administrativo de efectos particulares dictado por la Presidencia de la República en fecha 22 de diciembre de 2006, con motivo de la reunión normativa laboral, [lo cual] indefectiblemente conllevaría a una paralización de [las] actividades fabriles y económicas [de su representada] (...) poniendo en riesgo la existencia misma de la sociedad perteneciente al estado venezolano”.

Lo anterior expresa que la petición formulada es de tal modo genérica que no puede considerarse como una motivación suficiente para sustentar una medida cautelar. No obstante, como quiera que en el escrito recursivo se aludió a los supuestos vicios presentes durante

la celebración de la Reunión Normativa Laboral que posteriormente dio origen al Decreto Presidencial impugnado, esta Sala en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, pasa a revisar la solicitud en los siguientes términos:

Como argumento central, los apoderados judiciales de la recurrente sostuvieron que durante la celebración de la Reunión Normativa Laboral para el sector de la industria químico farmacéutica no fue notificada la Procuraduría General de la República, lo cual a su decir conlleva a la violación del artículo 49 de la Constitución, relativo al debido proceso y al derecho a la defensa, así como de los artículos 2 y 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Bajo el mismo argumento, alegaron la presunta violación de las normas contenidas en los artículos 184, 185, 186, 187, 188 y 189 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, vigente para el momento en que se inició la celebración de la Reunión Normativa Laboral, los cuales indicaron fueron recogidos en los artículos 154, 155 y 157 del Reglamento actualmente vigente. Al efecto, manifestaron que “el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, violó por su conducta omisiva, las obligaciones que tales normas le imponen, para garantizar la debida representación de la República en esos procesos administrativos”.

Sobre el particular, se observa que para la comprobación de los alegatos antes descritos, es indispensable la revisión del expediente administrativo sustanciado con motivo de la realización de la Reunión Normativa Laboral antes aludida, el cual no consta en autos y sobre el que la parte recurrente no aportó ningún elemento a fin de justificar sus afirmaciones, relativas a la falta de notificación de la Procuraduría General de la República en dicho procedimiento.

Así las cosas, se advierte que la Sala carece de elementos suficientes que le permitan apreciar el efectivo cumplimiento del requisito relativo al *fumus boni iuris* por lo que se debe concluir en la improcedencia de la pretensión cautelar. Al haberse señalado la improcedencia del *fumus boni iuris*, resulta inoficioso entrar a analizar lo atinente al *periculum in mora*, pues como ya fue destacado, es obligatoria la concurrencia de ambos requisitos para el acuerdo de la medida de suspensión de efectos conforme a lo previsto en el aparte veintiuno del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.

C. *Las Partes en el procedimiento: Intervención de terceros*

TSJ-SPA (1915)

28-11-2007

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Federación Nacional de Ganaderos de Venezuela (FEDENAGA) y Asociación Civil de Ganaderos de Machiques (GADEMA) vs. Decreto N° 2.292 emanado del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela publicado en la *G.O.* N° 37.624 de 4-2-2003.

En el Procedimiento Contencioso Administrativo, suele diferenciarse la forma de intervención de los terceros en los procesos ya iniciados para oponerse a las pretensiones de las partes o para coadyuvar en la defensa y sostener las razones litigiosas de una de ellas, atendiendo a la voluntariedad de dicha intervención o a su carácter forzoso.

Respecto de la figura de la intervención de terceros, debe observarse que vista la falta de regulación expresa sobre esta materia en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con lo establecido en el primer aparte del artículo 19 *eiusdem*, resultan aplicables al proceso contencioso administrativo de nulidad los principios y las reglas que respecto de la intervención de terceros se encuentran contenidos en el Código de Procedimiento Civil. En tal sentido, debe la Sala atender a lo dispuesto en el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, que establece:

“Artículo 370: Los terceros podrán intervenir, o ser llamados a la causa pendiente entre otras personas en los casos siguientes:

1° Cuando el tercero pretenda tener un derecho preferente al del demandante, o concurrir con éste en el derecho alegado, fundándose en el mismo título; o que son suyos los bienes demandados o embargados, o sometidos a secuestro o a una prohibición de enajenar y gravar, o que tiene derecho a ellos.

2° Cuando practicado el embargo sobre bienes que sean propiedad de un tercero, éste se opusiere al mismo de acuerdo a lo previsto en el artículo 546.

Si el tercero, sólo es un poseedor precario, a nombre del ejecutado, o si sólo tiene un derecho exigible sobre la cosa embargada, podrá también hacer la oposición, a los fines previstos en el aparte único del artículo 546.

3° Cuando el tercero tenga un interés jurídico actual en sostener las razones de alguna de las partes y pretenda ayudarla a vencer en el proceso.

4° Cuando alguna de las partes pida la intervención del tercero por ser común a éste la causa pendiente.

5° Cuando alguna de las partes pretenda un derecho de saneamiento o de garantía respecto del tercero y pida su intervención en la causa.”.

Conforme a la previsión transcrita, suele diferenciarse la forma de intervención de los terceros en los procesos ya iniciados para oponerse a las pretensiones de las partes o para coadyuvar en la defensa y sostener las razones litigiosas de una de ellas, atendiendo a la voluntariedad de dicha intervención o a su carácter forzoso. Así, en anteriores oportunidades la Sala se ha pronunciado sobre el tema, señalando que:

*“...En efecto, los terceros pueden intervenir en los procesos pendientes entre otras personas, en unos casos voluntariamente, pretendiendo, total o parcialmente, la cosa o derecho litigioso (intervención excluyente: tercería y oposición a medidas de embargo; ordinales 1° y 2°, artículo 370 *eiusdem*); en otros forzosamente llamados por la parte o por el juez (ordinales 4° y 5° del citado artículo 370 y 661 *eiusdem*); y por último, entre otros supuestos, espontáneamente (intervención adhesiva), para sostener las razones de algunas de las partes, por ‘un interés jurídico actual’, para ayudarla a vencer en el proceso (ordinal 3° artículo 370, ya mencionado).” (Sentencia de fecha 26 de septiembre de 1991, caso: Rómulo Villavicencio).*

Tal distinción resulta necesaria, ya que de su precisión podrá determinarse cuándo tal intervención es a título de verdadera parte y cuándo lo es a título de tercero adhesivo simple, visto que dichas intervenciones poseen efectos distintos dentro del proceso. Sobre el referido particular, en la decisión antes citada, la Sala expresó:

“Ciertamente que por la índole del procedimiento de anulación, las intervenciones excluyentes y forzadas, no son aplicables, limitándose entonces, el interés de la distinción entre los terceros que concurren a dicho procedimiento espontáneamente, porque en algunos supuestos son verdaderas partes y en otros simples terceros. En efecto, en estos casos, de interven-

ción espontánea, el interviniente no introduce una pretensión incompatible con la que se discute en el proceso pendiente, sino que se limita a ayudar a una de las partes, y por esta razón, genéricamente, cabe calificar a este tipo de intervención de adhesiva. Sin embargo, es ésta, según que el tercero alegue o no un derecho propio, o un simple interés, será o no una verdadera parte, o un tercero adhesivo. Esta distinción aparece en el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, cuando advierte que en los casos de intervenciones adhesivas de terceros, si la sentencia firme del proceso principal ha de 'producir efectos en la relación jurídica del interviniente adhesivo con la parte contraria (eficacia directa), el interviniente adhesivo será considerado litis consorte de la parte principal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 147'. En otras palabras, que éste último interviniente es parte y no simple tercero, y si de parte se trata, ha de reconocérsele el derecho de comparecer como tal en cualquier estado y grado del juicio (artículo 137 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), claro está sometido al principio preclusivo de las oportunidades defensivas (artículos 206, 361 y 380 del Código de Procedimiento Civil, y 126 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia)".

Ahora bien, además de analizar, teniendo en consideración los criterios jurisprudenciales antes expuestos, si la intervención de los terceros es a título de verdadera parte o a título de tercero adhesivo simple, se observa que, en el caso que se analiza, los actos administrativos cuya nulidad se debate son de efectos generales, motivo por el cual resulta necesario atender a la disposición normativa que rige los procesos de nulidad ejercidos contra dichos actos, contenida en el aparte 8 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, aplicable en concordancia con el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, (Vid. Sent de la SPA N° 03673 del 2 de junio de 2005, caso: *PROVEA vs. Ministerio de Educación*), de cuyo texto se desprende que la legitimación activa para incoar dichos juicios, corresponde a cualquier persona plenamente capaz, sea ésta natural o jurídica, que resulte afectada o lesionada en sus derechos e intereses; en tal sentido, le bastará demostrar su interés a quien ejerza o pretenda ejercer la acción de nulidad por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad contra un acto administrativo de efectos generales, sea éste directo o indirecto, individual o colectivo, sin tener que comprobar que le asiste un derecho subjetivo o un interés personal, legítimo y directo para impugnar el acto demandado.

Una vez advertida la cualidad que tiene toda persona (natural o jurídica) legalmente capaz, que se vea afectada en sus derechos e intereses de forma directa o indirecta, de solicitar la nulidad de un acto administrativo de efectos generales y vista la pluralidad de formas de intervención de los terceros en juicio, en el presente caso, debe precisarse bajo cuál de los supuestos descritos en el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, puede configurarse la solicitud efectuada por el abogado Johbing Richard Álvarez Andrade, actuando con el carácter de Procurador Agrario Auxiliar con Competencia Nacional y en consecuencia, en representación de la universalidad de beneficiarios de las Cartas Agrarias a nivel nacional

En el caso concreto, esta Sala advierte que la solicitud de hacerse parte en el juicio de nulidad interpuesto contra el Decreto N° 2.292 emanado del ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, en fecha 4 de febrero de 2003 y contra la Resolución N° 177 emanada de la Presidencia del Instituto Nacional de Tierras, en fecha 11 de febrero de 2003, se subsume en el supuesto establecido en el ordinal 3° del artículo 370 *supra* indicado, que regula aquella intervención en la cual el tercero alega un interés jurídico actual en sostener las razones de una de las partes, en virtud de los efectos que pudiera extender la cosa juzgada entre los intervinientes en el proceso, respecto de las relaciones jurídicas del tercero con el adversario de la parte en cuya victoria se está interesado.

En efecto, este Máximo Tribunal, al examinar el contenido de la solicitud del Procurador Agrario Auxiliar con Competencia Nacional, de hacerse parte en representación de la universalidad de campesinos beneficiarios a nivel nacional, observa que en dicho escrito se sostiene el interés jurídico actual que tienen dichas personas en preservar la legalidad de los dos actos impugnados antes referidos, por ser éstos los beneficiarios directos del Decreto N° 1.546 con Rango y Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

Así, habiéndose solicitado la nulidad de los mencionados actos de efectos generales, para lo cual resulta legitimada cualquier persona capaz, que considere vulnerado sus derechos e intereses, conforme a la norma contenida en el aparte 8 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela y no configurándose ninguna de las causales de inadmisibilidad a las que hace referencia el aparte 5 del artículo 19 *eiusdem*, esta Sala admite la intervención de la Procuraduría Agraria Nacional en representación de la universalidad de los campesinos beneficiarios de Cartas Agrarias a Nivel Nacional, pues examinados sus requerimientos se aprecia la existencia de derechos e intereses subjetivos que pudiesen verse afectados con la declaratoria con lugar del recurso de nulidad interpuesto. Así se decide.

D. *Sentencia: Aclaratoria*

CSCA

12-12-2007

Magistrado Ponente: Alexis José Crespo Daza

Caso: Myrian Mercedes Duque Montes vs. Ministerio de la Defensa (hoy Ministerio del Poder Popular para la Defensa).

La Corte analiza la Jurisprudencia existente referente a la solicitud y alcance de la aclaratoria de sentencias

Como punto previo debe este Órgano Jurisdiccional constatar si la solicitud de aclaratoria del fallo formulada por la parte querellante, fue presentada de manera tempestiva, esto es, si la misma fue hecha dentro de la oportunidad que establece la Ley para ello.

En tal sentido, esta Corte debe atender a lo previsto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, que expresamente dispone lo siguiente:

“Artículo 252: Después de pronunciada la sentencia definitiva o la interlocutoria sujeta a apelación, no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronunciado.

Sin embargo, el tribunal podrá, a solicitud de parte, aclarar los puntos dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos, que aparecieren de manifiesto en la misma sentencia, o dictar ampliaciones, dentro de los tres días, después de dictada la sentencia, con tal que dichas aclaraciones y ampliaciones las solicite alguna de las partes en el día de la publicación o en el siguiente”. (Resaltado de esta Corte).

Del citado precepto legal, se desprende -en primer lugar- la imposibilidad en la que se encuentra el Tribunal para revocar o reformar la sentencia que ha dictado -sea esta definitiva o interlocutoria-, lo cual responde a los principios de seguridad jurídica y de estabilidad e inmutabilidad de las decisiones judiciales. Sin embargo, se colige asimismo del citado artículo, el derecho que tienen las partes para que soliciten la aclaración de una sentencia sobre puntos dudosos, omisiones, rectificaciones de errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos y de dictar las ampliaciones a que haya lugar.

Ahora bien, en cuanto a la oportunidad de la cual disponen las partes a los fines de solicitar aclaratorias -supuesto a que se contrae el caso de autos-, correcciones o ampliaciones de las sentencias, conforme a lo expresado en el texto del artículo bajo análisis, se entiende que la misma debe ser formulada por la parte el día de la publicación de la sentencia o en el día siguiente a ésta.

No obstante, debe esta Corte resaltar que el señalado precepto legal ha sido objeto de interpretación por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, precisando que la condición a la cual alude la norma debe entenderse referida a los casos en los cuales la sentencia haya sido dictada dentro del lapso establecido, y que no amerite, por tanto, que la misma sea notificada. De manera que, lo anterior conlleva a afirmar que en el caso de que la sentencia haya sido dictada fuera del lapso legal establecido para ello, la oportunidad indicada en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, debe entenderse que es el día de la notificación de la sentencia o en el día siguiente al que ésta se haya verificado (Vid. TSJ/SC Sentencia N° 113 de fecha 29 de enero de 2002, caso: *Amabilec Rodríguez Sosa*).

Así, conforme al criterio señalado, esta Corte constata que en el caso de autos, la parte querellante, presentó la solicitud de aclaratoria del fallo el 26 de julio de 2006, oportunidad en la cual se dio por notificada de la sentencia publicada el 22 de junio de 2007, de tal manera, estima esta Alzada que dicha solicitud fue interpuesta tempestivamente. Así se declara.

Precisado lo anterior, debe resaltar este Órgano Jurisdiccional en relación al precitado artículo 252 del Código de Procedimiento Civil que la posibilidad concedida por el Legislador en función de dicha norma legal, tiene como propósito la rectificación de los errores materiales, dudas u omisiones, que se hayan podido cometer en el fallo jurisdiccional. Pero, con la advertencia, de que la facultad no se extiende hasta la revocatoria o reforma de éste, sino a corregir las imperfecciones, que le resten claridad a sus declaraciones.

En consecuencia, la facultad expresada en el artículo 252 del Código adjetivo civil está limitada a exponer -con mayor precisión- algún aspecto del fallo que haya quedado ambiguo u oscuro, bien porque no está claro su alcance en un punto determinado de la sentencia (aclaratoria); o bien, porque se haya dejado de resolver un pedimento (ampliación), permitiendo además, la aclaratoria corregir los errores materiales en que haya podido incurrir la sentencia (errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos).

Ahora bien, es preciso señalar que la aclaratoria de una sentencia, debe limitarse a lo dispositivo del fallo, ya que es allí donde está contenida la cosa juzgada cuya ejecución puede originar conflictos (Vid. Sentencias de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fechas 6 de diciembre de 1990, 15 de mayo de 1992 y 14 de noviembre de 1996, respectivamente, casos: *Aluminium Company of Canada Limited*; *Jaime R. Rivera y Constructora Méndez, C.A. vs. Centro Simón Bolívar, C.A.*, en ese mismo orden).

En lo que concierne a la solicitud de aclaratoria planteada por la querellante, ésta manifiesta que no ejerció recurso de reconsideración alguno, sino que acudió ante la Junta de Avenimiento a los efectos de la conciliación, no lográndose la misma, razón por la cual interpuso la querrela en referencia ante el Órgano Jurisdiccional.

Al respecto, esta Corte observa que la parte querellante con su solicitud no persigue aclarar algún punto de la sentencia que parezca dudoso, ambiguo o impreciso, sino que reproduce invocaciones esgrimidas en la querrela ejercida, pretendiendo con ello que se emita un nuevo pronunciamiento y se revise el fondo decidido, no siendo éste el medio idóneo, en virtud que se desbordaría la finalidad de la figura procesal empleada.

En tal sentido, visto que los argumentos expuestos por la solicitante fueron completamente dilucidados en la sentencia N° 2007-1108, dictada por este Órgano Judicial en fecha 22 de junio de 2007, siendo así, que la misma es lo suficientemente inteligible, esta Corte declara IMPROCEDENTE la solicitud de aclaratoria realizada. Así se decide.

2. *El Contencioso Administrativo Especial*

A. *El Contencioso Administrativo Tributario. Procedimiento: Notificaciones. Síndico Procurador Municipal*

TSJ-SPA (1641)

3-10-2007

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Síndico Procurador Del Municipio Colina del Estado Falcón vs. Decisión Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Central.

La Sala analiza el contenido de la norma dispuesta en el artículo 155 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, respecto a las notificaciones que deben realizarse al Síndico Procurador Municipal por la interposición de un recurso contencioso tributario

En virtud de la declaratoria contenida en la sentencia apelada y de las objeciones formuladas en su contra por la representación judicial del Municipio Colina del Estado Falcón, la controversia planteada en el caso bajo examen se circunscribe a verificar la solicitud de reposición de la causa formulada por el apelante, por la supuesta infracción por parte del juez de instancia del contenido de la norma dispuesta en el artículo 155 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, al no acompañar a la notificación de la interposición del recurso contencioso tributario las copias certificadas pertinentes y al no ser concedido el lapso de suspensión de cuarenta y cinco días más el término de la distancia.

1.- De la notificación y la forma de ser realizada

Indicó el apoderado judicial del Fisco Municipal, que el artículo 155 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, impone que la notificación efectuada al Síndico Procurador para ser válida, debe ser acompañada “*de las copias certificadas del respectivo expediente y sus anexos*”.

A los fines de revisar tal argumentación esta Sala considera necesario transcribir la referida norma, la cual señala lo siguiente:

“Artículo 155.- Los funcionarios judiciales están obligados a citar al síndico procurador o síndica procuradora municipal en caso de demandas contra el Municipio, o a la correspondiente entidad municipal, así como a notificar al alcalde o alcaldesa de toda demanda o solicitud de cualquier naturaleza que directa o indirectamente, obre contra los intereses patrimoniales del Municipio o la correspondiente entidad municipal.

Dicha citación se hará por oficio y se acompañará de copias certificadas de la demanda y todos sus anexos. Mientras no conste en el expediente la citación realizada con las formalidades aquí exigidas, no se considerará practicada. La falta de citación o la citación practicada sin las formalidades aquí previstas, será causal de anulación y, en consecuencia, se repondrá la causa. Una vez practicada la citación, el síndico procurador o síndica procuradora municipal tendrá un término de cuarenta y cinco días continuos para dar contestación a la demanda.

Los funcionarios judiciales están obligados a notificar al síndico procurador o síndica procuradora municipal de toda sentencia definitiva o interlocutoria.” (Destacado de la Sala).

La norma precedentemente transcrita, prevé la obligación de los funcionarios judiciales de notificar al Síndico Procurador Municipal de toda demanda o solicitud de cualquier naturaleza que pueda afectar directa o indirectamente los intereses del Municipio. Notificación ésta que también deberá efectuarse en los juicios en que el Municipio de que se trate sea parte.

Al respecto, cabe destacar que esta Sala ha establecido en casos similares al de autos, concretamente en su fallo número 04567 del 29 de junio de 2005 (caso: *Inmobiliaria 96, C.A.*), posteriormente ratificado por decisión número 06260 de fecha 16 de noviembre de 2005 (caso: *Wonke Occidente, C.A.*), que de esa manera pone de manifiesto la intención del legislador, de proteger el interés general que en este caso le corresponde al Municipio tutelar, garantizando su actuación en los procesos que involucren a su patrimonio.

Es por ello, que el deber de notificar al Síndico Procurador Municipal es una formalidad esencial en el juicio y constituye la expresión de las prerrogativas procesales del Municipio, al igual que las de la República, que no sólo se circunscribe a los intereses patrimoniales directos de éste, sino que se hace extensiva a los entes descentralizados funcionalmente.

De las actas que cursan en autos, se desprende que en fecha 23 de enero de 2006 fueron consignadas por el Alguacil del Tribunal de instancia las copias certificadas de las boletas de notificación practicadas el día 20 del citado mes y año, al Alcalde y al Síndico Procurador del Municipio Colina del Estado Falcón, cursantes a los folios 120 y 122, respectivamente, del expediente judicial.

De lo expuesto, observa esta Sala que a la señalada notificación no se le acompañaron las copias certificadas pertinentes, situación ésta que en criterio de esta Sala demuestra vicios en la notificación que la hace ineficaz, pues a tenor de lo previsto en el citado artículo 155 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, resulta necesario acompañar a la notificación de la interposición del recurso contencioso tributario, las “*copias certificadas de la demanda y todos sus anexos*”, con el objeto de que el Síndico Procurador Municipal se forme criterio sobre el asunto y pueda ejercer su derecho a la defensa, todo ello en virtud que la notificación en este procedimiento contencioso tributario es un acto procesal y formalidad necesaria para la validez del juicio; lo cual constituye a su vez, garantía del derecho a la defensa, elemento básico del debido proceso y garantía esencial del principio del contradictorio, pues por un lado la parte queda a derecho y por el otro cumple con la función comunicacional de enterar al demandado que se ha iniciado un juicio en su contra y de su contenido.

En tal sentido, resulta conveniente señalar que el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece lo siguiente:

“Artículo 49.- *El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:*

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.”

De tal manera que, tanto en un procedimiento administrativo como judicial, el efectivo cumplimiento del derecho a la defensa y al debido proceso, impone necesariamente que se guarden con estricta rigurosidad determinadas fases o etapas, en las cuales las partes involucradas tengan iguales oportunidades para formular alegatos y defensas, así como controlar las pruebas que cada una promueva para demostrar sus argumentos o pretensiones; de lo contrario, se comprobaría una alteración en el derecho de la igualdad de las partes, que violentaría la esencia misma del proceso.

En el presente caso, esta Sala observa que se detectó un vicio en la notificación de la interposición del recurso en cuestión al Síndico Procurador del Municipio Colina del Estado Falcón, advertido por éste en una primera oportunidad ante el *a quo*, por escrito presentado el 31 de mayo de 2006, por no acompañar a la boleta de notificación las copias certificadas pertinentes, cuestión ésta que resultaba necesaria a los fines de dar cumplimiento al debido proceso y al derecho a la defensa de la Administración Tributaria Municipal, además de ser garantía esencial del principio del contradictorio (Vid. sentencia número 00721 del 16 de mayo de 2007), lo cual ocasionó la violación del derecho a la defensa y al debido proceso del referido Municipio, al limitar la posibilidad de interponer las defensas que estimare conveniente y participar activamente en las etapas del proceso instaurado. Así se establece.

De acuerdo a las consideraciones que anteceden, en atención a lo dispuesto en los artículos 206 y 208 del Código de Procedimiento Civil y a las omisiones advertidas en el caso concreto, esta Sala declara la nulidad de todo lo actuado en el proceso contencioso tributario seguido ante el referido órgano jurisdiccional, incluyendo el auto de admisión. Por lo tanto, se ordena la reposición de la presente causa al estado de que el mencionado Tribunal notifique al Síndico Procurador del Municipio Colina del Estado Falcón, de la interposición del referido recurso contencioso tributario acompañado de las copias certificadas pertinentes. Así se declara.

VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. Control Constitucional del Proyecto de Reforma Constitucional

TSJ-SC (2108)

7-11-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Jorge Paz Nava y otros vs. actos del Ministro del Poder Popular del Despacho de la Presidencia; actos de la Asamblea Nacional y de la Comisión Mixta, todos relacionados con el Proyecto de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Tanto la decisión conforme a la cual el Presidente en Consejo de Ministros hubiere acordado presentar una iniciativa de Reforma; la remisión mediante la cual dicha autoridad ejerció la potestad de iniciativa del procedimiento de Reforma de la Constitución, como los pronunciamientos o decisiones posteriores que ha venido emitiendo o tomando la Asamblea Nacional con ocasión del ejercicio de aquélla potestad, son actos de trámite, y en tal sentido resultan inimpugnables de forma separada e independiente.

1.- El pueblo de Venezuela, previa elaboración por parte de la Asamblea Nacional Constituyente, decretó la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, respecto de la posición que ocupa dicho instrumento normativo en el marco de nuestro ordenamiento jurídico, su propio artículo 7 establece que la Constitución es la norma suprema y el fundamento del mismo, por lo que todas las personas y órganos que ejercen el Poder Público deberán sujetarse a sus prescripciones o disposiciones.

Con el fin de controlar parte de la actividad que ejerzan los órganos más relevantes del Poder Público, la Constitución contiene en su Título VIII una serie de enunciados normativos cuya articulación tendría como finalidad proteger a la Constitución. Tal protección se lograría mediante la imposición de un conjunto de garantías.

Uno de los instrumentos que la Constitución erigió en este Título para que garantizara su protección fue el funcionamiento de una Sala Constitucional en el seno del Tribunal Supremo de Justicia. Se trata de un órgano jurisdiccional cuyas principales competencias y respectivas potestades han sido señaladas en los artículos 334, 335 y 336 de dicho Título.

Precisamente, tales artículos son invocados por los solicitantes a objeto de que esta Sala estime su pretensión, la cual, tal como fue reseñado en capítulo previo, consiste en que se declare la nulidad o inexistencia del acto mediante el cual el Presidente de la República ejerció su potestad de iniciativa de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como de los actos posteriores que a fin de darle trámite a dicha iniciativa ha llevado a cabo la Asamblea Nacional.

Con respecto al procedimiento de Reforma de la Constitución, el artículo 342 señala en su segundo párrafo que la iniciativa podría partir de la propia Asamblea Nacional, del Presidente de la República en Consejo de Ministros o de un grupo de electores. Por su parte, el artículo 343 establece en líneas generales cuál sería el procedimiento para aprobar una Reforma de la Constitución, sea que la iniciativa surja de la propia Asamblea Nacional, del Presidente de la República o de un grupo de electores.

Tal como lo ha señalado la dogmática jurídica, la estructura básica de cualquier procedimiento se compone de tres fases: una de iniciación, otra de instrucción o sustanciación y, la última, de finalización o terminación. En el transcurso de tales fases, se van emitiendo ciertos pronunciamientos. Tales pronunciamientos van decidiendo cuestiones puntuales relativas al estado en que se encuentre el trámite del asunto. Incluso, para alcanzar tales decisiones se implementan procedimientos secundarios que se tramitan simultáneamente con el procedimiento principal. Lo que destaca en todo caso la doctrina es que, tanto el uso de procedimientos secundarios como la emisión de ciertos actos durante el discurrir del procedimiento principal, responden a la necesidad de ir avanzando en el proceso de formación del acto definitivo.

Estos pronunciamientos dictados durante las fases antes mencionadas, se les ha denominado "**actos de trámite**"; en cambio, las decisiones que resuelven el asunto objeto del procedimiento se les denomina "**actos definitivos**". La distinta denominación responde, como es evidente, a la diversa entidad de ambas figuras. Pero las diferencias no atañen solamente a la fase en que ambos tipos de actos son formados o respecto del asunto sobre el cual se pronuncian, sino que también responden a los diversos efectos que el ordenamiento jurídico asocia a unos u otros.

Así, para los **actos de trámite** se ha establecido que no son impugnables en forma aislada o independiente, y si lo fuesen lo serían en tanto en cuanto excedieran el fin para el cual fueron dispuestos, ya sea porque sustituyen la decisión definitiva, porque pongan fin al procedimiento o porque causen indefensión. En cambio, los **actos definitivos**, o un grupo impor-

tante de ellos (los contentivos de una manifestación de voluntad) sí serían susceptibles de impugnación ante los órganos jurisdiccionales.

La razón que apuntala esta diferencia de trato en lo tocante a la impugnación de los pronunciamientos de trámite y los definitivos, tiene que ver con que si el fin del procedimiento es la emisión de un acto definitivo, es decir, una decisión que dé por terminado o resuelva el asunto que constituye su objeto, los actos de trámite, si bien contribuyen al logro del tal objetivo, no alcanzan por sí mismos dicho fin. Por tanto, la falta de efectividad de dichos pronunciamientos para resolver o dar por terminado el asunto objeto del procedimiento, aleja por antieconómica y jurídicamente innecesaria la posibilidad de que sean impugnados de forma independiente. Sí lo serían junto al acto definitivo al cual sirvieron de impulso o fundamento.

Tal es la razón que apuntan los autores al referirse a esta clasificación en el marco de la dogmática administrativista. Así, se señala que al ser el objetivo de los actos de trámite “*la preparación de una resolución final al procedimiento*”, resulta de ello una especie de “*regla de orden*”; tal regla de orden sería “*la improcedencia, en principio, del cuestionamiento e impugnación por separado de los actos administrativos dictados en el curso del procedimiento, salvo que determinen la imposibilidad de terminar éste o produzcan indefensión...*” (Cfr.: Parejo A., Luciano, A. Jiménez-Blanco y L. Ortega A.: *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen I, pág. 557).

Sirva esta reseña teórica, la cual se ha hecho a título de ejemplo del modo en que se ha resuelto una cuestión que es compartida por diversas ramas del derecho (y no sólo por el Derecho Administrativo), para establecer los parámetros definitorios con los cuales se abordará la solicitud de nulidad o inexistencia objeto de la presente decisión, pero sólo en lo que respecta a la naturaleza de los **actos de trámite**, que es el punto sobre el cual se plantea la solicitud de nulidad o inexistencia; es decir, la Sala asume esa doctrina sólo respecto a dichos pronunciamientos, mas no en cuanto a los actos definitivos, pues respecto de estos últimos no se ha hecho impugnación alguna en este caso, y no quisiera la Sala adelantar opinión en torno a si la naturaleza de los mismos en el procedimiento de Reforma varía frente a la de dichas decisiones en los demás procedimientos.

2.- Entrando de lleno en el caso, se observa que los actos objeto de impugnación son una serie de declaraciones o decisiones que emitieron el Presidente de la República, el Ministro del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y la Asamblea Nacional, todo en el marco del procedimiento de Reforma de la Constitución prevista en el Capítulo II del Título IX de la Constitución. Dicho Capítulo se denomina “De la Reforma Constitucional”.

Un detenido examen de dicho Capítulo da cuenta del establecimiento en algunas de sus partes de una serie de enunciados normativos que podrían calificarse como procedimentales, es decir, expresiones cuyo significado apunta a establecer un orden en la producción de ciertas decisiones o en el cumplimiento de ciertos actos y conductas que están vinculados según determinados principios y que apuntan a la consecución de un único objetivo. En este caso, el procedimiento previsto desembocaría en un acto aprobatorio que reviste el carácter de definitivo.

En todo caso, lo destacable es que tal acto aprobatorio se sigue de o supone una serie de decisiones preparatorias, a las cuales, como producto del examen hecho anteriormente, podría calificárseles propiamente como “actos de trámite”. Son tales en la medida en que por su conducto se inicia y se sustancia un procedimiento, que a la postre concluirá con una decisión respecto del objeto del procedimiento; es decir, dichos actos responden a un fin único cual es la emisión de una aprobación definitiva respecto de la Reforma.

De allí que, tanto la decisión conforme a la cual el Presidente en Consejo de Ministros hubiere acordado presentar una iniciativa de Reforma; la remisión mediante la cual dicha autoridad ejerció la potestad de iniciativa del procedimiento de Reforma de la Constitución, como los pronunciamientos o decisiones posteriores que ha venido emitiendo o tomando la Asamblea Nacional con ocasión del ejercicio de aquella potestad, son actos de trámite, y en tal sentido resultan inimpugnables de forma separada e independiente.

Siendo así, el supuesto de hecho planteado por la solicitud propuesta no se corresponde (ni podría corresponderse) con ninguno de los supuestos que integran los enunciados normativos contentivos de potestades jurisdiccionales atribuidas a esta Sala Constitucional mencionados por los solicitantes, pues al ser teórica y jurídicamente imposible un planteamiento como el que consta en el expediente, tal imposibilidad debe servir de parámetro interpretativo de las aludidas normas de competencia.

Así, pues, el supuesto de la solicitud de nulidad o inexistencia no responde al supuesto del numeral 1 del artículo 336 constitucional, pues no se impugna una ley nacional o un acto con rango de ley nacional; ni al supuesto del numeral 2 del mismo precepto, ya que no es una Constitución o ley estatal, ni una ordenanza municipal, ni un acto en ejecución directa o inmediata de la Constitución; tampoco es un acto con rango de ley dictado por el Ejecutivo Nacional, supuesto éste que contempla el numeral 3 de dicho artículo; ni es, por último, un acto dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución dictado por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, ya que todos los actos a que se hace referencia en estos supuestos, conforme a las conclusiones a que se llegó anteriormente, deben ser actos definitivos y no de trámite.

En conclusión, tal solicitud de nulidad por inconstitucionalidad es improponible en derecho. Así se establece.

La declarada improponibilidad hace innecesario cualquier otro pronunciamiento respecto de las solicitudes que hicieron los proponentes. Así también se decide.

Voto Salvado 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:

Fue declarada la improponibilidad de la pretensión de autos porque los actos objeto de la misma serían de trámite y porque, como tal, no encuadraría en ninguno de los supuestos constitucionales habilitadores de la competencia de esta Sala para la declaratoria de nulidad de distintas actuaciones de los poderes públicos.

1. En criterio de quien discrepa, esta decisión de la Sala viola el principio de *universalidad del control* de todos los actos del Poder Público, pues implica concluir que hay actos -como los de este caso- que no están sujetos al control jurisdiccional, supuesto que ha sido rechazado desde siempre por nuestra jurisprudencia, tal como fue expresado por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, entre otros, en su conocido fallo de principios, caso *Anselmo Natale*, de 08.11.90.

Por el contrario, se impugnó la decisión del Presidente de la República de 15 de agosto de 2007 mediante la cual ejerció, con fundamento en el artículo 342 de la Constitución, la iniciativa de reforma constitucional ante la Asamblea Nacional. Se trata de un acto del Presidente en ejecución directa de la Constitución, lo que implica que sí está sujeto al control de la

Sala Constitucional de conformidad con el artículo 336. 3 constitucional, según el cual esta Sala es competente para: *“Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución”*. Asimismo, el resto de los actos del Ejecutivo Nacional cuya nulidad se solicita son actos consecuenciales de éste, y los de la Asamblea Nacional serían actos parlamentarios sin forma de Ley, que fueron expedidos en ejecución del artículo 343 de la Constitución, que es el que recoge el procedimiento de discusión de la reforma constitucional.

Por otra parte, el acto del Presidente de la República del 15 de agosto de 2007 no es un acto de trámite, sino uno que culminó el procedimiento de elaboración de un anteproyecto de reforma que, a su vez, pauta al inicio de una fase posterior -la discusión en la Asamblea Nacional- de lo que es un procedimiento complejo -compuesto de sub-procedimientos, cada uno de los cuales concluye con un acto definitivo, que es impugnabile autónomamente-: el procedimiento de reforma constitucional cuando la iniciativa, conforme al artículo 342, la asume un sujeto distinto de la propia Asamblea Nacional, y el resto de las actuaciones objeto de la demanda son subsecuentes a aquél.

En este sentido, con ocasión de una decisión análoga a la que antecede, el salvante expresó su disidencia en los términos que se reiteran a continuación:

La sentencia de la que se discrepa consideró que el acto del Consejo Moral Republicano contra el cual se intentó la pretensión de tutela constitucional es un acto de ejercicio de control “ético político”, en ejecución directa e inmediata de la Constitución, calificable como una *“actividad compleja, instrumental y eventualmente ablatoria en la medida que sea verificada su procedencia por el órgano natural del control político -la Asamblea Nacional, cuyo acto permite el conocimiento absoluto del procedimiento de control político por parte de la jurisdicción constitucional-”*, y que, como consecuencia de esa calificación, *“es imposible de ser (sic) objeto de amparo constitucional destinado, como se sabe, al restablecimiento de situaciones jurídicas (concretas) infringidas”*.

Quien disiente considera que ese acto se expidió en el curso de un procedimiento que se sustanció en ejercicio de una función de control, trámite que es, tal como lo indica la decisión (p. 34), un procedimiento complejo que concluirá con el acto que emita la Asamblea Nacional, mediante el cual decida acerca de la aplicación o no de las consecuencias jurídicas que preceptúa el artículo 23, cardinal 23, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. El carácter complejo del procedimiento deriva de que está conformado por dos fases, cada una de las cuales puede considerarse, a su vez, como un trámite autónomo, que concluyen con sendos actos definitivos directamente coligados entre sí, de manera que el acto posterior requiere de la existencia del anterior. Ejemplo típico de procedimiento complejo es el electoral, el cual comienza con la convocatoria a elecciones y culmina con la adjudicación del cargo al candidato ganador; no obstante, entre uno y otro se suceden una serie de actos que recaen en el marco de tramitaciones consecutivas -postulación, votación, escrutinios-, cada una de las cuales, si bien depende de las anteriores, implica la emanación de actos definitivos, todos los cuales constituyen un único procedimiento complejo: el procedimiento electoral.

Lo que caracteriza a los procedimientos complejos, concepto que ha sido desarrollado desde el Derecho Administrativo, pero aplicable a la generalidad de las tramitaciones que están legalmente dispuestas para el ejercicio de las distintas funciones públicas, es que cada uno de sus actos es independiente, eficaz *per se* y, por ende, revisable sin necesidad de que se emitan el o los actos posteriores.

Ahora bien, concepto del todo distinto es el de acto complejo, que es el que parece asumir la mayoría sentenciadora, aunque en reiteradas oportunidades se refiere al carácter de “actividad compleja” de la “manifestación de voluntad” del Consejo Moral Republicano contra la que se intentó la demanda de amparo que se juzgó. Así, los actos complejos han sido definidos por la doctrina como “*aquellas declaraciones para cuya elaboración es necesaria la intervención de dos o más órganos*” cuyas voluntades “*se funden para formar un solo acto jurídico*”, concurrencia de voluntades que, además, debe darse al momento de la toma de decisión, y no de manera diferida una respecto de la otra (Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Caracas, 2001, 12ª edición, pp. 139 y 140).

De manera que, en el caso de autos, se confundió la existencia de un procedimiento complejo con la de un acto complejo, para concluir en la imposibilidad de impugnación, por la vía del amparo constitucional, de la “manifestación de voluntad” del Consejo Moral Republicano. Quien difiere considera que no existe, en este caso, acto complejo alguno, pues la decisión de la Asamblea Nacional de aplicar o no la consecuencia jurídica que dispone el artículo 23, cardinal 3, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia no requiere del consenso o voluntad del Consejo Moral Republicano; antes, por el contrario, el pronunciamiento de éste, acerca de la calificación de la falta de un Magistrado, no es sino condición previa para que la Asamblea Nacional ejerza su competencia exclusiva de control político sobre los Magistrados de este Supremo Tribunal. Lo que se está celebrando en este caso, se insiste, es un procedimiento complejo, que es el que está legalmente establecido para el ejercicio de una función de control -ético o moral por parte del Consejo Moral Republicano y propiamente político por parte de la Asamblea Nacional- y, por tanto, el acto definitivo que corresponde a la primera fase del procedimiento complejo -fase que consiste, a su vez, de un procedimiento, que forma parte de aquél, al que se refiere la Ley Orgánica del Poder Ciudadano-, tiene la virtualidad de ser controlado judicialmente de manera autónoma.

En todo caso, aun en el supuesto de que se considerase que el acto que dictó el Consejo Moral Republicano es un acto de trámite dentro de un procedimiento simple cuyo único acto definitivo es la decisión de la Asamblea Nacional respecto de la aplicación del artículo 23, cardinal 3, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, considera el salvante que el acto en cuestión sigue siendo susceptible de control autónomo, siempre que cumpla con los requisitos que comúnmente son exigidos para ello, y que establece, con carácter de regla general, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (artículo 85) -aplicable al caso, de manera supletoria, según dispone el artículo 1 de la misma Ley-, en el sentido de que el acto imposibilite la continuación del procedimiento, cause indefensión o lo prejuzgue como definitivo, siempre que lesione derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos de quien lo alegue. En el caso de autos, la parte actora alegó la supuesta indefensión que le habría causado el acto contra el cual planteó su pretensión de amparo, de manera que, con independencia del pronunciamiento de fondo que pudiere haberse dictado, el mismo sí era susceptible de impugnación autónoma. También el Código de Procedimiento Civil, como regla general, permite la impugnación inmediata de las decisiones interlocutorias, y, si causan gravamen irreparable, son susceptibles de apelación en ambos efectos. / (...).

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

TSJ-SC (2147)

13-11-2007

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Rafael Ángel Briceño vs. la reforma constitucional propuesta por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela el 15 de agosto de 2007.

La iniciativa, porque no se trata de un acto normativo, como es apenas la fase inicial de la reforma constitucional, cabe respecto de ella las mismas consideraciones que frente a los Proyectos de Ley: por no producir efectos jurídicos externos, esto es, que afectan relaciones jurídicas abstractas o concretas, no puede controlarse jurisdiccionalmente a priori su contenido; más aún cuando al estipular el artículo 343 de la Constitución tres discusiones para la reforma propuesta es probable y hasta válido que el acto que sea aprobado por la Asamblea Nacional sea distinto al propuesto inicialmente por el Presidente, de modo que existe la posibilidad de que terminen siendo dos actos distintos el que inicia la reforma y el que es sancionado por la Asamblea.

Se cuestiona en esta oportunidad la propuesta de reforma a la Constitución presentada por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional el 15 de agosto de 2007. Al respecto, cabe indicar que en nuestro ordenamiento jurídico las enmiendas (artículo 340) y las reformas (artículo 342) a la Constitución son respuestas al procedimiento agravado que nace de la distinción entre Poder Constituyente y Poder Constituido. En efecto, un acto normativo es considerado Constitución por su carácter originario, por el origen popular que claramente expresa la doctrina del pacto social que, por ende, incluye el principio de *autodeterminación política comunitaria* y el de *limitación del poder*, lo cual supone el establecimiento de un sistema de competencias y de libertades ciudadanas que hace vinculante para los órganos diseñados por la Constitución su parte orgánica y material con *pretensión de permanencia* y de supremacía jurídica.

Ahora, desde la distinción semántica de Poder Constituyente-Poder Constituido es claro apreciar que la reforma no es un acto del Poder Constituyente Originario, y como tal capaz de cristalizar una expresión de soberanía. La reforma es un acto del Poder Constituyente Derivado. Es una habilitación que se le hace al Poder Constituido de incidir en la Carta Magna; pero, como toda habilitación, debe cumplirse dentro de los límites y las condiciones que establece la Constitución y en el que se incluye, al menos en nuestro orden constitucional, a todos los detentadores legítimos del Poder que dimana de la voluntad popular (Presidente de la República, Asamblea Nacional y ciudadanía en general).

Como un acto de adecuación histórica del documento jurídico-político fundamental, la Reforma es la concreción de múltiples factores (jurídicos, políticos, sociales, económicos) en el que participan diversidad de órganos para asegurar la legitimidad institucional y democrática del cambio, y que se verifica en un proceso complejo. La iniciativa, regulada en el artículo 342 de nuestra Constitución, puede tomarla la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por la mayoría de sus integrantes; el Presidente de la República en Consejo de Ministros; o un número no menor del quince por ciento de los electores y las electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral. La discusión y aprobación, regulada en el artículo 343, corresponde realizarla a la Asamblea Nacional. El referendo, regulado en el artículo 344 de la Constitución, corresponde ejercerlo al pueblo como validante definitivo de la reforma, y

organizado por el Consejo Nacional Electoral conforme con el artículo 293.5 del Texto Fundamental. La promulgación, establecida en el artículo 346 *eiusdem*, corresponde al Presidente de la República.

El proceso descrito sintetiza claramente la conjugación de elementos políticos y jurídicos que se ciernen sobre el proceso de reforma constitucional; de modo que la labor jurisdiccional sobre tales actos depende de cuáles de esos elementos se está cuestionando, pues, como lo ha señalado la Sala en sentencia N° 1002/2004: «...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...»; aunque ello no desconoce la posibilidad de controlar los elementos jurídicos de los actos políticos pues es consustancial al Estado de Derecho controlar la juridicidad del actuar estatal.

El hecho es que por ser un proceso complejo, la reforma constitucional se configura en etapas sucesivas de una relación inter orgánica; relación acerca de la cual se ha sostenido, desde épocas tempranas del Derecho Administrativo, que no causan gravamen porque no exteriorizan sus efectos y, por tanto, no son susceptibles de control jurisdiccional. En efecto, cumplida cada fase del proceso de formación de normas (bien sea de leyes o, como en este caso, de reforma a la Constitución) debe verificarse la siguiente, y sólo será el desenvolvimiento de ese proceso el que determine la posibilidad de control de un acto que, sin exteriorizar sus efectos, puede ser objeto de control.

Así, conforme con el artículo 342 de la Carta Magna los titulares de la iniciativa son representantes del Poder Constituido y el ejercicio de tal iniciativa está sometido a requisitos formales; pero de acuerdo con el artículo 343 *eiusdem*, el efecto jurídico concreto de esa iniciativa es la concreción de la potestad de la Asamblea de tramitarla, lo que exige distinguir no sólo a quién corresponde verificar el cumplimiento de los requisitos que exige el artículo 342, sino también diferenciar dos momentos del trámite realizado ante la Asamblea Nacional: la decisión política de la iniciativa, esto es, la conveniencia de tramitar o no a la revisión; y la discusión de la iniciativa.

Siendo la iniciativa y la discusión de la propuesta de reforma fases consecutivas que se verifican ante distintos órganos constitucionales; y visto que la primera es presupuesto procedimental de la segunda, es lógico que sea la Asamblea Nacional la que en un primer momento verifique la existencia de los requisitos formales a que alude el artículo 342 de la Carta Magna para que se configure válidamente la iniciativa. El incumplimiento de estos requisitos debe ser declarado por la Asamblea Nacional en un acto de ejecución directa de la Constitución que, por ser jurídico y por exteriorizar sus efectos (no da cabida a la continuación del trámite por incumplir un requisito constitucional), afecta al que detenta la iniciativa de reforma, de modo que es susceptible de ser impugnada ante este Sala.

El contenido en sí de la iniciativa es un asunto distinto. En nuestra tradición jurídica las normas son vinculantes desde su publicación en la Gaceta Oficial o desde la fecha posterior que ellas indiquen, refiere el Código Civil. Así, publicadas en Gaceta Oficial es cuando sus disposiciones surten efecto jurídico; bien para otorgar, extinguir o modificar derechos o bien para asignar potestades. En fin, es cuando establecen relaciones jurídicas (abstractas o concretas para seguir la línea doctrinal dominante).

Lo cierto es que los efectos jurídicos normativos surgen cuando se han cumplido los requisitos de validez y eficacia que estipula el ordenamiento. Por ello, los proyectos de leyes escapan del mundo jurídico porque no han adquirido eficacia, de suerte que considerados en sí mismos mal pueden lesionar un derecho constitucional; esto a su vez explica que se haya sostenido que no pueden ser objeto de amparo, pues conforme con el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales lo que se acciona es el acto aplicativo de la norma, y si ésta no existe mal puede ejercerse válidamente una potestad con base en ella (Vid. Por todas Sent. N° 1702/2007). En uso de este criterio tampoco se ha aceptado la nulidad de proyectos de leyes, pues al no existir válidamente ni producir efectos jurídicos *erga omnes* difícilmente podría cuestionarse su nulidad: ningún calificativo cabe respecto de algo que no tiene efectos jurídicos generales de inmediato.

Cierto es que con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela existen de forma excepcional controles previos de posibles actos normativos; pero en el ordenamiento constitucional vigente la regla general es que esta Sala, como máximo y último interprete del Texto Fundamental, se centre en el control posterior de los distintos actos que enumera el artículo 336 y otros de la Carta Magna; excepcionalmente, los únicos controles previos de posibles actos normativos están establecidos en la Constitución vigente para los tratados suscritos por la República -cardinal 5 del artículo 336-; para el carácter orgánico de las leyes -artículo 203-; y para el control de la constitucionalidad de proyectos de Ley establecido a favor del Presidente de la República -artículo 214-.

Respecto de la potestad establecida en el artículo 214 del Texto Fundamental, aunque uno de los efectos sea el mismo que el de la nulidad contra leyes (la declaratoria de inconstitucionalidad) en cada supuesto la razón de ser es distinta. Mientras que el último obedece sólo a la trasgresión de la Carta Magna; en el primero es concreción del principio de colaboración entre los Poderes Públicos y el perfeccionamiento del valor democrático de las funciones estatales. Se exige, ciertamente, la trasgresión de preceptos constitucionales; pero mientras en uno, el objetivo es salvaguardar los derechos ciudadanos porque son los afectados; en el otro, es salvaguardar el valor democrático y la actividad legítima de los órganos que ejercen el Poder Público ante una inminente trasgresión de la Carta Magna en el supuesto de que sea publicado el proyecto en tales términos. De modo que aunque sutil la diferencia existe.

Trasladadas estas consideraciones a la iniciativa de reforma constitucional, debe decirse que tal acto no produce en lo inmediato ningún efecto jurídico externo o que supere la relación entre órganos estatales, por mucho que se comparta o se rechace su contenido. El único efecto jurídico lo estipula el propio 343 de la Carta Magna: verificada la iniciativa de la reforma esta será tramitada por la Asamblea Nacional.

En definitiva la iniciativa, porque no se trata de un acto normativo, como es apenas la fase inicial de la reforma constitucional, cabe respecto de ella las mismas consideraciones que frente a los Proyectos de Ley: por no producir efectos jurídicos externos, esto es, que afectan relaciones jurídicas abstractas o concretas, no puede controlarse *jurisdiccionalmente a priori* su contenido; más aún cuando al estipular el artículo 343 de la Constitución tres discusiones para la reforma propuesta es probable y hasta válido que el acto que sea aprobado por la Asamblea Nacional sea distinto al propuesto inicialmente por el Presidente, de modo que existe la posibilidad de que terminen siendo dos actos distintos el que inicia la reforma y el que es sancionado por la Asamblea.

Por otro lado, respecto de lo que esta Sala calificó como dos momentos del trámite realizado ante la Asamblea Nacional: a) la decisión política de la iniciativa, esto es, la conve-

niencia de operar o no a la revisión; y b) la discusión de la iniciativa, debe indicarse en lo que atañe a la primera que la conveniencia o no de revisar la Constitución es un análisis que nace netamente de la instancia política y, por tanto, escapa del control jurisdiccional por las razones antes anotadas. La Asamblea Nacional tiene la potestad de improbar la propuesta presentada, tal como se desprende de la interpretación en contrario del artículo 343.5 de la Carta Magna.

En el caso de autos, se impugna la propuesta realizada por el Presidente de la República para reformar el texto constitucional, acto que, como se dijo, no produce en lo inmediato ningún efecto jurídico externo o que supere la relación entre órganos estatales y por ende no está sometido a control anticipado. Por tanto, siendo que no es posible cuestionar la iniciativa de reforma propuesta por el Presidente de la República porque apenas es la fase inicial de la Reforma, razón por la que no surte efectos jurídicos externos, esta Sala declara que NO HA LUGAR en derecho el recurso de nulidad propuesto. Así se decide.

TSJ-SC (2189)

22-11-2007

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Confederación de Profesionales Universitarios de Venezuela "CONFEPUV", y el Colegio de Abogados del Estado Carabobo vs. Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007

El proyecto de reforma constitucional sancionado por la Asamblea Nacional el día 2 de noviembre de 2007, al tratarse de un acto normativo no perfeccionado, no puede producir efectos jurídicos externos y, por lo tanto, no es posible controlar jurisdiccionalmente a priori su contenido.

Precisada la competencia de este órgano jurisdiccional y visto que no existe pronunciamiento del Juzgado de Sustanciación con respecto a la acción, esta Sala procede a decidir sobre la misma y, al respecto, observa:

Los accionantes impugnan mediante la acción de nulidad por inconstitucionalidad, la totalidad del proyecto de reforma sancionado el 2 de noviembre de 2007 por la Asamblea Nacional, como órgano del Poder Constituyente derivado.

Como ya se indicó en las sentencias 2108/2007 y 2147/2007, el procedimiento para la reforma constitucional es un "*proceso complejo*" que comienza con la iniciativa (artículo 342); continúa con la discusión y aprobación, que corresponde a la Asamblea Nacional (artículo 343); sigue con el referendo constitucional, regulado en el artículo 344, que corresponde ejercerlo al pueblo "*como validante definitivo de la reforma*"; y, finalmente, la promulgación por el Presidente de la República, según lo dispuesto en el artículo 346 constitucional.

En consecuencia, a pesar de tratarse de un procedimiento especial agravado o dificultado, como es característico de las constituciones rígidas, es claro que se trata de un proceso complejo de formación de actos normativos que se asemeja al ordinario de formación de leyes; y una de las coincidencias absolutas es que no se puede hablar de un acto definitivo si no se han cumplido todos los pasos de este trámite procedimental.

Este procedimiento complejo, conformado en etapas sucesivas de una relación inter-orgánica, no causa gravamen hasta tanto no exteriorice sus efectos (mediante la promulgación y publicación en Gaceta Oficial).

Mientras el proyecto de reforma esté en proceso de trámite no es susceptible de control jurisdiccional, salvo que el proceso de reforma "aborte" en alguna de esas etapas sucesivas y no se perfeccione el acto normativo (Vid. sentencia N° 2147 del 13 de noviembre de 2007, caso: *Rafael Ángel Briceño*)

La Sala insiste en que el control de la constitucionalidad del acto normativo del Poder Constituyente derivado, cualquiera que sea la naturaleza y consecuencias jurídicas del mismo, es posterior al acto definitivo y no previo. El control previo de constitucionalidad sobre actos no perfeccionados de los poderes públicos (constituidos) es absolutamente excepcional y la propia Constitución lo determina en artículos como el 336 cardinales 5 y 6; 203 y 214.

Por otra parte, la Sala Constitucional ha sido reiterativa en la imposibilidad de impugnar por inconstitucionalidad un proyecto de ley (o acto normativo) pues, al no haber adquirido eficacia y no producir -todavía- efectos jurídicos *erga omnes*, no puede pretenderse su nulidad. Al respecto, esta Sala en sentencia N° 2147 del 13 de noviembre del 2007 (Caso: *Rafael Ángel Briceño*), señaló que:

"...En nuestra tradición jurídica las normas son vinculantes desde su publicación en la Gaceta Oficial o desde la fecha posterior que ellas indiquen, refiere el Código Civil. Así, publicadas en Gaceta Oficial es cuando sus disposiciones surten efecto jurídico; bien para otorgar, extinguir o modificar derechos o bien para asignar potestades. En fin, es cuando establecen relaciones jurídicas (abstractas o concretas para seguir la línea doctrinal dominante).

Lo cierto es que los efectos jurídicos normativos surgen cuando se han cumplido los requisitos de validez y eficacia que estipula el ordenamiento. Por ello, los proyectos de leyes escapan del mundo jurídico porque no han adquirido eficacia, de suerte que considerados en sí mismos mal pueden lesionar un derecho constitucional; esto a su vez explica que se haya sostenido que no pueden ser objeto de amparo, pues conforme con el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales lo que se acciona es el acto aplicativo de la norma, y si ésta no existe mal puede ejercerse válidamente una potestad con base en ella (Vid. Por todas Sent. N° 1702/2007). En uso de este criterio tampoco se ha aceptado la nulidad de proyectos de leyes, pues al no existir válidamente ni producir efectos jurídicos erga omnes difícilmente podría cuestionarse su nulidad: ningún calificativo cabe respecto de algo que no tiene efectos jurídicos generales de inmediato..."

El único efecto jurídico inmediato de la sanción por parte de la Asamblea Nacional del Proyecto de Reforma Constitucional es el contemplado en los artículos 344 y 345 constitucionales.

En consecuencia, el proyecto de reforma constitucional sancionado por la Asamblea Nacional el día 2 de noviembre de 2007, al tratarse de un acto normativo no perfeccionado, no puede producir efectos jurídicos externos y, por lo tanto, no es posible controlar jurisdiccionalmente *a priori* su contenido.

Por los argumentos antes expuestos, esta Sala Constitucional debe declarar improponible en derecho la presente "acción popular de inconstitucionalidad"; y así se declara.

Voto Salvado del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero

Quien suscribe, Magistrado **JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO**, disiente de la mayoría, y salva su voto, por las siguientes razones:

La vigente Constitución, en el Capítulo II del Título IX (artículos 342 al 346) delinea la reforma constitucional, y señala cuáles pasos deben seguirse para que ésta se lleve a cabo.

En primer lugar, debe existir una iniciativa de reforma, la cual puede ser tomada por la Asamblea Nacional, mediante acuerdo aprobado por la mayoría de sus integrantes; por el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; o por un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos en el registro electoral (artículo 342 eiusdem).

Fuera de estos proponentes, no hay otros; y tomada la iniciativa por entes distintos a la Asamblea Nacional, a juicio de quien disiente, no puede la Asamblea Nacional variar los términos de la proposición, motivo por el cual el artículo 343 constitucional señala el trámite que se daría a la iniciativa presentada, sin que dicha norma prevea que lo presentado pueda modificarse por la Asamblea.

El proyecto de reforma será objeto de tres discusiones; una integral, otra por Títulos o Capítulos y una tercera artículo por artículo.

Este es el íter para la formación de un acto del Poder Legislativo, cual es la aprobación o no aprobación de lo presentado.

Cada uno de estos actos formativos del Legislativo, *per se*, producen el efecto jurídico, de que agotado uno, se entra en el siguiente acto (segunda discusión), y así hasta culminar.

Pero para que se puedan cumplir las fases hacia el acto final, cada uno de ellas es independiente, porque las discusiones tienen por objeto, determinar si realmente se trata de una reforma, y no de una enmienda o una transformación del Estado que permite crear un nuevo ordenamiento jurídico; y luego un análisis de los Capítulos, Títulos y artículos si fuera el caso.

Si estas fases, que constituyen verdaderos actos de la Asamblea Nacional con relación a la reforma propuesta, no se cumplen con el contenido señalado, o se subvierte su orden, etc, cada fase se hace controlable jurisdiccionalmente, como ocurre con cualquier acto del Poder Público, que no sea de mero trámite, y éstos no lo son.

Se trata de actos formativos derivados directamente de la Constitución, que pueden devenir en violaciones a la Carta Magna y que como tales pueden ser controlados por cualquier interesado (acción popular), que solicite su nulidad y las medidas preventivas que considere.

La naturaleza jurídica de estos actos no equivalen a leyes, pero sí son actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, dictados por un órgano estatal en ejercicio del Poder Público y que pueden colidir con normas de nuestra Carta Fundamental (artículo 336.4 constitucional).

En criterio de quien suscribe, los accionantes están pidiendo se declare la inconstitucionalidad del procedimiento seguido por la Asamblea Nacional, lo que por aplicación del principio *pro actione*, referido en el fallo, significa que piden la nulidad de los actos formativos del acto final aprobatorio, así como éste mismo, como resultado de los vicios constitucionales que en conjunto atribuyen a los actos formativos y el acto mismo.

Tratándose de actos del Poder Legislativo que se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, la acción popular existe para controlarlos jurisdiccionalmente, máxime

cuando el vicio denunciado contra ellos, es que la Asamblea no podía conocer lo propuesto por el Ejecutivo, como una reforma, por tratarse lo propuesto de un cambio estructural a la Constitución vigente, lo que ameritaba para su conocimiento de una Asamblea Nacional Constituyente (artículos 347 a 350 constitucional).

Es cierto que la acción incoada no ataca ley alguna, pero -a juicio de quien disiente- ello no impedía darle curso, ya que se ataca un acto del Poder Legislativo, que ejecuta directa e inmediatamente la Constitución, y que mal puede argüirse que por ser complejo, hay que esperar a que termine, con la práctica del acto refrendario.

A juicio de quien disiente, los actos que ante la petición del Presidente de la República, correspondían al Poder Legislativo: finalizaron, ya que el referéndum escapa del control de dicho Poder; y al fenecer dichos actos, sus posibles violaciones deben controlarse jurisdiccionalmente incluso por razones de economía procesal, para impedir el desarrollo de un proceso que conduciría a otro acto que -como resultado del viciado- también sería nulo.

Para que el proceso de reforma se lleve a cabo en toda su extensión, es necesario el referéndum constitucional y, de aprobarse, la promulgación por el Presidente de la República. Pero para que ello se desarrolle, es indispensable que los elementos previos (básicos para el camino que se toma), se adapten a la Constitución, y de no adaptarse, se pueda impedir culmine un proceso ("complejo") que nace infringiendo la Constitución.

A juicio de quien disiente, el proceso de la reforma no es ni semejante, ni análogo al de la formación de leyes, como lo señala el fallo. En el proceso de reforma (al contrario del de formación de leyes), hay un calificativo previo y necesario por parte de la Asamblea Nacional, si lo propuesto se trata o no de una reforma, situación que no existe con las leyes que se elevan a la discusión de la Asamblea Nacional; y si no lo es, surge un acto de rechazo por parte del Poder Legislativo.

Si la Asamblea califica el Proyecto como de Reforma, violando las disposiciones constitucionales que harían necesaria una constituyente, resulta ilógico que nadie puede controlar ese error, y se adelante hasta su final el resto de los actos "complejos", con su despliegue de gastos y actividades, consolidando una inconstitucionalidad, y difiriendo -al infinito- el control jurisdiccional que podría anular lo aprobado, fundado en las inconstitucionalidades iniciales

Queda así expresado el criterio del disidente.

TSJ SC (2191)

22-11-2007

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Yvett Lugo Urbaéz y otros vs. acto sancionado el 2 de noviembre de 2007 contentivo de la "Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela"

Las etapas tempranas o de formación del proyecto de reforma constitucional no causan gravamen alguno porque no exteriorizan sus efectos y, por lo tanto, no son susceptibles de control jurisdiccional. Por lo tanto, el acto de la Asamblea Nacional sancionado el 2 de noviembre de 2007 contentivo de la "Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela" no es un acto normativo, por cuanto al no adquirir eficacia no produce efectos jurídicos externos,

esto es, no afecta relaciones jurídicas abstractas o concretas, por lo que mal puede lesionar o amenazar derecho constitucional alguno ya que no posee carácter obligatorio y, por tanto, no puede órgano del Estado alguno o particular darle ejecución.

Pasa esta Sala a pronunciarse sobre la acción de amparo interpuesta y, en tal sentido, observa que:

1.- La presente acción de amparo constitucional tiene por objeto, por una parte, denunciar la supuesta contrariedad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del acto sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007 denominado "Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela".

Al respecto, los accionantes haciendo una errada interpretación del criterio sostenido por esta Sala en sus decisiones del 7 de noviembre de 2007 (sentencia N° 2108, caso *Jorge Paz Nava y otros*) y del 13 del mismo mes y año (sentencia N° 2147, caso *Rafael Ángel Briceño*), el cual desacertadamente solicitan que se aplique al presente amparo constitucional, alegan que el acto sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, contenido de la Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es un acto de trámite y, por tanto, es inimpugnable de forma separada e independiente por la vía del recurso de nulidad, siendo -a su entender- la vía idónea la acción de amparo constitucional pues -aducen- que existe "(...) perjuicio irreparable en la violación o amenaza inminente y posible de los preceptos constitucionales denunciados en (su) escrito, habida cuenta de la inexistencia de un procedimiento especial para el restablecimiento de la situación jurídica infringida".

Sobre este particular, vale ilustrar a los abogados accionantes que en el expediente N° 07-1484 correspondiente a la referida sentencia del 7 de noviembre de 2007, se intentó acción de amparo constitucional contra una serie de declaraciones o decisiones que emitieron el Presidente de la República, el Ministro del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y la Asamblea Nacional, todo en el marco del procedimiento de reforma de la Constitución previsto en el Capítulo II del Título IX del Texto Fundamental, y esta Sala en esa oportunidad expresamente sostuvo que tales actos constituían actos de trámite que "(...) apuntan a la consecución de un único objetivo. En este caso, el procedimiento previsto desembocaría en un acto aprobatorio que reviste el carácter de definitivo".

Asimismo, se estima oportuno transcribir extractos de la decisión de esta Sala del 13 de noviembre del año en curso, correspondiente al expediente N° 07-1476 (caso *Rafael Ángel Briceño*), a objeto de orientar a los profesionales del Derecho que intentaron la presente acción de amparo constitucional sobre lo expresado por esta Sala en esa oportunidad; a saber:

"Como un acto de adecuación histórica del documento jurídico-político fundamental, la Reforma es la concreción de múltiples factores (jurídicos, políticos, sociales, económicos) en el que participan diversidad de órganos para asegurar la legitimidad institucional y democrática del cambio, y que se verifica en un proceso complejo. La iniciativa, regulada en el artículo 342 de nuestra Constitución, puede tomarla la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por la mayoría de sus integrantes; el Presidente de la República en Consejo de Ministros; o un número no menor del quince por ciento de los electores y las electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral. La discusión y aprobación, regulada en el artículo 343, corresponde realizarla a la Asamblea Nacional. El referendo, regulado en el artículo 344 de la Constitución, corresponde ejercerlo al pueblo como validante definitivo de la reforma, y organizado por el Consejo Nacional Electoral conforme con el artículo 293.5 del Texto Fundamental. La

promulgación, establecida en el artículo 346 eiusdem, corresponde al Presidente de la República.

(...)

El hecho es que por ser un proceso complejo, la reforma constitucional se configura en etapas sucesivas de una relación inter orgánica; relación acerca de la cual se ha sostenido, desde épocas tempranas del Derecho Administrativo, que no causan gravamen porque no exteriorizan sus efectos y, por tanto, no son susceptibles de control jurisdiccional. En efecto, cumplida cada fase del proceso de formación de normas (bien sea de leyes o, como en este caso, de reforma a la Constitución) debe verificarse la siguiente, y sólo será el desenvolvimiento de ese proceso el que determine la posibilidad de control de un acto que, sin exteriorizar sus efectos, puede ser objeto de control.

(...)

Lo cierto es que los efectos jurídicos normativos surgen cuando se han cumplido los requisitos de validez y eficacia que estipula el ordenamiento. Por ello, los proyectos de leyes escapan del mundo jurídico porque no han adquirido eficacia, de suerte que considerados en sí mismos mal pueden lesionar un derecho constitucional; esto a su vez explica que se haya sostenido que no pueden ser objeto de amparo, pues conforme con el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales lo que se acciona es el acto aplicativo de la norma, y si ésta no existe mal puede ejercerse válidamente una potestad con base en ella (Vid. Por todas Sent. N° 1702/2007). En uso de este criterio tampoco se ha aceptado la nulidad de proyectos de leyes, pues al no existir válidamente ni producir efectos jurídicos *erga omnes* difícilmente podría cuestionarse su nulidad: ningún calificativo cabe respecto de algo que no tiene efectos jurídicos generales de inmediato.

Cierto es que con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela existen de forma excepcional controles previos de posibles actos normativos; pero en el ordenamiento constitucional vigente la regla general es que esta Sala, como máximo y último interprete del Texto Fundamental, se centre en el control posterior de los distintos actos que enumera el artículo 336 y otros de la Carta Magna; excepcionalmente, los únicos controles previos de posibles actos normativos están establecidos en la Constitución vigente para los tratados suscritos por la República -cardinal 5 del artículo 336-; para el carácter orgánico de las leyes -artículo 203-; y para el control de la constitucionalidad de proyectos de Ley establecido a favor del Presidente de la República -artículo 214-.

(...)

Trasladadas estas consideraciones a la iniciativa de reforma constitucional, debe decirse que tal acto no produce en lo inmediato ningún efecto jurídico externo o que supere la relación entre órganos estatales, por mucho que se comparta o se rechace su contenido. El único efecto jurídico lo estipula el propio 343 de la Carta Magna: verificada la iniciativa de la reforma esta será tramitada por la Asamblea Nacional.

En definitiva la iniciativa, porque no se trata de un acto normativo, como es apenas la fase inicial de la reforma constitucional, cabe respecto de ella las mismas consideraciones que frente a los Proyectos de Ley: por no producir efectos jurídicos externos, esto es, que afectan relaciones jurídicas abstractas o concretas, no puede controlarse jurisdiccionalmente a priori su contenido; más aún cuando al estipular el artículo 343 de la Constitución tres discusiones para la reforma propuesta es probable y hasta válido que el acto que sea aprobado por la Asamblea Nacional sea distinto al propuesto inicialmente por el Presidente, de modo que existe la posibilidad de que terminen siendo dos actos distintos el que inicia la reforma y el que es sancionado por la Asamblea". (Subrayado del presente fallo).

De lo anterior se deriva que la reforma constitucional es un proceso complejo conformado por la concreción de múltiples factores para asegurar la legitimidad institucional y

democrática del cambio. Este proceso complejo se configura en etapas sucesivas en la que interactúan autoridades públicas (Presidente de la República), órganos del Estado (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral) y el pueblo, que en definitiva ostenta el poder para aprobar y validar mediante el voto la reforma propuesta.

Por ello, tal como lo sostuvo esta Sala en la decisión antes transcrita, las etapas tempranas o de formación del proyecto de reforma constitucional no causan gravamen alguno porque no exteriorizan sus efectos y, por lo tanto, no son susceptibles de control jurisdiccional. Así, se indicó expresamente en el aludido fallo que “(...) *cumplida cada fase del proceso de formación de normas (bien sea de leyes o, como en este caso, de reforma a la Constitución) debe verificarse la siguiente, y sólo será el desenvolvimiento de ese proceso el que determine la posibilidad de control de un acto que, sin exteriorizar sus efectos, puede ser objeto de control*”.

Por tanto, siendo constante con la doctrina sostenida por esta Sala, en el fallo en comento, debe reiterarse que los efectos jurídicos normativos surgen cuando se han cumplido los requisitos de validez y eficacia que estipula el ordenamiento jurídico, y por ello, “(...) *los proyectos de leyes escapan del mundo jurídico porque no han adquirido eficacia, de suerte que considerados en sí mismos mal pueden lesionar un derecho constitucional; esto a su vez explica que se haya sostenido que no pueden ser objeto de amparo, pues conforme con el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales lo que se acciona es el acto aplicativo de la norma, y si ésta no existe mal puede ejercerse válidamente una potestad con base en ella (Vid. Por todas Sent. N° 1702/2007)*”.

En efecto, ha sostenido la Sala en anteriores oportunidades que “(...) *los proyectos de ley escapan a los controles de amparo, por cuanto no existen en el mundo jurídico y no han adquirido eficacia, efecto que produce luego que, conforme lo indica el artículo 1° del Código Civil, sean publicados en la Gaceta Oficial. De manera que, tratándose de un proyecto de ley, mal podían aquellos amenazar derecho constitucional alguno mediante un acto aplicativo, por cuanto no poseían el carácter de obligatorio cumplimiento y, por tanto, ningún órgano del Estado o particular podría darle ejecución. Al respecto, puede verse sentencia de esta Sala N° 2844 del 19 de noviembre de 2002. En este sentido, se debe mencionar que los únicos controles previos de posibles actos normativos existentes bajo la vigente normativa constitucional, son para los tratados suscritos por la República -numeral 5 del artículo 336-; para el carácter orgánico de las leyes -artículo 203-; y para el control de constitucionalidad de una ley, establecida a favor del Presidente -artículo 214-*” (Sentencia N° 1702 del 7 de agosto de 2007).

Ello así, “(t)rasladadas estas consideraciones a la iniciativa de reforma constitucional, debe decirse que tal acto no produce en lo inmediato ningún efecto jurídico externo o que supere la relación entre órganos estatales, por mucho que se comparta o se rechace su contenido” y “(...) *por no producir efectos jurídicos externos, esto es, que afectan relaciones jurídicas abstractas o concretas, no puede controlarse jurisdiccionalmente a priori su contenido*” (Sentencia citada N° 2147 del 13 de noviembre de 2007).

Aunado a lo anterior hay que reiterar que “(c)ierto es que con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela existen de forma excepcional controles previos de posibles actos normativos; pero en el ordenamiento constitucional vigente la regla general es que esta Sala, como máximo y último interprete del Texto Fundamental, se centre en el control posterior de los distintos actos que enumera el artículo 336 y otros de la Carta Magna; excepcionalmente, los únicos controles previos de posibles actos normativos están establecidos

en la Constitución vigente para los tratados suscritos por la República -cardinal 5 del artículo 336-; para el carácter orgánico de las leyes -artículo 203-; y para el control de la constitucionalidad de proyectos de Ley establecido a favor del Presidente de la República -artículo 214-” (Sentencia antes citada).

Aplicando la citada doctrina jurisprudencial al caso de autos es lógico concluir, tal como se deriva necesariamente de los criterios sentados en los fallos referidos, que el acto de la Asamblea Nacional sancionado el 2 de noviembre de 2007 contenido de la “Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” no es un acto normativo, por cuanto al no adquirir eficacia no produce efectos jurídicos externos, esto es, no afecta relaciones jurídicas abstractas o concretas, por lo que mal puede lesionar o amenazar derecho constitucional alguno ya que no posee carácter obligatorio y, por tanto, no puede órgano del Estado alguno o particular darle ejecución.

Además, la Constitución vigente prevé que el control de los actos normativos producto del Poder Constituyente Derivado es posterior y no previo. En efecto, dentro del excepcional control previo de la constitucionalidad sobre los actos no perfeccionados de los Poderes Públicos constituidos (artículos 336, numerales 5 y 6 y 203 y 214 de la Constitución) no se encuentra prevista acción alguna de inconstitucionalidad previa (vía amparo o nulidad) contra actos como el accionado, sancionado el 2 de noviembre de 2007 por la Asamblea Nacional contenido de la “Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Por tales razones, debe esta Sala forzosamente declarar no ha lugar la acción de amparo constitucional intentada por los abogados identificados al comienzo del presente fallo contra el acto sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007 contenido de la “Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, y así se decide.

TSJ-SC (2192)

22-11-2007

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Gerardo Guzmán vs. Reforma Constitucional propuesta por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela el 15 de agosto de 2007.

No es posible cuestionar la iniciativa de reforma constitucional propuesta por el Presidente de la República, y los distintos actos que tal propuesta ha desencadenado, basándose en una supuesta falta de cualidad del Presidente

Determinada su competencia y visto que no existe pronunciamiento del Juzgado de Sustanciación con respecto a la admisibilidad de la demanda de nulidad, esta Sala procede, por razones de celeridad procesal, a pronunciarse sobre la misma y, al respecto observa:

En el presente caso se impugna la iniciativa de Reforma Constitucional presentada por el Presidente de la República, ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, con fundamento en la supuesta falta de cualidad de dicho ciudadano para proponerla, lo cual -señala- el accionante ha determinado una consecución de trámites por parte de la Asamblea Nacional y el Consejo Nacional Electoral destinados a la realización del referendo aprobatorio, fijado para el 2 de diciembre de 2007, lo que en su opinión ocasiona la violación de lo dispuesto en el artículo 349 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Al respecto, esta Sala observa que el artículo 342 Constitucional establece, entre otros aspectos, a quien corresponde presentar la iniciativa de reforma constitucional, en este sentido dispone:

“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”. (destacado del fallo).

De esta manera la iniciativa de reforma constitucional se constituye en una potestad del Ejecutivo, Legislativo o el derecho de una fracción del cuerpo electoral, estando plenamente facultado para ello, por ende, el Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros.

Asimismo, es necesario acotar que esta Sala ya ha emitido pronunciamiento respecto de la imposibilidad de impugnar la iniciativa de reforma constitucional presentada por los legitimados constitucionalmente para ello, y acerca de su inserción en un proceso complejo, que al no exteriorizar por sí sola efectos, sino los propios del artículo 343 constitucional, escapa de control jurisdiccional. Así, la sentencia N° 2147 del 13 de noviembre de 2007 dejó asentado:

“(…)

El hecho es que por ser un proceso complejo, la reforma constitucional se configura en etapas sucesivas de una relación inter orgánica; relación acerca de la cual se ha sostenido, desde épocas tempranas del Derecho Administrativo, que no causan gravamen porque no exteriorizan sus efectos y, por tanto, no son susceptibles de control jurisdiccional. En efecto, cumplida cada fase del proceso de formación de normas (bien sea de leyes o, como en este caso, de reforma a la Constitución) debe verificarse la siguiente, y sólo será el desenvolvimiento de ese proceso el que determine la posibilidad de control de un acto que, sin exteriorizar sus efectos, puede ser objeto de control.

Así, conforme con el artículo 342 de la Carta Magna los titulares de la iniciativa son representantes del Poder Constituido y el ejercicio de tal iniciativa está sometido a requisitos formales; pero de acuerdo con el artículo 343 *eiusdem*, el efecto jurídico concreto de esa iniciativa es la concreción de la potestad de la Asamblea de tramitarla, lo que exige distinguir no sólo a quién corresponde verificar el cumplimiento de los requisitos que exige el artículo 342, sino también diferenciar dos momentos del trámite realizado ante la Asamblea Nacional: la decisión política de la iniciativa, esto es, la conveniencia de tramitar o no a la revisión; y la discusión de la iniciativa.

(…)

(…) la iniciativa de reforma constitucional, debe decirse que tal acto no produce en lo inmediato ningún efecto jurídico externo o que supere la relación entre órganos estatales, por mucho que se comparta o se rechace su contenido. El único efecto jurídico lo estipula el propio 343 de la Carta Magna: verificada la iniciativa de la reforma esta será tramitada por la Asamblea Nacional.”

En atención a las consideraciones ya explanadas por la Sala en la sentencia citada, la propuesta de reforma constitucional es sólo la fase inicial de un procedimiento que genera el desarrollo de distintos actos, que para el momento actual han originado la intervención de los

distintos órganos estatales llamados constitucionalmente a hacerlo -Asamblea Nacional- y -Consejo Nacional Electoral-.

La falta de cualidad del Presidente de la República, único alegato por parte del accionante, no puede ser fundamento para impugnar como se ha hecho en el presente caso la reforma constitucional, al sostener que ante ella no podían desarrollarse las demás etapas, pues es evidente que el Presidente de la República cuenta con la potestad de presentar ante la Asamblea Nacional su iniciativa de modificar disposiciones del Texto Constitucional, y ello no atenta contra lo dispuesto en el artículo 349 de la actual Constitución, cuya violación denuncia el recurrente.

Si bien, el mencionado artículo 349 en el cual se fundamenta el accionante, refiere que “*el Presidente o Presidenta de la República no podrá objetar la nueva Constitución*”, tal mandato obedece a la imposibilidad de desconocer o rechazar aquella nueva Constitución, distinta a la aprobada en el año 1999, que sea dictada a través de una Asamblea Nacional Constituyente, convocada a tal fin, en atención a lo establecido en el artículo 347 de la vigente Constitución, supuesto que obviamente no es el que se verifica en la actualidad.

Las razones expuestas resultan suficientes para afirmar que no es posible cuestionar la iniciativa de reforma constitucional propuesta por el Presidente de la República, y los distintos actos que tal propuesta ha desencadenado, basándose en una supuesta falta de cualidad del Presidente, razón por la cual esta Sala declara NO HA LUGAR en derecho el recurso de nulidad interpuesto. Así se declara.

No obstante lo anterior, no puede pasar por alto la forma en la que el ciudadano Gerardo Guzmán se ha dirigido a esta Sala, a fin de hacer su petición, al emplear expresiones soeces como:

-“El Poder Público Nacional, específicamente en sus divisiones: Poder Ejecutivo, Legislativo y Electoral parecen conspirar, rompen el equilibrio, se revelan, contra el gran soberano protagonista, en cuanto a los funcionarios públicos primarios que los representan y ejercen; impera la desidia, omisión, desconocimiento, inercia, ceguera política, indolencia, letargo, pasividad y temor referente al ejercicio de sus atribuciones y obligaciones sociales y morales en cuanto a sus actividades que deben ejercer para llevar a cabo los fines primordiales del Estado”

-“Un error no puede corregir otro error. Esta Proposición o proyecto de Reforma, puede hacerla y solicitarla cualquier otro Presidente o Presidenta de la República de Venezuela, pero que no sea el mismo personaje que la solicitó. (...) Nadie puede alegar su propia torpeza”.

Al respecto debe precisar la Sala, como en tantas otras oportunidades lo ha hecho, que el respeto y el decoro son valores fundamentales en la administración de justicia, y la inconformidad con los actos u actuaciones de los órganos públicos que se impugnan no da cabida para que los abogados o las partes recurran al empleo de expresiones irrespetuosas, que descalifiquen la labor de tales órganos con el sólo fin de validar sus argumentos, como si ello fuera suficiente para obtener la razón procesal. La inclusión de los abogados en el sistema de justicia por parte del artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela exige que ellos participen en el sistema como operadores de la administración de justicia y contribuyan a enaltecer con su buen proceder los valores del Poder Judicial, conductas como las que aquí nos ocupa deben ser reprobadas y en ocasiones sancionadas para evitar que en el futuro las pasiones priven sobre la sensatez, y los juicios dejen de ser un acontecer científico.

Por tanto esta Sala exhorta al ciudadano Gerardo Guzmán a dirigirse con la debida medida y respeto a los órganos jurisdiccionales, y en particular a este Alto Tribunal, dada su investidura. Así se declara.

TSJ-SC (2208)

28-11-2007

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Antonio José Varela y Elaine Antonieta Calatrava Armas vs. Proyecto de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Siendo que la naturaleza del procedimiento de reforma constitucional es de un procedimiento complejo, esto es, una consecución de actos dirigidos a revisar y sustituir una o varias normas del Texto Fundamental, conforme al procedimiento fijado por el constituyente en los artículos 342 al 346 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los efectos jurídicos de la aprobación legislativa de la reforma, al igual que el acto de iniciativa presentado por el Primer Mandatario Nacional, están condicionados a la aprobación popular de las modificaciones a través del mecanismo del referendo, conforme a lo establecido en el artículo 344 de la Carta Magna.

Ahora bien, sobre la base de las consideraciones antes expuestas esta Sala respecto del acto impugnado, mediante el cual el ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, presentó un Proyecto de Reforma de la vigente Constitución, conforme al artículo 342 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, advierte lo siguiente:

El artículo 342 de la Constitución, forma parte del Capítulo II, del Título VIII de la Constitución (artículos 342 al 346), referido a la reforma constitucional, las cuales regulan las distintas fases en que se lleva a cabo la referida reforma, en los siguientes términos:

“(...) 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.

Artículo 346. El Presidente o Presidenta de la República estará obligado u obligada a promulgar las Enmiendas o Reformas dentro de los diez días siguientes a su aprobación. Si no lo hiciera, se aplicará lo previsto en esta Constitución (...).

En este sentido, el artículo 342 Constitucional regula la iniciativa de la reforma constitucional. Esta se constituye en la potestad del Ejecutivo, Legislativo o el derecho de una fracción del cuerpo electoral, a proponer modificaciones a las normas constitucionales existentes. El derecho a la iniciativa lo tienen, de acuerdo al referido artículo: a) La Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; b) El Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, o c) Un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral.

Respecto del contenido del acto en cuestión, resulta claro para esta Sala que el mismo es un acto esencialmente jurídico, dictado en ejecución directa de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, por lo tanto, **controlable por la jurisdicción constitucional en los términos antes expuestos.**

Ciertamente, la iniciativa del Presidente de la República tanto para la enmienda y reforma constitucional, como para la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, a pesar de ser un acto de contenido discrecional, en cuanto a su oportunidad, mérito y conveniencia de cuándo, por qué y cómo ejercer la iniciativa, tiene un alto contenido reglado, no sólo reglado en cuanto a su forma -vgr. Como acto tomado en Consejo de Ministros-, sino en cuanto a su contenido, toda vez que dependiendo del grado de la modificación planteada, el mismo deberá seguir el procedimiento para enmienda, reforma o la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, conforme a los artículos 340, 342 y 347 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales establecen que:

“(...) Artículo 340. La enmienda tiene por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de esta Constitución, sin alterar su estructura fundamental.

(...)

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 347. El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución (...).

Igualmente, la relevancia jurídica del acto impugnado se patentiza en sus consecuencias jurídicas respecto del procedimiento para la discusión del correspondiente proyecto de modificación del Texto Constitucional o de la promulgación de una nueva Constitución -Cfr. Artículos 340 al 349 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-.

Así, la violación del Texto Fundamental respecto de la iniciativa -acto impugnado- y procedimiento para modificar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, condiciona la validez de la totalidad de los actos subsecuentes. En este contexto, existen criterios jurisprudenciales en el Derecho Comparado que incluso han declarado la nulidad de reformas constitucionales ya aprobadas, tal como ocurrió en sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -República Argentina- del 19 de agosto de 1999, mediante el cual declaró la nulidad del artículo 99, inciso 4 de la Constitución Nacional de la República Argentina, incorporado por la reforma de 1994, que estipulaba que los jueces al cumplir setenta y cinco años de edad debían someterse a un nuevo acuerdo del Senado, al considerar que *"(...) la facultad de reformar la Constitución no puede exceder el marco de la regulación -constitucional- en que descansa (...)"* -Vid. HERNÁNDEZ, ANTONIO MARÍA. *El Control de la Constitucionalidad de una Reforma Constitucional en el Derecho Argentino, Análisis del Caso Fayt*, p. 250-309; en la obra, VEGA GÓMEZ, JUAN y CORZO SOSA, EDGAR -COORDINADORES-. *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, N° 99, México, 2002-.

El control judicial sobre el proceso de reforma de la Constitución es posible si se demuestra la falta de concurrencia de requisitos indispensables para la aprobación de la norma constitucional reformada, ya que la modificación del Texto Constitucional mediante los procedimientos de enmienda o reforma la Constitución e incluso para la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, no pueden exceder o violar el marco de la regulación constitucional en los cuales se fundamenta su procedencia. En ese sentido, la Sala afirmó que los actos de la Asamblea Nacional Constituyente para la elaboración de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *"(...) como todo acto dictado por el Poder Público, están sujetos al estricto control jurisdiccional que hace posible la existencia del Estado de Derecho (...)"* -Vid. Sentencia de esta Sala N° 6/2000-.

Así, es un dogma de nuestro sistema de justicia aquel según el cual todo acto de una autoridad en ejercicio del Poder Público, contrario al ordenamiento jurídico vigente es nulo, ya que ninguna actividad del Estado puede vulnerar la Constitución y pretender mantener su validez. Siendo obligación ineludible del Poder Judicial, declarar nulos todos los actos contrarios a la Constitución, ya que desconocer este fundamental aserto, equivaldría a afirmar la arbitrariedad como principio y excluir los más arraigados valores sobre los cuales se sustenta todo Estado de Derecho.

Por ello, si bien la Constitución surge, o se explica, sobre la base de un acuerdo político, o de un hecho político, *"(...) es necesario que luego de concluido el momento constituyente,*

se imponga la normalidad que contribuya a la realización de dichos objetivos; nada mejor para ello que la prevalencia de una normatividad que, en última instancia, funde su legitimidad en el acuerdo constituyente y en la aceptación por la mayoría de las reglas de juego allí convenidas. El carácter prescriptivo de la Constitución, que está asociado también con la necesidad de encontrar día a día el punto de convergencia o de reconocimiento entre las diversas tendencias que actúan en el ámbito de lo público y con el mantenimiento de la paz social, exige que los actores de mayor peso en la escena nacional, así como las instituciones públicas y los ciudadanos en general, amolden sus conductas y ordenen sus iniciativas en el marco de las normas y los principios establecidos en la misma (...)” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 23/2003-.

Al seguir esta Sala la línea conceptual trazada, **no debe suponerse de ningún modo la preponderancia del Poder Judicial sobre el resto de los Poderes Públicos. Su contenido significa simplemente que la voluntad del pueblo materializada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es superior a todos los órganos del Poder Público, y que donde la voluntad de éstos se halla en oposición a la Constitución, los jueces deben imponer el contenido del Texto Fundamental**, “(...) *Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son (...)*” -Vid. ALEXANDER HAMILTON, *The Federalist N° 78, The Judiciary Department*; y ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON y JOHN JAY, *El Federalista*, Edición del Fondo de Cultura Económica. México, 1957-.

Se reitera entonces, que la labor de esta Sala Constitucional consiste fundamentalmente en mantener abierta la posibilidad de que en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidos los órganos del Poder Público, deben cumplir con sus objetivos y tomen las decisiones pertinentes en la consecución de los fines del Estado, y una vez que hayan actuado o decidido, según sea el caso, controlar conforme a la competencia que la Constitución le atribuye, la correspondencia de dichas actuaciones con la norma fundamental.

Como consecuencia de las consideraciones antes expuestas, conforme a lo establecido en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según los criterios jurisprudenciales expuestos -Cfr. 880/2000 y 1.815/2004-, y a tenor de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con su primer aparte, esta Sala se declara competente para el conocimiento del recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad ejercido contra los actos impugnados, el primero de ellos constituido por la iniciativa de reforma constitucional presentada por el ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, conforme al artículo 342 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, el segundo, por el “(...) **ACTO CONTENIDO EN EL INFORME FINAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL**, sancionado por la Asamblea Nacional en fecha 02 NOV 07 (sic), presentado en esa misma fecha por la Asamblea Nacional al Consejo Nacional Electoral”. Así se decide.

Respecto del primero de los actos impugnados, ya esta Sala Constitucional ha indicado (ver fallos nros. 2042 del 02/11/07 y 2147 del 13/11/07), que si bien se trata de un acto dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución, y como tal controlable jurisdiccionalmente, al no tratarse de un acto definitivo sino de uno integrante de un proceso complejo que concluye con la ratificación referendaria y la promulgación de la reforma cuya iniciativa correspondió al Presidente de la República; no puede ser objetivamente impugnado de una manera inmediata. En consecuencia, la acción intentada es, en este momento, improponible en derecho; y así se declara.

Por otra parte, debe indicarse que es un hecho notorio comunicacional que el proceso contenido el artículo 343 Constitucional, que regula la etapa de discusión y sanción por parte de la Asamblea Nacional, concluyó con la aprobación del Proyecto de Reforma Constitucional el 2 de noviembre de 2007.

Así las cosas, las presuntas violaciones o vicios que los recurrentes denuncian del acto impugnado, en modo alguno pueden existir en la actualidad, en virtud de que el contenido del Proyecto de Reforma Constitucional originalmente propuesto por el ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, conforme al artículo 342 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, fue aprobado por la Asamblea Nacional. Por lo tanto, el planteamiento efectuado en el caso bajo estudio resulta igualmente improponible en derecho, por haber cambiado las circunstancias que motivaron la pretensión anulatoria inicialmente interpuesta contra este acto -Vid. Sentencias de esta Sala Nros. 1.842/2007 y 1.956/2007-, lo cual imposibilitaría la resolución por parte de esta Sala de las denuncias formuladas por los recurrentes. Así se decide.

En torno al segundo de los actos impugnados, las anteriores premisas, por interpretación *a simili*, deben ser consideradas por esta Sala para afirmar también la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente el acto contenido en el informe final presentado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007 ante el Consejo Nacional Electoral, en el entendido que constituye la manifestación formal de aprobación del proyecto de reforma constitucional conforme al requisito estatuido por el constituyente de 1999 en el numeral 5 del artículo 343 del Texto Constitucional, cuyo tenor expresa:

“Artículo 343. La iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en la forma siguiente:

...omissis...

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”.

Siendo que la naturaleza del procedimiento de reforma constitucional es de un procedimiento complejo, esto es, una consecución de actos dirigidos a revisar y sustituir una o varias normas del Texto Fundamental, conforme al procedimiento fijado por el constituyente en los artículos 342 al 346 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los efectos jurídicos de la aprobación legislativa de la reforma, al igual que el acto de iniciativa presentado por el Primer Mandatario Nacional, están condicionados a la aprobación popular de las modificaciones a través del mecanismo del referendo, conforme a lo establecido en el artículo 344 de la Carta Magna.

En efecto, como así lo prescribe el artículo 345 de la Constitución vigente, los efectos jurídicos de aquellos actos previos a la reforma constitucional se hallan supeditados a la aprobación popular de las modificaciones propuestas, esto es, en un último estadio, al mecanismo procedimental final de la reforma constitucional, que somete a la consideración del pueblo el proyecto de reforma, atendiendo a la materialización del principio relativo a la soberanía popular y al derecho de participación política de todos los ciudadanos (*ex* artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), razones por las cuales, la Sala considera que la demanda de nulidad dirigida contra el “(...) **ACTO CONTENIDO EN EL INFORME FINAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL sancionado por la Asamblea Nacional en fecha 02 NOV 07 (sic), presentado en esa misma fecha por la Asamblea Nacional al Consejo Nacional Electoral**”, carece de la entidad suficiente para ser impugnado, hasta tanto se verifiquen los efectos definitivos del procedimiento previo a la

consulta popular a celebrarse el venidero 2 de diciembre de 2007, pues una vez aprobadas o no las normas constitucionales propuestas, en caso de subsistir el interés jurídico de cualquier ciudadano en su impugnación podrían ser objeto de un eventual control por parte de esta Sala. En consecuencia, se declara también improponible en derecho la solicitud de nulidad en los términos planteados por los actores, y así se decide.

Finalmente, en torno a las omisiones y ambigüedades que denuncian los actores presentes en la norma contenida en el artículo 345 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que fija el parámetro de aprobación cuantitativa de la reforma constitucional, considera la Sala que en virtud de su objeto, la acción de nulidad por inconstitucionalidad no es el medio procesal idóneo para aclarar alguna duda respecto del sentido, alcance o inteligencia de un precepto, norma o principio constitucional. Con tal propósito, la jurisprudencia de la Sala ha delineado el recurso de interpretación de normas constitucionales como vía procesal idónea dirigida a dar solución a dudas respecto del alcance y contenido de una norma integrante del bloque de la constitucionalidad. En consecuencia, estima la Sala, respecto de esta particular pretensión, que no es viable la tramitación de un juicio de nulidad con el fin de obtener un pronunciamiento “*oficioso*” y “*correctivo*” de esta Sala sobre las pretendidas deficiencias del artículo 345 constitucional, en los términos planteados por los actores. En consecuencia, debe declararse improponible la pretensión planteada en este sentido, así se decide.

Como consecuencia de la declaratoria que precede, esta Sala considera inoficioso cualquier pronunciamiento en torno a la petición cautelar, en virtud del carácter accesorio respecto del juicio de nulidad que funge como pretensión principal, así se declara.

Finalmente, esta Sala como lo advirtió en su sentencia N° 2.087/2007, reitera que la presente decisión no prejuzga sobre si podía o no la Asamblea Nacional, modificar el texto inicial del Proyecto de Reforma presentado por el Presidente de la República, toda vez que el artículo 343 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que regula la etapa de discusión y sanción por parte de la Asamblea Nacional es objeto de otros recursos ante esta Sala.

TSJ-SC

22-11-2007

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Luis Hueck Henríquez y otros vs. Asamblea Nacional y el Consejo Nacional Electoral.

Ahora bien, la parte accionante aduce actuar en nombre de los intereses colectivos y difusos de los inscritos en el Registro Electoral Permanente. En tal sentido, se debe advertir que en el caso de autos, no están presentes aspectos que caracterizan a este tipo de derechos o intereses, y a los cuales se ha referido esta Sala en distintas oportunidades (entre otras, en sentencia del 18 de febrero de 2003, recaída en el caso: César Pérez Vivas) como lo son que los hechos en que se funde la acción sean genéricos y que la prestación requerida sea indeterminada. En efecto, en el presente caso los hechos narrados por el accionante son específicos y su petitorio revela que lo pretendido es una orden determinada y concreta, esto es, que “*se excluya del referendo electoral del próximo 2 de diciembre de 2007, la modificación del artículo 230 de la Constitución Nacional*” y se pronuncie sobre la intervención de la Asamblea Nacional que aprobó la Reforma Constitucional y el Consejo Nacional Electoral que convocó el referendo.

Por otra parte, ha sido criterio reiterado de la Sala que la razón de existencia de los intereses colectivos es el beneficio común, ya que su finalidad no es otra que satisfacer necesidades sociales o colectivas, antepuestas a las individuales. De allí, que la Sala haya señalado que *“el criterio decisivo para determinar el contenido de los derechos colectivos es el bien común... (omissis). 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 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”.* (Sentencia de esta Sala del 9 de julio de 2002. Caso: Colegio Médico del Distrito Metropolitano de Caracas).

De modo tal, que es la afectación o la lesión común de la calidad de vida, la que conforma el contenido del interés colectivo, entendida éste como *“el producto de la satisfacción progresiva y concreta de los derechos y garantías constitucionales que protegen a la sociedad como ente colectivo”.* (Sentencia del 30 de junio de 2000, caso: Dilia Parra Guillén).

Tal como lo precisó la Sala, los derechos e intereses colectivos o difusos se fundan en hechos genéricos, contingentes y generales, que afectan a un número indeterminado de sujetos, los cuales emanan de personas que deben una protección genérica e indeterminada cuyo incumplimiento afecta la colectividad o a la mayoría de los habitantes, ya que les disminuye la calidad de vida.

Las acciones para tutelar los derechos o intereses colectivos o difusos no persiguen impugnar y exigir obligaciones concretas, claras, expresas y precisas (excepto en el caso de los servicios públicos) que deban cumplir las personas. Ahora bien, de un examen de la pretensión esgrimida por el accionante, esta Sala observa que la misma no persigue la protección de la calidad de vida de un grupo determinado o indeterminable de ciudadanos, sino que, en la forma en la cual fue planteada dicha pretensión, persigue un pronunciamiento jurisdiccional de esta Sala tendiente a restringir o anular dos actos dictados por órganos que ejercen el Poder Público en los términos previstos en el artículo 343 y 346 de la Constitución. Ello así, la pretensión de la parte accionante escapa del carácter protector de la calidad de vida que involucra la tutela de los derechos difusos, por cuanto no se persigue la protección de un bien común.

Siendo entonces que el objeto de la acción presentada ante esta Sala no persigue la protección de un bien común a la población, susceptible de encauzarse a través de una demanda por tutela de derechos difusos, debe determinarse, como parte del análisis de las condiciones de admisibilidad de la pretensión, si el actor ostenta legitimación suficiente que le permita incoar la presente acción de amparo.

En tal sentido, se observa que la parte accionante aduce actuar en nombre propio contra la Asamblea Nacional y contra el Consejo Nacional Electoral mediante el cual se aprobó el texto definitivo de la Reforma Constitucional y se convocó al Referendo a que alude el artículo 346 de la Carta Magna. En tal sentido, cabe referir que siendo el texto definitivo aprobado por la Asamblea un acto que aún no despliega efectos jurídicos externos, es decir, capaz de alterar o modificar relaciones jurídicas, mal puede aceptarse el trámite de un amparo constitucional, concebido para tutelar lesiones constitucionales inmediatas. En efecto, estipula el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales la inadmisibilidad de la acción cuando la lesión no sea inmediata, posible ni realizable por el imputado. Respecto de ese precepto, la Sala ha sostenido inveteradamente (v.gr. s.S.C del 9 de marzo de 2001, caso: *Frigoríficos Ordaz S.A.*), lo siguiente:

“...la amenaza que hace procedente la acción de amparo es aquella que sea inmediata, posible y realizable por el imputado, estableciendo al efecto que tales requisitos deben ser concurrentes, por lo cual es indispensable -además de la inmediación de la amenaza- que la eventual violación de los derechos alegados -que podría materializarse de no ser protegidos mediante el mandamiento que se solicita- deba ser consecuencia directa e inmediata del acto, hecho u omisión que constituyan el objeto de la acción; de lo cual deviene, por interpretación a (sic) contrario, la improcedencia de la acción, cuando se le imputen al supuesto agravante resultados distintos a los que eventualmente pudiere ocasionar la materialización de la amenaza que vulneraría los derechos denunciados, o cuando la misma no sea inmediata o ejecutable por el presunto agravante”.

Lo expuesto quiere decir que ante la falta de conexidad entre el acto o hecho generador de la lesión que se denuncia, y el agente al cual se le pretende adjudicar el quebrantamiento de derechos constitucionales, da lugar a la intramitabilidad del amparo al incumplirse con este presupuesto procesal.

En el caso de autos la lesión constitucional se le atribuye a un proyecto de reforma aprobado por la Asamblea Nacional y que será sometido a referendo próximamente, esto quiere decir que la efectividad del texto definitivo aún no se ha verificado y, por lo tanto, no se cumple con el requisito de la inmediatez de la lesión razón por la cual la Sala declara inadmisibles el amparo propuesto por los abogados Luis Hueck Henríquez, Gonzalo Gerbasi, Nelson Cristofini y Manuel Rojas Pérez.

Voto Salvado 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:

1. La sentencia de la que se difiere declaró la inadmisibilidad de la demanda de autos por la falta de legitimación activa de quien se presentó como parte actora, en defensa de intereses difusos de los venezolanos, porque no estarían involucrados tales intereses en el asunto que se planteó.

Al respecto, el salvante reitera los términos de una opinión disidente anterior:

“Ahora bien, quien difiere considera que si bien de esa norma constitucional -artículo 342- no se desprende propiamente la existencia de una relación jurídica concreta entre dos sujetos de derecho, es lo cierto que entraña un evidente derecho de rango constitucional y alcance general para todos los ciudadanos, en el sentido de que, sólo por su condición de tales, en cuanto suscriptores del pacto social que es, en definitiva, una Constitución, que determina la directa afectación de su esfera jurídica constitucional cuando dicho pacto es alterado, lo cual les proporciona legitimación para la defensa de dicha esfera jurídica y título jurídico suficiente para exigir a los destinatarios directos de la norma (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 son quienes tienen iniciativa para solicitarla), como conducta determinada de la cual es acreedor aquél, el estricto cumplimiento o apego a ella. En el peor de los casos, se trataría, en términos análogos, de un interés -por oposición a derecho propiamente dicho- igualmente legitimador.

En este caso, independientemente de la procedencia o no de la pretensión de autos, respecto de la cual quien discrepa no formula opinión alguna porque esta no es la oportunidad procesal correspondiente, no cabe duda al salvante de que el artículo 342 entraña un derecho de todos -como miembros de la sociedad suscriptora del pacto social- a que la reforma constitucional proceda -y solo proceda- para “una revisión parcial de esta Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamen-

tales del Texto Constitucional", de manera que, cuando el demandante alegó la supuesta vulneración de esta norma ante una eventual reforma constitucional que incluya modificaciones en la estructura y principios fundamentales del Estado, está, ciertamente, haciendo referencia a la supuesta lesión a derechos constitucionales difusos, los cuales tienen expresa protección constitucional según dispone el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En consecuencia, lo que procedía, en asunto, era la verificación de que no se alegó la violación a derechos constitucionales individualizables, sino la supuesta violación a un derecho difuso de contenido político -a que una reforma constitucional no tenga un objeto distinto al de una revisión parcial de la Constitución y/o al de "la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del Texto Constitucional"- y, por cuanto ese derecho difuso es de rango constitucional, en virtud de que deriva directamente de un precepto que recogió el Texto Fundamental, se debió dar curso a la demanda de amparo, la cual, según estableció esta Sala desde su sentencia de principio en la materia, N° 656/00 (Caso *Dilia Parra*), procede también para la protección de derechos colectivos y difusos y no sólo para la protección de derechos fundamentales individuales, y determinar, al resolver el fondo del asunto, si se consumó no la infracción que se alegó". (s.S.C. N° 2042 de 02.11.07, exp. N° 07-1374)

En consecuencia la demanda del caso de autos sí era admisible; respecto de la Asamblea Nacional como supuesto agravante de los derechos cuya lesión se denunció y, por vía de consecuencia, respecto del Consejo Nacional Electoral, órgano ante el cual continúa la siguiente etapa del procedimiento de consulta referendaria de dicho proyecto de reforma constitucional, la cual quedaría sin objeto si la demanda de autos prosperase, después de la tramitación correspondiente.

2. En cuanto a que "*el texto definitivo aprobado por la Asamblea [es] un acto que aún no despliega efectos jurídicos externos, es decir, capaz de alterar o modificar relaciones jurídicas, mal puede aceptarse el trámite de un amparo constitucional, concebido para tutelar lesiones constitucionales inmediatas*", lo cual determinaría la inadmisibilidad de la demanda con fundamento en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, insiste quien se aparta del criterio mayoritario en la opinión disidente que, en forma reiterada, a rendido respecto a decisiones recientes en los términos que siguen:

"Declaró la Sala que el procedimiento para la reforma constitucional es un "*proceso complejo*" que culmina con la promulgación del texto que resulte aprobado referendariamente, por el Presidente de la República, de tal manera que, en forma semejante al proceso de formación de leyes, el producto -la reforma- sólo puede ser objeto de control posterior porque no causaría gravamen hasta cuando no se exterioricen sus efectos, mediante la promulgación y publicación en Gaceta Oficial. Por ello, "[m]ientras el proyecto de reforma esté en proceso de trámite no es susceptible de control jurisdiccional, salvo que el proceso de reforma 'aborte' en alguna de las etapas sucesivas y no se perfeccione el acto normativo".

Al respecto, ya se pronunció quien se aparta del criterio mayoritario, en los términos que se reproducen a continuación:

"1. En criterio de quien discrepa, esta decisión de la Sala viola el principio de *universalidad del control* de todos los actos del Poder Público, pues implica concluir que hay actos -como los de este caso- que no están sujetos al control jurisdiccional, supuesto que ha sido rechazado desde siempre por nuestra jurisprudencia, tal como fue expresado por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, entre otros, en su conocido fallo de principios, caso *Anselmo Natale*, de 08-11-90.

Por el contrario, se impugnó la decisión del Presidente de la República de 15 de agosto de 2007 mediante la cual ejerció, con fundamento en el artículo 342 de la Constitución, la iniciativa de reforma constitucional ante la Asamblea Nacional. Se trata de un acto del Presidente en ejecución directa de la Constitución, lo que implica que sí está sujeto al control de la Sala Constitucional de conformidad con el artículo 336.3 constitucional, según el cual esta Sala es competente para: “Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución”. Asimismo, el resto de los actos del Ejecutivo Nacional cuya nulidad se solicita son actos consecuenciales de éste, y los de la Asamblea Nacional serían actos parlamentarios sin forma de Ley, que fueron expedidos en ejecución del artículo 343 de la Constitución, que es el que recoge el procedimiento de discusión de la reforma constitucional.

Por otra parte, el acto del Presidente de la República del 15 de agosto de 2007 no es un acto de trámite, sino uno que culminó el procedimiento de elaboración de un anteproyecto de reforma que, a su vez, pauta al inicio de una fase posterior -la discusión en la Asamblea Nacional- de lo que es un procedimiento complejo -compuesto de sub-procedimientos, cada uno de los cuales concluye con un acto definitivo, que es impugnabile autónomamente-: el procedimiento de reforma constitucional cuando la iniciativa, conforme al artículo 342, la asume un sujeto distinto de la propia Asamblea Nacional, y el resto de las actuaciones objeto de la demanda son subsecuentes a aquél”. (V.S. s.S.C. n.º 2108 de 07.11.07, exp. n.º 07-1484. Subrayado y destacado añadidos).

Con ocasión de otra decisión análoga a la que precede, el salvante expresó su disidencia en el texto que se reitera a continuación:

“En todo caso, aun en el supuesto de que se considerase que el acto que dictó el Consejo Moral Republicano es un acto de trámite dentro de un procedimiento simple cuyo único acto definitivo es la decisión de la Asamblea Nacional respecto de la aplicación del artículo 23, cardinal 3, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, considera el salvante que el acto en cuestión sigue siendo susceptible de control autónomo, siempre que cumpla con los requisitos que comúnmente son exigidos para ello, y que establece, con carácter de regla general, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (artículo 85) -aplicable al caso, de manera supletoria, según dispone el artículo 1 de la misma Ley-, en el sentido de que el acto imposibilite la continuación del procedimiento, cause indefensión o lo prejuzgue como definitivo, siempre que lesione derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos de quien lo alegue. En el caso de autos, la parte actora alegó la supuesta indefensión que le habría causado el acto contra el cual planteó su pretensión de amparo, de manera que, con independencia del pronunciamiento de fondo que pudiere haberse dictado, el mismo sí era susceptible de impugnación autónoma. También el Código de Procedimiento Civil, como regla general, permite la impugnación inmediata de las decisiones interlocutorias, y, si causan gravamen irreparable, son susceptibles de apelación en ambos efectos. / (...). (V.S. a s.S.C. N° 1117 de 05.06.06, exp. N° 06-0770).

En consecuencia, la demanda de autos ha debido ser admitida.

Queda así expresado el criterio del Magistrado que rinde este voto salvado.

Voto Salvado del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero

Quien suscribe, **JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO**, salva su voto por disentir de sus colegas del fallo que antecede, por las siguientes razones:

La mayoría sentenciadora declaró **inadmisible** la acción de amparo incoada por los abogados LUIS HUECK HENRÍQUEZ, GONZALO GERBASI, NELSON CRISTOFINI y MANUEL ROJAS PÉREZ, en contra de la Asamblea Nacional y el Consejo Nacional Electoral, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 6 de la Ley Orgánica de

Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, al considerar -entre otras cosas- que “...la lesión constitucional se le atribuye a un proyecto de reforma aprobado por la Asamblea Nacional y que será sometido a referendo próximamente, esto quiere decir que la efectividad del texto definitivo aún no se ha verificado y, por lo tanto, no se cumple con el requisito de la inmediatez de la lesión[...]”.

Quien suscribe estima, lo siguiente:

1.- En primer lugar, la mayoría sentenciadora se refiere en la motiva a “...derechos e intereses colectivos o difusos...”, como si pudieran asimilarse, cuando han quedado establecidas -en forma expresa- en sentencia del 19 de diciembre de 2003 (Caso: Fernando Asenjo), los caracteres que resaltan y definen a cada uno de ellos, y que; por tanto, los distinguen.

2.- No comparte quien suscribe lo afirmado en la motiva, referido a que “[...] siendo el texto definitivo aprobado por la Asamblea un acto que aún no despliega efectos jurídicos externos, es decir, capaz de alterar o modificar relaciones jurídicas, mal puede aceptarse el trámite de un amparo constitucional [...]”, cuando esta Sala Constitucional ha sostenido en otras oportunidades, los actos preparatorios de un acto definitivo pueden causar gravamen y cuando éste se torna irreparable, en virtud de ello, pueden ser impugnados en forma separada e inclusive a través del amparo constitucional, cuando se considere lesivo a garantías y derechos previstos en el Texto Fundamental (ver, sentencia N° 3255 del 13 de diciembre de 2002).

Por ello, para quien disiente, la denuncia formulada por la parte actora relativa a que la reelección indefinida como propuesta para la modificación del artículo 230 constitucional, lesiona principios fundamentales contenidos en la Constitución, si es realizable en forma inmediata por los señalados como agraviantes en este caso, razón por la cual no comparte la declaratoria de inadmisibilidad del amparo, con base en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Queda así expresado el criterio del disidente.

2. *Acción de Inconstitucionalidad*

TSJ-SC (2208)

28-11-2007

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso Antonio José Varela y Elaine Antonieta Calatrava Armas vs. Proyecto de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

El control de constitucionalidad por la vía del recurso de nulidad, debe admitirse siempre y todas las veces que determinado acto que en ejecución directa de la Constitución incida sobre la esfera jurídica de los derechos de los justiciables garantizados por la Constitución, independientemente del "origen" del acto, ya que lo esencial es que exista no un agravio a un derecho de substancia constitucional -circunstancia a ser determinada en juicio-, sino que el acto impugnado tenga relevancia jurídica en la medida que incide sobre la esfera de derechos y deberes de un individuo o a la sociedad en su totalidad o en parte.

En el presente caso, los actores centran su pretensión procesal en tres aspectos: (i) la declaratoria de nulidad por razones de inconstitucionalidad del proyecto de reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela presentado ante la Asamblea Nacional por el ciudadano Hugo Chávez Frías, Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, mediante Oficio N° MPPDP-DGSCM-0716 del 15 de agosto de 2007; (ii) la declaratoria de nulidad por razones de inconstitucionalidad del “(...) **ACTO CONTENIDO EN EL INFORME FINAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL sancionado por la Asamblea Nacional en fecha 02 NOV 07 (sic), presentado en esa misma fecha por la Asamblea Nacional al Consejo Nacional Electoral**” y (iii) la insuficiencia de la norma contenida en el artículo 345 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y su aparente contradicción con lo establecido en los artículos 2 y 62 del mismo Texto Fundamental, razón por la cual, solicitan a esta Sala “(...) *de oficio, en la primera oportunidad, remedie esas carencias*”.

En cuanto a la competencia para conocer de recursos como el presente, esta Sala advierte que ha sido ejercida una acción de nulidad por razones de inconstitucionalidad, contra dos actos dictados en ejecución directa de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que se precisa formular las siguientes consideraciones:

El último aparte del artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece lo siguiente:

“(...) Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella (...)”.

Particularmente, en lo que se refiere a actos dictados por el Ejecutivo Nacional el numeral 9 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dispone que corresponde a esta Sala: “(...) *Declarar la nulidad total o parcial de los actos dictados por cualquier órgano en ejercicio del Poder Público, en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando colidan con ésta y que no sean reputables como actos de rango legal (...)*”.

La exclusividad a la que alude el mencionado artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en materia de inconstitucionalidad, está referida a la nulidad de actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, de lo cual emerge de forma indubitable, que el criterio acogido por el Constituyente para definir las competencias de la Sala Constitucional, atiende al rango de las actuaciones objeto de control, esto es, que dichas actuaciones tienen una relación directa con la Constitución que es el cuerpo normativo de más alta jerarquía dentro del ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho contemporáneo.

Así, esta Sala también ha establecido que podría conocer de impugnaciones de normas o actos de rango sublegal, siempre y cuando hayan sido proferidas con base en disposiciones dictadas en ejecución directa de la Constitución, cuya nulidad se solicite, estableciéndose así un fuero atrayente a favor del acto de mayor jerarquía dentro del orden jurídico, todo ello con el fin de evitar decisiones que pudieran ser contradictorias por ser tramitadas en distintas oportunidades, y ante diferentes tribunales, en virtud de los principios de economía procesal y seguridad jurídica -Cfr. Sentencia de la Sala N° 234/2001-.

En ese orden de ideas, en la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se destacó el control pleno de los actos dictados en ejecución

directa de la Constitución como competencia exclusiva de esta Sala, en los siguientes términos:

“(...) En lo que atañe a las competencias de la Sala Constitucional, el fundamento de aquellas que le atribuye la Constitución y de las que se le asignarán mediante ley, está representado por los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución consagrados en el artículo 7 y en virtud de los cuales, todo acto del Poder Público, sin excepción, debe estar sometido al control constitucional. Por tal razón, a la Sala Constitucional se le atribuye competencia para controlar la constitucionalidad de todos los actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley. En todo caso, la ley orgánica respectiva garantizará que ningún órgano del Poder Público quede fuera del control constitucional, estableciendo entre otros aspectos, la competencia de la Sala Constitucional para controlar la constitucionalidad de las actuaciones de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, mediante el mecanismo extraordinario que considere más adecuado.

Con base en lo anterior, se atribuye a la Sala Constitucional competencias en ejercicio del control represivo de la constitucionalidad, para declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales, Constituciones y leyes estatales, ordenanzas municipales y demás actos dictados por cualesquiera de los órganos que ejercen el Poder Público, en ejecución directa e inmediata de la Constitución (...).”

De ello resulta pues, que el modelo constitucional vigente acoge como uno de sus paradigmas fundamentales para la materialización de un “Estado democrático y social de Derecho y de Justicia” -Artículo 2 de la Constitución-, el principio de la universalidad del control jurisdiccional de la “actividad” del Estado -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.815/2004-.

En términos generales, el principio de la universalidad del control jurisdiccional de la actividad del Estado, puede resumirse en palabras de ANDREAS AUER, refiriéndose a los fines de la jurisdicción constitucional, que “(...) no hay ningún acto estatal que pueda escapar por definición, a la jurisdicción constitucional. Corresponde, sin embargo, a cada orden jurídico definir los actos sometidos a ella (...)”; así, en el caso venezolano los actos dictados en ejecución directa de la Constitución son parte fundamental de las competencias de la jurisdicción constitucional, que se complementan -desde una perspectiva de tutela judicial efectiva de los particulares- con las atribuciones de la jurisdicción contencioso administrativa -Cfr. ACOSTA SÁNCHEZ, JOSÉ. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, Fundamentos de la Democracia Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 347-.

Por ello, el sometimiento pleno y efectivo de los diversos actos que emanan de los órganos del Poder Público al control jurisdiccional, ha sido un logro en el desarrollo del Estado, como “(...) máxima expresión de sujeción colectiva a una autoridad, con miras a la consecución última del interés general, y en definitiva como una garantía del Estado de Derecho (...). Luego de siglos en los que el control estaba ausente -de la clase que fuese-, los Estados política y jurídicamente más avanzados reconocieron la posibilidad de la revisión judicial de los actos públicos. Sin embargo, se trató de un proceso lento y paulatino, no ajeno a los retrocesos, en el que lo más difícil fue la admisión del control sobre una categoría de actos: los identificados como actos de gobierno (...)” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.815/2004-.

En Venezuela, reitera la Sala “(...) la existencia de los actos de gobierno no es discutida: son todos aquellos en los que se manifiesta la dirección política del Estado por parte del Presidente de la República, haciendo para ello uso de poderes que le otorga directamente el Texto Fundamental. Tampoco es discutido el control judicial sobre esos actos, y de hecho el Máximo Tribunal ha conocido de demandas dirigidas contra uno de los actos en los que el Jefe del Estado y del Gobierno da muestras de la considerable amplitud de sus poderes: la

limitación de los derechos o de las garantías constitucionales, a través de decretos de suspensión de garantías. Sería un despropósito, y así lo entiende esta Sala, que los actos del Presidente de la República queden excluidos del control, si ellos causan efectos jurídicos. De esta manera, los actos de gobierno no son sólo actos políticos; son más que eso: son jurídicos también (...)" (Resaltado de esta Sala, subrayado del original) -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.815/2004-.

Ciertamente, bajo el ordenamiento jurídico vigente es inconcebible aceptar la existencia de ámbitos jurídicos -actos u actuaciones- de los órganos del Poder Público, desprovistos de una efectiva tutela judicial, sin contradecir los valores fundamentales del imperio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Así, el concepto histórico "(...) de «acto de gobierno» o «acto político» [que] nace en el Derecho francés durante la etapa de la Restauración borbónica como un mecanismo defensivo del Consejo de Estado que tenía que hacerse perdonar sus orígenes napoleónicos y luchar por su pervivencia. Ese concepto, grato a los nuevos gobernantes, le permite excluir del recurso por exceso de poder los actos de la Administración -y fundamentalmente del Gobierno- que aparecieran inspirados en un «móvil político», calificándolos como actos judicialmente inatacables. Sin embargo, a partir de 1875 el Consejo de Estado reducirá al máximo este concepto, ciñéndolo a los actos dictados en ejercicio de la función gubernamental como distinta de la función administrativa (...)" (Vid. PARADA, RAMÓN. Derecho Administrativo I. Parte General, Marcial Pons, 2004, p. 93). Este criterio no puede tener en nuestro sistema de derecho mayor relevancia que el de un dato histórico o doctrinal, ya que el mismo contradice la esencia del sistema de control universal de la jurisdicción constitucional en los términos antes expuestos.

En efecto, **el control de constitucionalidad por la vía del recurso de nulidad, debe admitirse siempre y todas las veces que determinado acto que en ejecución directa de la Constitución incida sobre la esfera jurídica de los derechos de los justiciables garantizados por la Constitución, independientemente del "origen" del acto, ya que lo esencial es que exista no un agravio a un derecho de substancia constitucional -circunstancia a ser determinada en juicio-, sino que el acto impugnado tenga relevancia jurídica en la medida que incide sobre la esfera de derechos y deberes de un individuo o a la sociedad en su totalidad o en parte.**

Particularmente, el control jurisdiccional de los actos dictados por el Ejecutivo Nacional en ejecución directa de la Constitución, es reconocido por esta Sala desde sus inicios en la sentencia N° 880/2000, según la cual "(...) Sobre este último aspecto, debe aclarar este Máximo Tribunal de Justicia que, como señala la doctrina patria '... la noción de acto de gobierno en Venezuela, ha sido delineada sobre la base de un criterio estrictamente formal: se trata de actos dictados por el Presidente de la República, en ejecución directa de la Constitución, en ejercicio de la función de gobierno' (...). Dichos actos, de indudable naturaleza política, no obstante, pueden ser impugnados no sólo por la vía de la acción de amparo constitucional, sino mediante el recurso de nulidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, conforme lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tal como lo ha reconocido esta Sala en anterior oportunidad, al señalar, con fundamento en el artículo 334 del Texto Fundamental, que '...en ejercicio de la jurisdicción constitucional, conoce de los recursos de nulidad interpuestos contra los actos realizados en ejecución directa de la Constitución...' (...)"

Por ello, la Sala ha insistido que sólo controla actos en tanto que sean jurídicos, por cuanto es su juridicidad lo que constituye el objeto de la revisión judicial, ya que:

“(...) La sola política, como es natural, queda sujeta a los diferentes mecanismos de control también político, sin que eso pueda ser visto como una excepción al principio de la universalidad del control.

No puede en ningún momento perderse de vista que los tribunales, así sea el Supremo, son órganos que actúan para declarar el Derecho en los casos que se someten a su conocimiento, por lo que la política les es ajena si es que ella fuera el centro del debate.

Es bien sabido, y aceptado por la doctrina, que las Salas y Tribunales cuya especialidad es la defensa de la Constitución tienen un innegable componente político, pues su misión es la protección e interpretación de un texto -el Constitucional- que es la máxima expresión de la voluntad política de la sociedad.

La Constitución, como norma de necesaria amplitud y generalidad, adaptable a las circunstancias de lugar y tiempo, exige una lectura que sólo con un toque de apreciación política puede hacerse. Sin embargo, en ningún caso ello puede llevar a pensar que es la política lo que se discute y que son políticos los medios y los fines del proceso de control judicial en la jurisdicción constitucional. Es el Derecho, como en toda jurisdicción, pero no un Derecho a secas, meramente positivo, sino uno en el que el intérprete está obligado a hacer ciertas apreciaciones que, sin temor a la expresión, son políticas.

Lo que excede del poder de esta Sala Constitucional es el análisis de casos como el de autos, carentes de efecto jurídico. Sin duda, podría suceder que, a partir de las declaraciones impugnadas, el Presidente de la República dicte actos o celebre negociaciones que sí tengan efecto jurídico. En esos casos, y no es este, la Sala estaría habilitada para actuar (...)” -Vid. Sentencia de esta Sala Nº 1.815/2004-

Como bien ya afirmaba JÈZE en el siglo pasado, refiriéndose a la sustracción del control judicial de los actos de gobierno -lo cual resulta extensible a cualquier pretensión de limitar el principio de la universalidad del control jurisdiccional de la actividad del Estado-, *“(...) a primera vista esta situación -que se halla en absoluta contradicción con las ideas modernas- parece un escándalo intolerable y uno se asombra de que haya existido hasta nuestros días. En verdad, es injustificable: es razón de Estado, es decir, la arbitrariedad, bajo el pretexto de oportunidad política (...)”* (Vid. JÈZE, GASTÓN. *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*. Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1948, p. 413-416).

Con ello no se debe negar el aspecto político en el marco de la jurisdicción constitucional, a lo cual HELMUT SIMON acota que *“(...) si la propia Constitución ha introducido una Jurisdicción Constitucional y la ha dotado de amplias competencias, pierde entonces su sentido el dudoso intento de separar tajantemente Derecho y política. Entre tanto y por buenas razones se ha impuesto la idea de que no es posible y mucho menos en el ámbito de la Jurisdicción Constitucional, una estricta separación. No sólo las sentencias constitucionales -de forma similar a las de otros tribunales- pueden tener consecuencias políticas de largo alcance. Lo que sucede es que tales sentencias, en la medida en que interpretan y aplican el Derecho político de la Constitución, son por naturaleza necesariamente políticas. De ahí que el Bun-desverfassungsgericht sea sin duda una eminente institución política en el seno de un régimen de división de poderes orientado a la moderación; sus sentencias -y tanto más sobre materias que dividen a la opinión- responden a una función pacificadora, habiendo sido considerada generalmente como positiva su política de derechos fundamentales. Ya la declaración acerca del propio status describe su singularidad frente a otros tribunales en el sentido de ocuparse de contenciosos jurídicos de naturaleza política, en los que se discute sobre Derecho político y lo político mismo se hace -en el marco de normas jurídicas con fuerza de*

obligar- objeto de un juicio de constitucionalidad. Con razón se han defendido desde los primeros momentos los jueces del Bundesverfassungsgericht del reproche de entrometerse en política (...) -Vid. HELMUT SIMON. La Jurisdicción Constitucional; en la obra BENDA, ERNESTO y OTROS. Manual de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Seg. Ed., Madrid, 2001, p. 840-.

La anterior concepción del principio de la **universalidad del control jurisdiccional** de la actividad del Estado con relevancia jurídica, responde igualmente a la visión contemporánea del principio de **separación de poderes**, el cual comporta la noción de control del ejercicio del Poder Público entre sus órganos, para asegurar la sujeción del obrar público a reglas y principios del derecho y, evidencia que el referido principio tiene carácter instrumental, en tanto está destinado a hacer efectiva la **sujeción de los órganos del Poder Público al bloque de la constitucionalidad**.

El arquetipo orgánico y funcional del Estado, según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, acoge una conceptualización **flexible de la división de poderes** que permite que cada uno de los órganos que ejercen el Poder Público colaboren entre sí, surgiendo como consecuencia necesaria de esta característica, que la separación de funciones no coincida directamente con la división de poderes, encontrándose muchas veces en la actividad jurídica de los órganos del Estado que éstos ejerzan, además de las funciones que le son propias por orden constitucional, funciones que son características de otros Poderes.

El principio de separación de poderes se sostiene, entonces en “(...) *la identificación de la pluralidad de funciones que ejerce el Estado y que aun cuando modernamente no se conciben distribuidas de forma exclusiva y excluyente entre los denominados poderes públicos, sí pueden identificarse desarrolladas preponderante por un conjunto de órganos específicos, lo cual deja entrever la vigencia del principio de colaboración de poderes como un mecanismo de operacionalización del poder del Estado al servicio de la comunidad (...)*” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 962/2006-, lo cual no sólo ha permitido, que órganos jurisdiccionales -jurisdicción contencioso administrativa- dispongan lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, según señala el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sino que mediante la jurisdicción constitucional se garantice la plena vigencia de los principios y garantías que informan la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

No cabe, en consecuencia, duda alguna sobre la universalidad del control jurisdiccional sobre la actividad del Estado con relevancia jurídica. Sin embargo, este control debe ejercerse sobre actos definitivos (perfeccionados) y no sobre actos individualmente considerados de un proceso interorgánico complejo para la formación de una norma, antes de que dicho acto normativo produzca sus efectos jurídicos externos.

3. *Control de la Inconstitucionalidad de la omisión del Legislador y de los otros órganos del Poder Público*

TSJ-SC (1827)

9-10-2007

Caso: Rafael Contreras Millán

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Pasa esta Sala a examinar la legitimación del accionante para incoar la acción de inconstitucionalidad por omisión de órgano legislativo, para lo cual observa lo siguiente:

Al respecto, es menester señalar que ha sido criterio reiterado de esta Sala, que el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad no requiere de mayores exigencias en la legitimación, por lo que cualquier persona, natural o jurídica, posee la legitimación para ejercerla. De igual forma, la Sala ha precisado que la acción de inconstitucionalidad de la omisión del órgano legislativo podría considerarse como una modalidad de la acción popular de inconstitucionalidad.

No obstante lo anterior, en el caso *sub iudice*, el abogado Rafael Contreras Millán, interpuso la presente acción actuando en nombre de la organización con fines políticos denominada "COPEI Partido Popular", para lo cual refirió en su escrito que se encuentra "...debidamente autorizado por la Dirección Política Nacional como se demuestra en acta que se acompaña marcada con la letra 'A'".

Ahora bien, esta Sala observa que el abogado Rafael Contreras Millán, a pesar de afirmar que actúa autorizado por la Dirección Política Nacional de COPEI, sólo se limitó a consignar el escrito contentivo de la acción interpuesta, sin acompañar al mismo el instrumento que acredita el carácter que se atribuye.

Así las cosas, se advierte que el artículo 19.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia señala que:

"(...) Se declarará inadmisibles la demanda, solicitud o recurso cuando así lo disponga la ley; o si el conocimiento de la acción o recurso compete a otro tribunal; o si fuere evidente la caducidad o prescripción de la acción o recurso intentado; o cuando se acumulen acciones o recursos que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles; o cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción o recursos es admisible; o cuando no se haya cumplido el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, de conformidad con la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; o si contiene conceptos ofensivos o irrespetuosos; o es de tal modo ininteligible que resulte imposible su tramitación; **o cuando sea manifiesta la falta de representación o legitimidad que se atribuya al demandante, recurrente o accionante**; o en la cosa juzgada (...)" (Negrillas de la Sala).

Con base en lo anterior, aprecia esta Sala que, en el presente caso, se configura la causal de inadmisibilidad contenida en el citado artículo 19.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, referida a la falta de legitimidad, razón por la cual, la presente acción de inconstitucionalidad por omisión debe ser declarada inadmisibles. Así se decide.

En virtud de la presente decisión, en la cual se declara la inadmisibilidad de la acción por falta de legitimidad, se hace inoficioso proveer sobre la solicitud de inhibición planteada por el accionante. Así también se decide.

Voto salvado del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero

Quien suscribe, Jesús Eduardo Cabrera Romero, salva el voto por las siguientes razones:

En sentencia Nro 1556 de esta Sala de 9 de julio de 2002, con ponencia de quien salva el voto, la Sala sostuvo que la acción de inconstitucionalidad por omisión era una subespecie de acción popular, por lo que a juicio de quien disiente, cualquier persona puede incoarla, siendo indiferente que actúe a nombre propio o de una organización o persona jurídica.

En el caso de autos, la acción incoada ha sido señalada por la prensa, sin que el partido político cuya representación se atribuyen quienes suscriben la demanda, haya reclamado nada, motivo por el cual -tratando de una acción popular- se ha debido estudiar la admisibilidad o no de la acción, con otros argumentos, menos formalistas.

Voto salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

Quien suscribe, Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, manifiesta su voto salvado en relación con la decisión que antecede:

En efecto, quien suscribe coherente con posiciones que fueron expuestas en precedentes votos salvados que tratan la misma discrepancia, manifiesta, en esta ocasión, su diferencia con la mayoría sentenciadora.

La divergencia con la referida sentencia estriba en la declaratoria de inadmisión de la demanda que se intentó contra la Asamblea Nacional por su supuesta omisión en el ejercicio de su competencia legislativa.

La mayoría declaró inadmisibile la demanda, sobre la consideración de que "(...) el abogado Rafael Contreras Millán, a pesar de afirmar que actúa autorizado por la Dirección Política Nacional de COPEI, sólo se limitó a consignar el escrito contentivo de la acción interpuesta, sin acompañar al mismo del instrumento que acredita el carácter que se atribuye".

En relación con la inadmisión de la pretensión por falta de representación, este disidente observa que la Sala olvidó la naturaleza popular con las que ella ha calificado la pretensión por omisión legislativa, que preceptúa el artículo 336.7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En efecto, en la decisión N° 1.556/02, la Sala señaló:

Ha sido criterio de la extinta Corte Suprema de Justicia, en Pleno, acogido por esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad no requiere de mayores exigencias en la legitimación para poder actuar por lo que cualquier persona, natural o jurídica, posee la legitimación para ejercerla. La acción de inconstitucionalidad de la omisión del órgano legislativo podría considerarse como una subespecie, de reciente creación, de la acción popular de inconstitucionalidad, atendiendo a lo cual, considera esta Sala, que en el presente caso debe aplicarse el criterio antes referido, y así se declara.

De lo precedente se evidencia que, como la demanda por omisión legislativa es una subespecie de la acción popular, en lugar de que se declarara la inadmisión de la pretensión de autos, so pretexto de la falta de representación, la misma se debió tramitar.

En efecto, el acceso a la justicia y el principio constitucional *pro actione* resultan afectados con la errónea y desajustada interpretación que la Sala hizo en el caso de autos, lo cual contraría también la labor de la Sala como integradora y armonizadora de las normas legales con los principios, derechos y valores constitucionales, en el marco de un Estado de derecho y de justicia, como lo preceptúa el artículo 2 constitucional.

En conclusión, en este asunto, en lugar del pronunciamiento de inadmisión de la demanda, se debió tramitar la misma con fundamento en que se trata de una subespecie de la pretensión popular y en atención a la doctrina que fue asentada por esta Sala sobre el derecho de acceso a la justicia y el principio constitucional *pro actione*.

Queda, en los términos que anteceden, expresado el criterio del Magistrado disidente.

TSJ-SC (2148)

13-11-2007

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Ignacio Orlando Contreras Pulido y otros vs. Asamblea Nacional

La iniciativa de la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente podrá tomarla la Asamblea Nacional (lo cual implica facultad o potestad, no deber), pero en cualquier caso el hecho de no tomar dicha iniciativa no constituye en absoluto una omisión inconstitucional, pues ésta implica que el Poder Legislativo deje de cumplir con el ejercicio de las competencias a las cuales está obligado para garantizar el cumplimiento y vigencia de la Constitución; no la ausencia de la iniciativa para instar no al cumplimiento, sino a la sustitución de la Carta Magna vigente.

Precisada la competencia de este órgano jurisdiccional y visto que no existe pronunciamiento del Juzgado de Sustanciación con respecto a la acción, esta Sala procede a pronunciarse sobre la misma y, al respecto, observa:

Mediante decisión del 9 de julio de 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.

...omissis...

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. (Negritas de la Sala).

La declaratoria de inconstitucionalidad de una omisión legislativa, presupone varias condiciones:

En primer lugar, el poder constituido debe haber dejado de dictar normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución o que las haya dictado en forma incompleta. Eso significa que dicha omisión en el ejercicio de las atribuciones y competencias que la Carta fundamental le ha asignado, puede significar, por ejemplo, a la luz de la jurisprudencia de esta Sala Constitucional, el incumplimiento del programa legislativo que el Constituyente de 1999 estableció en las disposiciones transitorias; o la falta de oportuna designación de los titulares de órganos de los poderes públicos (Vid. sentencia N° 2341 del 25 de agosto del 2003, caso: *Consejo Nacional Electoral*).

Ahora bien, dichas normas o medidas son, como lo indica el artículo 336, cardinal 7 de la Carta Magna "...para garantizar el cumplimiento de esta Constitución...", no para instar el procedimiento para su destrucción (Asamblea Constituyente). En tal sentido, no debemos olvidar que esta disposición está inserta en el Capítulo I (Garantías de la Constitución) del Título VIII (de la Protección de esta Constitución); mientras que la revisión constitucional y, en particular la Asamblea Constituyente, está contemplada en el Capítulo III del Título IX (de la Reforma Constitucional).

Por lo tanto, quien convoca el poder constituyente originario es el pueblo de Venezuela como titular de la soberanía y su objeto principal es redactar una nueva Constitución, lo cual implica la "derogatoria" del texto anterior, tal como expresamente lo establece el artículo 347 del Texto Fundamental al indicar que:

"El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución." (Subrayado de este fallo)

Ciertamente, la iniciativa de la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente podrá tomarla la Asamblea Nacional (lo cual implica facultad o potestad, no deber), pero en cualquier caso el hecho de no tomar dicha iniciativa no constituye en absoluto una omisión inconstitucional, pues ésta implica que el Poder Legislativo deje de cumplir con el ejercicio de las competencias a las cuales está obligado para garantizar el cumplimiento y vigencia de la Constitución; no la ausencia de la iniciativa -repetimos facultativa- para instar no al cumplimiento, sino a la sustitución de la Carta Magna vigente.

En razón de lo anterior, y visto que en el presente caso la conducta omisiva que pretenden atribuirle a la Asamblea Nacional, actuando como poder constituyente derivado, no revela la existencia de una actividad u obligación que deba cumplirse en un lapso predeterminado sino que, por el contrario, ella se presenta como una atribución netamente facultativa, cuyo objetivo sería la destrucción o "derogatoria" del texto constitucional vigente y no su cumplimiento, resulta forzoso para esta Sala Constitucional declarar improponible en derecho la acción intentada; y así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

Quien suscribe, Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, discrepa de la mayoría que suscribió la decisión que antecede; en consecuencia, salva su voto con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. La sentencia que precede declaró improponible la demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa que se intentó contra la Asamblea Nacional “*por haber dejado de dictar las medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución*”, en la oportunidad cuando tramitó una iniciativa de reforma constitucional que no cumplía con los requisitos del artículo 342 de la Constitución. Dicha decisión de “improponibilidad” se fundamentó en el argumento de que la iniciativa de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente por parte de la Asamblea Nacional es facultativa, de conformidad con el artículo 348 de la Constitución de 1999 y, por ende, mal puede considerarse la existencia de una omisión legislativa si no existe un deber de imperativo ejercicio.

Quien disiente no comparte los argumentos que sostiene el veredicto mayoritario. No obstante, aun manteniendo el razonamiento central del fallo, éste no debió declarar improponible la demanda sino, en todo caso, la improcedencia de la misma. Así, la declaración de que la demanda que se incoó resultaba improponible llevaría a sostener que no es posible, en el marco de la justicia constitucional venezolana, demandar la inconstitucionalidad de una omisión legislativa, lo cual contraría el texto expreso de los artículos 336, cardinal 7, de la Constitución -que incluso transcribe la demanda- y el 5, cardinal 12, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y la jurisprudencia de esta Sala, que ha sido extensiva en su interpretación cuando ha determinado el alcance del control de inconstitucionalidad por omisión (Vid. entre otras muchas, sentencias de 9-7-02, caso *Alfonso Albornoz* y de 2-3-05, caso PROVEA). De manera que, si la mayoría sentenciadora concluyó que no existía la obligación de rango constitucional que pretendió atribuirse a la parte demandada, lo correcto era la declaratoria de improcedencia de la demanda y no su improponibilidad.

2. En segundo lugar, y como punto previo a la exposición del criterio de este voto salvante en cuanto a la admisibilidad de esta demanda, no puede dejar de advertirse la imprecisión de la terminología que se emplea en la sentencia para referirse al objeto y finalidad de una Asamblea Nacional Constituyente. Así, en varias oportunidades, la sentencia que antecede señala que el objetivo de una Asamblea Nacional Constituyente es la “destrucción” del texto constitucional vigente. De allí que la sentencia debió ser precisa cuando expuso que una Asamblea Nacional Constituyente lo que persigue, por imperativo constitucional, es la transformación del Estado, la creación de un nuevo ordenamiento jurídico (artículo 347 de la Constitución) y, en definitiva, la derogatoria del texto vigente para ser sustituido por otro nuevo de igual jerarquía, mas no la “destrucción” de un texto normativo.

3. En tercer lugar, este disidente considera que la demanda del caso de autos debió admitirse, pues de los argumentos de la parte demandante sí se verifica la existencia de una obligación de rango constitucional, en cabeza de la Asamblea Nacional, que podría dar lugar a una declaratoria de inconstitucionalidad por omisión.

“Los artículos 342 y 343 de la Constitución rezan:

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”.

De las normas que fueron transcritas se desprende que el procedimiento de reforma constitucional que recoge la Constitución de 1999 consta de varias etapas sucesivas: i) la *iniciativa de reforma*, que corresponderá a la Asamblea Nacional, al Presidente de la República o a un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos, con las exigencias del artículo 342 constitucional; ii) la *tramitación de la reforma*, que corresponderá a la Asamblea Nacional en los términos y con apego a las formas que determina el artículo 343 *eiusdem*; iii) la *aprobación del proyecto de reforma* que, de conformidad con el mismo artículo 343, se verificará con el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea Nacional; y iv) el *sometimiento a referéndum aprobatorio del proyecto de reforma*, en los términos del artículo 345.

De manera que la Asamblea Nacional tiene la potestad de recibir la iniciativa de reforma y la de tramitarla *siempre que ésta sea viable*, es decir, siempre que ésta satisfaga los requisitos formales de validez de toda actuación jurídico-pública y sea acorde con los requisitos -objetivos y subjetivos- que exige el artículo 342 de la Constitución.

Esa potestad de la Asamblea Nacional puede calificarse, a no dudarlo, como una típica potestad pública, la cual es entendida como el *poder de actuación que, ejercitándose de acuerdo con normas jurídicas, produce situaciones jurídicas en las que otros sujetos resultan obligados* (GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, editorial Tecnos, duodécima edición, Madrid, 1994, pp. 391-392). Lo que caracteriza a las potestades y las diferencias de los derechos es el carácter de *poder-deber* de la misma, esto es, que la misma *se ejerce en interés ajeno al propio beneficio de su titular*, interés que, en el caso de las potestades públicas, no es otro que el interés general. Como enseñan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (*Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, décima edición, Civitas, Madrid, 2000, p. 445), la obligatoriedad de la potestad implica que *su titular está obligado a ejercerlas cuando ese interés común lo exija*, incluso cuando se trata de potestades discrecionales, y de allí su diferencia con la facultad, la cual no implica un deber de actuación sino una simple posibilidad volitiva.

Partiendo del supuesto de que la tramitación de la reforma constitucional es una potestad de la Asamblea Nacional, puede afirmarse que esa potestad implica, de una parte, el deber de que se dé trámite a las iniciativas de reforma que cumplan, además de los formales (competencia, procedimiento, formalidades), con los requisitos específicos del artículo 342 de la Constitución, pues la Asamblea Nacional no podría negarse, discrecionalmente, a la tramitación de una solicitud de reforma que cumpla con los requisitos de esa norma constitucional, con independencia de que, en su momento, esa iniciativa sea aprobada o no por dicho cuerpo colegiado. Asimismo implica, por argumento en contrario, el deber de que no se tramiten las iniciativas que se aparten de los supuestos que exige el artículo 342 *eiusdem* y, en todo caso,

de notificar al órgano o sujeto que ejerció la iniciativa de reforma acerca de los defectos de la misma.

Así, del propio texto del artículo 343, cardinal 4, constitucional, se deriva que la iniciativa o proposición de reforma es objeto de aprobación o admisión a trámite, norma que dispone que *“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”*. Ese deber de aprobación a trámite tiene también reflejo en el procedimiento de formación de leyes y, específicamente, en el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional cuyo contenido es, cuando menos, guía para la determinación acerca de cómo debe ser un procedimiento de reforma constitucional. Así, el artículo 145 de dicho Reglamento dispone que cuando, a criterio de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, *“un proyecto no cumpla con los requisitos señalados”, “se devolverá a quien o quienes lo hubieran presentado a los efectos de su revisión, suspendiéndose mientras tanto el procedimiento correspondiente”*.

Asunto distinto es que, como pretendía la parte actora, la Asamblea Nacional, luego de la verificación del incumplimiento con el artículo 342 de la Constitución por parte del proyecto que fue presentado, tuviera el deber de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente. Quien disiente no comparte, en modo alguno, tal apreciación, pues la iniciativa de convocatoria sí es una facultad, que no una potestad.

En el asunto de autos, se observa que la Asamblea Nacional, antes del inicio del procedimiento de discusión del proyecto que ante ella planteó el Presidente de la República en sesión especial del 15 de agosto de 2007, no invocó el incumplimiento por parte de éste, de los requisitos objetivos que exige el artículo 342 de la Constitución, y en tanto tales requisitos no se cumplían a cabalidad, tal situación derivó en una inactividad legislativa, pues se omitió el ejercicio de una potestad o deber de actuación que preceptúa la Constitución.

Así, quien difiere considera que la Asamblea Nacional debió rechazar el trámite de esa propuesta de reforma constitucional porque, ciertamente, la misma no cumplía con los requisitos objetivos del artículo 342 de la Constitución, en tanto se trató de un proyecto de reforma constitucional que pretende la modificación de la estructura y principios fundamentales del Texto Constitucional.

En efecto, el proyecto de reforma constitucional que se propuso a la Asamblea Nacional en agosto de 2007 y que, para el momento de esta decisión ya fue objeto de aprobación por parte de ese órgano legislativo, si fuera aprobado referendariamente, cambiaría sustancialmente aspectos esenciales del marco constitucional vigente. Así, y sin que se deje de admitir que existen otros muchos aspectos de fondo que son modificados por el proyecto, pueden enfocarse dos grandes cambios en la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional de 1999:

De una parte, el proyecto de reforma introduce cambios en la organización político-territorial, a través de la creación del Poder Popular, que pretende afianzar los principios de democracia participativa de la Constitución de 1999, pero que alteraría radicalmente el esquema del Estado federal descentralizado del texto vigente, lo que derivaría en un afianzamiento del Poder nacional en franco desmedro del estatal y municipal, desde que aquél coordina el funcionamiento del nuevo Poder Popular que se superpone a estos últimos. Asimismo, la creación del Poder Popular mutaría en forma sustancial las bases democráticas de la Constitución vigente (artículo 2) cuando se propone que el Poder Popular *“no nace del sufragio ni*

de elección alguna, sino de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población” (artículo 136 del proyecto).

Mención especial debe hacerse al carácter regresivo que se da, en general, en el proyecto, al tema de los derechos humanos (p.e., derechos al sufragio, al debido proceso, a la información, a la participación política, a la elección de quienes ejercen los cargos públicos) en franca contradicción con el principio de progresividad de los mismos que tiene su origen en el hecho de que éstos preceden y legitiman al Estado, que no puede desconocerlos ni desmejorarlos.

Asimismo, de otra parte, el Proyecto persigue un cambio radical del sistema de economía social de mercado que recoge la vigente Constitución de 1999, y establece un modelo de economía socialista a través de la promoción, por parte del Estado, 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*” (artículo 112 del proyecto). En este sentido, el proyecto no reconoce expresamente, como sí lo hace la Constitución de 1999, el derecho fundamental a la libertad económica, da preponderancia a la iniciativa pública sobre la iniciativa privada, a la iniciativa comunitaria sobre la individual, y condiciona cualquier iniciativa pública, mixta, comunal o privada, al desarrollo de ese nuevo modelo económico socialista.

En definitiva, se trata de la sustitución del Estado social y democrático de derecho y de justicia que recogió el vigente artículo 2 constitucional (*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*), por el de un Estado socialista que es, a grandes rasgos, un sistema de organización social o económico basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción, lo que evidencia una transformación radical del Estado y la creación de un nuevo ordenamiento jurídico que escapa, a todas luces, de los parámetros que, para la reforma constitucional, impone el artículo 342 de la Constitución y cuya concreción exige, de conformidad con el artículo 347 *eiusdem*, una Asamblea Nacional Constituyente.

En consecuencia, cuando recibió una iniciativa de reforma constitucional cuyo contenido, como se ha expuesto anteriormente sólo con algunos ejemplos de su texto, excedía con mucho de los parámetros objetivos que el artículo 342 de la Constitución de 1999 exige para la procedencia de una reforma, la Asamblea Nacional estaba en la obligación de rechazar -o en todo caso suspender- el trámite de discusión de esa iniciativa a través del procedimiento del artículo 343 de la Constitución y, en todo caso, expresar tal situación al proponente para que modificara su propuesta o bien, si así lo consideraba pertinente, ejerciera su iniciativa de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, de conformidad con el artículo 348 *eiusdem*.

Como no hubo actuado de esa manera la Asamblea Nacional incurrió en una sancionable omisión legislativa, pues omitió el debido ejercicio de la potestad de aprobación e iniciación del trámite de todo proyecto de reforma constitucional, en los términos del artículo 343 constitucional.

En consecuencia, quien discrepa considera que la Sala debió admitir y, en la definitiva, estimar -al menos parcialmente- la demanda de autos.

Queda así expresado el criterio del magistrado que rinde este voto salvado.

4. *Recurso de Interpretación Constitucional*

TSJ-SC (1835)

11-10-2007

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Interpretación del artículo 344 de la Constitución

La ausencia de previsión legal acerca de la acción de interpretación constitucional es comprensible, por cuanto la misma deriva de los propios poderes que consagra la Constitución, por lo que resultaría irrelevante su previsión expresa.

Se ha solicitado a esta Sala la interpretación del artículo 344 de la Constitución. Al respecto cabe precisar que la competencia de esta Sala para conocer y decidir sobre la interpretación de normas está supeditada al Texto Fundamental, (sentencia 1415/200) y a las que integran el bloque de la constitucionalidad (sentencia 1860/2001), del cual forman parte: a) los tratados o convenios internacionales que autorizan la producción de normas por parte de organismos multiestatales (cf. sent. N° 1077/2000, caso: Servio Tulio León); b) las normas generales dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente (cf. al respecto sent. N° 1563/2000, caso: Alfredo Peña) o, c) aquellas otras normas también de rango legal que cumplen una función constitucional, tal como lo ha justificado el Tribunal Constitucional español y lo ha comentado alguna doctrina (Rubio Llorente: El bloque de la constitucionalidad, en el Libro Homenaje a E. García de Enterría, Tomo I, págs. 3-27).

Si bien no existía una disposición concreta que lo previese, esta Sala tempranamente declaró su competencia, dentro de la estructura del Máximo Tribunal, para conocer de las solicitudes de interpretación del Texto Constitucional, así como en los supuestos en que la constitucionalidad esté involucrada como parte de un bloque de normas y principios de rango supremo (sentencia N° 1077/2000, caso: "Servio Tulio León"; criterio reiterado luego de forma pacífica en toda la jurisprudencia de la Sala).

El reconocimiento de una acción autónoma para lograr que el Tribunal Supremo de Justicia fije el sentido y alcance de la Constitución (y el bloque de constitucionalidad) se fundamentó en la cualidad que tiene esta Sala como garante máximo del respeto del Texto Fundamental, así como en el poder que expresamente se le atribuye para la interpretación vinculante de sus normas.

En todo caso, la Sala ha dejado claramente establecido que la acción de interpretación constitucional es distinta a la de interpretación de "textos legales", que sí estaba recogida expresamente en nuestra legislación desde hacía décadas como competencia exclusiva de la Sala Político-Administrativa del Máximo Tribunal (número 24 del artículo 42 de la hoy derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), competencia que ahora tienen todas las Salas del Tribunal Supremo, en atención a lo establecido en el artículo 5.52 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia tampoco previó la acción de interpretación constitucional, pero sí la de las leyes, confirmando lo que había sido el criterio de esta Sala sobre la competencia distribuida entre todas las Salas que integran el más Alto Tribunal

de la República. Esta ausencia de previsión legal acerca de la acción de interpretación constitucional es comprensible, por cuanto la jurisprudencia de esta Sala había dejado claramente sentado que se derivaba de los propios poderes que consagra la Constitución, por lo que resultaría irrelevante su previsión expresa. Es, en pocas palabras, un poder consustancial a su misión constitucional.

Esta Sala, con base en lo expuesto, reitera su competencia para conocer de la interpretación constitucional, motivo por el cual, al constatar que la pretensión del solicitante versa sobre el alcance e inteligencia del artículo 344 del Texto Constitucional, esta Sala se declara competente para conocer de la presente solicitud de interpretación. Así se decide.

TSJ-SC (2087)

6-11-2007

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Interpretación del artículo 344 de la Constitución

El poder de garantía constitucional que le ha sido atribuido a esta Sala, implica dar solución a dudas respecto del alcance y contenido de una norma integrante del bloque de la constitucionalidad, siempre que se encuentren dadas las siguientes condiciones básicas: 1) Que respecto a dicha duda no se encuentre predeterminado un cauce procesal adecuado, y 2) Que la norma en cuestión resulte de un marcado problematismo, bien sea para la buena marcha de las instituciones, bien para el ejercicio de los derechos fundamentales o bien para el mantenimiento del orden público y la paz social.

Su fin es esclarecedor y complementivo y, en este estricto sentido, judicialmente creador. Consiste primordialmente en una mera declaración, con efectos vinculantes sobre el núcleo de la norma estudiada o sobre su comprensión o extensión, es decir, sobre los rasgos o propiedades que se predicán de los términos que forman el precepto y del conjunto de objetos o de dimensiones de la realidad abarcadas por él, cuando resulten dudosos u oscuros, respetando, a la vez, la concentración o generalidad de las normas constitucionales. A ello se refirió abundantemente la sentencia N° 1347/2000, (caso: "*Ricardo Combellas*").

La solicitud será o no procedente luego de haberse analizado la problemática jurídico-material que plantea el ejercicio en el proceso de una determinada pretensión, en este caso, si hay o no una duda sobre la operatividad de una norma perteneciente al sistema normativo constitucional que, de existir, exija una declaración en cuanto a la manera en que ésta se resuelve. En cambio, el juicio de admisibilidad examina los presupuestos procesales que pudieran condicionar la validez de la relación jurídico-procesal, como por ejemplo, el que tiende a impedir que las cuestiones que a dicha relación correspondan sean discutidas, y en todo caso resueltas, sin la previa justificación de que el demandante se halle asistido de la capacidad de obrar, necesaria para actuar como sujeto de la relación jurídica.

De allí que entre las decisiones de la Sala al respecto, podrían extraerse algunos motivos de improcedencia, con la advertencia de su mera enunciatividad. Así tenemos:

1) Imprecisión en cuanto al motivo de la solicitud. La petición de interpretación puede resultar improcedente, si ella no expresa con claridad en qué consiste la oscuridad o ambigüedad de las disposiciones o la contradicción entre las normas del texto constitucional o cuando no alegue una afectación actual o futura a la esfera jurídica del solicitante. Ver sentencia N° 2078/2001, (caso: "*Gisela Peña Troconis y otros*") y sentencia N° 278/2002, (caso: "*Beatriz Contaste*").

2) Que la norma en cuestión no presente la alegada oscuridad, ambigüedad o inoperatividad. Ver sentencia N° 278/2001, (caso: “*Homologación de Pensiones y Jubilaciones*”); sentencia N° 346/2001, (caso: “*Consejo Nacional Electoral*”); sentencia N° 1857/2001, (caso: “*Ángel Alberto Vellorín*”) y sentencia N° 2728/2001, (caso: “*Néstor Luis Oquendo*”).

3) Cuando a su respecto la Sala pudiera exceder sus facultades jurisdiccionales al momento de proveer sobre la interpretación solicitada, violando el principio de separación de poderes, atente contra la reserva legal o, en fin, cuando el objeto de la petición desnaturalice, en perjuicio de la espontaneidad de la vida social y política, los objetivos de la solicitud de interpretación. Ver sentencia N° 1309/2001 (caso: “*Hermann Escarrá*”); sentencia N° 1316/2001, (caso: “*Defensoría del Pueblo*”) y sentencia N° 1912/2001, (caso: “*Enrique Ochoa Antich y otros*”).

TSJ-SC (2125)

9-11-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasqueño López

Caso: Interpretación del artículo 343 de la Constitución

2.- Luego de un detenido examen del escrito presentado por quienes solicitan se aclare el sentido del artículo 343 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala se percata de que en el mismo no se dieron razones en ninguno de sus apartes, ni se probó en modo alguno, que respecto a dicho precepto los solicitantes tuviesen “*dudas razonables respecto a su sentido y alcance, originadas en una presunta antinomia u oscuridad en los términos cuya inteligencia sea pertinente aclarar a fin de satisfacer la necesidad de seguridad jurídica*” (ver sent. núm. 1415, del 22 de noviembre de 2000, caso: *Freddy Rangel Rojas y otro*).

Si bien los solicitantes hicieron referencia a unas “*profundas confusiones*”, (“*confusiones*” que debían ser aclaradas por la decisión que emitiera esta Sala), la causa de las mismas habría sido la actuación de la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional y no la redacción del artículo 343 de la Constitución, al cual no imputan ninguna ambigüedad o vaguedad que pudiera dar pie a tales inconvenientes.

Asimismo, y en otro de los párrafos del escrito, los solicitantes anuncian que plantearían algunas “*dudas*”, pero que tales dudas se refieren a “*la interpretación del artículo 343 de la Constitución, producto del informe presentado por la Comisión Mixta en fecha 15 de octubre de 2007*”. Se trata, pues, de incertidumbres acerca de la interpretación que le habría dado la Comisión Mixta al procedimiento plasmado en el artículo 343, y no acerca de los términos en que está redactado dicho artículo.

Es más, casi todas las referencias que del artículo 343 hicieron los solicitantes fueron hechas para afirmar que: a) dicha disposición había sido infringida o violada por la Asamblea Nacional; b) que la Asamblea Nacional se había apartado de su correcto sentido, o c) que dicho órgano la había mal interpretado. En ninguna de ellas se hizo mención a los términos en que fue redactado dicho artículo, ni de sus presuntas ambigüedades normativas que originaron dudas e incertidumbres en aquéllos y que no plantearon en su solicitud.

Por otra parte, los errores en la aplicación del artículo se habrían materializado, según los solicitantes, en los “*cambios estructurales*” a dicho proyecto; en las modificaciones a “*...su contenido original*”; y en la desnaturalización y deslegitimación de la propuesta original. Nada se afirma, como puede verse, en cuanto a las expresiones en que dicha disposición

está redactada, ni en cuanto a que la redacción de dichas expresiones habría sido la causa de tales tergiversaciones.

Por el contrario, los solicitantes dan a entender que dicho artículo no suscita dudas razonables en lo que respecta a su sentido o alcance, pues señalan:

a) que dicho precepto “*establece una limitación para la Asamblea Nacional*”; es decir, que para los solicitantes es claro que dicha disposición contiene una norma de conducta, la cual debería servir de marco estricto de actuación para dicho órgano;

b) que “*del contenido de ésta norma se desprende la forma en que se debe llevar a cabo el procedimiento de trámite de la iniciativa de la reforma constitucional, por parte de la Asamblea Nacional*”; lo cual trasluce que los solicitantes comprendían que dicho precepto establece con cierta claridad el modo en que debía conducirse ese órgano en el trámite del Proyecto de Reforma presentado por el Presidente de la República;

c) que de dicha norma se desprende que el trámite de la Reforma no es similar al “*de cualquier ley, reglamento o normativa de rango inferior, sino claramente de la bien llamada ‘Carta Magna’*”; de esta afirmación se colige que los solicitantes no tenían dudas acerca del tipo de cuerpo normativo objeto del trámite de Reforma, pues lo distinguen de otros tales como los que contienen leyes o reglamentos;

d) que el procedimiento establecido en el artículo 343 se distingue del previsto en el artículo 342 y que dicho procedimiento “*es especialísimo*”; con lo cual los solicitantes dan a entender que no tienen dudas respecto de la naturaleza de dicho procedimiento, al punto que lo diferencian de otros establecidos en la misma Constitución;

e) que “dicho mecanismo fue previsto por el constituyente a los fines de mantener el principio de rigidez de la Constitución, previendo un sistema reforzado reforma (sic) constitucional que requiere tres discusiones de cada norma”; de lo cual se infiere que los solicitantes conocen el propósito del procedimiento previsto en el artículo 343 y de la instrucción que en el seno de la Asamblea Nacional debe recibir el proyecto presentado.

Siendo que, tal como lo ha expresado esta Sala, el poder de garantía constitucional que le ha sido atribuido supone “*...dar solución a dudas respecto al alcance y contenido de una norma integrante del ya mencionado bloque de la constitucionalidad, siempre que se encuentren dadas las siguientes condiciones básicas: a) que respecto a dicha duda no se encuentre predeterminado un cauce procesal adecuado, y b) que la norma en cuestión resulte de un marcado problematismo, bien sea para la buena marcha de las instituciones, bien para el ejercicio de los derechos fundamentales o bien para el mantenimiento del orden público y la paz social*” (sent. núm. 278/2002);

Siendo que los solicitantes no dan ningún argumento en el sentido de que los términos en que está redactada la disposición del artículo 343 de la Constitución sean en tal grado ambiguos, vagos o contradictorios que amenacen la “*buena marcha de las instituciones*”, dificulten el “*ejercicio de los derechos fundamentales*” o pongan en riesgo “*el mantenimiento del orden público y la paz social*”; esta Sala, en aplicación de su doctrina plasmada en la mencionada letra a) de la decisión núm. 278/2002, caso: *Beatriz Contasti Ravelo*, declara improcedente la solicitud de interpretación incoada. Así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado que suscribe disiente de la mayoría respecto del fallo que antecede por las siguientes razones:

El fallo del que se discrepa negó la procedencia de la interpretación que fue solicitada porque las dudas que habrían planteado los solicitantes atañerían a la aplicación de la norma y no a su texto en sí mismo, de cuya correcta interpretación, por el contrario, no tendrían duda alguna.

1. En criterio del salvante, con tal decisión, la Sala incumplió con su deber constitucional -que comparte con todos los jueces de la República- de resolver el fondo de los asuntos que se le presentan siempre que cumplan con los requisitos de admisibilidad; deber que es inmanente al derecho a la tutela judicial eficaz y que el constituyente recogió en los artículos 26 y 257 del texto vigente. En la mayoría de las peticiones de interpretación, tanto de la propia Constitución como de la Ley, el peticionario señaló la posibilidad de interpretación de la norma objeto de su pretensión de más de una forma y, al propio tiempo, indicó cuál le parece la correcta, lo que no ha impedido a la Sala el ejercicio de su deber de determinación de cuál es la interpretación auténtica.

Aún más, desde las primeras configuraciones jurisprudenciales acerca de los requerimientos de interpretación a que se refería la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia - las cuales han sido tomadas también por esta Sala, *mutatis mutandi*, para la interpretación constitucional-, se ha exigido, a quienes los incoen, el encuadramiento de su pretensión en un caso o supuesto concreto, por oposición a una demanda de interpretación en abstracto, sin vínculo con algún supuesto de hecho, lo cual ha sido rechazado reiteradamente porque éste es referencia indispensable para la admisión de su petición. Esto último fue, exactamente, lo que hicieron los actores de autos cuando precisaron, como marco de referencia de la interpretación que pretendían, la que hizo la Asamblea Nacional con ocasión del ejercicio del deber que le impone el artículo 343 de la Constitución y culminó con la aprobación de un proyecto de reforma constitucional el 2 de noviembre de 2007. Esa interpretación se derivó de la forma como se ejecutó el procedimiento de discusión del proyecto y es contraria, en criterio de los requirentes, a otra que a ellos les parece que es la auténtica, la cual expusieron. Así, no sólo ante la posibilidad sino en virtud de la efectiva verificación de la existencia de, al menos, dos interpretaciones posibles acerca de cómo debe llevarse a cabo el procedimiento a que se contrae el artículo 343 de la Constitución y ante la necesidad de que se determine, de cara al evento concreto de su reciente ejercicio, cuál es la interpretación auténtica, se hacía procedente la resolución de la solicitud que la mayoría sentenciadora negó con un argumento que se contradice con su propia doctrina.

2. El artículo 343 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela preceptúa el trámite que la Asamblea Nacional debe dar a una iniciativa de reforma constitucional en los términos del artículo 342 *eiusdem*. Al respecto, determina:

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 fuere 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.

De la lectura de la norma se puede deducir que: i) el objeto del trámite será “el proyecto de reforma” que hubiere recibido de quien hubiese tenido la iniciativa de su presentación - incluso ella misma-; ii) a ese proyecto deben dársele tres discusiones en la forma que se prescribe expresamente; iii) el lapso de las discusiones no debe exceder de dos años; iv) el proyecto de reforma se considerará aprobado con el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional.

El planteamiento de los solicitantes se contrae a que se diga, auténticamente, cuál es límite material de esas discusiones, es decir, qué puede hacer la Asamblea con el proyecto que discute, sólo aprobarlo o no o, por el contrario, modificarlo, incluso a través de su ampliación o transformación y, si puede modificarlo, cómo debe hacerlo.

A falta de precisión del precepto constitucional al respecto, resultaba indispensable que su intérprete auténtico despejara las dudas que suscita.

En primer lugar, quien interpreta debe descubrir cuál es el fin de la norma para, con éste como guía, escoger cuál interpretación de las posibles satisface esa finalidad.

Es esclarecedora la ya clásica cita de RADBRUCH:

Recordemos este antiguo ejemplo: en una Sala de espera está colgado un cartel que reza: “Debe dejarse fuera a los perros”. Un día aparece un hombre que lleva un oso y se pregunta si puede hacer entrar consigo a su peludo acompañante. Considera que los que se refiere al perro resulta también adecuado para el oso; y si fuera un jurista afirmaría que ese resultado lo extrajo del cartel, mediante una conclusión por analogía; el oso no puede entrar, porque es, como el perro, un animal. Mas, ¿por qué se ha servido cabalmente de la conclusión “por analogía”, y no de la conclusión “a contrario”, que le hubiera dicho al revés: el oso puede entrar, porque es un oso y no un perro? Ciertamente, porque esta conclusión le hubiera conducido a un resultado absurdo. La interpretación es, pues, el resultado de su resultado: uno no se decide a favor de un medio de interpretación, hasta que ha visto el resultado a que conduce. Los llamados medios de interpretación sirven en realidad sólo para fundamentar “a posteriori”, con retraso, aquello que ya hemos hallado mediante una complementación creadora del texto, y de cualquier modo que fuere esta complementación creadora, siempre tendrá dispuesta para dotarla de fundamento uno u otro medio interpretativo, la inferencia “por analogía” o la inferencia “a contrario”. Ahora bien, si el hombre del oso hubiere sido jurista creería haber sacado del cartel aquello que él mismo hubo de poner en él”.

En este asunto, lo primero en que debe repararse es se que trata, la que se interpreta, de una disposición que hace parte del Título IX de la Constitución que se dedicó a recoger las distintas formas legítimas de reforma constitucional, dentro de una Constitución rígida. Al respecto resulta pertinente la cita del criterio disidente, que el salvante expresó recientemente, de la sentencia N° 2087 de 06-11-07, exp. N° 07-1282 de esta Sala Constitucional:

“... en la base misma del Derecho Constitucional está la limitación del poder, de las minorías o de las mayorías -según quién lo detentase históricamente-, para que se evite que un sector del colectivo se imponga al resto. Así, por ejemplo, el constitucionalismo norteamericano nació de la búsqueda de protección a la sociedad de la mayoría que abusaba de su poder, y el alemán de la postguerra para la defensa de aquella, en cambio, de la minoría que venía del ejercicio del poder con inefable tiranía.

En consecuencia, una vez que las sociedades han convenido en un pacto social que recoge los derechos y aspiraciones de todos los sectores sociales, en forma que garantice una convivencia armoniosa y la factibilidad de desarrollo para todos y de manera que sea realizable la aspiración individual y colectiva del logro de la mayor suma de felicidad posible, entonces esos grupos sociales refuerzan su pacto social a través de procedimientos de cambio constitucional más complicados que los que diseña para los cambios legislativos (rigidez constitucional).

Así, las normas del Título IX de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela preceptúan los procedimientos para la reforma constitucional, que son distintos y más garantizadores del consenso que los que regulan el trámite de formación de las leyes.

Al respecto, se lee en la Exposición de Motivos de la Constitución vigente -consideraciones aparte acerca de su legitimidad como tal-, en el capítulo que dedicó al Título IX constitucional:

Se establece una serie de mecanismos a través de los cuales las posibilidades de modificación del texto constitucional sean factibles y accesibles, para evitar el divorcio entre la norma fundamental del sistema jurídico y la realidad social, política, cultural y económica.

(...)

De allí que nuestra Constitución a pesar de tener la rigidez de las constituciones escritas ha de incluir elementos que permitan esa adaptación a la realidad. Uno de esos elementos lo constituye la existencia de un Alto Tribunal. (...)

Pero, además, debe incluir elementos de flexibilidad en el aspecto más rígido de las constituciones escritas que lo conforma(n) las previsiones relativas a la forma y mecanismos para la modificación de la propia Constitución.

En este sentido, las posibilidades de modificación de la base jurídica del país deben ser amplias y estar efectivamente en manos de una pluralidad de actores políticos y sociales. Una democracia participativa y protagónica no puede constituir una rígida y petrificada normativa constitucional. Al contrario, debe dejar abiertas muchas ventanas para que los procesos participativos se desarrollen a plenitud, evitando el divorcio profundo entre la norma y la realidad.

El protagonismo del pueblo en la conducción de su destino debe quedar explícitamente consagrado con especial énfasis en este punto de la reforma constitucional. Un pueblo deseoso de ejercer la soberanía no debe tener que pasar por toda clase de vicisitudes y superar un cúmulo de obstáculos para lograr los cambios que las estructuras jurídicas requieren. Es principio consustancial con este texto constitucional la facilitación de los procesos en los cuales el pueblo se manifiesta para solicitar la modificación de normas constitucional.

En este contexto se debe entender que el ejercicio de la soberanía por parte del pueblo, lejos de afectar el proceso de refundación de la República y de lograr el objetivo de la profundización democrática, se convierte en herramienta indispensable del protagonismo popular, desterrando el sistema de cónclaves que decidían los destinos del país a espaldas de la sociedad.

A la luz de estas consideraciones, no es la interpretación restrictiva la que se impone para el análisis de las formas de participación directa de los ciudadanos en los procedimientos de reforma constitucional, sino, al contrario, debe privar aquella que dé mayor garantía de amplitud a dicha participación; amplitud que reconoce la propia Constitución cuando atribuye iniciativa para la reforma a un pequeño porcentaje de electores (15%) y a otro, un tercio más pequeño que éste (5%), para que solicite que dicha reforma, cuando sea sometida a referendo aprobatorio, pueda ser votada en dos partes”.

El favorecimiento de la mayor amplitud de la participación popular directa en el proceso de reforma es, por tanto, uno de los principales criterios de interpretación de las disposiciones del Título IX de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Es elocuente al respecto el largo período de dos años que pueden abarcar las discusiones en el seno del cuerpo legislador, los cuales, como es obvio, se disponen para que sea factible el más amplio trámite de consulta y participación de toda la sociedad suscriptora del pacto que, por su propia voluntad, la rige.

También es elocuente, a este respecto, lo breve del período para la convocatoria para el referéndum que establece la Constitución, sólo 30 días después de la aprobación de un proyecto que ha podido haber estado en discusión hasta dos años. La inferencia es inevitable: el constituyente asume que el proyecto ya es amplia y suficientemente conocido por la sociedad que debe aprobarlo, o no, treinta días después de que finalice la fase de discusión. Y es que es evidente, no necesita mayor elaboración el argumento según el cual sería absurdo que se hubiese dispuesto una diferencia tan grande en los tiempos y que fuera el segundo (30 días) - el ostensiblemente más breve-, el que estuviese destinado a la difusión del proyecto. No, ese período, el más corto posible para la organización de un proceso referendario es únicamente para eso, para la organización y la campaña política a favor o en contra, pero no para la formación de opinión por parte de la sociedad que deberá, luego de la aprobación, vivir bajo el texto que resulte sin posibilidades de control posterior, ya que éste no existe respecto de las normas constitucionales.

Esta premisa -el favorecimiento de la mayor amplitud de la participación popular directa en el proceso-, en criterio del salvante, permite el arribo a tres conclusiones iniciales -premisas, a su vez, para razonamientos posteriores-: i) en primer lugar, que el proyecto de reforma que hubiere presentado quien hubiere ejercido la iniciativa a que se refiere el artículo 342 constitucional sí puede ser objeto de modificaciones por parte de la Asamblea Nacional -como pueden serlo los proyectos de ley que presenten cualquiera de quienes tienen iniciativa legislativa- como consecuencia natural y necesaria del proceso de discusión, que, se insiste, debe ser el más amplio posible. Poco fructíferos serían la consulta y el debate sólo para aprobar o improbar un texto intocable; ii) en segundo lugar, que el debate debe ser lo más amplio posible, el que más favorezca la participación directa como elemento indispensable de la democracia protagónica; el más transparente posible, abierto, accesible y a la vista de todos; iii) en tercer lugar y en garantía de esa participación legitimadora, el debate debe llevarse a cabo durante el tiempo que sea razonablemente necesario y, preferiblemente, el más largo posible, según la complejidad e importancia de los temas, áreas, normas y principios constitucionales que el proyecto contenga.

La mejor guía para la determinación acerca de cómo debe ser un procedimiento de discusión que satisfaga esas premisas es el trámite para la discusión y aprobación de las leyes que establece la propia Constitución ya que, como es de principio, el que corresponda a la discusión y sanción de un proyecto de reforma constitucional debe ser más garantizador de la participación y, sobre todo, del consenso, que aquél y, por supuesto, nunca menos.

Los artículos 202 y siguientes de la Constitución regulan la forma como debe llevarse a cabo la formación de las leyes en Venezuela, los cuales se complementan con el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional. De entre aquéllos, destacan los siguientes enunciados, todos garantizadores de la legitimidad de las leyes a través de la búsqueda del mayor consenso posible, a través de la participación:

“Artículo 206: *“Los Estados serán consultados por la Asamblea Nacional, a través del Consejo Legislativo, cuando se legisle en materias relativas a los mismos. La ley establecerá los mecanismos de consulta a la sociedad civil y demás instituciones de los Estados, por parte del Consejo, en dichas materias.”*

-El artículo 207 preceptúa que todo proyecto de ley recibirá dos discusiones. El artículo siguiente regula la forma de la primera discusión (*“se considerará la exposición de motivos y se evaluarán sus objetivos, alcance y viabilidad, a fin de determinar la pertinencia de la ley, y se discutirá el articulado”*), después de la cual el proyecto aprobado *“será remitido a la Comisión directamente relacionada con la materia objeto de la ley”* o a una Comisión Mixta en caso de que esté relacionado con materias propias de varias comisiones permanentes. La comisión de que se trate rendirá un informe en un plazo no mayor de treinta días el cual, de conformidad con el artículo 209, será el objeto de la segunda discusión, *“la cual se realizará artículo por artículo”*.

-Según el artículo 209, en caso de que el proyecto producto del informe de la comisión correspondiente sufre modificaciones, *“se devolverá a la Comisión respectiva para que ésta las incluya en un plazo no mayor de quince días continuos; leída la nueva versión del proyecto de ley en la plenaria de la Asamblea Nacional, ésta decidirá por mayoría de votos lo que fuere procedente (...). Resuelta la discrepancia, la Presidencia declarará sancionada la ley.”*

-Por su parte, el artículo 211 reza: *“La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos.”* A continuación, la norma enumera quiénes tendrán derecho de palabra en la discusión de las leyes, entre otros, *“los o las representantes de la sociedad organizada, en los términos que establezca el reglamento de la Asamblea Nacional.”*

El Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, en efecto, dedica su Título VI al “Proceso de Formación y Discusión de Proyectos de Ley y Acuerdos”, en cuyo marco, el artículo 146 dispone que *“La Asamblea Nacional o las comisiones permanentes, durante el procedimiento de formación, discusión o aprobación de los proyectos de ley, consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos. Todas las consultas serán de carácter público con plena identificación de quienes participen en ellas.”* A continuación, el artículo 147 recoge y desarrolla el imperativo constitucional de consulta a los Estados y, en general, a los ámbitos estatal, regional o local en las materias que les conciernan.

El resto del articulado del Título VI del Reglamento en cuestión regula, con el detalle propio de este tipo de cuerpo de normas, todo el procedimiento de formación de las leyes, en forma que, por imperativo constitucional, como se señaló, garantiza la participación de todos los actores políticos y sociales del país en el mismo, propia dicha participación como es, de *“una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado”* (Preámbulo de la Constitución), cuyo texto fundamental, en su artículo 62, establece expresamente que *“Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas. / La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.”*

Si el que se expuso es el marco constitucional y legal para la formación de las leyes, es claro que, con mayor razón, es él el parámetro mínimo que debe regir las discusiones a que se

refiere el artículo 343 de la Constitución en cuanto a la reforma de la "ley de leyes"; el cual, sin embargo, no basta, sino que debe ser excedido en cuanto a la búsqueda de consenso a través de la participación popular, porque se trata, se insiste, de modificaciones al pacto fundacional de una sociedad democrática, protagónica y plural.

Por lo tanto, si bien como se afirmó, en opinión de quien se aparta del criterio mayoritario, la Asamblea Nacional no sólo puede, sino que debe, introducir cambios a los proyectos de reforma constitucional que reciba para su discusión, si la necesidad de ello surge del proceso de consulta, debe hacerlo en la forma que disciplina su Reglamento Interior y de Debates, pero con los refuerzos que añade el artículo 342 constitucional, los cuales garantizan que cada artículo del proyecto que resulte aprobado haya recibido al menos tres discusiones y haya sido objeto de la más amplia consulta y debate por medio de comisiones permanentes o una mixta *ad hoc*, y a través de los métodos que el Reglamento establece que, entre otras cosas, garantizan la transparencia y publicidad de las consultas, incluso con plena identificación de los intervinientes en ellas. Ello excluye, de plano, la introducción de artículos al proyecto en forma sobrevenida si ello no conduce a una nueva revisión, consulta y debate acerca de los mismos como ordena el artículo 209 de la Constitución, aplicable, se insiste, con mayor razón, a la discusión de un proyecto de reforma constitucional.

La que antecede, es la interpretación del artículo 342 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que ha debido dar la Sala Constitucional en el marco de la solicitud que encabeza estas actuaciones.

Queda así expuesto el criterio del Magistrado disidente.

5 *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional*

TSJ-SC (1842)

15-10-2007

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal

La revisión de las sentencias definitivamente firmes de control difuso de la constitucionalidad remitidas por los Tribunales de la República, resulta en una mayor protección de la Constitución e impide la aplicación generalizada de normas inconstitucionales o bien la des-aplicación de normas ajustadas al Texto Fundamental, en perjuicio de la seguridad jurídica y del orden público constitucional.

Una vez analizado el contenido de la sentencia objeto de revisión a partir de las disposiciones constitucionales y de la norma adjetiva penal, pasa la Sala a realizar las siguientes consideraciones:

El artículo 334 constitucional atribuye a todos los jueces de la República la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, siempre dentro del ámbito de su competencia y conforme a lo previsto en el mismo Texto Fundamental; lo que se traduce en el deber de ejercer, aún de oficio, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas, a fin de garantizar la supremacía constitucional y resolver por esta vía los conflictos o colisiones que puedan presentarse en cualquier causa, entre normas legales o sub-legales y una o varias disposiciones constitucionales, en cuyo caso deben aplicar preferentemente estas últimas.

En este sentido, reitera la Sala, que la revisión de las sentencias definitivamente firmes de control difuso de la constitucionalidad remitidas por los Tribunales de la República, resulta en una mayor protección de la Constitución e impide la aplicación generalizada de normas inconstitucionales o bien la desaplicación de normas ajustadas al Texto Fundamental, en perjuicio de la seguridad jurídica y del orden público constitucional.

De allí que el juez que desaplique una norma legal o sub-legal, por considerarla inconstitucional, está obligado a remitir copia certificada de la sentencia definitivamente firme y del auto que verifica dicha cualidad, a fin de que esta Sala proceda a la revisión de la misma, para hacer más eficaz el resguardo de la incolumidad constitucional; en caso contrario, el control difuso no tendría sino un efecto práctico sólo en el caso concreto, en detrimento del orden constitucional, pues el canal de conexión con el control concentrado -que tiene efectos *erga omnes*- estaría condicionando a la eventual solicitud de revisión de la persona legitimada por ante la Sala, lo que desde luego minimiza la potencialidad de los instrumentos emanados de ésta, que es el carácter vinculante de sus decisiones y la facultad de revisar ese tipo de sentencias por mandato constitucional, (Vid. Sentencia de la Sala N° 1.998 del 22 de julio de 2003, caso: "*Bernabé García*").

TSJ-SC (214)

12-11-2007

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Marino Enrique Lozada Lacruz (Revisión de sentencia Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.

Quien pide una revisión debe presentar copia auténtica (fehaciente) del fallo a revisarse, no pudiendo suplantarse el mismo, ni siquiera por la vía del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, ya que en materia de revisión no hay contraparte que controle lo aportado por el solicitante.

Pasa esta Sala a pronunciarse acerca de la admisibilidad de la presente solicitud de revisión, a cuyo fin observa:

En el presente caso, observa la Sala, que el apoderado judicial de la parte solicitante identificó el fallo impugnado y acompañó a su escrito copia fotostática de la decisión que se impugna y no anexó al mismo, copia certificada de dicha decisión, lo cual es necesario para el examen de la solicitud formulada.

La necesidad de consignar un instrumento fehaciente, obedece a la certeza que debe obtener esta Sala, respecto del contenido del fallo que pretende impugnarse a través de la revisión, más aún cuando éste es ejercido en contra de una decisión emanada de otra Sala de este Máximo Juzgado, dada la entidad de la sentencia que pretende revertirse.

La doctrina de la notoriedad judicial, que ha mantenido esta Sala y que sigue vigente, se refiere a que ella puede (como facultad) indagar en los archivos del Tribunal, la existencia de fallos que se hayan dictado y que sean conexos a la controversia.

Considera la Sala que se trata de un conocimiento que puede adquirir el tribunal, sin necesidad de instancia de las partes, ya que su archivo y las causas que lo componen las conoce el Tribunal. Pero el hacer uso de estos conocimientos, es facultativo del juez, ya que ninguna ley lo obliga a tener que hurgar en cada caso, si existe o no una sentencia dictada por alguna de las Salas de este Tribunal Supremo de Justicia.

Por ello, la Sala ha considerado que quien pide una revisión debe presentar copia auténtica (fehaciente) del fallo a revisarse, no pudiendo suplantarse el mismo, ni siquiera por la vía del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, ya que en materia de revisión no hay contraparte que controle lo aportado por el solicitante.

De allí que, a juicio de la Sala, quien incoa una revisión tiene la carga de aportar al Tribunal la decisión impugnada, por no ser función de la Sala recabar dicho fallo, y sin que esto menoscabe la facultad de la Sala de fijar los hechos en base a los conocimientos adquiridos como órgano judicial (sentencia N° 150/2000, caso: José Gustavo Di Mase y otra).

Lo cierto es que para admitir las revisiones, la Sala requiere que el accionante le facilite la sentencia impugnada y ello en prueba fehaciente.

Ahora bien, considerando que esta Sala en sentencia N° 157 del 2 de marzo de 2005 (caso: Grazia Tornatore de Morreale), y en decisión N° 406 del 5 de abril de 2005 (caso: Carmen Beatriz Rodríguez Parada), dispuso que en los casos en que la solicitud de revisión de una sentencia no se acompañe con la copia certificada de la misma, se declarará inadmisibles de conformidad con el artículo 19, quinto aparte de la Ley que rige a este Alto Tribunal, cambiando en esta materia el criterio aplicado en anteriores oportunidades relativo a la notoriedad judicial cuando se impugna una decisión emanada de alguna de las Salas de este Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala Constitucional constatado que en autos no se acompañó el instrumento fundamental de la presente solicitud, concluye que la revisión solicitada resulta inadmisibles, de conformidad con lo previsto en el quinto aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, Así, finalmente, se decide.

6. *Acción de Amparo Constitucional*

A. *Competencia*

CSCA

12-12-2007

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Inversiones Reina Barinas. C.A. vs. Alcaldía del Municipio Barinas.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es competente para conocer de las acciones de amparo constitucionales con ocasión a la aplicación de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquina

Del recurso de apelación interpuesto

La acción de amparo constitucional de marras fue interpuesta por la representación de la sociedad mercantil Inversiones Reina Barinas C.A., ya identificada ut supra, como consecuencia de la Resolución N° 01-2007 de fecha 3 de enero de 2007, dictada por la Superintendente Municipal Tributario del Municipio de la Alcaldía del Municipio Barinas, mediante el cual se ordena el cierre temporal del establecimiento donde realiza sus actividades comerciales, de conformidad con el artículo 25 de la Ley para el control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, lo cual violentó sus derechos constitucionales al debido proceso, al trabajo, protección laboral y libertad económica, consagrados en los artículos 49, 87, 89 y 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En ese sentido, el Juzgado a quo, mediante sentencia dictada el 29 de enero de 2007, declaró con lugar la acción de amparo constitucional interpuesta, ordenó al Servicio Autónomo de Administración Tributaria (SAMAT) de la Alcaldía del Municipio Barinas del Estado Barinas que permita a la parte quejosa el libre ejercicio de la actividad comercial a la sociedad mercantil Inversiones Reina Barinas C.A., y declaró que no hay condenatoria en costas en razón de que se trata de un ente de la administración pública.

Por otra parte, el abogado Jesús Salazar, identificado en autos, en su carácter de Fiscal Décimo Tercero del Ministerio Público, apeló de la decisión dictada por el Juzgado a quo, mediante escrito de fecha 1° de febrero de 2007, alegando al respecto la trasgresión de la garantía del juez natural, en virtud de la aplicación de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles y la inadmisibilidad de la acción de amparo propuesta.

Ante tales señalamientos, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo considera necesario estudiar su competencia para conocer de la presente acción de amparo, en segundo grado de jurisdicción, ante la denuncia de incompetencia realizada por la parte apelante y siendo materia que interesa al orden público, pasa a realizar las siguientes consideraciones:

Observa esta Alzada que dentro de la fundamentación legal de la Resolución impugnada, se evidencia la aplicación de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 36.254, del 23 de julio de 1997.

Así, conforme al artículo 58 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, los Gobernadores, Alcaldes y demás autoridades estatales y municipales, velarán en sus respectivas jurisdicciones por el cumplimiento de toda la normativa prevista en dicha Ley.

Por otra parte, el artículo 56 eiusdem dispone lo siguiente:

“Solamente la Corte Suprema de Justicia, en la Sala correspondiente, conocerá de los Recursos de Amparo a que de lugar la aplicación de esta Ley”.

Teniendo en cuenta la citada disposición, esta Alzada estima que, en el presente caso, estando bajo la vigencia y aplicación de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, el conocimiento y decisión de la presente acción de amparo constitucional, recaerá en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a través de su sentencia N° 265/01 del 1 de marzo de 2001, caso: Hénrique Capriles Radonski, se declaró competente para conocer de las acciones de amparo constitucional en aplicación de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, en los siguientes términos:

“...Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999 se creó la jurisdicción constitucional, para ser ejercida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a la cual le atribuyó expresas competencias, que aún cuando no haya sido dictado aún el respectivo texto legislativo que regule las funciones de este Tribunal, está obligada a cumplir para mantener el funcionamiento integral del Estado.

Así, la Sala Constitucional, al igual que las demás Salas que integran el Tribunal Supremo de Justicia, está obligada a conocer y decidir todos aquellos casos que cursaban por ante la extinta Corte Suprema de Justicia, así como aquellos que ingresen, atendiendo a la afinidad existente entre la materia debatida en el caso concreto y la especialidad que le ha sido conferida. En el caso de la Sala Constitucional le corresponde no solamente la interpretación del Texto Fundamental, sino la fijación de criterios uniformes que permitan la orientación de las instituciones y procedimientos afines con la materia, cuyo conocimiento le ha sido atribuido.

Ahora bien, en el caso de autos ha sido interpuesta una acción de amparo constitucional conjuntamente con medida cautelar contra las actuaciones administrativas provenientes de la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, consistentes en las Licencias de Funcionamiento e Instalación otorgadas a las empresas Inversiones Camirra, S.A. e Inversiones 33, C.A., relativas al funcionamiento e instalación de unas Salas de Bingo en las Urbanizaciones Las Mercedes y La Trinidad, respectivamente, por considerar que tales actos resultan violatorios de los artículos 62, 70, 141, 137 y 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y de los artículos 23, 24 y 25 de la Ley para el control de los Casinos, Sala de Bingo y Máquinas Traganíqueles. En tal sentido, se observa que al estar relacionada la presente controversia con la materia constitucional, y como quiera que la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles en su artículo 56, asigna la competencia para conocer de los amparos que se intenten en esa materia a la extinta Corte Suprema de Justicia, hoy Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala por ser la de materia afín con el asunto debatido en autos, se declara competente para conocer esta causa. Así se decide". (Resaltado de la Sala).

Igualmente, la referida Sala del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1652 del 30 de julio de 2007, caso: UNIGAMES, C.A, señaló lo siguiente:

"Ahora bien, la competencia por la materia para conocer de las acciones de amparo contra la referida comisión, es asignada por el artículo 56 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles a la extinta Corte Suprema de Justicia, hoy Tribunal Supremo de Justicia, por lo que siendo el *thema decidendum* materia afín al de esta Sala Constitucional, se declara competente para conocer la acción de amparo interpuesta el 3 de noviembre de 2005; y así se declara". (Negrillas del propio texto y subrayado de esta Corte). (Véase entre otras sentencia de la referida Sala del 13 de agosto de 2001, caso: Asdrúbal José Quintero).

Ahora bien, dado que de conformidad con el supra señalado artículo 56, el único Tribunal competente para conocer de las acciones de amparo constitucionales con ocasión a la aplicación de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo anula la decisión dictada en fecha 29 de enero de 2007 por el Juzgado Superior Civil y Contencioso Administrativo de la Región Los Andes, mediante la cual declaró con lugar la acción de amparo constitucional interpuesta, y en consecuencia, debe declarar con lugar la apelación ejercida por el abogado Jesús Salazar, en su carácter de Fiscal Décimo Tercero del Ministerio Público. Así se decide.

CPCA

13-12-2007

Juez Ponente: Neguyen Torres López

Caso: Maitrelly Vanesa Arenas Osuna vs. Universidad Santa María

En los supuestos donde el contencioso administrativo general le asigne la competencia a las Cortes de lo Contencioso Administrativo para el control de los actos administrativos dictados por los órganos y entes de la Administración Pública, ese criterio no será aplicable para las acciones constitucionales de amparo interpuestas de forma autónoma, aplicando en razón del acceso a la justicia la competencia de los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo con competencia territorial donde se ubique el ente descentralizado funcionalmente o se encuentre la dependencia desconcentrada de la Administración Central que por su jerarquía no conozca la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Corresponde a esta Corte entrar a pronunciarse acerca de la competencia para conocer de la presente acción de amparo constitucional ejercida en contra de la UNIVERSIDAD SANTA MARIA, a tal efecto observa:

Un pronunciamiento al respecto reviste vital importancia si se tiene en cuenta que la competencia de los órganos jurisdiccionales constituye un elemento de orden público que condiciona el ámbito de actuación y con ello la validez y eficacia de las decisiones adoptadas por los jueces.

En efecto, la función jurisdiccional se ejerce dentro de los límites previamente consagrados por el ordenamiento jurídico. Una de tales limitaciones viene dada precisamente por la extensión del ejercicio de dicha función, la cual estará determinada por la competencia que tenga atribuida el Juez (para conocer determinada controversia y resolverla mediante una decisión válida y susceptible de ejecución), bien sea en razón de la materia, el territorio o la cuantía, elementos éstos que tradicionalmente han sido establecidos para definir y delimitar el rango de actuación entre los diversos órganos jurisdiccionales que forman parte del Poder Judicial.

La relevancia de la competencia del órgano jurisdiccional como presupuesto esencial del proceso ha sido resaltada por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, entre otras, mediante sentencia del 5 de abril de 2006 caso: C.A. Corporación Elea, en cuya oportunidad precisó lo siguiente:

“...Ahora bien, la competencia es un requisito de validez para el pronunciamiento de una sentencia válida, por tanto, la sentencia dictada por un juez incompetente debe reputarse nula y no puede surtir efectos jurídicos. Ello, por cuanto, como sucede en el presente caso, resultarían transgredidos los numerales 3 y 4 del artículo 49 de la Constitución.

Así, lo dejó expuesto esta Sala en sentencia número 622 de del 2 de mayo de 2001, (Caso: José Amaro López y Liz Verónica Amaro Peña) en la que indicó lo siguiente:

‘Siendo la competencia el factor que fija límites al ejercicio de la jurisdicción o, como se señala comúnmente, la medida de la jurisdicción, la debida competencia, en nuestro ordenamiento procesal vigente, es un presupuesto de validez para el pronunciamiento de una sentencia válida sobre el mérito; por ello, la sentencia dictada por un juez incompetente es absolutamente nula e ineficaz.

Ahora bien, cuando el juez actúa con manifiesta incompetencia y procede a dictar sentencia de mérito incurre en una evidente transgresión al artículo 49 numeral 3 de la Constitución, ya que carece de aptitud o cualidad para juzgar.

Igualmente resulta violado, en consecuencia, el numeral 4 del referido artículo 49, ya que dicha carencia de aptitud en el juez conlleva a que el justiciable no sea juzgado por sus jueces naturales, derecho esencial a ser observado en toda causa. Es evidente que un juez incompetente, además, nunca podrá ser el juez natural de la causa, mucho menos en el presente caso que se trata de una incompetencia por la materia, la cual no puede ser derogada por convenios de las partes porque es de eminente orden público'...".

Ciertamente, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala expresamente en el numeral 3 de su artículo 49 que "...Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonablemente determinado legalmente por un tribunal competente...", para luego expresar en el numeral 4 del mismo artículo que "...Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales...". A tal fundamentación jurídica cabría agregar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 26 del Texto Constitucional, el cual no debe ser enfocado de manera limitante como el derecho de acceso de toda persona a los órganos de administración de justicia, sino que el mismo debe abarcar el derecho a obtener una sentencia susceptible de ejecución, para lo cual será un requisito vital el que tal decisión haya emanado de un juez competente.

Una vez realizados los anteriores señalamientos se debe precisar que ha sido reiterada la jurisprudencia de los Tribunales que integran la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que señala que la competencia en materia de amparos constitucionales ejercidos en forma autónoma, se determina conforme a los criterios orgánico y material, esto es, en razón del órgano del cual emana el acto y de la naturaleza del derecho presuntamente vulnerado, respectivamente, aspectos éstos que han sido desarrollados en los fallos dictados por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal en los casos: Emery Mata Millán y Yoslena Chanchami-re Bastardo.

En este sentido, se declaraba la competencia de las Cortes de lo Contencioso Administrativo para conocer en primera instancia de los amparos constitucionales autónomos en virtud del órgano del cual emanaba la acción u omisión objeto del amparo, siendo éste el que prevalecía en el supuesto de los agravios provenientes de la Administración, por cuanto quedaba sometido al control jurisdiccional de las Cortes de lo Contencioso Administrativo, en virtud de la competencia residual que recaía en estos Órganos Jurisdiccionales.

Ahora bien, a partir de la sentencia N° 1.700 de fecha 7 de agosto de 2007 emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, varió el criterio que se venía aplicando en relación a la competencia de los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer en primera instancia de los amparos constitucionales interpuestos de forma autónoma.

Al respecto, considera esta Corte oportuno citar parte del referido fallo, para lo cual se transcribe lo siguiente:

"...Al respecto, la aplicación del criterio orgánico siempre se ha ceñido al régimen general de competencias del contencioso administrativo, estableciéndose una análoga equiparación en el conocimiento de los recursos contencioso administrativos y la acción de amparo constitucional.

En los términos en que ha sido empleado el criterio orgánico tiene cierta ilogicidad, toda vez que no se está frente a un control objetivo de los actos de la Administración (aunque esto incida en la esfera subjetiva de los particulares) sino frente a la protección de situaciones jurídicas subjetivas constitucionales. De modo que si la aplicación del criterio orgánico delimita la competencia en un tribunal cuya ubicación aleje al afectado de la posibilidad de accionar en amparo se está en presencia de una conclusión que obstaculiza al justiciable el acceso a la justicia.

Este último señalamiento se hace en consideración al supuesto de la competencia residual de las Cortes de lo Contencioso Administrativo -proveniente de la competencia que en su momento la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia le atribuía a la entonces Corte Primera de lo Contencioso Administrativo- que asignaba en esta instancia el conocimiento del contencioso administrativo de los órganos de inferior instancia de la Administración Central, sin importar el domicilio del acto o la ubicación geográfica de la dependencia. En este caso, el control del acto basado en la jerarquía del ente u órgano para una asignación residual de competencia podría ser un determinante de atribución de competencia dentro del ámbito de asignación para los tribunales contenciosos administrativos; sin embargo, la aplicación del criterio de la competencia residual de las Cortes en materia de amparo constitucional resulta un obstáculo para el ejercicio de la acción de amparo, propia de la tutela de situaciones jurídicas fundamentales constitucionalmente garantizadas.

En suma, considerar la aplicación del criterio de competencia residual puede resultar atentatorio para el caso en que existan dependencias administrativas de inferior jerarquía que se encuentren desconcentradas -vgr. Inspectorías del Trabajo- o que su ubicación sea ajena a la ciudad de Caracas, como ocurre por ejemplo en el caso de algunas Universidades Nacionales, Colegios Universitarios y Colegios Profesionales. Inclusive, aplicar dicho criterio en amparo, como ocurre en áreas especiales como el caso de contencioso funcionarial, y hasta, por la protección en amparo en áreas particulares como en el caso de los servicios públicos, tal como así lo dispone el artículo 259 de la Constitución, haría prácticamente nugatorio para los afectados ejercer el amparo en procura de proteger sus derechos si obligatoriamente deben accionar ante las Cortes de lo Contencioso al margen del lugar donde ocurrió la afectación del derecho, o el lugar donde en realidad se encuentre el ente o dependencia administrativa.

En conclusión, considera esta Sala que mantener el criterio residual para el amparo partiendo de lo que establecía el artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no resulta idóneo frente al principio de acceso a la justicia, siendo necesario aproximar la competencia en aquellos tribunales contenciosos más próximos para el justiciable, ello, por considerarse que de esta manera en lo referente a la protección constitucional se estaría dando cumplimiento a la parte final del artículo 259 de la Constitución cuando dispone que el deber para el Estado de 'disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa'.

Lo expuesto ya ha sido advertido por este Alto Tribunal, al establecer que la distribución competencial en amparo constitucional debe realizarse atendiendo no sólo a la naturaleza de los derechos lesionados, conforme lo indica el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, sino además salvaguardando el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte accionante, señalándose como competente al Tribunal de mayor proximidad para el justiciable. Verbigracia, ha sido el criterio que imperó en la sentencia de esta Sala N° 1333/2002; así también la sentencia de la Sala Plena N° 9/2005 que citó a la primera. Inclusive, respecto a la distribución competencial para conocer de los recursos de nulidad interpuestos contra los actos administrativos dictados por las Inspectorías del

Trabajo, esta Sala, en la sentencia N° 3517/2005, indicó que el conocimiento de tales recursos “corresponde en primer grado de jurisdicción a los Juzgados Superiores Contencioso Administrativos Regionales, y en apelación a las Cortes de lo Contencioso Administrativo, todo ello en pro de los derechos de acceso a la justicia de los particulares, a la tutela judicial efectiva, a la celeridad procesal y el principio pro actione, en concatenación con lo previsto en el artículo 257 de la Carta Magna, relativo al proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia...” (resaltado del texto citado), extracto que resume la clara intención del Máximo Tribunal de darle mayor amplitud al derecho al acceso a la justicia que estatuye el artículo 26 de la Constitución

Por ende, esta Sala determina que el criterio residual no regirá en materia de amparo, por lo que en aquellos supuestos donde el contencioso administrativo general le asigne la competencia a las Cortes para el control de los actos, ese criterio no será aplicable para las acciones de amparo autónomo, aplicándose, en razón del acceso a la justicia, la competencia de los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo con competencia territorial donde se ubique el ente descentralizado funcionalmente (v.gr. Universidades Nacionales) o se encuentre la dependencia desconcentrada de la Administración Central, que, por su jerarquía, no conozca esta Sala Constitucional.

En igual sentido, y para armonizar criterio, lo mismo ocurrirá si el amparo autónomo se interpone contra un ente u órgano de estas características que, con su actividad o inactividad, haya generado una lesión que haya acontecido en la ciudad de Caracas: en este caso la competencia recaerá en los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital.

Por último, en caso de apelación, la competencia en este supuesto sí corresponderá a las Cortes, quienes decidirán en segunda y última instancia en materia de amparo”.

En virtud de lo anterior, esta Corte observa que, a partir del fallo parcialmente transcrito, se desaplicó el criterio de la competencia residual utilizado en materia de amparo constitucional, por no resultar eficaz frente al principio de acceso a la justicia y salvaguardar de esta forma el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte accionante, declarándose competente al Tribunal mas próximo para el justiciable.

Así las cosas, conforme al razonamiento desarrollado por la Sala Constitucional, en los supuestos donde el contencioso administrativo general le asigne la competencia a las Cortes de lo Contencioso Administrativo para el control de los actos administrativos dictados por los órganos y entes de la Administración Pública, ese criterio no será aplicable para las acciones constitucionales de amparo interpuestas de forma autónoma, aplicando en razón del acceso a la justicia la competencia de los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo con competencia territorial donde se ubique el ente descentralizado funcionalmente o se encuentre la dependencia desconcentrada de la Administración Central que por su jerarquía no conozca la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Ahora bien, debe indicarse que tanto en la parte motiva como en la dispositiva de la decisión anteriormente transcrita se puede observar que se señala expresamente que el criterio desarrollado en la decisión a la que se ha hecho mención es de carácter vinculante, ordenándose en consecuencia la publicación del fallo, tanto en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, como en la página web del Tribunal Supremo de Justicia.

Ciertamente, tal carácter de la jurisprudencia de la Sala Constitucional sobre la competencia en materia de amparo ya había sido establecido en la ampliamente difundida sentencia

Nº 1 del 20 de enero de 2000 (caso: Emery Mata Millán), oportunidad en la cual, una vez delimitados los criterios a seguir para determinar tal competencia, se señaló que éstos serían vinculantes para las demás Salas así como para los demás Tribunales de la República, ello de conformidad con lo previsto en el artículo 335 de la Carta Magna. Como puede verse, en dicha oportunidad, se reguló por vía jurisprudencial lo relativo a la competencia en materia de amparos, establecida en los artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Sobre este punto, el autor Néstor Sagüés en su libro *La interpretación judicial de la Constitución* señala lo siguiente: "...también le toca al Poder Judicial, si se trata de dar 'fuerza normativa' a la Constitución, algo más que vetar la acción inconstitucional de los órganos del Estado. En los supuestos de inconstitucionalidad por omisión, le corresponde obligar (en la forma en que el derecho constitucional de cada país lo establezca) a esos órganos renuentes, a adoptar aquellas normas y actos o hechos inconstitucionalmente incumplidos. Esto importa un 'hacer judicial dirigido a impulsar la actividad de los poderes del Estado.

En otros casos el Poder Judicial asume directamente roles positivos, adoptando por sí medidas y pronunciamientos que se vinculan directamente con la 'fuerza normativa' de la Constitución..." (SAGÜÉS P. Néstor. *La Interpretación Judicial de la Constitución*).

Por lo tanto, partiendo de tales premisas, visto que nuevamente mediante vía jurisprudencial, esta vez en virtud de la sentencia Nº 1700 del 7 de agosto de 2007, se estableció el régimen de competencias en materia de amparo constitucional, esta Corte considera imperativo aplicarlo al caso de autos, para lo cual debe precisarse lo siguiente:

Se observa que en el presente caso, la acción de amparo constitucional fue interpuesta en forma autónoma contra la UNIVERSIDAD SANTA MARÍA y en virtud del criterio de competencia residual que imperaba para la fecha del acto dictado por la referida Universidad, recaía la competencia en Primera Instancia en estos órganos jurisdiccionales.

No obstante, en fiel acatamiento del criterio vinculante sentado por la Sala Constitucional en la sentencia Nº 1700 del 7 de agosto de 2007, esta Corte debe necesariamente declarar su Incompetencia para conocer del caso de autos, por lo que declina la competencia al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, que corresponda previa distribución, por ser el Tribunal competente en primera instancia de conformidad con el criterio jurisprudencial antes expuesto, para conocer de la acción de amparo constitucional interpuesta contra la UNIVERSIDAD SANTA MARÍA, ello en aras de salvaguardar el derecho al juez natural, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva de las partes. Así se decide.

Voto Salvado Juez Javier Tomás Sanchez Rodríguez

El Juez JAVIER TOMÁS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, quien suscribe el presente voto salvado, disiente de la decisión adoptada por la mayoría sentenciadora mediante la cual se declaró la incompetencia para conocer de la acción de amparo constitucional interpuesta por la ciudadana MAITRELLY VANESSA ARENAS OSUNA, asistida por la Abogada Esther Díaz Blanco, contra la UNIVERSIDAD SANTA MARÍA, y se declinó su conocimiento en los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital.

Al respecto, el fallo del cual se disiente fue dictado con fundamento en las siguientes consideraciones:

“...Ahora bien, a partir de la sentencia N° 1.700 de fecha 7 de agosto de 2007 emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, varió el criterio que se venía aplicando en relación a la competencia de los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer en primera instancia de los amparos constitucionales interpuestos en forma autónoma.

Al respecto, considera esta Corte oportuno citar parte del referido fallo, para lo cual se transcribe lo siguiente:

...*omissis*...

En virtud de lo anterior, esta Corte observa que, a partir del fallo parcialmente transcrito, se desaplicó el criterio de la competencia residual utilizado en materia de amparo constitucional, por no resultar eficaz frente al principio de acceso a la justicia y salvaguardar de esta forma el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte accionante, declarándose competente al Tribunal mas (sic) próximo para el justiciable.

Así las cosas, conforme al razonamiento desarrollado por la Sala Constitucional, en los supuestos donde el contencioso administrativo general le asigne competencias a las Cortes de lo Contencioso Administrativo para el control de los actos administrativos dictados por los órganos y entes de la Administración Pública, ese criterio no será aplicable para las acciones constitucionales de amparo interpuestas de forma autónoma, aplicando en razón del acceso a la justicia la competencia territorial donde se ubique el ente descentralizado funcionalmente o se encuentre la dependencia desconcentrada de la Administración Central que pos su jerarquía no conozca la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

...*omissis*...

Por lo tanto, partiendo de tales premisas, visto que nuevamente mediante vía jurisprudencial, esta vez en virtud de la sentencia N° 1700 del 7 de agosto de 2007, se estableció el régimen de competencias en materia de amparo constitucional, esta Corte considera imperativo aplicarlo al caso de autos, para lo cual debe precisarse lo siguiente:

Se observa que en el presente caso, la acción de amparo constitucional fue interpuesta en forma autónoma contra la UNIVERSIDAD SANTA MARÍA y en virtud del criterio de competencia residual que imperaba para la fecha del acto dictado por la referida Universidad, recaía la competencia en Primera Instancia en estos órganos jurisdiccionales.

No obstante, en fiel acatamiento del criterio vinculante sentado por la Sala Constitucional en la sentencia N° 1700 del 7 de agosto de 2007, esta Corte debe necesariamente declarar su Incompetencia para conocer del caso de autos, por lo que declina la competencia al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, que corresponda previa distribución, por ser el Tribunal competente en primera instancia de conformidad con el criterio jurisprudencial antes expuesto, para conocer de la acción de amparo constitucional interpuesta contra la UNIVERSIDAD SANTA MARÍA, ello en aras de salvaguardar el derecho al juez natural, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva de las partes...”

Así, la razón que me hace disentir de la decisión adoptada por los demás miembros de esta Corte está referida al hecho que se aplique retroactivamente el criterio vinculante expuesto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la decisión N° 1700 de fecha 07 de agosto de 2007, caso: *Carla Mariela Colmenares Ereú*.

Ello, por cuanto si bien la referida sentencia establece que el criterio residual que impera en el contencioso general mediante el cual le son determinadas las competencias a las Cortes de lo Contencioso Administrativo no regirá en materia de amparo, considera quien disiente que este razonamiento debe ser aplicado siguiendo las directrices que dispone el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, que reza lo siguiente:

“...La jurisdicción y la competencia se determinan conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda, y no tienen efecto respecto de ellas los cambios posteriores de dicha situación, salvo que la ley disponga otra cosa...”.

De la norma supra citada se desprende que salvo disposición expresa de la ley, las reglas sobre la jurisdicción y la competencia que deben tomarse en cuenta para todo el transcurso del proceso, ante los cambios sobrevenidos en ellas, son las reglas o criterios atributivos que existían para el momento de la presentación de la demanda.

Ahora bien, en el presente caso estamos ante una variación de la competencia, razón por la cual estima quien disiente que la presente acción de amparo debía ser decidida por esta Corte, en virtud del principio de la *perpetuatio fori*, según el cual, salvo que la ley así lo disponga, los cambios sobrevenidos en los criterios aplicables a la competencia no afectan a las causas que ya se encuentren en proceso.

Aunado a lo anterior, quien disiente considera oportuno mencionar que la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia considera que la aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial resulta violatorio a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Así lo dispuso la mencionada Sala en sentencia N° 891 del 05 de mayo de 2006, caso: Gabriela Rossi, en la cual expresó:

“...En el caso de autos, la quejosa denunció la violación a sus derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa, al debido proceso, a la obtención de oportuna y adecuada respuesta, a la igualdad ante la Ley, y a los principios de seguridad jurídica, confianza legítima o expectativa plausible que acogieron los artículos 26, 49 y 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por parte del pronunciamiento que emitió el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Área Metropolitana de Caracas, el 26 de abril de 2004, por cuanto, en dicha actuación jurisdiccional, el juzgador desechó la totalidad de los medios probatorios que habían sido promovidos por la parte actora, por cuanto ésta no había indicado en su escrito de promoción de pruebas, el objeto de las mismas.

Esta Sala considera que la actuación del supuesto agravante configuró la aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial, pues el mismo había sido establecido en una decisión de la Sala de Casación Civil, del 16 de noviembre de 2001, y se aplicó a un proceso en el cual las pruebas ‘fueron debidamente proveídas por el Tribunal de la causa, en autos de fechas 06 de julio de 2001 y 09 de julio de 2001.’

En este sentido, evidencia la Sala que, en efecto, el contenido de dicho acto de juzgamiento agravó los principios de seguridad jurídica, confianza legítima o expectativa plausible de la quejosa, pues el Juez Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Área Metropolitana de Caracas sancionó, a la parte actora, por el incumplimiento de una carga procesal que no existía para la oportunidad en que le correspondió promover pruebas, mediante la aplicación de un criterio jurisprudencial que fue expedido con posterioridad a ese momento. Ello ha sido reconocido, por esta Sala, en fallos anteriores (sentencia del 19 de diciembre de 2003, caso: Jesús González Hernández) en el sentido de que ‘La aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial, iría en contra de la seguridad jurídica que debe procurarse en todo Estado de Derecho’...”. (Destacado del Disidente)

En razón de lo anteriormente expuesto, considera quien disiente que esta Corte debió conocer de la presente acción de amparo y no declinar su competencia en los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, por cuanto para el momento en que fue interpuesta la presente acción, esto es el 31 de julio de 2007, aún no se encontraba en vigor el criterio expuesto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la referida decisión del 07 de agosto del mismo año, por lo que se estaría causando

un retardo injustificado en la tramitación de la acción, cuya característica, entre otras, es la celeridad, vulnerándose así la norma contenida en el artículo 26 del Texto Fundamental.

Queda de esta forma expresado el criterio de este Juez, a través del presente voto salvado que se hace público en la misma fecha de la decisión analizada.

B. *Objeto: Amparo contra normas*

TSJ-SC (2041)

2-11-2007

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuñp

Caso Cruz Ramón Guerra y otros vs. Normas que desarrollan las Disposiciones Transitorias 1° y 2° del Estatuto Funcionario de la Asamblea Nacional

En el amparo constitucional delimitado en la primera parte del artículo 3 de la ley, el afectado debe indicar concretamente cómo la ejecución de la norma conculca sus derechos fundamentales, dado que lo que se busca a través de este medio procesal, es el cese de los efectos llevados en cumplimiento del precepto tildado como lesivo, mas no el dispositivo en sí -salvo que se trate de normas autoaplicativas- ya que, de atacarse directamente a la norma mediante dicha vía, se conseguiría efectos semejantes al recurso de inconstitucionalidad, lo que desfiguraría el fin lógico del amparo.

C. *Legitimación*

TSJ-SC (2042)

2-11-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasqueño López

Caso: Néstor Luis Romero Méndez

La Sala declara inadmisibile la acción de amparo por falta de legitimación del accionante, ya que no expuso de qué forma su situación jurídica personal se vería afectada por las actuaciones denunciadas, referidas estas a la violación del artículo 342 por parte del proyecto de Reforma Constitucional.

En primer lugar, evidencia esta Sala que el presente amparo contiene todos los requisitos que exige el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y así se declara.

Determinado lo anterior, esta Sala pasa a pronunciarse respecto a la admisibilidad de la presente acción de amparo constitucional, a la luz de los supuestos establecidos en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y, en tal sentido, observa que la presunta amenaza de lesión denunciada por los accionantes está atribuida a una actuación concreta imputada al Presidente de la República y a la Asamblea Nacional, específicamente, al Presidente de la República, por haber presentado, y a la Asamblea Nacional, por haber admitido para su discusión, el Proyecto de Reforma Constitucional presentado, el 15 de agosto de 2007, por el Jefe del Estado, ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías.

La supuesta amenaza de infracción constitucional está referida a la inclusión en el aludido proyecto de reforma constitucional de normas que, en opinión del accionante, modifican

la estructura y principios fundamentales del Texto Constitucional, en contravención a los límites establecidos en el artículo 342 de la Constitución vigente.

Al respecto, debe indicarse que esta Sala Constitucional, en reiterada jurisprudencia (ver sentencia N° 1668 del 13 de julio de 2005 y N° 481 del 10 de marzo de 2006), ha señalado que toda lesión en la esfera particular de los derechos constitucionales de cualquier persona, genera en ella la cualidad suficiente para incoar un amparo en protección de su situación jurídica constitucionalmente tutelada.

En tal sentido, se ha afirmado que esta particular acción de tutela ostenta un carácter personalísimo, de modo que sólo puede ser incoada por el afectado inmediato de la infracción constitucional, dejando a salvo supuestos especiales, como los reclamos efectuados en protección de los derechos colectivos o difusos, que nacen del reconocimiento de esta esfera de derechos por parte del artículo 26 de la Constitución, o el caso del amparo a la libertad y la seguridad personal, en el que cualquier persona está legitimada para intentarlo, entendiéndose que -dada la situación del afectado por la privación ilegítima de su libertad- no puede procurarse por sí mismo tal defensa.

Es así como, el amparo, en cuanto derecho constitucional, sólo nace en cabeza de quien ha visto menoscabado el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y, por tanto, sólo a él está dada la legitimidad para instar a la jurisdicción su inmediato restablecimiento. Por ello, reitera la Sala su doctrina respecto a que, en todo proceso de amparo, el accionante está obligado a demostrar la concurrencia de ciertas circunstancias, a saber: a) la existencia de una situación jurídica que le sea propia y en la cual se encuentra, b) la infracción de derechos y garantías constitucionales que le correspondan, c) el autor de la trasgresión y d) la lesión que las violaciones constitucionales puedan causar o le causaron en su situación jurídica.

En este mismo orden de ideas, esta Sala, en sentencia N° 1.234 del 13 de julio de 2001, señaló que:

“La legitimación activa del accionante en amparo, viene determinada porque en su situación jurídica exista la amenaza o la posibilidad de que se consolide un daño irreparable, proveniente de una infracción de naturaleza constitucional, por lo que pretende se enerve la amenaza, o se le restablezca la situación jurídica infringida.

Lo importante es que el accionante pueda verse perjudicado en su situación jurídica por la infracción de derechos o garantías constitucionales que invoca, lo que le permite incoar una pretensión de amparo contra el supuesto infractor, sin diferenciar la ley, en principio, si los derechos infringidos son derechos o garantías propios del accionante o de terceros, así estos últimos no reclamen la infracción.

A juicio de esta Sala, la legitimación del accionante en amparo nace del hecho de que su situación jurídica, se haya visto amenazada o menoscabada por una infracción de naturaleza constitucional, la cual puede ser directamente contra sus derechos o garantías constitucionales, o indirectamente, cuando afecta los derechos constitucionales de otro, pero cuya infracción incide directamente sobre una situación jurídica. En estos últimos casos, surge una especie de acción de amparo refleja, donde el accionante, sin notificárselo al titular del derecho infringido, se sustituye en el derecho ajeno, y que procede en aquellos casos donde el tercero no puede renunciar a sus derechos si no ejercerlos, lo que no hace, a veces por desconocer la trasgresión. Se trata de los derechos constitucionales violados que no son los propios del accionante sino ajenos, pero por ser la legitimación para incoar el amparo personalísima, es necesario que exista una conexidad entre el accionante y el tercero, hasta el punto que la violación de los derechos de éste, puedan asimilarse a la trasgresión de derechos propios”.

De allí, que la legitimación activa en una acción de amparo la tienen, en principio, quienes hayan sido directamente afectados en sus derechos constitucionales, y no los que tengan un simple interés en que la misma sea procedente, salvo, cuando se trate de un *hábeas corpus, strictu sensu*, o de tutela de derechos o intereses colectivos o difusos conforme lo dispone los artículos 27 de la Constitución y 41 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, o de un amparo contra sentencia, que tenga como objeto la tutela del derecho a la libertad y seguridad personal -que no es el caso de autos- asuntos en los cuales la legitimación activa deja de ser determinada por la afectación directa para ser extendida a cualquier persona que actúe en nombre del afectado. (Vid. Sentencia N° 412 de 8 de marzo de 2002, caso: *Luis Reinoso*).

Así pues, la legitimación a la causa alude a quién tiene derecho, por determinación de la ley, para que, en condición de demandante, reclame al respectivo órgano judicial la resolución de sus pretensiones con fundamento en Derecho; por ello estima esta Sala, como lo ha señalado antes (ver sentencia N° 102 del 06 de febrero de 2001, caso: *Oficina González Laya, C.A.*, entre otras), que en atención a la naturaleza jurídica del juicio de amparo y a su teleología, la falta de legitimación debe ser considerada como una causal de inadmisibilidad que afecta el ejercicio de la acción, la cual debe ser declarada de oficio por el sentenciador, para que se evite el dispendio de actividad jurisdiccional, lo cual se encuentra en consonancia con el fin último de la institución del amparo y con los principios generales que orientan su concepción, como son la celeridad, la economía procesal y la urgencia, todo ello con el fin de que se eviten dilaciones inútiles.

En el asunto bajo examen, el accionante no señaló cuál es la situación jurídica subjetiva lesionada o amenazada por las actuaciones que denunció como lesivas. En efecto, la denuncia planteada está referida a la supuesta amenaza de infracción constitucional producida por la inclusión en el contenido del Proyecto de Reforma presentado ante la Asamblea Nacional por iniciativa del Presidente de la República, de normas que, en opinión del accionante, modifican la estructura y principios fundamentales del Texto Constitucional, en contravención a los límites establecidos en el artículo 342 de la Constitución vigente. Sin embargo, no expuso de qué forma su situación jurídica personal se vería afectada por las actuaciones denunciadas, ya que sólo se limitó a señalar la presunta inconstitucionalidad del aludido proyecto de reforma.

Por otra parte, se observa que el artículo 342 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, norma constitucional que señala infringida, únicamente se circunscribe a establecer el objeto de la reforma constitucional, sus límites y a quien corresponde su iniciativa, en los términos siguientes:

“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”.

Del precepto transcrito se evidencia que la norma constitucional que se denuncia quebrantada no consagra derechos, garantías o libertades de carácter individual. De igual forma, se advierte que dicha norma no establece derechos difusos, ya que la misma no prevé una prestación genérica o indeterminada en cuanto a sus posibles beneficiarios, en los términos establecidos por la doctrina de esta Sala (ver sentencia 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: *Henrique Capriles Radonski*; 2634/2002, caso: *Defensoría del Pueblo*; 3342/2002 y 2/2003, caso: *Felíx 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.*, 3648/2003, caso: *Fernando Asenjo y otros*, entre otras decisiones).

Por otra parte, también observa la Sala que el amparo interpuesto no puede ser considerado como ejercido en protección de derechos colectivos, ya que se ejerció en nombre propio y no en nombre de un sector poblacional determinado e identificable.

Así las cosas, advierte la Sala que, en sentencia N° 5007 del 15 de diciembre de 2005, caso: *Andrés Sanclaudio Cavellas*, expresó que: "... la legitimación *ad causam*, es un problema de afirmación del derecho, es decir, está supeditada a la actitud que tome el actor en relación a la titularidad del derecho. Si la parte actora se afirma titular del derecho entonces está legitimada activamente, si no, entonces carece de cualidad activa (...). La legitimidad se encuentra establecida en el ordenamiento jurídico venezolano en virtud de los principios de economía procesal y seguridad jurídica, debido a que ella le permite al Estado controlar que el aparato jurisdiccional sea activado sólo cuando sea necesario y que no se produzca la contención entre cualesquiera parte, sino entre aquellas que ciertamente existe un interés jurídico susceptible de tutela judicial(...)".

Igualmente, esta Sala, en sentencia N° 1807 del 28 de septiembre de 2001 caso: *Josefa Carrasquel*, señaló lo siguiente:

"En tal sentido, el amparo constitucional como medio de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, está limitado sólo a casos en los que sean violados a los peticionarios, en forma directa e inmediata, derechos subjetivos de rango constitucional, para cuyo restablecimiento no existan vías procesales ordinarias, eficaces e idóneas. En consecuencia, sólo procede cuando el accionante, es decir, el sujeto activo de la pretensión tenga aptitud para ser parte del proceso de acuerdo a la relación que exista entre éste y los hechos constitutivos de la lesión aducida. De acuerdo a lo anterior, la legitimación para ejercer la acción de amparo constitucional, sólo la tiene aquél que se vea lesionado o amenazado con la violación a sus derechos o garantías constitucionales" (Subrayado de este fallo).

En el presente caso, observa la Sala que el ciudadano Néstor Luis Romero Méndez no tiene legitimación activa alguna para incoar la presente acción de amparo constitucional, por cuanto no señaló, ni se evidencia de autos, de qué manera las actuaciones denunciadas como lesivas son susceptibles de vulnerar sus derechos constitucionales.

Es por ello, que, con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19, párrafo 5, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala Constitucional declara inadmisibile la acción de amparo interpuesta, por la falta de legitimación del accionante. Así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa del criterio mayoritario respecto del fallo que antecede y, en consecuencia, salva su voto con fundamento en los siguientes razonamientos:

La sentencia de la que se disiente declaró inadmisibile la demanda de amparo constitucional que intentó el ciudadano Néstor Luis Romero Méndez contra el Presidente de la República y contra la Asamblea Nacional *“por pretender tramitar como reforma, un conjunto de propuestas que modifican la estructura y principios fundamentales del Texto Constitucional vigente”*. Tal declaratoria de inadmisibilidad se realizó de conformidad con el artículo 19, cardinal 5, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por falta de legitimación del demandante.

1. En primer lugar, respecto de la declaración de inadmisibilidad de la demanda de amparo con base en la aplicación supletoria del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, este voto salvante reitera el criterio disidente que ha expuesto en múltiples oportunidades (Entre otras muchas, en sentencias n^{os} 908/07, 1297/07, 1301/07, 1834/07, 1112/07, 1117/07, 1462/07 y 1931/07), en el sentido de que dicha aplicación de normas jurídico positivas tiene, como propósito único, la solución de una situación que no aparezca regulada, o lo esté insuficientemente, por la ley que, en principio, sea la aplicable y, en la situación que se examinó, no existe tal insuficiencia, ya que la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales preceptúa claramente cuáles son los requisitos que debe satisfacer la solicitud de amparo; entre ellos, la legitimación activa, según se desprende del cardinal 2 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En criterio del salvante, se insiste, los supuestos de inadmisibilidad que tienen pertinencia en el procedimiento de amparo son los que derivan de los artículos 6, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, así como los generales que dispone el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con la norma de remisión que contiene el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y con los criterios doctrinales que ha dispuesto esta Sala.

En todo caso, si la mayoría de la Sala consideraba -tal como se lee del fallo- que *“el ciudadano Néstor Luis Romero Méndez no tiene legitimación activa alguna para incoar la presente acción de amparo constitucional, por cuanto no señaló, ni se evidencia de autos, de qué manera las actuaciones denunciadas como lesivas son susceptibles de vulnerar sus derechos constitucionales”*, debió ordenarse al demandante la corrección de la solicitud respecto de lo que establecen los cardinales 4 y 5 del artículo 18 de la Ley especial y debió recaer el referido pronunciamiento de inadmisibilidad sólo en la eventualidad de que caducara el lapso que establece el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, sin que la parte hubiere subsanado el error.

2. En segundo lugar, observa quien disiente que el veredicto que precede incurrió en contradicción, pues si bien declaró inadmisibile la demanda ante la ausencia de legitimación del demandante *“por cuanto no señaló, ni se evidencia de autos, de qué manera las actuaciones denunciadas como lesivas son susceptibles de vulnerar sus derechos constitucionales”*, se afirma, también, que la norma que, según el demandante, habría sido infringida -el artículo 342 de la Constitución- *“no consagra derechos, garantías o libertades de carácter individual”* por lo que, o bien el demandante incurrió en omisión porque no determinó los derechos constitucionales que se le vulneraron, o bien no podía existir derecho alguno derivado de esa norma y, en consecuencia, bajo ese argumento, más que falta de legitimación lo que se hubiese verificado era la improcedencia *in limine* de la demanda de amparo.

El artículo en cuestión reza:

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.

Ahora bien, quien difiere considera que si bien de esa norma constitucional -artículo 342- no se desprende propiamente la existencia de una relación jurídica concreta entre dos sujetos de derecho, es lo cierto que entraña un evidente derecho de rango constitucional y alcance general para todos los ciudadanos, en el sentido de que, sólo por su condición de tales, en cuanto suscriptores del pacto social que es, en definitiva, una Constitución, que determina la directa afectación de su esfera jurídica constitucional cuando dicho pacto es alterado, lo cual les proporciona legitimación para la defensa de dicha esfera jurídica y título jurídico suficiente para exigir a los destinatarios directos de la norma (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 son quienes tienen iniciativa para solicitarla), como conducta determinada de la cual es acreedor aquél, el estricto cumplimiento o apego a ella. En el peor de los casos, se trataría, en términos análogos, de un interés -por oposición a derecho propiamente dicho- igualmente legitimador.

En este caso, independientemente de la procedencia o no de la pretensión de autos, respecto de la cual quien discrepa no formula opinión alguna porque esta no es la oportunidad procesal correspondiente, no cabe duda al salvante de que el artículo 342 entraña un derecho de todos -como miembros de la sociedad suscriptora del pacto social- a que la reforma constitucional proceda -y solo proceda- para "*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*", de manera que, cuando el demandante alegó la supuesta vulneración de esta norma ante una eventual reforma constitucional que incluya modificaciones en la estructura y principios fundamentales del Estado, está, ciertamente, haciendo referencia a la supuesta lesión a derechos constitucionales difusos, los cuales tienen expresa protección constitucional según dispone el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En consecuencia, lo que procedía, en asunto, era la verificación de que no se alegó la violación a derechos constitucionales individualizables, sino la supuesta violación a un derecho difuso de contenido político -a que una reforma constitucional no tenga un objeto distinto al de una revisión parcial de la Constitución y/o al de "*la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del Texto Constitucional*"- y, por cuanto ese derecho difuso es de rango constitucional, en virtud de que deriva directamente de un precepto que recogió el Texto Fundamental, se debió dar curso a la demanda de amparo, la cual, según estableció esta Sala desde su sentencia de principio en la materia, N° 656/00 (Caso *Dilia Parra*), procede también para la protección de derechos colectivos y difusos y no sólo para la protección de derechos fundamentales individuales, y determinar, al resolver el fondo del asunto, si se consumó no la infracción que se alegó.

En síntesis, quien discrepa considera que la demanda no debió declararse inadmisibles por falta de legitimación activa y, por el contrario, debió dársele trámite.

Voto Salvado del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero

Quien suscribe, Magistrado **JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO**, disiente de sus colegas y salva su voto, por las razones siguientes:

1.- En sentencia de 24 de enero de 2002, con ponencia de quien suscribe esta Sala expreso: "Las directrices del Estado Social de Derecho, inciden sobre las libertades económicas y sobre el derecho de propiedad...".

Igualmente el fallo citado acotó: "No es que el Estado Social de Derecho propende a un Estado Socialista, o no respete la libertad de empresa o el derecho de propiedad..."; sin embargo puede "restringir la propiedad con fines de utilidad pública o interés general, o limitar legalmente la libertad económica por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otros de interés social (artículo 112 Constitucional)".

Apuntó igualmente el fallo citado que el Estado Social persigue mantener un equilibrio entre clases, o entre el Estado y los ciudadanos. Ahora bien, los artículos 70, 113, 158, 168, 184, 300, 318 y 321 del Anteproyecto para la primera reforma constitucional propuesta por el Presidente de la República, plantea la construcción del socialismo, de la democracia socialista.

En criterio de quien disiente, un sistema de organización social o económico basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción, como lo es básicamente el socialista, en sus distintas concepciones, cual es el propuesto en el Proyecto de Reforma, chocaría con lo que quien suscribe, y la propia Sala, era considerado Estado Social, y ello -en criterio del disidente- puede afectar toda la estructura y los principios fundamentales del Texto Constitucional, hasta el punto que un nuevo ordenamiento jurídico tendría que ser creado para desarrollar la construcción del socialismo.

No es que Venezuela no puede convertirse en un Estado Socialista. Si ello lo decide el pueblo, es posible; pero a juicio del voto salvante, tal logro sería distinto al que la Sala ha sostenido en el fallo de 24 de enero de 2002 (Caso: *Créditos Indexados*) y ello conduciría no a una reforma de la Constitución sino a una nueva Constitución, la cual debería ser votada por el Poder Constituyente Originario. Al menos, en nuestro criterio esto es la consecuencia del fallo N° 85 de 24 de enero de 2002.

2.- El artículo 113 del Proyecto, plantea un concepto de propiedad, que se adapta a la propiedad socialista, y que es válido, incluso dentro del Estado Social; pero al limitar la propiedad privada solo sobre bienes de uso, es decir aquellos que una persona utiliza (sin especificarse en cual forma); o de consumo, que no es otra cosa que los fungibles, surge un cambio en la estructura de este derecho que dada su importancia, conduce a una transformación de la estructura del Estado. Los alcances del Derecho de propiedad dentro del Estado Social, ya fueron reconocidos en fallo de esta Sala de 20 de noviembre de 2002, con ponencia del Magistrado Antonio García García

3.- Planteado así la cuestión, sobre la cual quien suscribe había emitido opinión en el fallo citado, no es posible considerar que quien pide un amparo ante una propuesta de reforma porque según el solicitante ella modifica la estructura y los principios fundamentales de la Constitución; situación que atañe a cualquier ciudadano de la República, y por tanto afecta directamente a cualquier venezolano que subjetivamente considere que la vía para los cambios no era una reforma, la Sala le niegue el acceso aduciendo que carece de legitimación activa.

El amparo procede contra la amenaza de desmejora de una situación jurídica debido a infracciones constitucionales, y ante una posible reforma constitucional, cualquiera que considere que ella le causaría un daño irreparable, debido a la trascendencia de lo planteado y, que alegue que los mecanismos constitucionales no se están aplicando en la forma señalada en la Carta Magna, tiene -en nuestro criterio- legitimación activa para incoar este amparo, ni siquiera planteándose la acción de derechos colectivos o difusos, sino porque considere que personalmente -debido a lo trascendente de la proposición- lo afecta, por los motivos que expuso en su escrito.

Son estos los motivos de la disensión con la Sala.

Queda así expresado el criterio del disidente.

D. *Procedimiento*

a. *Lapsos procesales*

TSJ-SC

23-11-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Graells José Wetzel Velásquez vs. Decisión Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui

La Sala Costitucional cambia de criterio respecto los lapsos en el procedimiento de amparo, señalando que los lapsos que se contaban por horas deben computarse por días, con la única finalidad de garantizar a los justiciables, que tengan el tiempo suficiente para realizar la correcta defensa de sus intereses.

OBITER DICTUM

No obstante lo expuesto, esta Sala con el objeto de realizar una interpretación coherente respecto de la manera como deben computarse los lapsos en los procedimientos de amparo constitucional, realiza las siguientes consideraciones:

Efectivamente, la Sala en sentencia N° 930 del 18 de mayo de 2007, al realizar la interpretación del artículo 19 de la Ley de Amparo sobre derechos y Garantías Constitucionales, estableció:

“...la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, dotó al procedimiento de amparo de plazos breves que atienden al principio de celeridad, en atención al carácter urgente que reviste a la acción de amparo constitucional. Dichos plazos breves fueron concebidos en beneficio del justiciable, para que obtuviera una pronta respuesta ante la amenaza -o violación- de los derechos que le otorga el texto constitucional; y no para constituirse como un obstáculo en la realización de la justicia.

Ante esta situación, es necesario mencionar que los lapsos procesales no pueden ser ni tan extensos que constituyan un retardo en el proceso, ni tan breves que no permitan al justiciable realizar una correcta defensa de sus intereses. Así para la determinación de lo que constituye un lapso procesal razonable hay que observar su compatibilidad con criterios de proporcionalidad, pertinencia y oportunidad.

A la luz de los criterios anteriores, el plazo de cuarenta y ocho (48) horas otorgado por el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, para que la parte accionante corrija los defectos de que adolece el escrito de amparo o, como ocurrió en el caso de autos, para que consigne copia certificada de aquellos documentos que el

Tribunal considera necesarios para pronunciarse sobre la admisión de la acción; resulta excesivamente corto para tal fin, por lo que no puede interpretarse de modo tan estricto, pues ello impide al justiciable cumplir con la orden del Tribunal y, en consecuencia, acarrea una inadmisibilidad injusta de su pretensión.

En este sentido, establece la Sala que a partir de la publicación del presente fallo, el plazo de cuarenta y ocho (48) horas contemplado en el señalado artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, para subsanar o corregir la acción de amparo constitucional que incumpla con los requisitos establecidos en el artículo 18 eiusdem, deberá interpretarse en beneficio del justiciable como de dos (2) días. Es decir, que el plazo para corregir, no vencerá a las cuarenta y ocho (48) horas exactas contadas desde la hora en que la parte actora fue notificada de la decisión que ordena la corrección, sino que vencerá al finalizar el segundo día siguiente a la fecha de dicha notificación. Así se declara.

De conformidad con los criterios anteriores, resulta evidente para la Sala que la decisión objeto de apelación, al haber solicitado copia certificada de todo el expediente -lo cual no era necesario para pronunciarse sobre la admisibilidad de la acción de amparo- y al haber declarado inadmisibile la misma -por cuanto la parte actora consignó las referidas copias una hora después de vencidas las cuarenta y ocho (48) horas que le fueron otorgadas al efecto, haciendo una interpretación excesivamente literal de la norma contenida en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales-; no se encuentra ajustada a derecho, por lo que debe ser revocada. Así se declara”.

Tal y como se observa, la Sala Constitucional, consideró pertinente que los lapsos que han de contarse por horas, deban computarse por días, todo esto con la única finalidad de garantizar a los justiciables, que tengan el tiempo suficiente para realizar la correcta defensa de sus intereses.

Siendo así, considera la Sala que tal interpretación debe hacerse extensiva a todos los lapsos que involucran el procedimiento de amparo, y muy especialmente al establecido en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, referido a la oportunidad en que se celebrará la audiencia constitucional.

Es decir, que al hacer la aplicación extensiva de la sentencia citada supra, debe entenderse que el lapso de 96 horas indicado en el artículo anterior, es en realidad un lapso de 4 días, razón por la cual los operadores de justicia al fijar dicha oportunidad deberán aplicar el criterio que de manera vinculante se establece a partir de la presente sentencia. A pesar de lo antes indicado, al tratarse la audiencia pública de un acto, debe fijarse a todos los efectos legales y jurisprudenciales una hora para su realización, dentro del aludido lapso. Así se decide.

No obstante, el criterio anteriormente establecido no debe ser aplicado al caso de autos, ya que con ello lesionaría el derecho a la confianza legítima de las partes, así como el principio de la seguridad jurídica, por cuanto, es en este fallo, que la Sala establece por vez primera el referido criterio.

Voto concurrente del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz concurre con la mayoría sentenciadora respecto de la decisión que antecede, por las siguientes razones:

Aunque se comparte el fallo de autos, se discrepa del asentamiento de un criterio vinculante en un “obiter dictum”, porque ello resulta contradictorio.

En efecto, dentro de cualquier veredicto judicial, el fragmento que se identifica como obiter dictum recoge consideraciones adicionales a las que son necesarias para la fundamentación de la sentencia, las cuales, por su naturaleza, no son vinculantes.

Es de doctrina que la porción de los actos jurisdiccionales que vincula al resto de los tribunales del país únicamente es aquella en la que se plasma el razonamiento jurídico que conduce al veredicto que se pronunció, a lo que se dispone y al que se contrae el dispositivo, que se conoce como la ratio decidendi.

En relación con lo precedente, puede leerse una sencilla explicación al respecto, en una enciclopedia virtual de uso corriente y universal, lo siguiente:

Obiter dictum (o, en plural, obiter dicta) es una expresión latina que, literalmente en español significa "dichos de paso", hace referencia a aquellos argumentos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial, que corroboran la decisión principal, pero que no tienen poder vinculante, pues su naturaleza es meramente complementaria.

Estos sólo tienen una "fuerza persuasiva" que depende del prestigio y jerarquía del juez o tribunal del cual emana, constituyéndose como criterio auxiliar de interpretación (para) así tomar una determinación concluyente (http://es.wikipedia.org/wiki/Obiter_dictum)

Ratio decidendi es una expresión latina, que significa literalmente en español "razón para decidir" o "razón suficiente". Hace referencia a aquellos argumentos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que constituyen la base de la decisión del tribunal acerca de la materia sometida a su conocimiento.

En el common law, es decir, en el derecho anglosajón, la ratio decidendi tiene gran importancia, pues al revés del obiter dictum, sí tiene carácter vinculante y, por tanto, obligan a los tribunales inferiores cuando deben resolver casos análogos (principio de stare decisis). (http://es.wikipedia.org/wiki/Ratio_decidendi)

Así, la Sala no puede establecer una opinión vinculante fuera de la ratio decidendi del acto de juzgamiento de que se trate porque sólo aquella posee tal fuerza respecto de los demás juzgados de la República. Ello no impide que el criterio en cuestión se aplique sólo hacia el futuro en respeto, como dispuso la mayoría, a la confianza legítima de que son acreedoras las partes de un proceso determinado.

Queda así expresado el criterio del Magistrado concurrente.

b. *Orden público*

TSJ-SC

23-11-2007

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Graells José Wetzel Velásquez vs. Decisión Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui

El concepto de orden público, a los efectos de la excepción al cumplimiento de ciertas normas relacionadas con los procesos de amparo constitucional, se refiere a la amplitud en que el hecho supuestamente violatorio del derecho o norma constitucional afecta a una parte de la colectividad o al interés general, más allá de los intereses particulares de los accionantes.

E. *Inadmisibilidad: Existencia de vías judiciales ordinarias***TSJ-SC (1826)****9-10-2007**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: José Agustín Melo y otros

Los actos de trámite producidos en el marco de un procedimiento administrativo no son susceptibles de impugnación por la vía del amparo constitucional, ya que éstos pueden ser atacados mediante el ejercicio del respectivo recurso administrativo, según lo previsto por el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en los casos en que se produzca indefensión, prejuzgamiento o imposibilidad de continuar el procedimiento; o mediante el recurso contencioso-administrativo pertinente contra el acto administrativo definitivo.

TSJ SC (2191)**22-11-2007**

Magistrado Ponente: Marco Tulio Dugarte Padrón

Caso: Yvett Lugo Urbaéz y otros vs. acto sancionado el 2 de noviembre de 2007 contentivo de la "Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela"

Eventualmente, la elección de uno de los mecanismos que conforman el ordenamiento jurídico puede resultar idóneo para la protección de algún derecho fundamental que se estime conculcado, en cuyo caso el amparo debe ceder ante la vía existente, si el juez constata que resulta capaz de garantizar la protección de los derechos fundamentales alegados como infringidos, por lo que es claro que la inadmisibilidad debe prosperar, como circunstancia que puede ser subsumida en la causal contenida en la norma antes aludida.

2.- Aunado a lo anterior, los accionantes en amparo constitucional señalaron también como objeto de la presente acción y, a su decir, contrarios a la Constitución y violatorios de sus derechos constitucionales, la conducta desplegada por el Consejo Nacional Electoral en lo atinente al proceso referendario para la reforma de la Constitución, identificando en su escrito y acompañando al mismo los siguientes actos emanados del Consejo Nacional Electoral: 1) la Resolución N° 071024-2826 del 24 de octubre de 2007, contentiva de las "Normas para Regular el Referendo de la Reforma Constitucional"; 2) el formulario contentivo de la "Solicitud de Participación, Organización con fines Políticos Nacional", publicado en varios medios de comunicación social y en la página web de ese organismo; y 3) el Aviso Oficial emitido por ese máximo órgano comicial relativo a la "Consignación de Solicitudes de Participación" para el referendo de reforma constitucional.

Al respecto esta Sala observa lo siguiente:

El artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, dispone textualmente que "(n) *o se admitirá la acción de amparo: (...) 5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes (...)*".

Con fundamento en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cabe acotar que no puede considerarse a la acción de amparo constitucional como la única vía idónea para el restablecimiento inmediato de la situación jurídica alegada como infringida, toda vez que, como se ha sostenido y así lo ha reiterado la Sala en diversos fallos, no toda transgresión de derechos y garantías constitucionales está sujeta de inmediato a la tutela del amparo, ya que para ello existen las vías procesales ordinarias, en las cuales todos los jueces de la República deben restituir la situación jurídica infringida, antes que la lesión se haga irreparable.

Respecto del artículo 6.5 de la mencionada ley, esta Sala en sentencia N° 2.369 del 23 de noviembre de 2001 (caso: Parabólicas Service's Maracay, C.A.), señaló lo siguiente:

“(...) La Sala estima pertinente señalar que la norma prevista en el artículo 6, numeral 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, consagra simultáneamente el supuesto de admisibilidad e inadmisibilidad de la acción de amparo.

Así, en primer término, se consagra claramente la inadmisión de la acción cuando el agraviado haya optado por recurrir a la vías ordinarias o a los medios judiciales preexistentes, sobre el fundamento de que todo juez de la República es constitucional y, a través del ejercicio de los recursos que ofrece la jurisdicción ordinaria, se pueda alcanzar la tutela judicial efectiva de derechos o garantías constitucionales.

No obstante, la misma norma es inconsistente, cuando consagra que, en el caso de la opción por la vía ordinaria, si se alega violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales, la acción de amparo será admisible, caso en el cual el juez deberá acogerse al procedimiento y a los lapsos previstos en los artículos 23, 24 y 26 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y su decisión versará exclusivamente sobre la suspensión o no, de manera provisional, sobre el acto cuestionado de inconstitucionalidad.

En otras palabras, la acción de amparo es inadmisibile cuando el agraviado haya optado por recurrir a vías ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes; por argumento a contrario es admisible, entonces, si el agraviado alega injuria constitucional, en cuyo caso el juez debe acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 y 26 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, a fin de ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado. Ahora bien, para que el artículo 6.5 no sea inconsistente es necesario, no sólo admitir el amparo en caso de injuria inconstitucional, aun en el supuesto de que el agraviado haya optado por la jurisdicción ordinaria, sino, también, inadmitirlo si éste pudo disponer de recursos ordinarios que no ejerció previamente (...).”

El criterio anterior ha sido ratificado por esta Sala en diversos fallos, indicando que para que el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales no sea inconsistente, es necesario no sólo admitir el amparo en caso de injuria inconstitucional, aun en el supuesto de que el agraviado haya optado por la jurisdicción ordinaria, sino, también, inadmitirlo si éste pudo disponer de recursos ordinarios que no ejerció previamente. (Véase, entre otras, sentencia N° 2.094 del 10 de septiembre de 2004, caso: *José Vicente Chacón Gozaine*).

No puede afirmarse de acuerdo con lo expuesto, que el amparo constituya el único medio capaz de ofrecer al justiciable la garantía de un proceso restablecedor de su esfera jurídica cuando hubiese sido lesionada, o sobre la cual haya incidido alguna conducta reputada como antijurídica. Eventualmente, la elección de uno de los mecanismos que conforman el ordenamiento jurídico puede resultar idóneo para la protección de algún derecho fundamental que se estime conculcado, en cuyo caso el amparo debe ceder ante la vía existente, si el juez

constata que resulta capaz de garantizar la protección de los derechos fundamentales alegados como infringidos, por lo que es claro que la inadmisibilidad debe prosperar, como circunstancia que puede ser subsumida en la causal contenida en la norma antes aludida.

Así las cosas, en diversos fallos respecto de la norma contenida en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala ha concluido que el amparo constitucional como acción destinada al restablecimiento de un derecho o una garantía constitucional que ha sido lesionada, sólo se admite -para su existencia armoniosa con el sistema jurídico- ante la inexistencia de una vía idónea para ello, la cual por su rapidez y eficacia, impida la lesión de los derechos que la Constitución vigente garantiza (Véase sentencias N°s 848 del 28 de julio de 2000, 2.369 del 23 de noviembre de 2001 y, recientemente, 920 del 17 de mayo de 2007).

En tal sentido, si bien la acción de amparo procede contra violaciones de derechos constitucionales o amenaza de violación de los mismos, la Sala debe verificar de las actas que conforman el expediente, la necesidad de interposición de la acción de amparo constitucional, con la finalidad de impedir que la situación jurídica presuntamente infringida sea irreparable y que el ejercicio del recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad, con solicitud de medidas cautelares, no resulte idóneo para lograr una efectiva tutela judicial en favor de los accionantes.

Al respecto, esta Sala ha señalado que la normativa dictada por el Consejo Nacional Electoral para regular los procesos referendarios constituye un acto de ejecución directa e inmediata de la Constitución, pues se deriva inmediatamente de una norma constitucional y que no se ha dictado una ley para regular ninguna de las modalidades referendarias, de tal manera que la normativa elaborada a tales efectos por el mencionado órgano electoral se funda directamente en el artículo 72 y en la Disposición Transitoria Octava de la Carta Magna (véase, entre otras, sentencias N°s 566 del 12 de abril de 2004 y 2494 del 19 de diciembre de 2006). Por tanto, contra dichos actos normativos cabe intentar recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad con la solicitud de medidas cautelares que el recurrente estime pertinentes.

Aplicando lo antes expuesto al caso de autos, la Sala constata que los abogados actores contaban con la vía judicial idónea contra la Resolución N° 071024-2826 del 24 de octubre de 2007, dictada por el Consejo Nacional, contentiva de las "Normas para Regular el Referendo de la Reforma Constitucional", como lo es el recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad previsto en el artículo 5.9 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, al cual podrán acumularse otras pretensiones de nulidad de normas legales o de rango sublegal, conforme a lo previsto en el artículo 5.50 *eiusdem*, siempre que se cumplan los extremos exigidos por la jurisprudencia de esta Sala.

Igualmente, no se evidencia de las actas del expediente que exista una situación de hecho que permita afirmar que los accionantes en amparo puedan sufrir una desventaja inevitable o que la lesión denunciada devenga en irreparable por la circunstancia de utilizar y agotar la vía judicial previa, debido a que los medios procesales preexistentes son insuficientes para restablecer la situación infringida, o porque su procedimiento -dada la naturaleza de la infracción alegada- no cumple con la finalidad de lograr la protección de forma inmediata, toda vez que en el marco de los procesos de nulidad por razones de inconstitucionalidad, la parte actora cuenta con la posibilidad de solicitar medidas cautelares capaces de tutelar la

alegada violación o amenaza de violación de sus derechos e intereses (tales como el amparo cautelar, suspensión de efectos y medidas cautelares innominadas).

Por tanto, de lo anterior se desprende que antes de la interposición de un amparo constitucional como el de autos, la Sala es del criterio que la vía idónea para impugnar los actos dictados por el Consejo Nacional Electoral -a decir de los actores como contrarios a la Constitución y a sus derechos fundamentales-, es el recurso de nulidad, por lo que la acción de amparo constitucional interpuesta en tal sentido resulta inadmisibile con fundamento en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

IX. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. Régimen jurídico

TSJ- SC (1889)

17-10-2007

Magistrado Ponente: Francisco Carrasquero López

Caso: Impugnación de los artículos 449, 453, 454, 455, 456 y 457 de la Ley Orgánica del Trabajo

Asimismo, señalaron los accionantes, que en apoyo a su pretensión la materia funcio- narial se encuentra directamente sujeta a control jurisdiccional, sin advertir que tal diferencia constituye un efecto de la antes mencionada libertad de configuración normativa, que para el caso concreto de las relaciones de empleo público, tiene su justificación en que en este tipo de relación especial de sujeción, no priva el interés del Estado en la salvaguarda del vínculo jurídico, como sí ocurre en la relación laboral, sino que el interés del Estado en la relación funcio- narial se circunscribe al principio de eficiencia en el cometido de los fines del Poder Público y de allí, que el legislador diferenciara la protección de ambos regímenes de empleo.

Efectivamente, la materia laboral como fenómeno social y jurídico, se encuentra some- tida, por vía constitucional (artículo 87), al fomento de la ocupación productiva, destinada a proporcionar una existencia digna y decorosa en un marco legal garantista de los derechos laborales de los trabajadores, lo cual demanda del Estado (en virtud del carácter normativo de la Constitución a que se refieren los artículos 7, 25, 131, 137 y 335), una especial protección de la relación laboral.

Entre tanto, la materia funcio- narial (artículos 145 y 146 de la Constitución de la Re- pública Bolivariana de Venezuela) se encuentra vinculada a los principios de honestidad, idoneidad y eficiencia, pues la relación estatutaria se encuentra concebida para prestar servi- cios al Estado, logrando que las figuras subjetivas del Poder Público cumplan sus fines, lo cual deja entrever que el régimen funcio- narial además de proteger la relación de empleo público, tiene como *ratio* la eficacia del Estado y ello, justifica la pluralidad de regímenes de resolución de conflictos en ambas materias. Así se decide

2. Clases de Funcionarios: Funcionarios de carrera

TSJ-SC (2149)

14-11-2007

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Germán José Mundaraín Hernández. Revisión se sentencia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

A partir de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -30 de diciembre de 1999-, la única forma de ingreso a la carrera administrativa será, exclusivamente, si el funcionario ha cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes respectivas. (Vgr. Artículo 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública).

En la oportunidad de decidir, esta Sala observa:

Al efecto, la parte actora solicitó la revisión constitucional de la sentencia N° 2.358 dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 8 de agosto de 2006, mediante la cual se declaró con lugar la apelación interpuesta, revocó el fallo apelado y declaró parcialmente con lugar el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto por la ciudadana Rosa Zobeida Ortiz Silva, titular de la cédula de identidad N° 4.885.190, contra la Defensoría del Pueblo.

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.

No obstante lo anterior, en virtud de que la parte solicitante invocó la errónea interpretación del artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como la vulneración del fallo N° 660 dictado el 30 de marzo de 2006, por esta Sala Constitucional, debe establecerse una serie de condicionantes que no hacen completamente asimilable el criterio expuesto en el mencionado fallo.

En primer lugar, en el mencionado caso la Sala desaplicó por inconstitucional el artículo 100 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, con fundamento en la patente contradicción que confrontaba dicho artículo de una ley preconstitucional con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en cuanto al mecanismo de ingreso como funcionario de carrera en la Administración Pública, en los siguientes términos:

“En atención a lo expuesto, se advierte que el Fiscal General de la República Bolivariana de Venezuela solicitó la revisión de la sentencia impugnada con fundamento en que el artículo 100 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en el cual basó su decisión la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, debió ser desaplicado por control difuso por contradecir palmariamente el artículo 146 del Texto Constitucional.

En este sentido, debe citarse lo contenido en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como el artículo 100 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, a los efectos de dilucidar efectivamente, si existe una contradicción entre ambas normas y, en tal sentido, debió ser desaplicado el artículo 100 de la mencionada ley (...).

En primer lugar, se aprecia que el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera y se exceptúan de ello, los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y los obreros al servicio de la Administración Pública.

Posterior a ello, establece la referida norma que el ingreso de los funcionarios públicos y las funcionarias públicas a los cargos de carrera será por concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia y, que el ascenso en los cargos de carrera estará sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y el traslado, suspensión o retiro será de acuerdo con su desempeño.

En tal sentido, se aprecia que la normativa constitucional zanjó un problema existente bajo el imperio de las derogadas Ley de Carrera Administrativa y la Constitución de 1961, cuando se preveía por ejemplo el ingreso de los contratados como una forma irregular de acceder a la carrera cuando el contratado ejercía el cargo mas allá del periodo de prueba sin haber sido evaluado, ya que al ejercer el contratado un cargo de los regulados por la ley, en las mismas condiciones que los funcionarios regulares, existía una simulación de tal contrato, concurriendo una propia y real relación de empleo público, sometida a la legislación funcionarial. (Vid. Sentencia de esta Sala N° 949 del 21 de mayo de 2004).

...omissis...

En consecuencia, se aprecia que el constituyente quiso establecer definitivamente un ingreso a la carrera administrativa con fundamento en las aptitudes y méritos de los aspirantes, mediante la realización de concurso de oposición para las plazas disponibles dentro de la Administración Pública, con la finalidad de organizar y consagrar una Administración eficiente y expedita al servicio de los intereses de la Nación y de los ciudadanos.

Así pues, se aprecia que ciertamente del contenido del artículo 100 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la cual fue publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.262 Extraordinario del 11 de septiembre de 1998, existe una evidente contradicción con lo dispuesto en el artículo 146 del Texto Constitucional, a lo cual hay que añadir que la Ley Orgánica del Ministerio Público, en la cual se fundamentó la decisión impugnada es una ley preconstitucional.

...omissis...

En este orden de ideas, se aprecia que ciertamente la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo debió desaplicar por control difuso el artículo 100 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, por contradecir el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al establecer un régimen de estabilidad y de ingreso a la carrera administrativa diferente al establecido en el Texto Constitucional, mediante una evaluación a ser realizada por el Fiscal General de la República a todo aquel funcionario que hubiere ejercido funciones por más de diez años al servicio del Ministerio Público y se encontrase en el desempeño de las mismas (...)"

En atención a ello, debe destacarse que lo pretendido por la Defensoría del Pueblo debe circunscribirse a la aplicación directa del artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, no a la vulneración del criterio establecido por esta Sala en el prenombrado fallo N° 660/2006, cuyo supuesto se refería a la inaplicación del artículo 100 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, por establecer un mecanismo de ingreso a la carrera administrativa, diferente al establecido en el Texto Constitucional, razón por la cual resulta forzoso entrar a determinar si efectivamente la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo no atendió a la debida aplicación del contenido de la norma constitucional.

En este sentido, debe esta Sala citar el contenido del artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece:

“Artículo 146. Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratadas, los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la Ley.

El ingreso de los funcionarios públicos y las funcionarias públicas a los cargos de carrera será por concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia. El ascenso estará sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y el traslado, suspensión o retiro será de acuerdo con su desempeño”.

En primer lugar, se aprecia que el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera y se exceptúan de ello, los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y los obreros al servicio de la Administración Pública.

Posterior a ello, establece la referida norma que el ingreso de los funcionarios públicos y las funcionarias públicas a los cargos de carrera será por concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia y, que el ascenso en los cargos de carrera estará sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y el traslado, suspensión o retiro será de acuerdo con su desempeño.

En atención a ello, se aprecia que el constituyente consagró en el referente artículo una regla que establece una directriz para los órganos de la Administración Pública, concebida en que sólo puede ser funcionario de carrera quien previamente haya sido sometido a un concurso público, por lo tanto, la misma se consagra como una regla de aplicación inmediata en el tiempo.

En consecuencia, se aprecia que a partir de la publicación del Texto Constitucional en la Gaceta Oficial, todo ciudadano para ostentar la condición de funcionario de carrera debía someterse a un concurso público ordenado por la Administración Pública, previo cumplimiento de los requisitos indispensables y especiales para el ejercicio del cargo solicitado.

Así pues, tal como se estableció en el fallo N° 660/2006 dictado por esta Sala “(...) *la normativa constitucional zanjó un problema existente bajo el imperio de las derogadas Ley de Carrera Administrativa y la Constitución de 1961*”, en virtud que bajo el régimen normativo anterior los tribunales competentes en materia funcional -extinto Tribunal de la Carrera Administrativa y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo-, establecieron formas irregulares del ingreso a la carrera administrativa de los funcionarios públicos al servicio de la Administración (Cfr. Funcionarios de hecho, funcionarios contratados), los cuales se les asimilaba y se le otorgaba la condición de funcionarios de carrera.

Tal situación, lejos de favorecer un régimen de seguridad jurídica y protección del derecho al trabajo establecido en el Texto Constitucional, ya que es la protección del género la que afecta al funcionario y la especialidad contemplada en el régimen de funcionamiento de la administración pública-funcionario público (*ex* artículo 3 de la vigente Ley del Estatuto de la Función Pública), generaba una incipiente inseguridad jurídica, ya que el funcionario se encontraba al acecho de actuaciones arbitrarias de la Administración.

En atención a ello, la jurisprudencia estableció un régimen paralelo de ingreso a la carrera administrativa -nombramiento sin concurso previo-, en contradicción a lo establecido en la Ley de Carrera Administrativa, la cual era el texto normativo que regulaba los derechos y deberes de los funcionarios públicos en su relación con la Administración Pública -*ex* artículo 1 de la Ley de la Carrera Administrativa-, el cual establecía en su artículo 35 *eiusdem*, lo

siguiente: “*La selección para el ingreso a la carrera administrativa se efectuará mediante concursos (...)*”.

En congruencia con la norma en referencia -artículo 35 eiusdem-, la Sección Primera “De los Concursos, Exámenes y Pruebas”, Capítulo I “Del Ingreso a la Administración Pública Nacional y a la Carrera Administrativa”, Título IV “Del Sistema de Administración de Personal”, Segunda Parte “De la Administración de Personal y del Reingreso a la Administración Pública Nacional”, la cual comprende los artículos 121 al 145 del Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa, el cual resulta aplicable actualmente, por no haber sido derogado expresamente conforme a la Disposición Derogatoria Única de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en todo lo que no colida con el Texto Constitucional y la referida ley, establece de una manera detallada la forma de ingreso a la carrera administrativa, reproducida posteriormente en los artículos 40 al 53 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Sin embargo a pesar de haber consagrado el artículo 35 de la derogada Ley de Carrera Administrativa, la forma de ingreso a la carrera administrativa mediante la realización del concurso público, se debe destacar que el artículo 140 del Reglamento de dicha ley consagró una excepción, la cual establecía “*La no realización del examen previsto en Parágrafo Segundo del Artículo 36 de la Ley de Carrera Administrativa, imputable a la Administración, confirma el nombramiento cuando haya transcurrido un lapso de seis meses*”.

A su vez el artículo 36 de la derogada Ley de Carrera Administrativa, establecía que cuando formulada la solicitud por parte del órgano administrativo y no existieren candidatos elegibles, se podría nombrar a una persona que no estuviera inscrita en el registro, establecido en el encabezado del referido artículo, sin embargo, la misma debía ser ratificada en un plazo no mayor a seis meses, previa aprobación de un examen, el cual debía ser efectuado por el órgano administrativo.

En este sentido, se desprende que la situación planteada en poco se distancia del régimen establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, salvo que el Constituyente vista las irregularidades y arbitrariedades que tenían lugar dentro de la Administración, en virtud de la mencionada excepción, estableció con rango constitucional que la única forma de ingreso a la carrera administrativa, es mediante concurso público (*Vid.* Artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

En consecuencia, aprecia esta Sala que en virtud de los considerandos expuestos, deben los órganos jurisdiccionales al momento de decidir las querellas funcionariales, atender al momento y la forma de ingreso a la Administración Pública, en virtud que si el ingreso fue realizado con anterioridad a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el querellante posea la cualidad de funcionario de carrera debe el órgano administrativo previo al dictamen de los actos de remoción o retiro atender a tal condición y, en consecuencia, proceder a efectuar las gestiones reubicatorias.

Si por el contrario, el querellante ingresó a la Administración Pública con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y no posea la cualidad de funcionario de carrera puede el órgano administrativo, si no se ha efectuado un concurso público proceder a la remoción del mismo.

En atención a lo dispuesto, debe aclararse que a partir de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -30 de diciembre de 1999-, la única forma de ingreso

a la carrera administrativa será, exclusivamente, si el funcionario ha cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes respectivas. (Vgr. Artículo 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública).

En consecuencia, salvo que exista una exclusión del ámbito de aplicación de esta Ley, conforme a las excepciones establecidas en el Parágrafo Único del artículo 1 de la mencionada Ley, y en cuyo caso, se deberá atender al régimen especial (Cfr. Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo -Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.995 del 5 de agosto de 2004- y Normas de Personal de la Defensoría del Pueblo -Gaceta Oficial N° 37.780 del 22 de septiembre de 2003-), se debe destacar que el funcionario público aun cuando no sea de carrera administrativa, debe cumplir con las formalidades de egreso, según la condición que ostente.

En conclusión esta Sala advierte que: i) debe la Administración, de conformidad con lo establecido en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, llamar a concurso público los cargos de funcionarios que sean de carrera administrativa, en aras de proteger el derecho a la estabilidad que ampara a dichos funcionarios; ii) debe la Administración realizar los respectivos nombramientos conforme a los requisitos establecidos en la ley, siempre y cuando se cumplan previamente todas las condiciones de elegibilidad.

En caso contrario, podrán los funcionarios que ocupen dichos cargos que no ostenten tal condición, en virtud de haber ingresado a la Administración Pública con posterioridad a la entrada en vigencia del Texto Constitucional, ejercer las acciones judiciales que tengan a bien interponer para solventar la omisión en la convocatoria de un concurso público a dicho cargo, con la finalidad de regularizar la relación de empleo público de una manera eficaz e idónea en protección de los derechos constitucionales de los funcionarios.

En consecuencia, observa esta Sala que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo no analizó en el fallo objeto de revisión el acervo probatorio en el presente caso y, no consta en la presente solicitud de revisión, la fecha de ingreso a la Administración Pública de la ciudadana Rosa Zobeida Ortiz Silva, en razón de lo cual, debió la referida Corte Primera de lo Contencioso Administrativo atender a lo establecido en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y no limitarse a calificar el cargo según las funciones desempeñadas por la querellante, sin tomar en cuenta que el ingreso a la carrera administrativa debe ser realizado mediante concurso público, según lo dispuesto en el referido artículo, razón por la cual, esta Sala reitera el contenido del principio rector establecido en la norma constitucional, el cual deberá ser atendido y objeto de aplicación por los Tribunales que integran la jurisdicción contencioso administrativa.

De conformidad con lo expuesto, debe esta Sala declarar ha lugar la revisión constitucional interpuesta de la sentencia N° 2.358 dictada el 8 de agosto de 2006, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, mediante la cual se declaró con lugar la apelación interpuesta, revocó el fallo apelado y declaró parcialmente con lugar el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto por la ciudadana Rosa Zobeida Ortiz Silva, titular de la cédula de identidad N° 4.885.190, contra la Defensoría del Pueblo, en consecuencia, se anula el referido fallo, y se ordena a la Corte de lo Contencioso Administrativo, que resulte competente, previa distribución de la causa por la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (URDD) de las Cortes de lo Contencioso Administrativo, que deberá fallar nuevamente sobre el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto por la ciu-

dadana Rosa Zobeida Ortiz Silva, titular de la cédula de identidad N° 4.885.190, contra la Defensoría del Pueblo, verificando del acervo probatorio la fecha efectiva de ingreso a la Administración Pública, con la finalidad de decidir el presente caso, conforme a la doctrina expresada. Así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

Quien suscribe, MAGISTRADO PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ, manifiesta su voto salvado en relación con la decisión que antecede.

La sentencia objeto de esta disidencia declaró con lugar la solicitud de revisión constitucional que el Defensor del Pueblo planteó respecto del veredicto que dictó, el 8 de agosto de 2006, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que revocó el fallo objeto de apelación y declaró parcialmente con lugar la demanda contencioso-administrativa funcional contra el acto de remoción y de retiro que fue dictado contra la ciudadana Rosa Zobeida Ortiz Silva.

En criterio de la mayoría, la revisión se declaró procedente por cuanto el veredicto que analizó desconoció la manera en que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela preceptúa el ingreso a la carrera administrativa (artículo 146).

En ese sentido, se anotó que la única vía de incorporación a la Administración Pública es el concurso y, por tanto, todo funcionario que preste servicio público y no haya ingresado por concurso puede ser "removido", pues no habría cumplido con las formalidades para su ingreso.

La discrepancia de quien suscribe estriba en el hecho de que la revisión que el Defensor del Pueblo planteó constituye un tercer grado de conocimiento jurisdiccional, supuesto de improcedencia de la solicitud, tal como se estableció en la sentencia N° 93/01, caso *Corpoturismo*.

En efecto, la revisión que se sentenció se formuló con la intención de constituirla en una tercera instancia, circunstancia que esta Sala, no solamente ha negado sistemáticamente, sino, también, ha rechazado, en tanto que peticiones de esa índole la recargan de trabajo e impiden el normal desarrollo de su misión principal de erección como máxima intérprete y garante de la Carta Magna.

En criterio de este voto salvante, el acto decisorio objeto de revisión se emitió conforme a derecho y en atención a la doctrina de esta Sala, razón por la cual la impugnación que incoó debió declararse improcedente. Al respecto, cabe observar que el acto jurisdiccional que se sometió a revisión, sobre el particular de la condición de funcionaria de carrera de la querellante, consideró:

"En principio debe esta Corte señalar que en el presente caso no fue controvertida la condición de funcionario de carrera que ostentaba la querellante, pues así lo reconoció la propia Administración, tal como se desprende del Oficio s/n de fecha 11 de enero de 2002, emanado de la Defensoría del Pueblo, mediante el cual se le notificó a la querellante que había sido removida del cargo de Sociólogo III y se le concedió el mes de disponibilidad a los fines de que fueran realizadas las gestiones reubicatorias".

Con la cita precedente, se verifica la condición de funcionaria de carrera de la peticionaria, pues, de lo contrario, no se entiende por qué su empleador le reconoció el derecho a la reubicación.

Además, debe destacarse la incorrecta utilización que la Defensoría del Pueblo hizo de la figura de la revisión constitucional cuando empleó ese excepcional mecanismo, con imbricación entre los sistemas de control de la Constitución (difuso y concentrado), como un medio ordinario, asunto que, también, ha sido rechazado por la Sala.

Quien suscribe comprobó que el alegato de que la ciudadana involucrada en la causa originaria no cumplió con las formalidades de ingreso que el artículo 146 constitucional dispone, se hizo, por primera vez, en esta Alzada, y no durante los dos grados de jurisdicción del juicio funcional, con lo cual el empleador (Defensoría del Pueblo) efectuó una motivación sobrevenida de los actos administrativos que se impugnaron, lo que constituye una absoluta ilegalidad y evidente violación al derecho a la defensa de la querellante.

Por otra parte, preocupa a este disidente el hecho de que la mayoría no se haya percatado de que el cargo que ocupaba la parte actora en el proceso funcional (Sociólogo III) estaba calificado como un cargo de carrera, pero luego el propio Defensor del Pueblo, a través de la Resolución N° DP-2001-174 del 31 de diciembre de 2001, lo convirtió en un cargo de libre nombramiento y remoción, en franco desmedro a la estabilidad de los funcionarios constitucionalmente garantizada.

Sobre ese abuso de autoridad del empleador público que elimina los cargos de carrera de su estructura, ya esta Sala se ha pronunciado en forma crítica.

En efecto, en sentencia N° 1.412/07, caso *F.O.G.A.D.E.*, se señaló lo siguiente:

“Por lo tanto, la Sala haciendo uso de sus poderes para la interpretación constitucionalizante de las normas legales, que se convierta en doctrina vinculante para los operadores jurídicos, rechaza la interpretación que hacen la Procuraduría General de la República y FOGADE respecto del artículo 146 de la Carta Magna, pues con ella se pretende dar a la norma impugnada un alcance del que carece.

No es posible sostener, tras una lectura de ese artículo 146 que atienda a su espíritu, que el reconocimiento de la existencia de cargos de libre nombramiento y remoción es suficiente para constitucionalizar una exclusión total de la carrera administrativa, que es lo que pretenden ver en el tercer aparte del artículo 298 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras. Por eso la parte demandante y los terceros intervinientes han pedido que la Sala anule la norma: porque FOGADE (en lo que le apoya la Procuraduría General de la República) ve en ella una declaración inexistente. Sentencia n.º 1412/07

Ciertamente el artículo 146 de la Constitución de la República permite la existencia de cargos de libre nombramiento y remoción, en los cuales se carece de la estabilidad que proporciona la carrera administrativa, pero no es de recibo olvidar que esos cargos son excepciones dentro de la organización de la Administración. Ni siquiera las más elevadas responsabilidades de determinados entes u órganos estatales pueden hacer perder de vista esa limitación.

Sorprende a la Sala la afirmación de la representación de FOGADE, según la cual debe aceptarse que una ley especial excluya de la carrera a todo un cuerpo de funcionarios, porque la Constitución prevé la existencia de cargos de libre nombramiento y remoción y, sobre todo, porque los principios relativos a la carrera y la estabilidad “*no son sacrosantos*”, sino que deben ceder ante “*el valor superior de la eficacia y eficiencia administrativa*”.

De esas afirmaciones, sobre las cuales la Sala ha sentado su criterio en los párrafos previos, lo que en realidad asombra es la negación de la carrera y la estabilidad. No cabe duda - incluso no lo han negado los otros opositores a la demanda- que la carrera y la estabilidad son principios *supremos* del ordenamiento. De por sí, el hallarse recogidos en la Constitución le confiere ese carácter”.

De lo precedente se colige que la exclusión total de los cargos de carrera, para su conversión en cargos de libre nombramiento y remoción, constituye una distorsión de la estabilidad que actúa como la regla en las relaciones jurídicas de empleo público. En este caso, lo que sucedió en la Defensoría del Pueblo fue lo mismo que ocurrió en la decisión que se analizó y consensó en el caso *F.O.G.A.D.E.*

Ahora bien, la mayoría, en lugar del reconocimiento de esa situación, atendió a la denuncia que el Defensor del Pueblo efectuó, por primera vez, en su solicitud de revisión, del supuesto vicio formal en el ingreso de la querellante. Si este defecto en el ingreso era una defensa vital en el juicio funcional, no se entiende por qué únicamente se esgrimió ante esta máxima instancia judicial de interpretación constitucional.

Quien difiere, en conclusión, discrepa sobre el juicio de la mayoría que activó el especial mecanismo de revisión constitucional que dispone el artículo 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en circunstancias análogas a otras que rechaza en forma reiterada, cuando se usa aquél como tercera instancia de conocimiento de la controversia originaria, en este caso, funcional.

Queda, en los términos que anteceden, expresado el criterio del Magistrado disidente.

3. *Derechos. Prestaciones Sociales. Pago*

CPCA

4-12-2007

Juez ponente: Aymara Guillermina Vilchez Sevilla

Caso: Héctor Germán Paredes García vs. Instituto Autónomo de Policía Municipal del Municipio Sucre del Estado Miranda

La Corte analiza los cambios jurisprudenciales referentes al tiempo que disponen los Funcionarios Públicos para exigir el pago de las prestaciones sociales, luego de culminada la relación de empleo público que existía con la Administración.

Mediante decisión dictada en fecha 27 de junio de 2007, el Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, declaró inadmisibile el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto por el ciudadano Héctor Germán Paredes García al considerar que había transcurrido el lapso de tres (3) meses entre la fecha de la terminación de la prestación del servicio y la fecha de interposición de la querrela, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Ahora bien, debe esta Corte pronunciarse al respecto para lo cual pasa a señalar cual ha sido el criterio imperante para los casos de inadmisibilidad por caducidad, en tal sentido se observa lo siguiente:

La interpretación referente al tiempo que disponen los funcionarios públicos para exigir el pago de las prestaciones sociales, luego de culminada la relación de empleo público que existía con la Administración, ha sufrido ciertos matices, debido a los distintos criterios jurisprudenciales que se han establecido sobre la materia. En tal sentido, debe señalar esta Corte que en materia de cobro de prestaciones sociales y su diferencia se estableció, en un principio que el lapso para interponer dichas acciones era el de caducidad establecido en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Posteriormente, esta Alzada aplicó el criterio que estableció que los funcionarios públicos a los fines de ejercer el reclamo de los beneficios que le corresponden luego de culminada la relación de empleo público, se le otorgaba un plazo de un (1) año para ejercer dicha acción, en aplicación del artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo, siendo que dicho plazo debía ser considerado como de prescripción, ya que el mismo se caracteriza por ser una institución predominante en el derecho público, negando así, la aplicación del lapso de prescripción que prevé el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Así pues, esta Corte debe destacar que el criterio anteriormente señalado sufrió nuevamente otros matices, en virtud de las decisiones adoptadas por nuestro máximo Tribunal, por lo que a los efectos del ejercicio de las acciones para hacer efectivo este derecho de crédito, (prestaciones sociales o su diferencia) era el de un (1) año de conformidad con lo establecido en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo, ello como consecuencia de la integración del derecho del trabajo al régimen funcional y en aplicación de lo previsto en los artículos 8 y 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, en concordancia con el 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública y 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela cabe acotar que este último criterio era el que venía aplicando esta Corte en esta materia.

Ahora bien, en la actualidad es importante destacar que el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, mediante sentencia N° 2326 de fecha 14 de diciembre de 2006, ratificó que el lapso aplicable en materia de reclamación del pago de prestaciones sociales o por su diferencia, así como el reclamo de los intereses moratorios establecidos en el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es el establecido en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, lo cual, como puede derivarse, es distinto al criterio mantenido por este Órgano Jurisdiccional. En este orden de ideas, esta Corte considera necesario resaltar que en el citado fallo se precisó que la regulación material de la prestación de antigüedad en cuanto derecho de los funcionarios públicos, como beneficio y las condiciones de su prestación, debe ajustarse a lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a la Ley Orgánica del Trabajo y a su Reglamento, ello por expresa remisión del artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

No obstante lo anterior, estableció la referida sentencia que en lo atinente a la regulación procesal que debe aplicarse para el reclamo en sede judicial de las cantidades adeudadas por dicho concepto, así como los intereses que surgen por la mora en su pago de conformidad con lo establecido en el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe estar ajustada a lo establecido en la Ley del Estatuto de la Función Pública, toda vez que la remisión normativa que efectúa dicha Ley conforme al artículo 28, sólo se hace a los fines de la regulación material del derecho de antigüedad.

Aunado a lo anterior la referida decisión estableció que:

“...El operador jurídico deberá atender a los aspectos sustantivos de tal derecho adquirido base de cálculo, acreditación, tasa de interés aplicable y supuestos de anticipo en las estipulaciones que consagre el legislador laboral sobre la materia, a los fines de revisar la procedencia o improcedencia de aquellas pretensiones que contengan un reclamo de esta naturaleza, sin embargo, ello no comporta la ampliación de los aspectos procedimentales de la Ley Orgánica del Trabajo a los procesos que ventilen controversias surgidas de una relación de empleo público puesto que ello supondría una alteración, por parte del Juez Contencioso Administrativo, de las normas procesales especiales aplicables al proceso contencioso administrativo funcional -consagradas en la Ley del Estatuto de la Función Pública-, la creación de una desigualdad procesal entre funcionarios públicos fundada en el contenido de la pretensión mas no en la naturaleza de la relación jurídica previa que subyace en este tipo de conflictos, de contenido estatutario, además de crear una situación de inseguridad jurídica de los

usuarios del servicio de justicia ante la confrontación de la ley con los criterios jurisprudenciales adoptados sobre tal aspecto.

La Sala considera que la estabilidad de las normas ordenadoras del proceso, vinculada con la especialidad de cada uno de los regímenes procesales establecidos en razón del bien jurídico tutelado por cada materia (constitucional, contencioso-administrativa, militar, civil, penal, laboral, tributario, etc.) forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva postulado por el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como del carácter instrumental del proceso en procura de la justicia predicado por el artículo 257 eiusdem, pues ello presupone el conocimiento previo de aquellas reglas procesales y sus correlativas garantías -p.ej. competencia del órgano y garantía del juez natural, derecho a la prueba y establecimiento del lapso probatorio- que operan para que el ciudadano canalice adecuadamente sus pretensiones ante la jurisdicción bajo formas certeras, en procura de obtener la tutela o el reconocimiento de sus derechos de forma expedita y eficaz. Por tanto, la modificación de estas reglas debe obedecer, en virtud del principio de legalidad procesal, a la voluntad legislativa y no a las modificaciones que hagan los jueces de instancia por apreciaciones particulares que prescindan, incluso, de la técnica de control difuso de la constitucionalidad -ex segundo aparte del artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil-.

En esa línea argumentativa, la Sala considera que sólo le es dado al legislador la modificación de los lapsos procesales para el ejercicio de la acción contencioso funcional, bien mediante una reforma de la legislación funcional en este aspecto concreto bien porque, en atención al mandato efectuado por el Constituyente en la Disposición Transitoria Cuarta, numeral 3, del Texto Fundamental, el legislador laboral extienda expresamente a los funcionarios públicos al servicio de la Administración Pública nacional, estatal o municipal la regulación material y procesal del derecho a las prestaciones sociales tutelado por el artículo 92 constitucional...”

Siendo ello así, deberá aplicarse el lapso previsto en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, así como las normas procesales consagradas en dicha Ley, como normas de carácter especial y, por tanto de aplicación prevalente en materia contencioso administrativo funcional, para asegurar la estabilidad de aquellas formas dirigidas a la iniciación, instrucción y decisión del proceso, como manera de garantizar el derecho de acceso a la justicia predicado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Así las cosas, esta Corte considera que el criterio imperante en este momento es el ratificado por el Máximo Tribunal, y en el cual se aplica literalmente el contenido del artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. De modo que, siendo ello así y a fin de mantener la unidad en cuanto a los criterios jurisprudenciales establecidos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, esta Corte retoma que el lapso aplicable para la reclamación de prestaciones sociales y su diferencia, así como los intereses moratorios generados por la demora en su pago, es el establecido en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. Así se declara

Comentarios Jurisprudenciales

EL JUEZ CONSTITUCIONAL vs. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

(O de cómo la Jurisdicción Constitucional en Venezuela renunció a controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para la “reforma constitucional” sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, antes de que fuera rechazada por el pueblo en el referendo del 2 de diciembre de 2007)

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, EL DERECHO CIUDADANO A DICHA SUPREMACÍA Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Si la Constitución es manifestación de la voluntad del pueblo como poder constituyente originario, la misma debe prevalecer sobre la voluntad de los órganos constituidos, por lo que su modificación sólo puede llevarse a cabo conforme se dispone en su propio texto, como expresión-imposición de la voluntad popular producto de ese poder constituyente originario.

Este postulado de la supremacía de la Constitución como norma fundamental, que además se encuentra expresado en el artículo 7 de la Constitución de 1999, es uno de los pilares fundamentales del Estado Constitucional, que comenzó a desarrollarse desde los propios albores del constitucionalismo moderno, cuando en 1788, Alexander Hamilton en *The Federalist*, afirmó que “ningún acto legislativo contrario a la Constitución, puede ser válido”, al punto de que “negar esto significaría afirmar que ... **“los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo; que los hombres que actúan en virtud de poderes, puedan hacer no sólo lo que sus poderes no les autorizan sino también lo que les prohíben”**.¹

La contrapartida de la obligación de los órganos constituidos de respetar la Constitución, de manera que el poder constituyente originario prevalezca sobre la voluntad de dichos órganos estatales constituidos, es el derecho constitucional que todos los ciudadanos tienen en un Estado Constitucional, a que se respete la voluntad popular expresada en la Constitución, es decir, *el derecho fundamental a la supremacía constitucional*. Nada se ganaría con señalar que la Constitución, como manifestación de la voluntad del pueblo, debe prevalecer sobre la de los órganos del Estado, si no existiere el derecho de los integrantes del pueblo de exigir el respeto de esa Constitución, y además, la obligación de los órganos jurisdiccionales de velar por dicha supremacía.

El constitucionalismo moderno, por tanto, no sólo está montado sobre el principio de la supremacía constitucional, sino que como consecuencia del mismo, también está montado

¹ *The Federalist* (ed. B.F. Wright), Cambridge, Mass. 1961, pp. 491-493.

sobre el derecho del ciudadano a esa supremacía², que se concreta, conforme al principio de la separación de poderes, en un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la supremacía constitucional, es decir, a la justicia constitucional.

Por ello, el mismo Hamilton, al referirse al papel de los Jueces en relación con dicha supremacía constitucional también afirmó:

“Una Constitución es, de hecho, y así debe ser considerada por los jueces, como una ley fundamental. Por tanto, les corresponde establecer su significado así como el de cualquier acto proveniente del cuerpo legislativo. Si se produce una situación irreconciliable entre ambos, por supuesto, la preferencia debe darse a la que tiene la mayor obligatoriedad y validez, o, en otras palabras, la Constitución debe prevalecer sobre las Leyes, así como **la intención del pueblo debe prevalecer sobre la intención de sus representantes**”.

Con base en estos postulados se desarrolló, no sólo la doctrina de la supremacía de la Constitución, sino también, aún más importante, la doctrina de “los jueces como guardianes de la Constitución”, tal como lo expresó el mismo Hamilton al referirse a la Constitución como limitación de los poderes del Estado y, en particular, de la autoridad legislativa, afirmando que:

“Limitaciones de este tipo sólo pueden ser preservadas, en la práctica, mediante los Tribunales de justicia, **cuyo deber tiene que ser el de declarar nulos todos los actos contrarios al tenor manifiesto de la Constitución**. De lo contrario, todas las reservas de derechos o privilegios particulares, equivaldrían a nada”³.

De estos postulados puede decirse que en el constitucionalismo moderno surgió el sistema de justicia constitucional en sus dos vertientes, como protección de la parte orgánica de la Constitución, y como protección de su parte dogmática, es decir, de los derechos y libertades constitucionales, lo que en definitiva, no es más que la manifestación de la garantía constitucional del derecho fundamental del ciudadano al respecto de la supremacía constitucional.

Este derecho fundamental, en esta forma, se concreta tanto en un derecho al control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos estatales, sea mediante sistemas de justicia constitucional concentrados o difusos, y en un derecho al amparo judicial de los derechos fundamentales de las personas, sea mediante acciones o recursos de amparo u otros medios judiciales de protección inmediata de los mismos. La consecuencia de este derecho fundamental, sin duda, implica el poder atribuido a los jueces de asegurar la supremacía constitucional, sea declarando la nulidad de los actos contrarios a la Constitución, sea restableciendo los derechos fundamentales vulnerados por acciones ilegítimas, tanto de los órganos del Estado como de los particulares.

Ahora bien, tratándose de un derecho fundamental de los ciudadanos el de asegurar la supremacía constitucional mediante la tutela judicial de la misma, dado el principio de la reserva legal es evidente que sólo la Constitución podría limitar dicho derecho, es decir, sería incompatible con la idea misma del derecho fundamental de la supremacía constitucional que se postula, cualquier limitación legal al mismo, sea manifestada en actos estatales excluidos del control judicial de constitucionalidad; sea en derechos constitucionales cuya violación no fuera amparable en forma inmediata.

2 Véase Allan R. Brewer-Carías, "El amparo a los derechos y libertades constitucionales (una aproximación comparativa)" en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Madrid 1993, Tomo III, pp. 2.696 y 2.697

3 *The Federalist* (ed. B.F. Wright), Cambridge, Mass. 1961, pp. 491-493.

La supremacía constitucional es una noción absoluta, que no admite excepciones, por lo que el derecho constitucional a su aseguramiento tampoco puede admitir excepciones, salvo por supuesto, las que establezca la propia Constitución.

De lo anterior resulta que, en definitiva, en el derecho constitucional contemporáneo, la justicia constitucional se ha estructurado como una garantía adjetiva al derecho fundamental del ciudadano a la supremacía constitucional, y como el instrumento jurídico para canalizar los conflictos entre la voluntad popular y los actos de los poderes constituidos. En esta forma, como lo señaló Sylvia Snowiss en su análisis histórico sobre los orígenes de la justicia constitucional, ésta puede decirse que surgió como un sustituto a la revolución,⁴ en el sentido de que si los ciudadanos tienen derecho a la supremacía constitucional, como pueblo soberano, cualquier violación de la Constitución podría dar lugar a la revocatoria del mandato a los representantes o a su sustitución por otros, en aplicación del derecho de resistencia o revuelta que defendía John Locke⁵.

En caso de opresión de los derechos, de abuso o de usurpación, la revolución era la solución o la vía de solución de conflictos entre el pueblo y los gobernantes. Sin embargo, como sustituto de la misma fue que precisamente surgió con el constitucionalismo moderno, el poder atribuido a los jueces para dirimir los conflictos constitucionales entre los poderes constituidos o entre éstos y el pueblo. Esa es, precisamente, la tarea del juez constitucional, quedando configurada la justicia constitucional como la principal garantía al derecho ciudadano a la supremacía constitucional.

En el caso de Venezuela, ella está establecida conforme al principio de la universalidad del control, al regularse en la propia Constitución el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos dictados en ejecución directa de la Constitución, atribuido a la Jurisdicción Constitucional (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia) (art. 336); el control difuso de la constitucionalidad de los actos normativos a cargo de todos los jueces (art. 334), y el derecho de amparo a los derechos constitucionales (art. 27).

Todos los actos estatales, por tanto, incluso aquellos que se dicten con motivo de los procedimientos de revisión o reforma constitucional, cualquiera que sea su naturaleza, en tanto que sean manifestaciones de voluntad de los poderes constituidos, están sometidos a la Constitución y al control judicial de constitucionalidad. De lo contrario, no tendría sentido ni la supremacía constitucional ni el derecho ciudadano a dicha supremacía constitucional.

Sin embargo, en Venezuela, la Jurisdicción Constitucional atribuída a la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, violando la misma Constitución, renunció a ejercer el control de la constitucionalidad de los actos de los poderes constituidos cumplidos para llevar adelante una "reforma constitucional" y, en particular, del acto del Presidente de la República de presentación del anteproyecto de reforma ante la Asamblea nacional el 15 de agosto de 2007; del acto definitivo de ésta de sanción del proyecto de reforma de la Constitución del día 2 de noviembre de 2007, y de la convocatoria a referendo por parte del Consejo Nacional Electoral el mismo día, todo conforme al procedimiento de "reforma constitucional regulado en los artículos 342 y siguientes de la Constitución", cuando por las transformaciones fundamentales que contenía el proyecto debía haberse sometido al procedimiento de la Asamblea Nacional Constituyente conforme al artículo 347 y siguientes del texto fundamen-

4 Véase Sylvia Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, 1990, p. 113.

5 Véase John Locke, *Two Treatises of Government* (ed. Peter Laslett), Cambridge UK, 1967, pp. 221 y ss.

tal. En todo caso, el pueblo se encargó de rechazar el proyecto de reforma constitucional en el “referendo aprobatorio” del 2 de diciembre de 2007, en el cual dicho proyecto sólo recibió el voto favorable del 28% de los votantes inscritos en el Registro Electoral.⁶

II. LOS DIVERSOS SISTEMAS PARA LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN Y LA “REFORMA CONSTITUCIONAL” SANCIONADA POR LA ASAMBLEA NACIONAL EL 2 DE NOVIEMBRE DE 2007

En efecto, el día 2 de noviembre de 2007, la Asamblea Nacional de Venezuela, luego de haberle dado tres discusiones en algo más de un mes al Anteproyecto de reforma constitucional que le presentó el Presidente de la República el 15 de agosto de 2007⁷ conforme a la iniciativa que le otorga el mismo artículo 342 de la Constitución, sancionó formalmente un proyecto de reforma a la Constitución de 1999, a los efectos de someterlo a referendo aprobatorio como lo exige el artículo 344 de la misma Constitución, el cual el Consejo Nacional Electoral convocó para el 2 de diciembre de 2007. Mediante este proyecto de reforma constitucional sancionado por la Asamblea, se buscaban transformar aspectos esenciales y fundamentales del Estado, siendo, sin duda, de una de las más sustanciales que se haya propuesto en toda la historia constitucional de Venezuela.

Con ella, en efecto, se pretendía cambiar radicalmente el modelo de Estado descentralizado, democrático, pluralista y social de derecho que se había venido construyendo y consolidando desde la segunda guerra mundial, por el de un **Estado Socialista, centralizado, policial y militarista**, con una doctrina oficial “bolivariana”, que se identificó como “el Socialismo del Siglo XXI”, y un sistema económico de capitalismo de Estado.

Esa reforma se sancionó, como se dijo, conforme a la propuesta formulada por el Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, siguiéndose el procedimiento constitucionalmente previsto para la “reforma constitucional”, el cual sin embargo, no podía utilizarse para un cambio tan fundamental. Por ello, se trataba de una reforma fraudulenta o que se pretendía realizar en fraude a la Constitución, pues para ella se utilizó un procedimiento previsto para otros fines, engañando al pueblo.

En efecto, la Constitución de 1999, en materia de revisión o reforma constitucional, estableció tres procedimientos distintos, según la importancia de las modificaciones a la Constitución: las “enmiendas”, para cuya aprobación se estableció la sola participación del pueblo como poder constituyente originario manifestado mediante referendo aprobatorio; la “reforma constitucional”, para cuya aprobación se estableció la participación de uno de los poderes constituidos, -la Asamblea Nacional- y, además, del pueblo como poder constituyente originario manifestado mediante referendo; y la “Asamblea Nacional Constituyente”, para cuyo funcionamiento se estableció la participación del pueblo como poder constituyente originario,

6 Tomando en cuenta los resultados anunciados por el Consejo Nacional Electoral en día 2 de diciembre en la noche, del un universo de más de 16 millones de electores inscritos, sólo acudieron a votar 9 millones doscientos mil votantes, lo que significó un 44% de abstención; y de los electores que votaron, sólo votaron **por aprobar** la reforma (voto SI), 4 millones trescientos mil votantes, lo que equivale sólo al 28 % del universo de los electores inscritos en el Registro Electoral o al 49,2% de los electores que fueron a votar. En dicho referendo, por tanto, en realidad, **no fue que “triunfó” el voto NO** por poco margen, sino que lo que ocurrió fue que la propuesta de reforma **fue rechazada por el 72% de los electores inscritos**, quienes o votaron por el NO (50,7%) o simplemente **no acudieron a votar para aprobar la reforma**.

7 Véase el *Proyecto de Exposición de Motivos para la Reforma Constitucional, Presidencia de la República, Proyecto Reforma Constitucional. Propuesta del presidente Hugo Chávez Agosto 2007*, p. 19.

de dos maneras, primero, para la elección de los miembros de la Asamblea Constituyente, y segundo, manifestado mediante referendo.

Sobre estos tres mecanismos para la revisión constitucional, incluso la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha señalado lo siguiente:

“Cada uno de estos mecanismos de reforma tiene sus peculiaridades, los cuales con una somera lectura del texto constitucional se puede apreciar que, por ejemplo, el procedimiento de enmienda, va a tener por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de la Constitución, tal como lo señala el artículo 340 de la Carta Magna. Por su parte, la reforma constitucional, se orienta hacia la revisión parcial de la Constitución, así como la sustitución de una o varias de sus normas (artículo 342). Ambos mecanismos, están limitados por la no modificación de la estructura fundamental del texto constitucional, y por un referéndum al cual debe estar sometido para su definitiva aprobación. Ahora bien, en el caso de que se quiera transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución, el texto constitucional vigente consagra la posibilidad de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente (Artículo 347 *eiusdem*). Igualmente, las iniciativas para proceder a la enmienda, reforma o convocatoria de la Asamblea Constituyente, están consagradas en el texto constitucional de manera expresa”⁸.

En todo caso, la última modalidad de revisión que es la de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, y que exige la doble participación del pueblo como poder constituyente originario, tal como se regula en el artículo 347, es la que se tiene que aplicar cuando se trate de “transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”, y eso es, precisamente, lo que ocurría con la “reforma constitucional” propuesta por el Presidente de la República y sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, para lo cual se acudió inconstitucionalmente al procedimiento de la “reforma constitucional” regulado en el artículo 342, aplicable solo para aquellos casos en lo que se efectúe 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”. Con ello, inconstitucionalmente se buscaba obviar la necesaria participación previa del pueblo como poder constituyente originario en la elección de una Asamblea Nacional Constituyente, cuyo rol en este caso, fue usurpado por la Asamblea Nacional.

La reforma constitucional sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007 era de tal importancia en relación con los ciudadanos en cuanto a la transformación radical del Estado, que en la misma se buscaba establecido formalmente una ideología y doctrina oficial, del Estado, de corte socialista y supuestamente “bolivariana”, la cual en consecuencia, a pesar de su imprecisión -y he allí lo más peligroso-, pretendiendo ser doctrina “oficial”, no hubiera admitido disidencia alguna. No se olvide que todos los ciudadanos tienen un deber constitucional esencial de cumplir y hacer cumplir la Constitución (art. 131), por lo que de haberse aprobado estas reformas, todos los ciudadanos hubieran tenido el deber de contribuir activamente en la implementación de la doctrina oficial del Estado. En ello no se hubiera admitido ni siquiera la neutralidad. Por tanto, todo pensamiento, toda expresión del pensamiento, toda acción o toda omisión que pudiera haber sido considerada como contraria a la doctrina oficial socialista y “bolivariana”, o que simplemente la “autoridad” no hubiera considerado que estaba contribuyendo a la construcción y siembra del socialismo, hubiera constituido una violación a un deber constitucional y hubiera podido, por tanto, ser criminalizada, es decir, hubiera podido dar lugar a sanciones incluso penales. Se trató de crear un pensamiento único, que constitucionalmente no hubiera admitido disidencia.

8 Véase sentencia N° 1140 de la Sala Constitucional de 05-19-2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000.

Todo ello, en ningún caso, podía ser incorporado en la Constitución mediante el procedimiento de reforma constitucional, y exigía la necesidad ineludible de convocar y elegir una Asamblea Nacional Constituyente.

III. EL DESCONOCIMIENTO POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEL DERECHO CIUDADANO A LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Desde el momento en que la Constitución estableció detalladamente los procedimientos para la revisión de la Constitución, los mismos son obligatorios y debían ser respetados por los órganos constituidos del Estado. De esas previsiones se deriva el derecho ciudadano a que los procedimientos constitucionales se respeten como parte del derecho a la supremacía de la Constitución, de manera que toda violación de esos procedimientos es inconstitucional y atentatoria del derecho ciudadano a esa supremacía, y tiene que ser controlada por el juez constitucional.

Ello, sin embargo, fue desconocido por la Jurisdicción Constitucional en Venezuela, en particular, al decidir varias acciones de amparo constitucional que se ejercieron contra los actos estatales adoptados en sus diversas fases durante el procedimiento de reforma constitucional inconstitucionalmente desarrollado: por el Presidente de la República, quien tuvo la iniciativa, por la Asamblea Nacional que discutió y sancionó el proyecto de reforma, y por el Consejo Nacional Electoral, que convocó a referendo aprobatorio el proyecto inconstitucionalmente sancionado. En todas y cada una de las sentencias que resolvieron las acciones intentadas, la Sala Constitucional desconoció el derecho ciudadano a la supremacía constitucional y a la tutela judicial efectiva, y fue declarando inadmisibles o que no había lugar a ellas, considerando, por una parte, que no había legitimación alguna de parte de los recurrentes para intentar las acciones, y por la otra, con el absurdo argumento de que los actos estatales dictados en el procedimiento de reforma constitucional (la presentación del proyecto y la sanción de la Asamblea Nacional) no eran actos que producían efectos jurídicos externos, ni podían causar gravamen a los derechos de los ciudadanos, concluyendo que solamente hubieran podido ser impugnados cuando concluyera el procedimiento con el referendo aprobatorio de la reforma, y la reforma hubiera sido aprobada.

La primera decisión en esta materia, se adoptó por la Sala Constitucional mediante sentencia N° 1974 de 23 de octubre de 2007, (Ponencia Luisa Estella Morales) en el Caso *José Ignacio Guédez Yépez*, en una acción de amparo constitucional que había sido intentada antes de que la reforma constitucional fuera sancionada por la Asamblea Nacional, ejercida por un ciudadano en su propio nombre y en protección de derechos difusos y colectivos, contra la Asamblea Nacional por la amenaza de violación del derecho constitucional difuso correspondiente “a la alternabilidad democrática del poder” consagrado en el artículo 6 de la Constitución, por la eventual aprobación por la Asamblea Nacional, del proyecto de Reforma constitucional que le había presentado el Presidente de la República.

La Sala declaró **inadmisible** la acción, argumentando que el accionante:

“no sólo no señaló de qué forma se verían afectados los intereses de la sociedad -o de alguna porción definida de la misma-, sino que al contrario de los planteamientos formulados por el accionante en torno a la interpretación y materialización del principio de alternabilidad, es preciso reiterar que la reelección en nuestro ordenamiento no supone un cambio de régimen o forma del Estado, y muy por el contrario, reafirma y fortalece los mecanismos de participa-

ción dentro del Estado Democrático, Social de Derecho y Justicia, que estableció el Constituyente en 1999 (Cfr. Sentencia de la Sala N° 1.488 del 28 de julio de 2006)⁹.

La Sala estimó, entonces, que la acción intentada “no corresponde a derechos o intereses difusos, sino a un interés particular del accionante de limitar el ámbito de la reforma constitucional propuesta”, razón por la cual estimó que el presunto agraviado **carecía de legitimación** procesal para intentar una acción de amparo en tutela de derechos o intereses difusos o colectivos”.

Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de admitir una acción de amparo contra las amenazas a los derechos del accionante, la Sala, reiterando su jurisprudencia sobre que la necesidad de que la amenaza sea “inminente, factible y practicable por la persona a quien se le imputa el acto, hecho u omisión que se señala como lesiva”, señaló que en el caso concreto de la acción de amparo contra la presunta amenaza que se derivaba de la en ese momento posible sanción del proyecto de reforma constitucional por la Asamblea Nacional, que esta sólo era un órgano que participaba en el proceso de reforma constitucional “pero en el marco del mismo, sólo corresponde al pueblo mediante referendo”, concluyendo entonces señalando que “el presunto agraviado no puede pretender la materialización de una lesión constitucional, de un hecho futuro o incierto como lo es la eventual aprobación por parte de la Asamblea Nacional y consecuentemente del correspondiente referendo aprobatorio del texto de reforma constitucional”; y que “para que la supuesta amenaza se concrete y, en consecuencia, surta algún efecto jurídico, es necesario la verificación de un conjunto de circunstancias hipotéticas para que se materialice lo que a decir del accionante, constituye una amenaza de lesión constitucional”¹⁰.

Posteriormente, mediante sentencia N° 2042 (Ponencia de Francisco A. Carrasquero), dictada en el Caso *Néstor Luis Romero* de 2 de noviembre de 2007, es decir, el mismo día en el cual la Asamblea Nacional sancionó el proyecto de reforma constitucional, la Sala Constitucional decidió una acción de amparo también intentada contra la amenaza de lesión de los derechos constitucionales del accionante derivados de los artículos 342 y siguientes de la Constitución, por parte del Presidente de la República y la Asamblea Nacional **al pretender tramitar como reforma constitucional un proyecto que contenía modificaciones a la estructura y principios fundamentales del Estado, violando la Constitución**. La acción había sido intentada específicamente contra el Presidente de la República, por haber presentado el proyecto, y contra la Asamblea Nacional, por haberlo admitido para su discusión. En este caso, la Sala Constitucional también declaró **inadmisible la acción**, pero en este caso por falta de legitimación del recurrente, considerando que al intentar la acción, el mismo “no señaló, ni se evidencia de autos, de qué manera las actuaciones denunciadas como lesivas son susceptibles de vulnerar sus derechos constitucionales.”¹¹

Para decidir, la Sala recordó el “carácter personalísimo” de la acción de amparo, “de modo que sólo puede ser incoada por el afectado inmediato de la infracción constitucional, dejando a salvo supuestos especiales, como los reclamos efectuados en protección de los derechos colectivos o difusos, que nacen del reconocimiento de esta esfera de derechos por

9 Véase Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 1974 de 23-10-2007, Caso: *José Ignacio Guedez Yépez* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1974-231007-07-1055.htm>

10 *Ibidem*

11 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2042 del 2 de Noviembre de 2007, Caso: *Néstor Luis Romero Méndez* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2042-021107-07-1374.htm>

parte del artículo 26 de la Constitución, o el caso del amparo a la libertad y la seguridad personal, en el que cualquier persona está legitimada para intentarlo". En el caso concreto, por tanto, la Sala concluyó que: "el accionante no señaló cuál es la situación jurídica subjetiva lesionada o amenazada por las actuaciones que denunció como lesivas" siendo que "la denuncia planteada está referida a la supuesta amenaza de infracción constitucional producida por la inclusión en el contenido del Proyecto de Reforma presentado ante la Asamblea Nacional por iniciativa del Presidente de la República, de normas que, en opinión del accionante, modifican la estructura y principios fundamentales del Texto Constitucional, en contravención a los límites establecidos en el artículo 342 de la Constitución vigente". Sin embargo, decidió la Sala que el accionante **"no expuso de qué forma su situación jurídica personal se vería afectada por las actuaciones denunciadas, ya que sólo se limitó a señalar la presunta inconstitucionalidad del aludido proyecto de reforma"**¹².

Para afirmar esto, la Sala desconoció el derecho ciudadano a la supremacía constitucional, afirmando que del artículo 342 de la Constitución que regula el procedimiento de reforma constitucional, **"no consagra derechos, garantías o libertades de carácter individual"** ni "establece derechos difusos, ya que la misma no prevé una prestación genérica o indeterminada en cuanto a sus posibles beneficiarios, en los términos establecidos por la doctrina de esta Sala." Por último, la Sala consideró que la acción de amparo interpuesta no podía tampoco "ser considerada como ejercido en protección de derechos colectivos, ya que se ejerció en nombre propio y no en nombre de un sector poblacional determinado e identificable."¹³

Con base en estos argumentos declaró la **inadmisibilidad** de la acción de amparo interpuesta, contrariando doctrina de la propia Sala, como la sentada en sentencia que suspendió las elecciones generales de mayo de 2000, que benefició "tanto para las personas naturales y organizaciones que han solicitado la protección de amparo constitucional como para **todos los electores** en su conjunto"¹⁴.

A la anterior decisión N° 2042 -Caso *Néstor Luis Romero*- le siguió la sentencia de la misma Sala Constitucional N° 2191 de 22 de noviembre de 2007 (Ponente Marcos Tulio Dugarte), dictada en el Caso *Yvett Lugo Urbaéz* con motivo de la acción de amparo intentada, en esta oportunidad contra el acto sancionatorio de la reforma constitucional adoptado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007 y la convocatoria a referendo efectuada por el Consejo Nacional Electoral, porque dichos actos constituyeran una subversión del trámite procedimental para la modificación de la Constitución, pues el procedimiento de reforma constitucional no podía utilizarse para alterar la estructura y principios fundamentales de la Constitución Nacional.

En este caso, la Sala decidió que **"no ha lugar a la acción"**, pues los actos impugnados supuestamente no causaban gravámenes susceptibles de control. Para llegar a esta conclusión, la Sala, citando dos previas decisiones de 7 de noviembre de 2007 (N° 2108, caso *Jorge Paz Nava y otros*)¹⁵ y de 13 de noviembre de 2007 (N° 2147, caso *Rafael Ángel Briceño*)¹⁶

12 *Ibidem*

13 *Ibidem*

14 Véase sentencia de la Sala Constitucional N° 483 de 29-05-2000, Caso: "*Queremos Elegir*" y otros, en *Revista de Derecho Público*, N° 82, Caracas, 2000, EJV, pp. 489-491

15 Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2108 del 7 de Noviembre de 2007, Caso: *Jorge Paz Nava y otros* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2108-071107-07-1484.htm>

que se comentan más adelante, reiteró su criterio de que “la reforma constitucional es un proceso complejo conformado por la concreción de múltiples factores para asegurar la legitimidad institucional y democrática del cambio”¹⁷, el cual “se configura en etapas sucesivas en la que interactúan autoridades públicas (Presidente de la República), órganos del Estado (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral) y el pueblo, que en definitiva ostenta el poder para aprobar y validar mediante el voto la reforma propuesta.”¹⁸ Con base en ello, la Sala consideró que “las etapas tempranas o de formación del proyecto de reforma constitucional no causan gravamen alguno porque no exteriorizan sus efectos y, por lo tanto, no son susceptibles de control jurisdiccional”¹⁹, de manera que “sólo será el desenvolvimiento de ese proceso el que determine la posibilidad de control de un acto que, sin exteriorizar sus efectos, puede ser objeto de control”²⁰.

Es decir, conforme al criterio de la Sala, debía esperarse la aprobación de la reforma mediante referendo para poder juzgar su constitucionalidad, pues supuestamente los actos estatales de las diversas fases del procedimiento no producen efectos jurídicos externos. Para llegar a esta conclusión, la Sala afirmó que

“el acto de la Asamblea Nacional sancionado el 2 de noviembre de 2007 contenido de la “Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” no es un acto normativo, por cuanto al no adquirir eficacia no produce efectos jurídicos externos, esto es, no afecta relaciones jurídicas abstractas o concretas, por lo que mal puede lesionar o amenazar derecho constitucional alguno ya que no posee carácter obligatorio y, por tanto, no puede órgano del Estado alguno o particular darle ejecución”.²¹

Luego, analizando el procedimiento de reforma constitucional como si fuera equivalente al de formación de las leyes, concluyó la Sala señalando que en Venezuela no hay control previo de constitucionalidad sobre los proyectos de leyes, declarando entonces que no se puede impugnar en forma previa el acto sancionado por la Asamblea Nacional, declarando en consecuencia que “**no ha lugar a la acción**”²².

Se observa, con esta decisión, que la Sala no fue que declaró “inadmisible” la acción, sino que con la misma, en realidad, **lo que hizo fue negar el derecho ciudadano de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva consagrados en la Constitución** (art. 26), al “inventar” la Sala un tipo de “decisión” no prevista en la Ley que rige sus funciones, de que “**no ha lugar a la acción**” que equivale a decidir, **que el ciudadano en ese caso, no tiene derecho de acceder a la justicia. Ello es la negación misma del Estado de derecho.**

Por otra parte, en cuanto a la acción de amparo ejercida contra el acto del Consejo Nacional Electoral convocando el referendo, la Sala lo declaró **inadmisible** porque dicho acto sólo se podía impugnar mediante acción de inconstitucionalidad por supuestamente tratarse

16 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2147 del 13 de Noviembre de 2007, Caso: *Rafael Ángel Briceño*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2147-131107-07-1476.htm>

17 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2191 del 22 de Noviembre de 2007, Caso: *Yvett Lugo Urbaéz* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2191-221107-07-1605.htm>. Criterio reiterado también en las sentencias 2108/2007; 2147/2007 y 2189/2007 de esta misma sala.

18 *Ibidem*

19 *Ibidem*

20 *Ibidem*

21 *Ibidem*

22 *Ibidem*

de actos de ejecución directa de la Constitución, con lo cual, de otro plumazo, la Sala Constitucional renunció a proteger la Constitución, se negó a reconocer la existencia del derecho ciudadano a la supremacía constitucional, y negó la posibilidad de la acción de amparo contra actos del Consejo Nacional Electoral en contra del principio de la universalidad del amparo de otrora arraigada raíz en la jurisprudencia, expresada en la sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, de 31 de enero de 1991 (Caso *Anselmo Natale*), en la famosa frase de que “no puede existir ningún acto estatal que no sea susceptible de ser revisado por vía de amparo”.²³

La comentada sentencia N° 2191²⁴, se dictó en paralelo con la sentencia N° 2193 del mismo día 22 de noviembre de 2007 (Ponente: Carmen Zuleta de Merchán), dictada en el Caso *Luis Hueck Henríquez*²⁵, con motivo de la interposición de una acción de amparo constitucional también contra los actos de la Asamblea Nacional y contra el Consejo Nacional Electoral mediante los cuales se aprobó el texto definitivo de la Reforma Constitucional y se convocó al referendo a que alude el artículo 346 de la Constitución, a cuyo efecto el recurrente adujo actuar “en nombre de los intereses colectivos y difusos de los inscritos en el Registro Electoral Permanente”²⁶.

Esta acción también fue declarada **inadmisible**, para lo cual la Sala estimó que en el caso concreto, no estaban presentes “aspectos que caracterizan a este tipo de derechos o intereses, y a los cuales se ha referido esta Sala en distintas oportunidades (entre otras, en sentencia del 18 de febrero de 2003, recaída en el caso: *César Pérez Vivas*) como lo son que los hechos en que se funde la acción sean genéricos y que la prestación requerida sea indeterminada”²⁷, constatando que la acción intentada no perseguía “la protección de la calidad de vida de un grupo determinado o indeterminable de ciudadanos, sino que, en la forma en la cual fue planteada dicha pretensión, persigue un pronunciamiento jurisdiccional de esta Sala tendiente a restringir o anular dos actos dictados por órganos que ejercen el Poder Público en los términos previstos en el artículo 343 y 346 de la Constitución”²⁸. De ello concluyó la Sala, señalando que “la pretensión de la parte accionante escapa del carácter protector de la calidad de vida que involucra la tutela de los derechos difusos, por cuanto no se persigue la protección de un bien común”²⁹.

En el caso concreto, además, la Sala señaló que “la lesión constitucional se le atribuye a un proyecto de reforma aprobado por la Asamblea Nacional y que será sometido a referendo próximamente”, lo que supuestamente “quiere decir que la efectividad del texto definitivo

23 Citada por la sentencia de la Sala Político Administrativa de la misma antigua Corte Suprema de 24 de mayo de 1993, en *Revista de Derecho Público*, N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, pp. 284-285.

24 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2191 del 22 de Noviembre de 2007, Caso: *Yvett Lugo Urbaéz* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2191-221107-07-1605.htm>.

25 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2193 del 22 de Noviembre de 2007, Caso: *Luis Hueck Henríquez* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2193-221107-07-1641.htm>

26 *Ibidem*

27 *Ibidem*

28 *Ibidem*

29 *Ibidem*

aún no se ha verificado y, por lo tanto, no se cumple con el requisito de la inmediatez de la lesión³⁰, razón por la cual declaró la inadmisibilidad de la acción.

En otra sentencia N° 2198 de 23 de noviembre de 2007 (Ponente: Arcadio Delgado Rosales), Caso *Moisés Troconis Villarreal*³¹, la misma Sala Constitucional también declaró **inadmisible** otra acción de amparo intentada, esta vez por quien había sido un magistrado del Tribunal Supremo, intentada contra la sanción de la reforma constitucional por la Asamblea Nacional, alegando violación al **“derecho fundamental a la Constitución de la República, a su integridad y a su revisión”**, en particular, **“del derecho y de la garantía constitucionales** consagrados en los artículos 334, primer párrafo y 342, primer párrafo, de la Constitución de la República”. Para tal fin, la Sala consideró que no evidenciaba “que las precitadas normas consagren derechos, garantías o libertades de carácter individual o de naturaleza colectiva o difusa”, sino más bien “estas disposiciones consagran competencias a ser ejercidas por el Poder Público”; decidiendo, en definitiva que “no contempla derechos” y que “al no advertirse en dichas normas ningún derecho o garantía, sino competencias y atribuciones a ser ejercidas por lo poderes públicos, esta Sala considera que en las aludidas disposiciones no existen derechos a ser tutelados.”³²

Por ello la Sala concluyó, en el caso concreto, que no había evidenciado del escrito del accionante “cómo las actuaciones denunciadas como lesivas son susceptibles de vulnerar sus derechos o garantías constitucionales”, decidiendo también que carecía “de legitimación activa para incoar la acción de amparo”.³³ Desconoció, así, la Sala Constitucional, de nuevo, el derecho ciudadano a la supremacía constitucional.

La Sala Constitucional, en efecto, al declarar la inadmisibilidad de estas acciones de amparo constitucional, en definitiva, lo que consideró fue que la norma del artículo 342 supuestamente **no contenía derecho constitucional alguno**, concluyendo como lo dijo en la antes citada sentencia N° 2042 (Caso: *Néstor Luís Romero*) de 2 de noviembre de 2007, que el accionante “no tiene legitimación activa alguna para incoar la presente acción de amparo constitucional, por cuanto no señaló, ni se evidencia de autos, **de qué manera las actuaciones denunciadas como lesivas son susceptibles de vulnerar sus derechos constitucionales**”, por lo cual declaró inadmisibile la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19,5, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, “por la falta de legitimación del accionante”.

El magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, en cambio, en dicha sentencia No 2042 salvó su Voto por considerar básicamente que, al contrario, la norma del artículo 342:

“entraña **un evidente derecho de rango constitucional y alcance general para todos los ciudadanos**, en el sentido de que, sólo por su condición de tales, en cuanto suscriptores del pacto social que es, en definitiva, una Constitución, que determina la directa afectación de su esfera jurídica constitucional cuando dicho pacto es alterado, lo cual les proporciona legitimación para la defensa de dicha esfera jurídica y título jurídico suficiente para exigir a los destinatarios directos de la norma (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 electo-

30 *Ibidem*

31 Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, N° 2198 del 23 de Noviembre de 2007, Caso: *Moisés Troconis Villareal* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2198-231107-07-1645.htm>

32 *Ibidem*

33 *Ibidem*

ras inscritas en el Registro Civil y Electoral, que son quienes tienen iniciativa para solicitarla), como conducta determinada de la cual es acreedor aquél, el estricto cumplimiento o apego a ella. En el peor de los casos, se trataría, en términos análogos, de un interés -por oposición a derecho propiamente dicho- igualmente legitimador.”³⁴

El Magistrado salvante del voto ratificó entonces su criterio de que no cabe duda de que:

“el artículo 342 entraña un derecho de todos -como miembros de la sociedad suscriptora del pacto social- a que la reforma constitucional proceda -y solo proceda- para “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”, de manera que, cuando el demandante alegó la supuesta vulneración de esta norma ante una eventual reforma constitucional que incluya modificaciones en la estructura y principios fundamentales del Estado, está, ciertamente, haciendo referencia a la supuesta lesión a derechos constitucionales difusos, los cuales tienen expresa protección constitucional según dispone el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”³⁵

En la misma orientación restrictiva de las anteriores sentencias, la Sala Constitucional mediante sentencia N° 2211 (Ponente: Arcadio Delgado Rosales) de 29 de noviembre de 2007, Caso *Claudia Nikken y Flavia Pesci Feltri*³⁶, también declaró la **inadmisibilidad** de la acción de amparo que estas ciudadanas habían interpuesto en nombre propio como abogadas integrantes del sistema de justicia y asumiendo “la representación del Pueblo de Venezuela” contra el Presidente de la República, la Asamblea Nacional y el Consejo Nacional Electoral, con fundamento en los artículos 26, 27 y 333 de la Constitución, con la finalidad de que se proteja el **derecho del pueblo de Venezuela al reconocimiento de su soberanía**, que consideraron violado al rebasar dichos órganos los límites sustanciales de su competencia al darle curso a la reforma constitucional.

En este caso, la inadmisibilidad de la acción fue declarada por la Sala, por inepta acumulación de dos acciones que la Sala estimó como no acumulables, que eran la referida en el artículo 26, que es la acción de tutela de intereses colectivos o difusos, y la referida en el artículo 27, que es la acción de amparo. Sin embargo, ello no impidió que la Sala en forma expresa, desconociera el carácter de derecho constitucional del “**derecho del pueblo de Venezuela al reconocimiento de su soberanía**”, el cual estimó que en ‘*sensu stricto*’ **no es un derecho** (no está incluido como tal en el Título III de la Constitución), sino un principio contemplado expresamente en el Título I, artículo 5 de la Carta Fundamental,” decisión con la cual el juez constitucional redujo la categoría de derechos constitucionales a los incluidos en el Título III de la Constitución, y desconociendo tal condición a los otros derechos fundamentales derivados de la organización del Estado, como el derecho a la democracia, el derecho al control del poder, el derecho a la supremacía constitucional y el derecho al reconocimiento de la soberanía popular.

34 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2042 del 2 de Noviembre de 2007, Caso: *Néstor Luis Romero Méndez* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2042-021107-07-1374.htm>

35 *Ibidem*

36 Véase Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2211 de 29-11-2007, Caso: *Claudia Nikken y Flavia Pesci Feltri*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2211-291107-07-1617.htm>

IV. LA “REFORMA CONSTITUCIONAL” INCONSTITUCIONALMENTE SANCIONADA POR LA ASAMBLEA NACIONAL EL 2 DE NOVIEMBRE DE 2007 PARA TRANSFORMAR RADICALMENTE EL ESTADO Y SUS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

En todo caso, el texto que sancionó la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007 como reforma constitucional, evidentemente que no constituyó “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 es lo que conforme al artículo 342 puede realizarse mediante el procedimiento de la “reforma constitucional”, que se desarrolla mediante la sola discusión y sanción del proyecto por la Asamblea Nacional y posterior sometimiento a referendo aprobatorio. Lo que se sancionó como proyecto de reforma constitucional, en realidad, como se ha dicho, requería la convocatoria de una Asamblea Constituyente, y al no hacerlo, lo que el Presidente de la República y la Asamblea Nacional cometieron fue un fraude a la Constitución, como se advirtió reiteradamente por las instituciones más representativas del país³⁷.

Sobre la necesidad de haber acudido en este caso al procedimiento de la Asamblea Nacional Constituyente, el Magistrado Jesús Eduardo Cabrera se refirió en términos precisos en su Voto salvado a misma sentencia N° 2042 de la Sala Constitucional de 2 de noviembre de 2007, antes citada, así:

“1.- En sentencia de 24 de enero de 2002, con ponencia de quien suscribe esta Sala expreso: “Las directrices del Estado Social de Derecho, inciden sobre las libertades económicas y sobre el derecho de propiedad...”.

Igualmente el fallo citado acotó: “No es que el Estado Social de Derecho propende a un Estado Socialista, o no respete la libertad de empresa o el derecho de propiedad...”; sin embargo puede “restringir la propiedad con fines de utilidad pública o interés general, o limitar legalmente la libertad económica por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otros de interés social (artículo 112 Constitucional)”.

Apuntó igualmente el fallo citado que el Estado Social persigue mantener un equilibrio entre clases, o entre el Estado y los ciudadanos. Ahora bien, los artículos 70, 113, 158, 168, 184, 300, 318 y 321 del Anteproyecto para la primera reforma constitucional propuesta por el Presidente de la República, plantea la construcción del socialismo, de la democracia socialista.

En criterio de quien disiente, un sistema de organización social o económico basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción, como lo es básicamente el socialista, en sus distintas concepciones, cual es el propuesto en el Proyecto de Reforma, chocaría con lo que quien suscribe, y la propia Sala, era considerado Estado Social, y ello -en criterio del disidente- puede afectar toda la estructura y los principios fundamentales del Texto Constitucional, hasta el punto que un nuevo ordenamiento jurídico tendría que ser creado para desarrollar la construcción del socialismo.

No es que Venezuela no puede convertirse en un Estado Socialista. Si ello lo decide el pueblo, es posible; pero a juicio del voto salvante, tal logro sería distinto al que la Sala ha sostenido en el fallo de 24 de enero de 2002 (Caso: *Créditos Indexados*) y ello conduciría no

37 En tal sentido se han pronunciado, por ejemplo, las **Academias de Medicina, Ciencias Políticas y Sociales, y de Ingeniería y el Hábitat** (23-10-2007, *El Universal*); la **Conferencia Episcopal Venezolana** (19-10-2007, *El Nacional*), el **Instituto de Previsión Social del Abogado, los Colegios de Abogados de Distrito Capital, de los Estados Miranda, Aragua, Cojedes, Falcón, Lara, Guárico, Carabobo** y de **Confederación de Profesionales Universitarios de Venezuela** (02-11-2007).

a una reforma de la Constitución sino a una nueva Constitución, la cual debería ser votada por el Poder Constituyente Originario. Al menos, en nuestro criterio esto es la consecuencia del fallo N° 85 de 24 de enero de 2002.”³⁸

Eso mismo, por ejemplo, lo planteó la Corte Constitucional de Colombia al analizar los límites del poder de reforma en ese país en sentencia N° C-551 del 9 de julio de 2003 cuando decidió sobre la constitucionalidad del proceso de reforma constitucional aprobada por el Congreso de la República a través de la Ley N° 796 de 2003, señalando que:

“Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (CP art. 1°) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma. Y por ende, como la Corte debe analizar si la ley convocante conduce indefectiblemente a que el poder de reforma desborde sus límites competenciales, es necesario que al estudiar cada uno de los numerales del artículo 1° de la Ley 796 de 2003, esta Corporación examine si los proyectos de reforma constitucional sometidos a la aprobación del pueblo implican o no una sustitución de la Constitución de 1991”. (Subrayado y resaltado añadidos).

Y es que, en Venezuela, el proyecto de reforma constitucional sancionado el 2 de noviembre de 2007 era de tal trascendencia, hasta el punto de cambiar una Constitución por otra, que así incluso lo reconocieron, quizás sin darse cuenta, los propios diputados de la Asamblea Nacional cuando dispusieron que con la misma **se debía sustituir completamente la Constitución de 1999**, ordenando a tal efecto en la **Disposición Final** que la Constitución se imprimiera “íntegramente en un solo texto...con la reforma aquí sancionada y en el correspondiente texto único corrijanse los artículos **aplicando la nueva terminología señalada en esta Reforma Constitucional**, en cuanto sea aplicable suprimiéndose y sustituyéndose de acuerdo al contenido de esta Reforma **así como las firmas, fechas y demás datos de sanción y promulgación**”.

Es decir, si la reforma hubiera sido aprobada por referendo, la Constitución hubiera tenido que conocerse como la “**Constitución de 2007**”, por tanto, como una Constitución diferente, lo que además efectivamente resultaba del contenido del proyecto. Por lo demás, con esa Disposición final se le estaba dando carta blanca, no se sabe a quien, para que eventualmente cambiase otras normas constitucionales sin procedimiento constitucional alguno, como ya ocurrió con la “reimpresión” de la Constitución de 1999 en marzo de 2000³⁹.

En todo caso, fue la voluntad de llevar adelante la reforma constitucional contrariando la Constitución y con la sola participación de una Asamblea Nacional, totalmente controlada y dominada por el Presidente y sus seguidores, y evitar los “riesgos” que podían derivar de la elección de una Asamblea Nacional Constituyente, lo que llevó al Presidente de la República y a sus seguidores, a repetir una vez más la táctica política del fraude a la Constitución, que ya es un común denominador del régimen instalado en el país a partir de 1999⁴⁰, es decir,

38 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2042 del 2 de Noviembre de 2007, Caso: *Néstor Luis Romero Méndez* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2042-021107-07-1374.htm>

39 *Gaceta Oficial* N° 5453 Extraordinaria de 24-03-2000.

40 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 74 de 25-01-2006 señaló que un **fraude a la Constitución** ocurre cuando se destruyen las teorías democráticas “mediante el procedimiento de cambio en las instituciones existentes aparentando respetar las formas y procedimientos constitucionales”, o cuando se utiliza “del procedimiento de reforma constitucional para proceder a la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido, como ocurrió con el **uso fraudulento de los poderes** conferidos por la ley marcial en la Alemania de la Constitución de *Weimar*, forzando al Par-

utilizar las instituciones existentes aparentando respetar las formas y procedimientos constitucionales (en este caso el procedimiento de "reforma constitucional"), para en cambio proceder a una radical transformación del Estado, es decir, como lo ha advertido el Tribunal Supremo al definir el fraude constitucional, a pretender realizar "la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido"⁴¹.

En este caso, una vez más, para sancionar una reforma a la Constitución se utilizaron fraudulentamente sus propias previsiones pero para fines distintos a los establecidos en ella, acudiéndose al procedimiento de "reforma constitucional" (art. 342), pero para pretender producir una transformación radical del Estado, y trastocar el Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia de orden civil y convertirlo en un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista, donde hubiera desaparecido la democracia representativa, la alternabilidad republicana y toda idea de descentralización del poder, se hubiera retrocedido en materia de protección de los derechos humanos, y se hubiera concentrado todo el poder en la Jefatura del Estado, desapareciendo la libertad económica y el derecho de propiedad. Ello no era posible hacerlo constitucionalmente con el procedimiento de la "reforma", sino que requería del procedimiento de convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente (art. 347). Por ello, en sentido similar, como lo reseñó el Tribunal Supremo de Justicia al referirse a un hecho histórico trascendente, ello también 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"⁴².

Todo este fraude constitucional que cometió la Asamblea Nacional al sancionar la reforma propuesta por el Presidente de la República, fraude que también cometió el propio Presidente al proponerla y el Consejo Presidencial para la Reforma Constitucional al avalarla, resulta de la radical transformación que se proponía para el Estado, con el objeto de:

En primer lugar, transformarlo en un **Estado Socialista**, con una doctrina política oficial de carácter socialista, que se denominaba además como "doctrina bolivariana", con lo cual se buscaba eliminar toda posibilidad de pensamiento distinto al oficial y, por tanto, toda disidencia, pues la doctrina política oficial se hubiera incorporado en la Constitución, como política y doctrina del Estado y la Sociedad, lo que hubiera significado la constitución de un deber constitucional de todos los ciudadanos de cumplir y hacerla cumplir. Con ello, se hubieran sentado las bases para la criminalización de la disidencia.

En segundo lugar, transformarlo en un **Estado Centralizado**, de poder concentrado bajo la ilusión del Poder Popular, lo que hubiera implicado la eliminación definitiva de la forma

lamento a conceder a los líderes fascistas, en términos de dudosa legitimidad, la plenitud del poder constituyente, otorgando un poder legislativo ilimitado"; y que un *falseamiento de la Constitución* ocurre cuando se otorga "a las normas constitucionales una interpretación y un sentido distinto del que realmente tienen, que es en realidad una modificación no formal de la Constitución misma", concluyendo con la afirmación de que "*Una reforma constitucional sin ningún tipo de límites, constituiría un fraude constitucional*". Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 76 ss.

41 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.

42 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.

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 Comunales, que son instituciones sin autonomía política alguna, cuyos miembros se declaraba que no serían electos, y que hubieran sido controlados desde la Jefatura del gobierno y para cuyo funcionamiento, el instrumento preciso es el partido único que el Estado ha tratado de crear durante 2007.

En tercer lugar, transformarlo en un **Estado de economía estatista, socialista y centralizada**, propia de un capitalismo de Estado, con lo que se hubiera eliminado la libertad económica y la iniciativa privada, y hubiera desaparecido la propiedad privada, que con la reforma habrían dejado de ser derechos constitucionales, 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 hubiera dependido, y a cuya burocracia hubiera quedado sujeta la totalidad de la población. Ello chocaba, sin embargo, con las ideas de libertad y solidaridad social que se proclaman en la propia Constitución, y hubiera sentando las bases para que el Estado sustituyera a la propia sociedad y a las iniciativas particulares, minimizándoselas.

En cuarto lugar, transformarlo en un **Estado Policial (represivo)**, con la tarea fundamental de someter a toda la población, a la doctrina oficial socialista y “bolivariana”, y velar que la misma se cumpliera en todos los órdenes, lo que se buscaba asegurar mediante la regulación, con acentuado carácter regresivo y represivo, del ejercicio de los derechos civiles en situaciones de excepción, previéndose amplios márgenes de restricción y suspensión.

Y en quinto lugar, transformarlo 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.

En definitiva, con la reforma constitucional sancionada en noviembre de 2007, se buscaba transformar radicalmente el sistema político constitucional venezolano, estableciendo un Estado Centralizado del Poder Popular, como Estado Socialista, de economía estatal y centralizada, y como Estado Militarista y Policial, de ideología única oficial, lo que se apartaba radicalmente de la concepción del Estado descentralizado, civil, social, democrático y pluralista de derecho y de justicia, y de economía mixta que regula la Constitución de 1999. Con dichas reformas, materialmente hubiera desaparecido la democracia representativa y las autonomías político territoriales, que se quería sustituir por un esquema estatal centralizado supuestamente montado sobre una democracia “participativa y protagónica” controlada total y centralizadamente desde arriba, por el Jefe de Estado, en la cual hubiera quedado proscrita toda forma de descentralización política y autonomía territorial, y que a la vez, restringía los mecanismos de participación política que están directamente regulados en la Constitución, como son los referendos y la participación de la sociedad civil en los Comité de Postulaciones de altos funcionarios.

Como lo resumió el Magistrado Pedro R. Rondón Haaz en su Voto Salvado a la sentencia N° 2148 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (Exp. 07-1483) que declaró como **“improponible”** una acción de inconstitucionalidad contra la omisión de la Asamblea Nacional al darle curso a la propuesta de reforma constitucional en lugar de rechazar el proyecto y orientarlo hacia la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente:

“El proyecto de reforma constitucional que se propuso a la Asamblea Nacional en agosto de 2007 y que, para el momento de esta decisión ya fue objeto de aprobación por parte de ese órgano legislativo, si fuera aprobado referendariamente, **cambiaría sustancialmente aspectos esenciales del marco constitucional vigente**. Así, y sin que se deje de admitir que exis-

ten otros muchos aspectos de fondo que son modificados por el proyecto, pueden enfocarse dos grandes cambios en la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional de 1999:

De una parte, el proyecto de reforma introduce **cambios en la organización político-territorial, a través de la creación del Poder Popular**, que pretende afianzar los principios de democracia participativa de la Constitución de 1999, pero que **alteraría radicalmente el esquema del Estado federal descentralizado del texto vigente, lo que derivaría en un afianzamiento del Poder nacional en franco desmedro del estatal y municipal**, desde que aquél coordina el funcionamiento del nuevo Poder Popular que se superpone a estos últimos. Asimismo, la creación del Poder Popular **mutaría en forma sustancial las bases democráticas de la Constitución** vigente (artículo 2) cuando se propone que el Poder Popular *“no nace del sufragio ni de elección alguna, sino de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población”* (artículo 136 del proyecto).

Mención especial debe hacerse al **carácter regresivo que se da, en general, en el proyecto, al tema de los derechos humanos** (p.e.. derechos al sufragio, al debido proceso, a la información, a la participación política, a la elección de quienes ejercen los cargos públicos) **en franca contradicción con el principio de progresividad** de los mismos que tiene su origen en el hecho de que éstos preceden y legitiman al Estado, que no puede desconocerlos ni desmejorarlos.

Asimismo, de otra parte, el Proyecto persigue un **cambio radical del sistema de economía social de mercado** que recoge la vigente Constitución de 1999, y establece un modelo de economía socialista a través de la promoción, por parte del Estado, 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”* (artículo 112 del proyecto). En este sentido, **el proyecto no reconoce expresamente, como sí lo hace la Constitución de 1999, el derecho fundamental a la libertad económica**, da preponderancia a la iniciativa pública sobre la iniciativa privada, a la iniciativa comunitaria sobre la individual, y condiciona cualquier iniciativa pública, mixta, comunal o privada, al desarrollo de ese nuevo modelo económico socialista.

En definitiva, se trata de la **sustitución del Estado social y democrático de derecho y de justicia** que recogió el vigente artículo 2 constitucional (*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*), **por el de un Estado socialista** que es, a grandes rasgos, un sistema de organización social o económico basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción, lo que evidencia una transformación radical del Estado y la creación de un nuevo ordenamiento jurídico que escapa, a todas luces, de los parámetros que, para la reforma constitucional, impone el artículo 342 de la Constitución y cuya concreción exige, de conformidad con el artículo 347 *eiusdem*, una Asamblea Nacional Constituyente.

En consecuencia, cuando recibió una iniciativa de reforma constitucional cuyo contenido, como se ha expuesto anteriormente sólo con algunos ejemplos de su texto, **excedía con mucho de los parámetros objetivos que el artículo 342 de la Constitución de 1999** exige para la procedencia de una reforma, **la Asamblea Nacional estaba en la obligación de rechazar** -o en todo caso suspender- el trámite de discusión de esa iniciativa a través del procedimiento del artículo 343 de la Constitución y, en todo caso, expresar tal situación al proponente para que modificara su propuesta o bien, si así lo consideraba pertinente, ejerciera su iniciativa de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, de conformidad con el artículo 348 *eiusdem*.

Como no hubo actuado de esa manera **la Asamblea Nacional incurrió en una sancionable omisión legislativa**, pues omitió el debido ejercicio de la potestad de aprobación e iniciación del trámite de todo proyecto de reforma constitucional, en los términos del artículo 343 constitucional".⁴³

Por tanto, por la trascendencia de los cambios que se pretendía efectuar en esa "reforma constitucional", como se ha dicho, se debió haber recurrido al procedimiento de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente y no al procedimiento de "reforma constitucional". Al no haberlo hecho, tanto el Presidente de la República como su Consejo Presidencial -integrado, entre otros por la propia Presidenta del Tribunal Supremo y por el propio Defensor del Pueblo- comenzaron el proceso de reforma violando la Constitución, en fraude a la misma, tarea que completó la Asamblea Nacional en noviembre de 2007. Esta circunstancia fue advertida de inmediato por el Rector del Consejo Nacional Electoral, Sr. Vicente Díaz, quien el día 16 de agosto de 2007 indicó "que la propuesta presidencial para reformar el texto constitucional modifica las disposiciones fundamentales y por ello sería necesario convocar una Asamblea Constituyente para su aprobación".⁴⁴ Por ello, este funcionario, quien además era Presidente de la Comisión de Participación Política y Financiamiento del referido Consejo Nacional Electoral, interpuso por ante la Sala Constitucional un recurso de interpretación del artículo 342 de la Constitución para que la Jurisdicción Constitucional, conforme a los poderes que se atribuyó de interpretar en abstracto la Constitución, despejara la duda acerca de si la propuesta formulada por el Presidente de la República en materia de reforma constitucional el 15 de agosto de 2007, enmarcaba en la figura de la reforma constitucional o si, por el contrario, debió acudir a la vía de la Asamblea Nacional Constituyente. La Sala, mediante sentencia N° 2207 de 28 de noviembre de 2007 (Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño), Caso: *Vicente Díaz Silva*,⁴⁵ sin embargo, consideró que no existía ninguna duda razonable o punto oscuro que debiera interpretarse en la norma, considerando que la pretensión del recurrente no encuadraba dentro de los supuestos de admisibilidad que la Sala había establecido respecto del recurso de interpretación citando la sentencia N° 3.125 del 11 de noviembre de 2003, Caso: *Jorge Luis Da Silva Baeta*, dado que se dirigía "a cuestionar la naturaleza otorgada al Proyecto de Reforma presentado por el Presidente de la República, lo cual consideró resultaba contrario al objeto de la interpretación". En consecuencia, declaró la **inadmisibilidad** del recurso de interpretación

V. LA IMPUGNABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DIVERSOS ACTOS DICTADOS EN LAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL Y LA RENUNCIA DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL A EJERCER LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La consecuencia de todo ello, es que la utilización inconstitucional del procedimiento de reforma constitucional, y la sanción del proyecto de reforma constitucional por la Asamblea Nacional, podía ser impugnada ante la Jurisdicción Constitucional, es decir, ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo por inconstitucionalidad, conforme a lo previsto en la Constitución (art. 336). Nada en la Constitución lo impedía.

43 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2148 del 13 de Noviembre de 2007, Caso: *Ignacio Orlando Contreras Pulido y otros* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2148-131107-07-1483.htm>

44 Véase en **Unión Radio**, 16 de agosto de 2007, <http://www.unionradio.com.ve/Noticias/Noticia.aspx?noticiaid=212503>.

45 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2207, del 28 de Noviembre de 2007, Caso: *Vicente Díaz Silva* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2207-281107-07-1600.htm>

Sin embargo, el día 17 de agosto de 2007, sólo dos días después de que el Presidente de la República presentó su Anteproyecto ante la Asamblea Nacional para inconstitucionalmente y en fraude a la Constitución iniciar el procedimiento de "reforma constitucional", la Presidenta de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (es decir, de la Jurisdicción Constitucional) y del propio Tribunal Supremo, Sra. Luisa Estella Morales Lamuño, quien a la vez era miembro del Consejo Presidencial para la Reforma Constitucional, adelantándose a cualquier posible y previsible impugnación por inconstitucionalidad de la iniciativa presidencial y del trámite parlamentario, y emitiendo opinión impunemente, prejuzgando cualquier asunto, dijo lo siguiente conforme se reseñó en la prensa:

"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".⁴⁶

Y eso fue, precisamente, lo que decidió la Sala Constitucional en su sentencia N° 2189 de Noviembre de 2007 (Caso: *Confederación de Profesionales Universitarios de Venezuela (CONFEPUV)* y otros), (Ponente: Arcadio Delgado Rosales), en la cual participó la Magistrado Morales ya que no se inhibió como hubiera correspondido en un Estado de derecho al haber adelantado públicamente opinión sobre lo decidido comprometiendo su imparcialidad⁴⁷, declarando como "improponible" una acción de inconstitucionalidad contra el acto de la Asamblea Nacional que había sancionado la reforma constitucional.⁴⁸

Al contrario, la inconstitucionalidad en el procedimiento de revisión constitucionalidad debería ser controlada por la Jurisdicción Constitucional que ejerce la Sala Constitucional, en sus fases, desde la iniciativa, la sanción por la Asamblea y la convocatoria de referendo, para lo cual tenía y tiene competencia al tratarse de acciones de nulidad de dichos actos estatales contrarios a la Constitución.

En efecto, estando los procedimientos para la revisión de la Constitución regulados en el propio texto de la Constitución, el poder constituyente derivado está sujeto a límites constitucionales, sea que se ejerza directamente por el pueblo o por los órganos constituidos del Estado como es la Asamblea Nacional. Entre esos límites están, precisamente, los límites que derivan de las propias regulaciones constitucionales en cuanto al procedimiento de revisión constitucional, que en el caso de Venezuela, como se dijo, están en los artículos 340 a 349.

Siendo límites constitucionales establecidos por el poder constituyente originario, es decir, por el pueblo al aprobar mediante referendo la Constitución el 15 de diciembre de 1999, dado el principio de la supremacía constitucional que rige en la Constitución (art. 7), los mismos pueden ser objeto de control de constitucionalidad por la Jurisdicción Constitucional,

46 Reseña del periodista Juan Francisco Alonso, en *El Universal*, Caracas 18-08-07.

47 Conforme al artículo 8 del Código de Ética del Juez, "La imparcialidad constituye supuesto indispensable para la correcta administración de justicia, y por ello el magistrado...juez... que se hallare incurso en alguna causal de inhibición o recusación o viere comprometida su imparcialidad por alguna circunstancia previa o sobreviniente al proceso del cual deba conocer, debe separarse inmediatamente del mismo sin esperar a que se le recuse".

48 Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2189 de 22 de Noviembre de 2007, Caso: *Confederación de Profesionales Universitarios de Venezuela (CONFEPUV)* y otros, y en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2189-221107-07-1596.htm>

es decir, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo conforme a los artículos 266,1; 334, in fine y 336,4 de la Constitución.

Lamentablemente ello no lo entendió así la Sala Constitucional, y sucesivamente, en diversas sentencias dictadas con motivo de variadas acciones de inconstitucionalidad intentadas contra los diversos actos estatales de las diversas fases del procedimiento de reforma constitucional, las fue sucesiva y sistemáticamente declarando como **“improponibles”**, es decir, **negó incluso el derecho ciudadano acceder a la justicia y a obtener tutela judicial.**

En efecto, en sentencia N° 2108 de 7 de noviembre de 2007 (Ponente: Francisco Carrasqueño), dictada en el Caso *Jorge Paz y otros* con motivo de decidir una acción popular de inconstitucionalidad contra los actos ejecutados por el Presidente de la República el 15 de agosto de 2007; los actos del Ministro del Poder Popular del Despacho de la Presidencia; los actos de la Asamblea Nacional y de la Comisión Mixta, todos relacionados con el proyecto de reforma de la Constitución que por iniciativa del Presidente de la República tramitaba la Asamblea Nacional, la Sala la declaró la acción como **“improponible”**, “inventando” así una nueva categoría de decisiones de la Jurisdicción Constitucional, distinta a la inadmisibilidad, o a declarar sin lugar la acción, consistente en **la negación del derecho ciudadano de acceder**, es decir, de acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva que consagra el artículo 26 de la Constitución. Eso, y no otra cosa, es esto de declarar como **“improponible”** una acción.

Para adoptar esta decisión, la Sala, luego de constatar que la solicitud de nulidad o inexistencia planteada versaba, en general, sobre el proceso de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual se inició a instancia del Presidente de la República mediante oficio del 15 de agosto de 2007, procedió a decidir conforme a los siguientes contradictorios argumentos:

Primero, la Sala constató que conforme al artículo 7 de la Constitución, la misma “es la norma suprema y el fundamento del mismo, por lo que todas las personas y órganos que ejercen el Poder Público deberán sujetarse a sus prescripciones o disposiciones”, por lo que “a fin de controlar parte de la actividad que ejerzan los órganos más relevantes del Poder Público”, el texto fundamental estableció con el objeto de “proteger a la Constitución ... un conjunto de garantías”, entre las cuales está “el funcionamiento de una Sala Constitucional en el seno del Tribunal Supremo de Justicia”⁴⁹ (arts. 334, 335 y 336).

Segundo, la Sala también constató que “precisamente, tales artículos son invocados por los solicitantes a objeto de que esta Sala estime su pretensión, la cual [...] consiste en que se declare la nulidad o inexistencia del acto mediante el cual el Presidente de la República ejerció su potestad de iniciativa de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como de los actos posteriores que a fin de darle trámite a dicha iniciativa ha llevado a cabo la Asamblea Nacional.”⁵⁰

Tercero, a los efectos de poder ejercer su competencia, la Sala Constitucional entonces pasó de seguidas a analizar el procedimiento de reforma constitucional tal y como está regulado en la Constitución, señalando que:

“Tal como lo ha señalado la dogmática jurídica, la estructura básica de cualquier procedimiento se compone de tres fases: una de iniciación, otra de instrucción o sustanciación y, la

49 Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2108 del 7 de Noviembre de 2007, Caso *Jorge Paz Nava y otros* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2108-071107-07-1484.htm>

50 *Idem*

última, de finalización o terminación. En el transcurso de tales fases, se van emitiendo ciertos pronunciamientos. Tales pronunciamientos van decidiendo cuestiones puntuales relativas al estado en que se encuentre el trámite del asunto. Incluso, para alcanzar tales decisiones se implementan procedimientos secundarios que se tramitan simultáneamente con el procedimiento principal. Lo que destaca en todo caso la doctrina es que, tanto el uso de procedimientos secundarios como la emisión de ciertos actos durante el discurrir del procedimiento principal, responden a la necesidad de ir avanzando en el proceso de formación del acto definitivo.⁵¹

La Sala entonces acudió a una clásica distinción del derecho administrativo aplicable a los procedimientos administrativos, a los efectos de determinar la impugnabilidad de los actos administrativos ante la jurisdicción contencioso administrativa, entre los “pronunciamientos dictados durante las fases antes mencionadas ... denominados **“actos de trámite”**; y “las decisiones que resuelven el asunto objeto del procedimiento [que] se les denomina **“actos definitivos”**”; destacando que la distinción responde no “solamente a la fase en que ambos tipos de actos son formados o respecto del asunto sobre el cual se pronuncian, sino que también responden a los diversos efectos que el ordenamiento jurídico asocia a unos u otros”, concluyendo que:

“para los **actos de trámite** se ha establecido que no son impugnables en forma aislada o independiente, y si lo fuesen lo serían en tanto en cuanto excedieran el fin para el cual fueron dispuestos, ya sea porque sustituyen la decisión definitiva, porque pongan fin al procedimiento o porque causen indefensión. En cambio, los **actos definitivos**, o un grupo importante de ellos (los contentivos de una manifestación de voluntad) sí serían susceptibles de impugnación ante los órganos jurisdiccionales.”⁵²

Esta distinción y sus efectos en materia contencioso administrativa, fue la que la Sala Constitucional, pura y simplemente, extrapoló a un procedimiento constitucional como el de reforma constitucional, en el cual, sin embargo, al contrario de lo que ocurre en un procedimiento administrativo, **cada fase concluye con un acto definitivo de la misma**, como es el acto de iniciativa, el acto de sanción parlamentaria, y el acto de convocatoria a referendo. Esos actos estatales, **son definitivos, y producen efectos inmediatos respecto de la fase concluida**, teniendo que poder ser controlados, ya que si la iniciativa de reforma no se ajusta a lo previsto en la Constitución, se estaría dando comienzo a un procedimiento inconstitucional; si la sanción por la Asamblea Nacional de un proyecto de reforma constitucional, implica sancionar una transformación radical del Estado y de sus principios, se estaría adoptando un acto contrario a la Constitución; y si se convoca a un referendo para una reforma constitucional inconstitucionalmente adoptada, este acto de convocatoria también sería inconstitucional. Todos esos actos estatales, con efectos definitivos cada uno de ellos en sus correspondientes etapas, tendrían que poder ser controlados judicialmente por la Jurisdicción Constitucional. Sin embargo, esta, en Venezuela, en este caso decidió, al contrario, la Sala Constitucional renunció al control, estableciendo que:

“tanto la decisión conforme a la cual el Presidente en Consejo de Ministros hubiere acordado presentar una iniciativa de Reforma; la remisión mediante la cual dicha autoridad ejerció la potestad de iniciativa del procedimiento de Reforma de la Constitución, como los pronunciamientos o decisiones posteriores que ha venido emitiendo o tomando la Asamblea Nacional con ocasión del ejercicio de aquélla potestad, **son actos de trámite, y en tal sentido resultan inimpugnables de forma separada e independiente.**”⁵³

51 *Ibidem*

52 *Ibidem*

53 *Ibidem*

Y cuarto, finalmente, al analizar la acción de nulidad intentada, la Sala Constitucional, para colmo, constató que el supuesto de la solicitud de nulidad o inexistencia intentada,

“no responde al supuesto del numeral 1 del artículo 336 constitucional, pues no se impugna una ley nacional o un acto con rango de ley nacional; ni al supuesto del numeral 2 del mismo precepto, ya que no es una Constitución o ley estatal, ni una ordenanza municipal, ni un acto en ejecución directa o inmediata de la Constitución; tampoco es un acto con rango de ley dictado por el Ejecutivo Nacional, supuesto éste que contempla el numeral 3 de dicho artículo; **ni es, por último, un acto dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución dictado por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público**, ya que todos los actos a que se hace referencia en estos supuestos, conforme a las conclusiones a que se llegó anteriormente, deben ser actos definitivos y no de trámite”⁵⁴.

Al contrario, es difícil encontrar en el ordenamiento constitucional, otros actos estatales de órganos del Poder Público tan definitivos y que además sean de ejecución tan directa de la Constitución, regulados sólo en esta. Sin embargo, la Sala les negó tal carácter, así como sus efectos definitivos, y concluyó declarando la solicitud de nulidad por inconstitucionalidad como “**improponible** en derecho”⁵⁵.

La misma tesis de la **improponibilidad** de las acciones de nulidad contra los actos estatales dictados en las fases del procedimiento de reforma constitucional, la ratificó la Sala Constitucional en su sentencia N° 2203 de 27 de noviembre de 2007 (Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López), Caso *Hermann Escarrá Malavé y otros*⁵⁶, para rechazar el recurso de nulidad por inconstitucionalidad que se había intentado contra el acto dictado por la Asamblea Nacional sancionatorio de la reforma constitucional y contra todos los actos de gobierno, administrativos o de autoridad concomitantes”, en la cual la Sala incluso llegó a calificarlos como **actos “de instrucción”** (no definitivos); agregando que la “solicitud propuesta no se corresponde (ni podría corresponderse) con ninguno de los supuestos que integran los enunciados normativos contentivos de potestades jurisdiccionales atribuidas a esta Sala Constitucional”⁵⁷. Igual decisión se adoptó en la sentencia N° 2204 de la misma fecha 27 de noviembre de 2007 (Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López), Caso *Adriana Vigilanza García y otros*, con motivo de declarar también como **improponible**, la acción de nulidad por inconstitucionalidad intentada contra la reforma constitucional sancionada por la Asamblea Nacional y la convocatoria a referendo por parte del Consejo Nacional Electoral.⁵⁸

54 *Ibidem*

55 Debe mencionarse que mediante sentencia de la Sala Constitucional N° 2110 (Ponente: Arcadio Delgado Rosales), Caso *Juan Carlos Jaimés* de 29 noviembre de 2007, la misma citando las sentencias anteriores N° 2108 del 7 de noviembre de 2007 y N° 2189 del 22 de noviembre de 2007, en cambio declaró “inadmisible” la acción de nulidad por inconstitucionalidad que se había intentado conjuntamente con medida cautelar innominada contra la totalidad del proyecto de reforma sancionado el 2 de noviembre de 2007 por la Asamblea Nacional, por considerar que el asunto había sido ya decidido con anterioridad. Véase Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2210 de 29-11-2007, Caso *Juan Carlos Jaimés*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2210-291107-07-1624.htm>

56 Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2203 del 27 de Noviembre de 2007, Caso *Hermann Escarra Malavé y otros* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2203-271107-07-1597.htm>

57 *Ibidem*

58 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2204 de 27 de Noviembre de 2007, Caso: *Vanesa Sánchez y otros*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2204-271107-07-1625.htm>

Debe indicarse además, que la misma Sala Constitucional luego de su sentencia N° 2108 de 7 de noviembre de 2007 (Ponente: Francisco Carrasqueño), dictada en el Caso *Jorge Paz y otros* antes comentada, dictó la sentencia N° 2147 de 13 de Noviembre de 2007 en el Caso *Rafael Ángel Briceño*, en la cual había reiterado su criterio de **la imposibilidad de impugnar la iniciativa de reforma constitucional que ejerció el Presidente de la República al presentar su proyecto ante la Asamblea**, refiriéndose a su inserción en un proceso complejo, que al no exteriorizar efectos por sí sola, **escapa de control jurisdiccional**. A tal efecto, la Sala siguió el siguiente razonamiento:

En primer lugar, la Sala constató que “como un acto de adecuación histórica del documento jurídico-político fundamental, la Reforma es la concreción de múltiples factores (jurídicos, políticos, sociales, económicos) en el que participan diversidad de órganos para asegurar la legitimidad institucional y democrática del cambio, y que se verifica en un proceso complejo”⁵⁹, mediante la iniciativa; la discusión y aprobación realizada por la Asamblea Nacional; el referendo, organizado por el Consejo Nacional Electoral; y la promulgación a cargo del Presidente de la República.

En segundo lugar, la Sala Constitucional, de nuevo impropriamente, acudió a criterios de derecho administrativo para resolver el asunto al constar que en virtud de ser un proceso complejo, “la reforma constitucional se configura en **etapas sucesivas** de una relación inter orgánica”, señalando que sobre la misma “se ha sostenido desde épocas tempranas del derecho administrativo, **que no causan gravamen porque no exteriorizan sus efectos y, por tanto, no son susceptibles de control jurisdiccional**”, agregando que “en efecto, cumplida cada fase del proceso de formación de normas (bien sea de leyes o, como en este caso, de reforma a la Constitución) debe verificarse la siguiente, y sólo será el desenvolvimiento de ese proceso el que determine la posibilidad de control de un acto que, sin exteriorizar sus efectos, puede ser objeto de control.”

En tercer lugar, en particular sobre el acto de iniciativa para la reforma constitucional, la Sala Constitucional sostuvo que:

“los titulares de la iniciativa son representantes del Poder Constituido y el ejercicio de tal iniciativa está sometido a requisitos formales; pero de acuerdo con el artículo 343 *eiusdem*, el efecto jurídico concreto de esa iniciativa es la concreción de la potestad de la Asamblea de tramitarla, lo que exige distinguir no sólo a quién corresponde verificar el cumplimiento de los requisitos que exige el artículo 342, sino también diferenciar dos momentos del trámite realizado ante la Asamblea Nacional: la decisión política de la iniciativa, esto es, la conveniencia de tramitar o no a la revisión; y la discusión de la iniciativa.”⁶⁰

En cuarto lugar, de nuevo acudiendo a aplicar impropriamente al procedimiento de reforma constitucional el procedimiento de formación de las leyes, que tiene otro sentido totalmente distinto (y que si acaso sólo se podría aplicar a las diversas “discusiones” parlamentarias del proyecto, pero no a su sanción), la Sala Constitucional señaló que “los efectos jurídicos normativos surgen cuando se han cumplido los requisitos de validez y eficacia que estipula el ordenamiento”, agregando que:

“Por ello, los proyectos de leyes escapan del mundo jurídico porque no han adquirido eficacia, de suerte que considerados en sí mismos mal pueden lesionar un derecho constitucional; esto a su vez explica que se haya sostenido que no pueden ser objeto de amparo, pues con-

59 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2147 de 13 de Noviembre de 2007, Caso: *Rafael Ángel Briceño*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2147-131107-07-1476.htm>

60 *Idem*

forme con el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales lo que se acciona es el acto aplicativo de la norma, y si ésta no existe mal puede ejercerse válidamente una potestad con base en ella (Vid. Por todas Sent. N° 1702/2007). En uso de este criterio tampoco se ha aceptado la nulidad de proyectos de leyes, pues al no existir válidamente ni producir efectos jurídicos *erga omnes* difícilmente podría cuestionarse su nulidad: ningún calificativo cabe respecto de algo que no tiene efectos jurídicos generales de inmediato.”⁶¹

En quinto lugar, la Sala Constitucional, de nuevo, para decidir sobre la impugnación de los actos del Poder constituido en el procedimiento de reforma constitucional, acudió también impropriamente a los criterios jurisprudenciales establecidos en materia de control de la constitucionalidad de las leyes, en particular, en relación con el control previo de la constitucionalidad de las mismas, constatando que en la Constitución:

“existen de forma excepcional controles previos de posibles actos normativos; pero en el ordenamiento constitucional vigente la regla general es que esta Sala, como máximo y último interprete del Texto Fundamental, se centre en el Control posterior de los distintos actos que enumera el artículo 336 y otros de la Carta Magna; excepcionalmente, los únicos controles previos de posibles actos normativos están establecidos en la Constitución vigente para los tratados suscritos por la República -cardinal 5 del artículo 336-; para el carácter orgánico de las leyes -artículo 203-; y para el control de la constitucionalidad de proyectos de Ley establecido a favor del Presidente de la República -artículo 214”⁶².

De todo lo anterior, trasladando todas estas consideraciones a la iniciativa de reforma constitucional, concluyó señalando pura y simplemente, que “**tal acto no produce en lo inmediato ningún efecto jurídico externo o que supere la relación entre órganos estatales, por mucho que se comparta o se rechace su contenido**”, siendo su “único efecto jurídico [que] verificada la iniciativa de la reforma esta será tramitada por la Asamblea Nacional,” decidiendo que respecto de la iniciativa, “porque no se trata de un acto normativo, como es apenas la fase inicial de la reforma constitucional”, caben

“las mismas consideraciones que frente a los Proyectos de Ley: por no producir efectos jurídicos externos, esto es, que afectan relaciones jurídicas abstractas o concretas, no puede controlarse jurisdiccionalmente *a priori* su contenido; más aún cuando al estipular el artículo 343 de la Constitución tres discusiones para la reforma propuesta es probable y hasta válido que el acto que sea aprobado por la Asamblea Nacional sea distinto al propuesto inicialmente por el Presidente, de modo que existe la posibilidad de que terminen siendo dos actos distintos el que inicia la reforma y el que es sancionado por la Asamblea”⁶³.

Con base en todos estos argumentos, en este caso, también la Sala Constitucional concluyó declarando como “**improponible**” la acción de nulidad.

Con posterioridad, la Sala Constitucional dictó la sentencia N° 2189 de 22 de noviembre de 2007 (Ponente: Arcadio Delgado Rosa), Caso *Confederación de Profesionales Universitarios de Venezuela CONFEPUV y Colegio de Abogados del Estado Carabobo*⁶⁴ en la cual, de nuevo, declaró como **improponible** la acción popular de inconstitucionalidad contra la totalidad del proyecto de reforma sancionado el 2 de noviembre de 2007 por la Asamblea Nacional, como órgano del Poder Constituyente derivado.

61 *Ibidem*

62 *Ibidem*

63 *Ibidem*

64 Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2189 de 22 de noviembre de 2007, Caso *Confederación de Profesionales Universitarios de Venezuela (CONFEPUV)* y otros, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2189-221107-07-1596.htm>

Para decidir, la Sala comenzó constatando que “la reforma es un acto normativo (actualmente un proyecto) de la Asamblea Nacional como órgano del Poder Constituyente derivado y, en tal calidad, un acto dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución” dentro de:

“un *“proceso complejo”* que comienza con la iniciativa (artículo 342); continúa con la discusión y aprobación, que corresponde a la Asamblea Nacional (artículo 343); sigue con el referendo constitucional, regulado en el artículo 344, que corresponde ejercerlo al pueblo *“como validante definitivo de la reforma”*; y, finalmente, la promulgación por el Presidente de la República, según lo dispuesto en el artículo 346 constitucional.”⁶⁵

Respecto de dicho procedimiento, a juicio de la Sala y siguiendo razonamientos anteriores, “se trata de un proceso complejo de formación de actos normativos que **se asemeja al ordinario de formación de leyes**; y una de las coincidencias absolutas es que no se puede hablar de un acto definitivo si no se han cumplido todos los pasos de este trámite procedimental”; concluyendo que “conformado en etapas sucesivas de una relación inter orgánica, no causa gravamen hasta tanto no exteriorice sus efectos (mediante la promulgación y publicación en Gaceta Oficial)”; por lo que “mientras el proyecto de reforma esté en proceso de trámite no es susceptible de control jurisdiccional, salvo que el proceso de reforma *“aborte”* en alguna de esas etapas sucesivas y no se perfeccione el acto normativo (Vid. sentencia N° 2147 del 13 de noviembre de 2007, Caso: *Rafael Ángel Briceño*)”

Por otra parte, en esta sentencia, la Sala introdujo nuevos argumentos sobre el control de la constitucionalidad del acto normativo del poder constituyente derivado, señalando tajantemente que “cualquiera que sea la naturaleza y consecuencias jurídicas del mismo, es posterior al acto definitivo y no previo”, considerando que “el control previo de constitucionalidad sobre actos no perfeccionados de los poderes públicos (constituidos) es absolutamente excepcional y la propia Constitución lo determina en artículos como el 336 cardinales 5 y 6; 203 y 214.”⁶⁶

De lo anterior concluyó la Sala que “el proyecto de reforma constitucional sancionado por la Asamblea Nacional el día 2 de noviembre de 2007, al tratarse de un **acto normativo no perfeccionado, no puede producir efectos jurídicos externos** y, por lo tanto, **no es posible controlar jurisdiccionalmente a priori su contenido**”; razón por la cual en este caso, también declaró **“improponible en derecho** la acción popular de inconstitucionalidad intentada”.⁶⁷

Sobre esta inconstitucional decisión, el Magistrado Jesús Eduardo Cabrera salvó su Voto, señalando al contrario que todas las fases del procedimiento de reforma constitucional ante la Asamblea constituyen verdaderos actos de la misma, y si en ellos “no se cumplen con el contenido señalado, o se subvierte su orden, etc, cada fase se hace controlable jurisdiccionalmente, como ocurre con cualquier acto del Poder Público, que no sea de mero trámite, y éstos no lo son”. Agregó, dicho Magistrado que:

“Se trata de actos formativos derivados directamente de la Constitución, que pueden devenir en violaciones a la Carta Magna y que como tales pueden ser controlados por cualquier interesado (acción popular), que solicite su nulidad y las medidas preventivas que considere.

La naturaleza jurídica de estos actos no equivalen a leyes, pero sí son actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, dictados por un órgano estatal en ejercicio del Poder

65 *Ibidem*

66 *Ibidem*

67 *Ibidem*

Público y que pueden colidir con normas de nuestra Carta Fundamental (artículo 336.4 constitucional).

En criterio de quien suscribe, los accionantes están pidiendo se declare la inconstitucionalidad del procedimiento seguido por la Asamblea Nacional, lo que por aplicación del principio *pro actione*, referido en el fallo, significa que piden la nulidad de los actos formativos del acto final aprobatorio, así como éste mismo, como resultado de los vicios constitucionales que en conjunto atribuyen a los actos formativos y el acto mismo.

Tratándose de actos del Poder Legislativo que se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, la acción popular existe para controlarlos jurisdiccionalmente, máxime cuando el vicio denunciado contra ellos, es que la Asamblea no podía conocer lo propuesto por el Ejecutivo, como una reforma, por tratarse lo propuesto de un cambio estructural a la Constitución vigente, lo que ameritaba para su conocimiento de una Asamblea Nacional Constituyente (artículos 347 a 350 constitucional).⁶⁸

Por tanto, al contrario de lo decidido por la Sala, cuando las Constituciones establecen precisos procedimientos que el poder constituyente derivado debe seguir para la revisión constitucional, los cuales se constituyen en límites constitucionales adjetivos o procedimentales para la misma, la consecuencia lógica de estas regulaciones y la obligación de sometimiento a la Constitución, es que el cumplimiento de dichos procedimientos de reforma o enmienda constitucional, dado el principio de la supremacía constitucional, debe y tiene que estar sujeto a control de constitucionalidad por parte de los órganos de la Jurisdicción Constitucional.

En todo caso, la doctrina que fue construyendo la Sala Constitucional de **negar el acceso a la justicia y la impugnación de los actos de los poderes constituidos** en el procedimiento de reforma constitucional, la ratificó la Sala en otra sentencia de la misma fecha 22 de noviembre de 2007, N° 2192 (Ponente: Carmen Zuleta de Merchán), Caso *Gerardo Guzmán* con motivo de decidir la acción de nulidad por inconstitucionalidad de la iniciativa presidencial para la reforma constitucional, en la cual la Sala consideró igualmente que “la propuesta de reforma constitucional es sólo la fase inicial de un procedimiento que genera el desarrollo de distintos actos, que para el momento actual han originado la intervención de los distintos órganos estatales llamados constitucionalmente a hacerlo -Asamblea Nacional- y -Consejo Nacional Electoral-”; concluyendo su decisión afirmando que “no es posible cuestionar la iniciativa de reforma constitucional propuesta por el Presidente de la República, y los distintos actos que tal propuesta ha desencadenado, basándose en una supuesta falta de cualidad del Presidente, razón por la cual esta Sala declara NO HA LUGAR en derecho el recurso de nulidad interpuesto”⁶⁹.

Posteriormente, la misma tesis de la sentencia N° 2189 de 22 de noviembre de 2007, Caso *Confederación de Profesionales Universitarios de Venezuela (CONFEPUV)*, se repitió en la sentencia N° 2205 de 27 de noviembre de 2007 (Ponente: Carmen Zuleta De Merchán), Caso *Gonzalo Oliveros Navarro*, al decidir la Sala el recurso de nulidad contra los mismos actos de la Asamblea Nacional y del Consejo Nacional Electoral relativos a la reforma constitucional, insistiendo que “el control de la constitucionalidad del acto normativo del Poder Constituyente derivado, cualquiera que sea la naturaleza y consecuencias jurídicas del mis-

68 *Ibidem*

69 Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2192 de 22 de Noviembre de 2007, Caso: *Gerardo Guzmán*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2192-221107-07-1671.htm>

mo, es posterior al acto definitivo y no previo⁷⁰, argumentando además, en este caso, que el planteamiento del recurrente ya había sido “objeto de conocimiento y decisión por parte de esta Sala” con lo que concluyó que “en el presente caso, ha operado la cosa juzgada y, por tanto, debe declararse inadmisibile el presente recurso de nulidad por inconstitucionalidad”⁷¹.

Por otra parte, en la misma fecha 22 de noviembre de 2007, en la que se publicó la sentencia antes comentada N° 2189, la Sala Constitucional dictó otra decisión N° 2194 (Ponente Luisa Estella Morales Lamuño), Caso *Hermann Escarrá, Helen Torrealba y otros*, en la cual también declaró **improponible** el recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad ejercido conjuntamente con medida cautelar innominada contra el “acto del Ejecutivo Nacional, distinguido con el N° MPPDP-DGSCM-0716 de fecha 15 de agosto de 2007, concerniente al denominado Proyecto de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, iniciativa legislativa del Ejecutivo Nacional aprobado en Consejo de Ministros Extraordinario N° 535 de 15 de agosto de 2007, y que consta de Acta certificada N° 5.321, pretendidamente efectuado en ejecución directa del artículo 342 de la Constitución, por el cual el Ejecutivo Nacional en cabeza del Presidente de la República, el 15 de agosto de 2007, último (sic) día del período de sesiones de la Asamblea Nacional, tomó la iniciativa de presentar ante ésta para su tramitación una mal denominada reforma de la vigente Constitución, con base a un supuesto proyecto de reforma que no se adecua a las prescripciones del artículo 342 eiusdem”.

En dicho recurso, los impugnantes habían alegado que el proyecto había sido presentado a la Asamblea Nacional “como una simple reforma a la vigente Constitución” con el objeto de que fuera sometido por la dicha Asamblea al procedimiento de reforma constitucional, “cuando en realidad ella no responde a la definición de Reforma que la propia Constitución contempla y, por el contrario, pretende establecer un Estado, un sistema político y un sistema económico esencialmente distintos y contrapuestos a los establecidos en la Constitución objeto de la mal denominada Reforma”⁷². Para tomar la decisión de negar el acceso a la justicia en este caso, la Sala Constitucional fue aún más contradictoria en su razonamiento que en las otras sentencias anteriores, ya que en este caso, comenzó por sentar todos los **principios de la universalidad del control constitucional** a cargo de la Sala Constitucional, pero para concluir contradictoriamente, excluyendo el control respecto de los actos del poder constituido en materia de reforma constitucional.

En efecto, la Sala Constitucional, comenzó su sentencia constatando que “el criterio acogido por el Constituyente para definir las competencias de la Sala Constitucional, atiende al rango de las actuaciones objeto de control, esto es, que dichas actuaciones tienen una relación directa con la Constitución que es el cuerpo normativo de más alta jerarquía dentro del ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho contemporáneo”, afirmando que “ciertamente, bajo el ordenamiento jurídico **vigente es inconcebible aceptar la existencia de ámbitos jurídicos -actos u actuaciones- de los órganos del Poder Público, desprovistos de una efectiva tutela judicial, sin contradecir los valores fundamentales del imperio de la Constitución** de la República Bolivariana de Venezuela;” y que “no cabe, en consecuencia,

70 Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2205 de 27 de Noviembre de 2007, Caso: *Gonzalo Oliveros Navarro*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2205-271107-07-1606.htm>

71 *Ibidem*

72 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2194 de 22 de Noviembre de 2007, Caso: *Hermann Escarrá, Helen Torrealba y otros*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2194-221107-07-1289.htm>

duda alguna sobre la universalidad del control jurisdiccional sobre la actividad del Estado con relevancia jurídica⁷³.

Sin embargo, agregó la Sala, que “este control debe ejercerse sobre actos definitivos (perfeccionados) y no sobre actos individualmente considerados de un proceso inter orgánico complejo para la formación de una norma, antes de que dicho acto normativo produzca sus efectos jurídicos externos.”⁷⁴; y con ello, pasó de la universalidad del control, a excluir el control de los actos de los órganos del poder constituido en el procedimiento de reforma constitucional, en particular sobre el acto mediante el cual el Presidente de la República presentó un Proyecto de Reforma de la vigente Constitución ante la Asamblea Nacional.

Para ello, la Sala acudió al mismo razonamiento de la existencia de distintas fases en que se lleva a cabo la reforma constitucional, y respecto de la iniciativa presidencial en todos los procedimientos de revisión constitucional, que fue el acto impugnado en el caso concreto, señaló que:

“a pesar de ser un acto de contenido discrecional, en cuanto a su oportunidad, mérito y conveniencia de cuándo, por qué y cómo ejercer la iniciativa, tiene un alto contenido reglado, no sólo reglado en cuanto a su forma -vgr. Como acto tomado en Consejo de Ministros-, sino en cuanto a su contenido, toda vez que dependiendo del grado de la modificación planteada, el mismo deberá seguir el procedimiento para enmienda, reforma o la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, conforme a los artículos 340, 342 y 347 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”⁷⁵

La Sala Constitucional, además, afirmó en esta sentencia, que **“la violación del Texto Fundamental respecto de la iniciativa -acto impugnado- y procedimiento para modificar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, condiciona la validez de la totalidad de los actos subsecuentes”**, lo que por sí sólo tenía que llevar a la Sala, precisamente por ello, a ejercer el control de constitucionalidad. Sin embargo, en este caso, la Sala también renunció a ejercer la justicia constitucional, habiendo sin embargo, citado, “criterios jurisprudenciales en el Derecho Comparado que incluso han declarado la nulidad de reformas constitucionales ya aprobadas, tal como ocurrió en sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -República Argentina- del 19 de agosto de 1999, mediante el cual declaró la nulidad del artículo 99, inciso 4 de la Constitución Nacional de la República Argentina, incorporado por la reforma de 1994”⁷⁶.

La Sala Constitucional, en esta sentencia que como se dijo, es contradictoria entre su motiva y lo resuelto, incluso llegó a afirmar que:

“El control judicial sobre el proceso de reforma de la Constitución es posible si se demuestra la falta de concurrencia de requisitos indispensables para la aprobación de la norma constitucional reformada, ya que la modificación del Texto Constitucional mediante los procedimientos de enmienda o reforma la Constitución e incluso para la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, no pueden exceder o violar el marco de la regulación constitucional en los cuales se fundamenta su procedencia.

Así, es un dogma de nuestro sistema de justicia aquel según el cual todo acto de una autoridad en ejercicio del Poder Público, contrario al ordenamiento jurídico vigente es nulo, ya que ninguna actividad del Estado puede vulnerar la Constitución y pretender

73 *Ibidem*

74 *Ibidem*

75 *Ibidem*

76 *Ibidem*

mantener su validez. Siendo obligación ineludible del Poder Judicial, declarar nulos todos los actos contrarios a la Constitución, ya que desconocer este fundamental aserto, equivaldría a afirmar la arbitrariedad como principio y excluir los más arraigados valores sobre los cuales se sustenta todo Estado de Derecho⁷⁷.

Pero todo lo anterior, para lo que sirvió fue para que la Sala Constitucional sólo declarara su competencia para el conocimiento del recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad ejercido contra el al acto impugnado, mediante el cual el Presidente de la República presentó el proyecto de reforma constitucional; pero no para ejercer el control constitucional, sino para declarar la acción como **“improponible”**, citando fallos precedentes en la materia (N^{os} 2042 del 02/11/07 y 2147 del 13/11/07), decidiendo:

“que si bien se trata el impugnado mediante la presente acción, de un acto dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución, y como tal controlable jurisdiccionalmente, **al no tratarse de un acto definitivo sino de uno integrante de un proceso complejo que concluye con la ratificación referendaria y la promulgación de la reforma cuya iniciativa correspondió al Presidente de la República; no puede ser objetivamente impugnado de una manera inmediata**”⁷⁸.

El mismo razonamiento de la sentencia N° 2194 de 22 de noviembre de 2007 (Caso *Hermán Escarrá y otros*), lo siguió la Sala en la sentencia N° 2200 (Ponencia Luisa Estella Morales Lamuño), Caso *Julio Borges y otros* dictada el 27 de noviembre de 2007, en la cual afirmó con mayor precisión que los efectos jurídicos de los diversos actos de dicho “proceso complejo” de la reforma constitucional “están condicionados a la aprobación popular de las modificaciones a través del mecanismo del referendo aprobatorio”, concluyendo con la afirmación de que la demanda de nulidad dirigida contra del proyecto de reforma constitucional sancionado por la Asamblea Nacional y la convocatoria del Consejo Nacional Electoral a referendo aprobatorio de la misma:

“carece de la entidad suficiente para ser impugnados, hasta tanto se verifiquen los efectos definitivos del procedimiento previo a la consulta popular a celebrarse el venidero 2 de diciembre de 2007, una vez aprobadas o no las normas constitucionales propuestas, en caso de subsistir el interés jurídico de cualquier ciudadano en su impugnación podrían ser objeto de un eventual control por parte de esta Sala.”⁷⁹

En consecuencia de lo anterior, también en este caso, la Sala declaró **improponible en derecho** el recurso de nulidad interpuesto.

Por lo demás, en exactos términos fueron emitidas la sentencia N° 2201 (Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño) de 27 de noviembre de 2007, Caso *Guillermo Morena Alcalá y otro*, al decidir una acción de nulidad por inconstitucionalidad interpuesta conjuntamente con amparo cautelar contra la reforma constitucional sancionada por la Asamblea Nacional⁸⁰; la sentencia N° 2202 (Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño), Caso *Alberto Nieves Alberti* de la misma fecha 27 de noviembre de 2007, al decidir la acción de nulidad por inconstitucionalidad conjuntamente con amparo cautelar contra el acto sancionatorio de la reforma constitu-

77 *Ibidem*

78 *Ibidem*

79 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2200 de 27 de Noviembre de 2007, Caso: *Julio Borges y otros*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2200-271107-07-1614.htm>

80 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2201 de 27 de Noviembre de 2007, Caso: *Guillermo Moreno Alcalá y otro*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2201-271107-07-1621.htm>

cional dictado por la Asamblea Nacional y la convocatoria a referendo por parte del Consejo Nacional Electoral⁸¹; y la sentencia N° 2208 de 28 de noviembre de 2007 (Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño), Caso *Antonio José Varela y Elaine Antonieta Calatrava Armas*, también al dictada al decidir una acción de nulidad por inconstitucional contra la sanción de la reforma constitucional por la Asamblea Nacional. En esta última, la Sala reiteró la declaratoria de improponibilidad de la acción, con base al criterio sentado en los fallos Nos. 2042 del 02/11/07 y 2147 del 13/11/07, en el sentido de que “si bien se trata de un acto dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución, y como tal controlable jurisdiccionalmente, al no tratarse de un acto definitivo sino de uno integrante de un proceso complejo que concluye con la ratificación referendaria y la promulgación de la reforma cuya iniciativa correspondió al Presidente de la República; no puede ser objetivamente impugnable de una manera inmediata”⁸².

Igualmente, la tesis de la improponibilidad fue ratificada por la misma Sala Constitucional en su sentencia N° 2206 de fecha 27 de noviembre de 2007 (Ponencia Luisa Estella Morales Lamuño), Caso *Yon Goicocheay otros*, aún tratándose en este caso de una acción de amparo, al declarársela que **no había lugar** a la misma, que los accionantes habían ejercido contra el acto sancionatorio de la reforma constitucional emanado de la Asamblea Nacional, en la cual habían alegado violación al derecho a la participación política y al derecho a la información, los cuales además, la Sala consideró que no se habían vulnerado en el procedimiento de reforma constitucional, sino que al contrario, habían sido amplia y plenamente respetados y garantizados por la Asamblea Nacional.⁸³

VI. LA RENUNCIA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL A EJERCER LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA Y EL CONTRASTE LATINOAMERICANO

Con las sentencias anteriores, como se ha dicho, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como Jurisdicción Constitucional, deliberadamente y tal como lo había anunciado públicamente, con anterioridad, la Presidenta de la propia Sala y del Tribunal Supremo de Justicia, **renunció a ejercer el control de constitucionalidad** sobre los actos de los poderes constituidos relativos a la reforma constitucional, lo que sin duda contrasta con lo que sucede en otros países latinoamericanos y con lo que incluso se regula expresamente en muchas Constituciones.

Es el caso por ejemplo, de la Constitución de Colombia, cuyo artículo 241 atribuye a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, y *en particular de los procedimientos para la revisión constitucional*, asignándole en particular competencia para:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, *cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.*

81 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2202 de 27 de Noviembre de 2007, Caso: *Alberto Nieves Alberti*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2202-271107-07-1672.htm>

82 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2208 de 28 de Noviembre de 2007, Caso: *Antonio José Varela y otro*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2208-281107-07-1607.htm>

83 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 2206 de 27 de Noviembre de 2007, Caso: *Yon Goicochea y otros*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2206-271107-07-1595.htm>

2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, *sólo por vicios de procedimiento en su formación*.

3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos *sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización*.

Por su parte, el artículo 379 de la misma Constitución de Colombia dispone expresamente que en todos los procedimientos de revisión constitucional en los cuales haya actos legislativos, convocatoria a referendo, de consulta popular o convocatoria a la Asamblea Constituyente, los mismos pueden ser declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional cuando violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Constitución en el cual se regula el proyecto de reforma constitucional. La acción pública contra estos actos sólo procede dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2 de la propia Constitución que regula la potestad de la Corte Constitucional de decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

En estos casos, como por ejemplo lo decidió la Corte Constitucional colombiana en sentencia N° C-551 del 9 de julio de 2003 con ocasión del proceso de reforma de la que propuso el Presidente de la república y fue aprobada por el Congreso de la República a través de la Ley N° 796 de 2003:

“La Constitución ha establecido “un control reforzado sobre la convocatoria de un referendo, porque además del control automático que ejerce la Corte sobre la ley de referendo, es viable la acción pública de inconstitucionalidad contra el acto reformativo de la Constitución”. Y este control reforzado es razonable por cuanto, como lo señaló el citado auto, la “reforma a la Constitución por medio de un referendo es un procedimiento que comprende diversas etapas. Por ende, conforme al artículo 241 ord 2, la Corte ejerce el control automático definitivo sobre la ley que somete a decisión del pueblo un proyecto de reforma constitucional, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 379 superior”. Concluyó entonces el citado auto que la “Corte ejerce un control automático sobre todos los eventuales vicios de procedimiento en la formación de la ley que convoca a referendo”.

Por otra parte, la Constitución de Bolivia enumera entre las atribuciones del Tribunal Constitucional (Art. 119, VII, 10), la de conocer y resolver sobre las demandas *respecto a procedimientos en la reforma* de la Constitución, las cuales se pueden plantear por cualquier Senador o Diputado o por el Presidente de la República, en relación con los proyectos de reforma.

En Costa Rica, el artículo 10, b) de la Constitución atribuye a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, competencia para conocer de las *consultas sobre proyectos* de reforma constitucional.

En la Constitución de Chile, el artículo 82, 2 atribuye al Tribunal Constitucional competencia para resolver las *questiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos* de reforma constitucional. En este caso, el Tribunal sólo puede conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la reforma. El Tribunal debe resolver dentro del plazo de diez días contados desde que reciba el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros diez días por motivos graves y calificados. Este requerimiento, en todo caso, no suspende la tramita-

ción del proyecto; pero la parte impugnada de éste no podría ser promulgada hasta la expiración del plazo referido.

En consecuencia, durante el desarrollo de los procedimientos para la revisión constitucional, puede decirse que los órganos a los que se atribuye el ejercicio del poder constituyente derivado están sometidos a la Constitución, la cual, como lo indica la Constitución de Nicaragua, tiene que seguir en vigencia “mientras no se apruebe por la Asamblea Nacional Constituyente la nueva Constitución” (Art. 194); o como lo indica la Constitución de República Dominicana “no podrá jamás ser suspendida ni anulada por ningún poder ni autoridad ni tampoco por aclamaciones populares”(Art. 120).

No es posible, por tanto, realizar una reforma constitucional mediante un procedimiento distinto al establecido en la propia Constitución, por lo que los procedimientos de reforma o enmienda constitucional que no se desarrollen conforme a las normas constitucionales que los regulan, o que versen sobre asuntos o materias que la Constitución prohíbe, son inconstitucionales y pueden ser controlados por la Jurisdicción Constitucional, que en el caso de Venezuela, es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; órgano que sin embargo, como se ha analizado anteriormente, renunció a ejercer la justicia constitucional, con el argumento de que había que esperar que el procedimiento constitucional culminase en todas sus etapas, incluso con la “aprobación” mediante referendo, para que una vez publicada la nueva Constitución en Gaceta Oficial, una reforma constitucional inconstitucionalmente realizada pudiera impugnarse. Para ese momento, sin duda, entonces, como hecho cumplido, hasta hubiera podido surgir una eventual tesis de la prevalencia de la voluntad popular expresada como poder constituyente originario en el referendo frente a la supremacía constitucional. Sobre ello tenemos experiencia en Venezuela.⁸⁴ En el caso del procedimiento de reforma constitucional realizado inconstitucionalmente en Venezuela, entre agosto y diciembre de 2007, sin embargo, fue el pueblo el que se encargó de ponerle fin, mediante el **masivo rechazo popular a la reforma**, la cual **no fue aprobada** en el referendo del 2 de diciembre de 2007.

En todo caso, no hay que olvidar que el problema de la relación entre rigidez y revisión constitucional, deriva de la situación fronteriza entre el derecho y los hechos, en la cual se mueven. No ha sido infrecuente en América Latina, que a pesar de las previsiones constitucionales, se hayan producido reformas parciales e incluso totales de los textos constitucionales sin seguirse los procedimientos prescritos para las reformas o enmiendas, originándose sin duda, inconstitucionalidades, que luego, por la fuerza de los hechos, han encontrado alguna legitimación política circunstancial. El problema radica en la duración de la estabilidad constitucional que pueda derivarse de la supuesta legitimación y en el consenso que se haya podido haber obtenido para las reformas⁸⁵.

84 Véase Allan R. Brewer-Carías, “El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999”, en la *Revista Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 3, 1999, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pp. 31-56

85 Véase sobre este tema de la reforma constitucional y el control de constitucionalidad Allan R. Brewer-Carías, “La reforma constitucional en América Latina y el control de constitucionalidad”, en *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad. Congreso Internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá Colombia, junio 14 al 17 de 2005, Bogotá, 2005, pp. 108-159; “Modelos de revisión constitucional en América Latina”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, enero-diciembre 2003, N° 141, Caracas 2004, pp.115-156; y “Los procedimientos de revisión constitucional en Venezuela”, en Eduardo Rozo Acuña (Coord.), *I Procedimenti di revisione costituzionale nel Diritto Comparato*, Atti del Convegno Internazionale orga-

Reformas impuestas por minorías o por mayorías circunstanciales sin que hayan sido producto de acuerdos, compromisos y consensos, es decir, de verdaderos pactos políticos, generalmente no tienen larga vida y las más de las veces, la vida que tienen termina estando vinculada a la vida política del o de los actores que las impusieron.

nizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Urbino, 23-24 aprile 1997, Università Degli Studi di Urbino, pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza e della Facoltà di Scienze Politiche, Urbino, Italia, 1999, pp. 137-181.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN
VENEZUELA COMO UN CASO DE AUSENCIA
DE CONTROL JURISDICCIONAL DE
LA CONSTITUCION

(Breve estudio comparado entre Colombia y Venezuela)

Jesús María Alvarado Andrade

“Vivimos bajo una Constitución, más la Constitución
es lo que los Jueces dicen que es”.

Evans Hughes

I. INTRODUCCIÓN GENERAL

La Constitución de 1999 en su preámbulo destaca que el Estado venezolano se constituye, entre otras cosas, en un “Estado de justicia, federal y descentralizado” que consolida los valores de la “libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones”¹.

Resulta relevante para nosotros en esta oportunidad el valor que tiene en el texto constitucional el término “imperio de la ley”, pues éste no es más que un término que alude al concepto o postulado del “Estado de Derecho”, es decir al hecho de que todos los actos de los órganos que ejercen el poder público, así como las conductas de los ciudadanos, deben ajustarse a lo dispuesto en el texto constitucional². Destaquemos *ab initio* que un principio fundamental justamente de la formulación del “Estado de derecho” es el principio de la supremacía constitucional que postula que la Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico, con lo cual todos los ciudadanos y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a la Constitución y deben acatarla y cumplirla³.

Las consecuencias de este principio son más que evidentes: *primero*; todos los actos dictados por los órganos del poder público y los actos o conductas de los ciudadanos necesariamente deben estar sujetos a lo dispuesto en la carta fundamental, *segundo*; todo acto de cualquier órgano que ejerza el poder público o de cualquier ciudadano deberá estar ajustado a lo dispuesto en la norma constitucional, so pena de la nulidad de todo acto de cualquier órgano del poder público o de cualquier ciudadano que contravenga lo dispuesto en la constitución y *tercero*; un sistema de mecanismos o garantías que aseguren a los ciudadanos la posibilidad de controlar las actuaciones de los órganos que ejercen el poder público, con el fin de contro-

1 V. de igual forma que el Artículo 2 de la de la Constitución de 1999, señala que “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”. Publicada en *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.453 de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, viernes 24 de marzo de 2000.

2 V. Arts. 7, 136, 137, 138 y 139 de la Constitución de 1999.

3 V. Art 7 de la Constitución de 1999.

lar la constitucionalidad de los actos de los órganos que ejercen el poder público en *pro* de mantener el desiderátum político-jurídico del soberano plasmado en la *lex superior*.

Por lo pronto señalaremos que justamente una consecuencia lógica de este principio de la supremacía constitucional, en cualquier Constitución escrita, es el de que todos los actos dictados por el Estado deben respetar la letra, espíritu y principios del texto constitucional, para así garantizar la indemnidad de la voluntad constituyente, pero para ello es necesario que existan diferentes medios que garanticen que esa voluntad constituyente no sea menoscabada por el propio Estado en su actuación.

Valga recordar a este respecto que la cláusula de supremacía constitucional descansa en el postulado de que toda Constitución es norma jurídica primaria, fundamental y base del ordenamiento jurídico positivo. Dicha supremacía no es más que una noción absoluta, sostén de la formulación del “*Estado de Derecho*” que quiere expresar el proceso de “*juridificación*”, es decir, de configuración inicial del poder constituyente en una norma constitucional, la cual puede verse en nuestra Constitución cuando la misma señala que “*La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.*”

Con ello se quiere dejar en claro que la Constitución es el resultado del poder constituyente primario u originario, pues éste se “*juridifica*” y se convierte dicha voluntad general constituyente en norma constitucional, con lo cual el propio soberano o constituyente originario estatuye límites formales y materiales a las posibles formas de cambio de dicha Constitución, de allí que se recalque la importancia del sistema de “*justicia constitucional*” a la luz de la naturaleza jurídica de la propia Constitución. De hecho el concepto de supremacía constitucional como noción absoluta y base de la formulación del “*Estado de Derecho*” estructura un sistema de “*justicia constitucional*” que viene a ser la máxima garantía adjetiva e incluso sustantiva al derecho fundamental del ciudadano a la supremacía constitucional, es decir a su propia voluntad constituyente.

Dicha cláusula de supremacía adquiere efectividad siempre y cuando exista un sistema judicial -*conocido como sistema de “justicia constitucional”*- que sea capaz de garantizar esa supremacía mediante el control jurisdiccional total de todos los actos del Estado afín de adaptarlos o circunscribirlos a lo que expone la Constitución, como emanación de la voluntad constituyente originaria que debe ser respetada, pues en ello descansa la formulación del “*Estado de Derecho*”.

Por tanto, en cualquier esquema de “*Estado de Derecho*” moderno, el tema de la justicia constitucional adquiere especial importancia cuando de actos de reforma constitucional se trata, puesto que si este sistema de “*justicia constitucional*” es importante como garantía básica para que todos los actos del poder público estén sujetos a lo que dispone la Constitución, mucho más lo es cuando de actos de reforma, de cambios constitucionales se trata, pues a ellos -los tribunales- les corresponde el velar por la protección de la Constitución.

De lo expuesto se concluye que toda Constitución, es norma jurídica, pues estatuye los mecanismos o procedimientos que habrán de seguirse para su modificación, la cual puede ser realizada por un poder constituyente “*originario*” o por un poder “*constituido*”, resaltando que dichos procedimientos de reformas constitucionales o de cambios constitucionales siempre están sometidos a límites materiales y formales, con lo cual se afirma más la idoneidad de que cualquier reforma o enmienda de la carta magna sea sujeta a control jurisdiccional previo por parte de los Tribunales Constitucionales afín de velar porque la voluntad constituyente originaria no sea usurpada por el poder constituido.

Sin embargo, tristemente estas ideas básicas no fueron llevadas en la práctica en Venezuela, ya que a raíz de la propuesta de reforma constitucional de 2007, la “*jurisdicción constitucional*” se negó a controlar los actos reformativos de la Constitución, con lo cual no nos cabe duda de que se puso de hecho y de derecho en cuestionamiento la cláusula de supremacía constitucional antes ya advertida, puesto que en ese importante momento histórico, de posible gran transformación de nuestra carta magna *-por medios no previstos en ella-*, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, avaló de hecho y de derecho la posible “*reforma*” debido a su renuncia a ejercer el control de la constitucionalidad de un acto tan importante para la garantía de la supremacía de la Constitución, como es el acto del poder constituido legislativo *-Asamblea Nacional-* de sanción del proyecto de reforma de la Constitución de 2 de noviembre de 2007, con argumentos realmente importantes *-no quiere decir correctos-* que merecen serios cuestionamientos por parte de la doctrina patria, pues con ello se retrocedió a momentos en que todavía era posible pensar en que determinados “*actos estatales*” eran excluidos de control jurisdiccional, lo que agravó considerablemente el proceso de reforma constitucional, por los riesgos que dicha reforma constitucional no sometida a control jurisdiccional pudo haber significado para el “*Estado de Derecho*” de no haberse dado el resultado electoral desfavorable a la propuesta de reforma constitucional⁴.

Es por ello, que en relación con este proceso irregular, justamente se escriben las presentes líneas con el objeto de esbozar algunas breves ideas, reflexiones y conclusiones a partir de una decisión de la Corte Constitucional de Colombia, en Sala Plena, referida a un caso de revisión de constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, por la cual se convocaba a referendo y se sometía a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional, pues dicho caso, en nuestro criterio tiene gran importancia como un ejemplo de derecho comparado, que recoge densos y acertados criterios respecto a la importancia que tiene todo control jurisdiccional previo de los actos de reforma constitucional por parte de todos los Tribunales Constitucionales a partir de las formulaciones del “*Estado de Derecho*”, vitales hoy en día, pues sirven de contraste, de ejemplo, de paradigma de lo que debe ser un control jurisdiccional real, garantía del “*Estado de Derecho*”, debido a la inexplicable renuencia de la Sala Constitucional de nuestro máximo Tribunal a aceptar el postulado de la supremacía de la constitución.

Así pues, con este caso de derecho comparado, queremos ofrecer una reflexión que nos permita ver hasta que punto ha sido correcta la conducta de nuestra máxima instancia jurisdiccional respecto al tema del control de reforma constitucional, basados en una experiencia de derecho comparado que dista mucho de lo que en nuestro país sucedió, pues con los ar-

4 La presidenta del Consejo Nacional Electoral, Tibisay Lucena, dio a conocer el primer boletín en horas de la madrugada del día tres (3) de diciembre, explicando que daban a conocer ese informe una vez recibidas las actas de escrutinios, luego de que la Comisión de Totalización procedió a examinarlas comprobándose que correspondían a las mesas electorales de la circunscripción nacional, totalizando un resultado, que revelaba una “*tendencia que no es reversible*”. La funcionaria presentó los resultados poco después de la una de la madrugada, más de nueve horas después de cerradas las urnas. La pregunta en el referendo fue dividida en dos bloques de artículos. La pregunta en el referéndum era la siguiente “*¿Aprueba usted el proyecto de Reforma Constitucional con sus Títulos, Capítulos, Disposiciones Transitorias, Derogatoria y Final; presentado en dos bloques y sancionado por la Asamblea Nacional, con la participación del pueblo y con base en la iniciativa del Presidente Hugo Chávez?*”. En el Bloque A, la opción del NO obtuvo 4.504.354 votos, con 50.70% de la votación, mientras que la opción del Si, obtuvo 4.379.392 votos, con 49.29% de la votación. El total de votos válidos 8.883.746, el total de votos nulos 118.693, con una abstención del 44.11% de la votación. En el Bloque B, la opción del NO obtuvo 4.522.332 votos, con 51.05% de la votación. La opción del Si obtuvo 4.335.136 votos con 48.94% de la votación. Los resultados finales no se conocen.

gumentos más correctos de dicha jurisprudencia foránea efectuada por su Corte Constitucional, esbozaremos una serie de consideraciones sobre la necesidad e idoneidad, para Venezuela, de un control jurisdiccional sobre el acto reformativo de la Constitución.

El trabajo no está referido a todas las sentencias de la Sala Constitucional de Venezuela y de la Corte Constitucional de Colombia sino a un análisis parcial, que creemos que puede servir de marco general para una “*reflexión global*” respecto al control jurisdiccional previo de cualquier acto reformativo de la Constitución.

Así, de forma muy sintética y en específico estas breves notas quieren esbozar las concepciones modernas, o los conceptos modernos que se han formulado respecto al control jurisdiccional previo y *a posteriori* de los actos reformativos de la constitución por parte de los Tribunales Constitucionales, en especial el caso de la Corte Constitucional Colombiana contrastándolo con el caso venezolano.

II. PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL POR VÍA DE REFERENDO. ¿REFORMA O NUEVA CONSTITUCIÓN?

Es menester destacar la importante diferencia existente entre poder constituyente primario u originario y poder constituyente derivado o secundario⁵, ya que con dicha diferencia conceptual, queremos recalcar la importancia del sistema de “*justicia constitucional*” a la luz de la naturaleza jurídica de la propia Constitución, pues con ello lo que queremos subrayar es que la soberanía popular -*el poder constituyente originario*- está radicado siempre en el pueblo, quien tiene y conserva la potestad de darse una Constitución.

El poder constituyente se entiende así entonces como el momento principal y estelar de confección *ex novo* del Estado por parte de un poder soberano, y bajo una doble vertiente, *primero*; como poder constituyente originario, como el momento primario de formación jurídica del Estado; y *segundo*; como poder constituyente no originario o derivado, que se desarrolla por algún método o mecanismo instituido por el Estado ya constituido y reglado en una norma constitucional.

No sólo el poder constituyente originario es el que se ha dado a lo largo de las experiencias históricas de conformación de un Estado, sino que de igual forma también se ha dado en forma de poder constituyente derivado, que es una definición negativa del originario y que se entiende como el que se da luego de que el Estado constitucional ha sido expuesto a una “*juridificación*” de la soberanía popular -*conocida como supremacía constitucional*- y en donde la Carta Magna, aprobada por el pueblo, cierra ese poder constituyente originario y

5 A este respecto la Sala Constitucional señaló que “*En efecto, un acto normativo es considerado Constitución por su carácter originario, por el origen popular que claramente expresa la doctrina del pacto social que, por ende, incluye el principio de autodeterminación política comunitaria y el de limitación del poder, lo cual supone el establecimiento de un sistema de competencias y de libertades ciudadanas que hace vinculante para los órganos diseñados por la Constitución su parte orgánica y material con pretensión de permanencia y de supremacía jurídica. (...) la distinción semántica de Poder Constituyente-Poder Constituido es claro apreciar que la reforma no es un acto del Poder Constituyente Originario, y como tal capaz de cristalizar una expresión de soberanía. La reforma es un acto del Poder Constituyente Derivado. Es una habilitación que se le hace al Poder Constituido de incidir en la Carta Magna; pero, como toda habilitación, debe cumplirse dentro de los límites y las condiciones que establece la Constitución y en el que se incluye, al menos en nuestro orden constitucional, a todos los detentadores legítimos del Poder que dimana de la voluntad popular (Presidente de la República, Asamblea Nacional y ciudadanía en general)” V. Sentencia N° 2147, de 13 de noviembre de 2007, Caso Rafael Ángel Briceño.*

establece los mecanismos de reforma institucional del Estado ya constitucionalizado, tales como las enmiendas constitucionales o reformas constitucionales.

Así se puede observar como se institucionaliza todo poder creador, y se llama constituido a todo poder legal, es decir, conferido y disciplinado por normas positivas vigentes y ejercido de conformidad con ellas, y en el que las normas que provienen de un poder constituido encuentran su fundamento de validez en las normas sobre su producción jurídica vigentes, estipuladas en una *lex superior*, constitutiva del Estado y del orden jurídico positivo.

Por tanto, el poder constituyente originario si bien en teoría no estaría sujeto a límites jurídicos, pues deviene, por encima de todo, en un ejercicio pleno del poder político del soberano, es por lo que considero que en un “*Estado de Derecho*” existiría aún una limitación al soberano conforme al postulado de la supremacía constitucional, por cuanto la Constitución “*creatura del poder constituyente originario*” en aras de garantizar su supremacía que es a su vez la voluntad constituyente debería regularizar sus métodos de reforma, y así evitar los medios no estipulados por esta, garantizando así la seguridad jurídica, la voluntad constituyente y el “*Estado de Derecho*”.

Claro que esto siempre es difícil, y es un tema complejo, que no ocurre tanto con el caso del cambio constitucional por el poder constituyente derivado, que en palabras de la Corte Constitucional Colombiana “30- [...] *se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar una constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la constitución misma. Ello implica que se trata de un poder establecido por la Constitución, y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma. Tales condiciones comprenden asuntos de competencia, procedimientos, etc. Se trata por lo tanto, de un poder de reforma de la propia constitución, y en ese sentido es constituyente; pero se encuentra instituido por la constitución existente, y es por ello derivado y limitado.* 31- *Por ser un poder instituido, el poder de reforma tiene límites y está sujeto a controles. Así, en el caso colombiano, los artículos 374 y siguientes de la Constitución establecen e instituyen ese poder de reforma, pues regulan los modos de reforma de la Carta, que son: acto legislativo, referendo y Asamblea Constituyente. Esas normas fijan además las reglas y los procedimientos a los cuales están sometidos tales mecanismos de reforma constitucional. Así las cosas, no duda la Corte que en tales eventos se está frente al ejercicio de un poder derivado y, por lo mismo, limitado por la propia Constitución*”.

La diferencia se señala por cuanto si bien la reforma es producto de un poder constituido, su control jurisdiccional es más que evidente, puesto que conforme al principio de supremacía de la Constitución, toda norma jurídica, actuación o acto de un poder constituido no puede imponerse en contravención a la voluntad constituyente, por lo que un amplio y profundo control jurisdiccional es un mecanismo idóneo para garantizar la indemnidad de la Constitución. Recordemos que la importancia fundamental de la función jurisdiccional dentro de la organización del Estado recae justamente en que es fin primordial de la misma el dar certeza al Derecho, manteniendo la paz social dentro de lo estipulado por el orden jurídico positivo. De hecho éste es el tema y el gran logro, la gran evolución del derecho constitucional contemporáneo, el desarrollo de sistemas jurisdiccionales que garanticen la indemnidad de la constitución, es decir con el consiguiente reforzamiento del carácter de norma jurídica de la propia constitución.

III. COMPETENCIA DE LAS CORTES, SALAS O TRIBUNALES CONSTITUCIONALES PARA CONOCER DE IMPUGNACIONES CONTRA ACTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

El principio de supremacía constitucional⁶ ya advertido debe ser resguardado por los Tribunales, ésta es su misión principalísima, en especial la de las Cortes Constitucionales, pues a ellas se les confiere la misión de resguardar el pacto social constitutivo del propio Estado como es la Constitución, con lo cual se concluye que un acto que modifique ese pacto social tendrá importancia para los Tribunales como guardianes del texto constitucional, pues de ellos depende que los actos modificatorios de ese pacto social estén acordes con los mecanismos que la propia norma constitucional dispone, so pena de considerarse que cualquier acto de reforma constitucional por estar exento de control sea una “*derogación*” o un “*desconocimiento*” implícito de la norma constitucional por parte del poder -*cualquiera que este sea*- por procedimientos distintos a los que ella dispone, que se ha denominado “*fraude constitucional*”⁷ y que no debe ser permitido por los órganos del poder constituido que deben sujetarse a lo que la propia Constitución dispone, en especial las Salas o Cortes constitucionales dotadas constitucionalmente de una competencia expresa bien importante como es la atribución de la “*jurisdicción constitucional*”⁸.

En Venezuela justamente lo dicho es recogido normativamente, ya que la Constitución diseña todo un sistema de “*justicia constitucional*” para garantizar esa supremacía y lograr que la Constitución tenga plena efectividad, mediante dos mecanismos, *primero*, mediante la asignación a todos los jueces de la República, en el ámbito de sus respectivas competencias y conforme a lo previsto en la Constitución y en la ley “*de asegurar la integridad de la Constitución*”⁹ en cualquier causa o proceso que conozcan; *segundo* la obligación que le asigna la Constitución a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de garantizar “*la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales*”, correspondiéndoles a todas las Salas del propio Tribunal ser “*el máximo y último intérprete de la Constitución*” y velar “*por su uniforme interpretación y aplicación*”¹⁰.

6 V. Art. 7 de la Constitución de 1999.

7 V. Es importante destacar que en este caso aun cuando el concepto de fraude constitucional puede ser correcto, pensamos que no es el más omnicomprensivo cuando se trata de explicar un cambio constitucional por medios no previstos en la Constitución. En efecto, el concepto de fraude haría alusión al hecho de que soslaya una disposición constitucional, o se apoya en una “falla”, para atentar contra la integridad de la Constitución. Pero esta noción no analiza el punto de la legitimación de un estado de cosas *ex post facto*, como ocurre con las nociones de “*golpe de estado*” o de “*revolución*”. Al respecto podemos decir que la revolución no es un cambio permitido por el orden jurídico positivo -*la supremacía constitucional lo impide*- pero es importante recordar que el hecho revolucionario puede adquirir una juridicidad *ex post facto*, que jamás debería ser permitido por un Tribunal Constitucional, so pena de considerarse que su actuación sea un acto omisivo, de permisividad ante un “*golpe de estado*” constitucional, prohibido a un órgano instituido, con lo cual podemos concluir que antes que fraude constitucional, lo que se buscaba era el resultado propio del “*golpe de estado*”. Este “*golpe de estado*” es *sui generis* pues no sería mediante la vía militar o violenta, como ocurre con el tradicional “*golpe de Estado*”, sino que sería un caso donde un órgano del poder público atenta contra la Constitución y contra el Estado con ropaje jurídico, teniendo presente repetimos que dicho “*golpe de Estado*” puede adquirir juridicidad de acuerdo al principio de efectividad.

8 V. Arts. 7, 25, 136, 137, 138, 139, 334, 335 y 336 de la Constitución de 1999.

9 V. Art. 334 de la Constitución de 1999.

10 V. Art. 335 de la Constitución de 1999.

En Venezuela es importante advertir que la Sala Constitucional es una sala más del Tribunal Supremo de Justicia, la cual tiene igualmente competencia en materia de “*justicia constitucional*”, pero además con competencias expresas muy precisas, por cuanto concentra la “*Jurisdicción Constitucional*”¹¹, es decir, el control concentrado de la constitucionalidad de todos los actos estatales; pero no todos los actos estatales, sino el control sólo respecto de determinados actos estatales, en especial los de rango y fuerza de ley y los dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

En el caso de Colombia sucede igual, la Constitución Política de la República de Colombia del año 1991, establece en sus artículos 241, 378 y 379 que la Corte Constitucional tiene la competencia expresa de velar por la indemnidad de la Constitución, y tal cual como la “*jurisdicción constitucional*” venezolana a cargo de la Sala Constitucional, posee competencias muy expresas en materia de control concentrado de la constitucionalidad, por cuanto ella solo conocerá del control concentrado de la constitucionalidad respecto de determinados actos estatales, los de rango y fuerza de ley y los dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. A ambas les corresponde conocer precisamente de los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, por lo que un acto reformativo de la Constitución deberá ser conocido por dichas “*jurisdicciones constitucionales*” como custodios máximos del texto constitucional y de su supremacía.

Esta idea es recogida por la Corte Constitucional, cuando al conocer de la Revisión de constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, que convocaba a referendo y sometía a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional, se declaró competente para conocer dicha revisión en virtud de los artículos 241-2, 378 y 379 de la Constitución colombiana, que confiere a dicha jurisdicción “*la atribución de decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución*”.

Idea que recoge el principio básico de control jurisdiccional propio de cualquier Corte o Tribunal Constitucional en la actualidad respecto de cualquier acto dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución, e incluso posiblemente reformativo de la propia carta magna. Al respecto es bueno advertir, que la Corte Constitucional tiene facultad expresa para conocer de un acto reformativo de la Constitución aun no sometido a votación popular.

La norma es clara, pues no permite que un acto *-mucho más de reforma constitucional-* sea sometido a votación popular sin la posibilidad de ser controlado jurisdiccionalmente, ya que ningún poder constituido puede permitir que un acto posiblemente viciado de nulidad sea sometido a votación popular, pues no es correcto argumentar al absurdo, dejando pasar la idea, de que la votación cambiaría el sentido del acto *-engendraría efectos externos luego de su votación-*, pues jamás pudiera engendrar efectos un acto que se reputa nulo, puesto que aun cuando el soberano es quien decide, éste no puede convalidar lo que el Derecho no le permite, y sobre todo, no puede convalidar un atentado a su propia voluntad constituyente, como votar o aprobar una modificación o reforma del texto constitucional viciada de incons-

11 La expresión “*Jurisdicción Constitucional*” es una noción orgánica, que tiende a identificar a un órgano específico del Poder Judicial que tiene, en forma exclusiva, la potestad de anular *ciertos actos estatales* por razones de inconstitucionalidad, en particular, las leyes y demás actos con rango de ley o de ejecución directa e inmediata de la Constitución. V. Allan R. Brewer-Carías “La justicia constitucional en la Constitución de 1999” en *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C.. Editorial Porrúa. México, 2001, pp. 931-961.

titucionalidad, desconocedora de los límites materiales y formales estipulados por la propia Constitución.

Sin embargo, es importante destacar que en la Constitución de Colombia se afirma que el control jurisdiccional a los actos de reforma es “*sólo por vicios de procedimiento en su formación*”, -lo que de acuerdo a alguna interpretación de ese texto constitucional de ese país pudiera ser válido-, pero es bueno advertir de antemano que en nuestro país tal interpretación sería incorrecta por no decir falsa, ya que nuestra Constitución establece con claridad límites tanto materiales como formales al procedimiento de reforma constitucional, con lo cual no solo sería posible controlar dicho acto de aprobación de la reforma “*sólo por vicios de procedimiento en su formación*”, sino que también por los contenidos introducidos en la reforma constitucional, los cuales jamás pueden ser contrarios a la “*estructura y principios fundamentales del texto constitucional*” (art. 342 C).¹²

Lo dicho es una matización importante pues no todos los argumentos del derecho comparado deben ser tomados irreflexivamente, pues hay que verlos a la luz de nuestras normas jurídico-positivas, entendiendo que las normas constitucionales de otros países deben anali-

12 No es aplicable en nuestro criterio la afirmación de que no hay límites materiales en el procedimiento de reforma constitucional, por no corresponderse con nuestra Constitución. Por ejemplo, un sector de la doctrina española, los profesores Luis López Guerra, Eduardo Espín, Joaquín García Morillo, Pablo Pérez Tremps y Miguel Satrustegui, afirman que “*la convicción de que imponer límites materiales a la reforma, esto es, excluir toda posibilidad de reforma de ciertos contenidos constitucionales, no es una barrera eficaz para impedir cambios políticos, que suele ser la pretensión, un tanto ingenua, de tales cláusulas de intangibilidad*”. Añadiendo dichos autores que “*Es precisamente en las cuestiones esenciales donde, llegado el caso, la acción política puede imponerse por encima de las vías constitucionales, haciendo inútiles las previsiones del constituyente*”. Dichas ideas son en nuestro muy modesto criterio la negación de la cláusula de supremacía constitucional, pues si bien a la luz del “*derecho político*”, pudieran tener sentido, nos parece que a la luz del derecho constitucional moderno no sería sostenible. V. Luis López Guerra, Eduardo Espín, Joaquín García Morillo, Pablo Pérez Tremps, Miguel Satrustegui. Derecho Constitucional. Volumen I, 4ª Edición, Tirant Lo Blanch, Libros, pp. 51. Al respecto solo queremos decir modestamente que no podría ser catalogada de “*ingenua*” un postulado que parte del respeto a la supremacía de la Constitución, que no es más que el respeto a la voluntad constituyente. Dicha postura parece sugerir una alabanza a la acción política, pues deja puerta abierta más a una revolución que a un proceso de reforma constitucional, lo que de suyo sería la negación de la esencia de la justicia constitucional -que es la sustitución de la Revolución-. Por ello no compartimos con los profesores antes mencionados dichos criterios, pero si queremos recordar al Profesor Manuel García Pelayo, cuando afirmó que “[...] *el establecimiento del derecho es uno de los fines primordiales de la política, puesto que es función de esta crear y garantizar un orden para la convivencia humana, y fundamento de este orden es el derecho. Segundo, el derecho no es una finalidad sino también un producto de la política, en el sentido de que su contenido concreto depende en buena parte de la distribución de las fuerzas políticas en el parlamento y de las relaciones de consenso y disenso entre ellas. Tercero, el derecho es un instrumento de la política, es una de las formas de social control, una vía de conversión de los programas y orientaciones políticos en normas vinculatorias. Pero, cuarto, el derecho también es el marco de la acción política, lo que se expresa en la primacía de la ley sobre el resto de las acciones del Estado, y en la primacía de la Constitución sobre la ley. Y, como consecuencia, quinto, el Derecho es la medida de legitimidad de la acción política, garantizada a través de los adecuados medios jurisdiccionales, de modo que por invocación a la Constitución y a la Ley pueden limitarse o rectificarse ciertas líneas de acción política. En resumen, entre el Derecho y la política nos encontramos de nuevo con un feedback o con una relación de causalidad circular; el Derecho es finalidad, producto e instrumento de la política, pero a su vez, la política ha de someterse a la normatividad jurídica vigente en cada momento. Naturalmente, se trata de una exposición muy simplificada del tema que necesitaría ciertas matizaciones*”. V. García Pelayo, Manuel “Entrevista sobre la Historia y otros Temas” en Manuel Obras completas Tomo III, Pág. 3293.

zarse en una interpretación completa y armónica, amen de conocer la evolución jurisprudencial de cada país a tomar en cuenta.

1. *El control jurisdiccional en Colombia*

La Corte Constitucional de Colombia afirmó en el caso analizado su competencia para conocer de actos de reforma “*al hecho de que la Corte Constitucional es el juez al cual el Constituyente confió el control de todos los procedimientos de reforma constitucional, como guardián de la integridad y supremacía de la Constitución (CP art. 241)*”, que deviene del hecho de que “*3- [...] la Constitución ha establecido un control reforzado sobre la convocatoria de un referendo, porque además del control automático que ejerce la Corte sobre la ley de referendo, es viable la acción pública de inconstitucionalidad contra el acto reformatorio de la Constitución*”. Añadiendo que este control reforzado es razonable por cuanto, “[...] *la reforma a la Constitución por medio de un referendo es un procedimiento que comprende diversas etapas*”. Así “[...] *la Corte ejerce un control automático sobre todos los eventuales vicios de procedimiento en la formación de la ley que convoca a referendo (CP art. 241 ord 2)*”.

Añadiendo la Corte, que la sentencia de control automático “*hace tránsito a cosa juzgada, y por ende es definitiva en lo que concierne al acto objeto de control por la Corte, razón por la cual, obliga a todas las autoridades del Estado*”¹³.

Por otra parte, la Corte Constitucional en dicho fallo señaló también de forma correcta que “*4- [...], el control de constitucionalidad que se ejerce sobre la ley mediante la cual se convoca un referendo constitucional se caracteriza por ser previo al pronunciamiento popular; concentrado, por estar exclusivamente a cargo de la Corte Constitucional; judicial, por la naturaleza del órgano que lo lleva a cabo; automático, ya que opera por mandato imperativo de la Carta Política*”¹⁴.

Por ello es menester añadir que dicho control jurisdiccional debería abarcar tal y como dice la Corte Constitucional de Colombia a todos “*5- [...] los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente*”¹⁵, los cuales podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en la Constitución Nacional.

2. *El control jurisdiccional en Venezuela*

A pesar de ser tanto la Corte Constitucional de Colombia, como la Sala Constitucional de Venezuela en la práctica y en los hechos Tribunales Constitucionales, dotados de las competencias exclusivas de la “*jurisdicción constitucional*” en los términos ya referidos, habrá que señalar que una actúa como tal y otra en contra del fin y la obligación de una verdadera “*jurisdicción constitucional*”. Lo dicho se afirma por cuanto la Corte Constitucional de Colombia conoce, controla y controló jurisdiccionalmente el acto reformatorio de la Constitución de su país, con antelación al pronunciamiento popular, mientras que la Sala Constitucional de Venezuela se negó a controlar previamente el acto reformatorio de la Constitución, sosteniendo incluso que era necesario someter al país a un proceso electoral y utilizar todo el material humano y tecnológico del órgano electoral con el propósito de que se decidiera electoralmente una reforma constitucional para así poder ser controlado jurisdiccionalmente dicho acto de reforma constitucional.

13 V. Corte Constitucional de Colombia, en Sala Plena, Expediente CRF-001, *ob cit.*

14 *Idem.*

15 *Idem.*

Esto es justamente lo que ocurrió en Venezuela, durante todo el proceso de reforma constitucional de 2007, el no control jurisdiccional previo por parte de la Sala Constitucional del acto reformatorio de la Constitución, ya que fue imposible lograr el control jurisdiccional previo por parte de la Sala Constitucional de los actos de aprobación de la reforma por parte de la Asamblea Nacional así como de la propuesta presidencial de reforma constitucional, con lo cual no nos cabe duda de que se puso de hecho y de derecho en serio cuestionamiento la cláusula de supremacía constitucional¹⁶ puesto que en ese importante momento histórico, de posible gran transformación de nuestra carta magna *-por medios no previstos en ella-*, la “Jurisdicción Constitucional” atribuida a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹⁷ avaló de hecho y de derecho la posible “reforma” debido a su renuncia manifiesta a ejercer el control de la constitucionalidad de un acto tan importante para la garantía de la supremacía de la constitución, retrocediéndose así a momentos en que todavía era posible pensar en que determinados actos estatales eran excluidos de control jurisdiccional.

Esos momentos muy alejados y anteriores a las formulaciones del “Estado de Derecho” en que se esbozaban que existían actos del Estado exentos de control se suponían superados. Sin embargo, ha resultado que la visión que teníamos no era cierta, de hecho una muestra de ello es que hemos retrocedido con esa renuncia al control jurisdiccional constitucional por parte de la “jurisdicción constitucional” a los primeros tiempos del derecho constitucional, debido a múltiples decisiones¹⁸ de nuestro máximo tribunal en contra del sentido progresivo¹⁹ que toda carta magna requiere.

16 V. Arts. 7, 131, 333 y 334 de la Constitución de 1999

17 V Arts. 335 y 336 de la Constitución de 1999

18 V. las múltiples sentencias de nuestro máximo Tribunal en Sala Constitucional negadoras del control jurisdiccional de dicho acto de aprobación de la propuesta de reforma constitucional del Presidente de la República y de los Diputados de la Asamblea Nacional en; Sentencia N° 1974, de 23 de octubre de 2007, Caso: *José Ignacio Guédez Yépez*; Sentencia N° 2042, de 2 de noviembre de 2007, Caso: *Néstor Luis Romero*; Sentencia N° 2108, de 7 de noviembre de 2007, Caso *Jorge Paz Nava y otros*; Sentencia N° 2147, de 13 de noviembre de 2007, Caso *Rafael Angel Briceño*; Sentencia N° 2189 de 22 Noviembre de 2007, Caso: *Confederación de Profesionales Universitarios de Venezuela (CONFEPUV)* y otros; Sentencia N° 2191, de 22 de noviembre de 2007, Caso: *Yvett Lugo Urbaéz*; Sentencia N° 2192, de 22 de noviembre de 2007, Caso: *Gerardo Guzmán*; Sentencia N° 2193 de 22 de noviembre de 2007 Caso: *Luis Hueck Henríquez*; Sentencia N° 2194, de 22 de noviembre de 2007 Caso: *Hermán Escarrá y otros*; Sentencia N° 2198 de 23 de noviembre de 2007, Caso: *Moisés Troconis Villarreal*; Sentencia N° 2200, 27 de noviembre de 2007, Caso: *Julio Borges*; Sentencia N° 2201, de 27 de noviembre de 2007, Caso: *Guillermo Morena Alcalá y otros*; Sentencia N° 2202, de 27 de noviembre de 2007, Caso: *Alberto Nieves Alberti*; Sentencia N° 2203 de 27 de noviembre de 2007, Caso: *Hermann Escarrá Malavé y otros*; Sentencia N° 2204 de 27 de noviembre de 2007, Caso: *Adriana Vigilanza García y otros*; Sentencia N° 2205, de 27 de noviembre de 2007, Caso: *Gonzalo Oliveros Navarro*; Sentencia N° 2206, de fecha 27 de noviembre de 2007, Caso: *Yon Goicochea y otros*; Sentencia N° 2207 de 28 de noviembre de 2007, Caso: *Vicente Díaz Silva*; Sentencia N° 2208, de 28 de noviembre de 2007 y Caso: *Antonio José Varela y Elaine Antonieta Calatrava Armas*; Sentencia N° 2210 de 29-11-2007, Caso: *Juan Carlos Jaimes*; Sentencia N° 2211, de 29-11-2007, Caso: *Claudia Nikken y otro*; Sentencia N° 2215, de 29-11-2007, Caso: *Rafael Montserrat Prato*. En dichas sentencias se negó rotundamente el control jurisdiccional de dicho acto de aprobación de la propuesta de reforma por parte de la Asamblea Nacional, bajo el argumento entre tantas otras consideraciones de que tal acto es un “acto de trámite [...] no impugnabile en forma aislada o independiente”, además de considerarse como acto “de instrucción no definitivos”; además de no encuadrable en los supuestos que integran los enunciados normativos contentivos de potestades jurisdiccionales atribuidas a la Sala Constitucional, por ser un acto producto de un proceso complejo, que al no exteriorizar efectos por sí sola, escapa de control jurisdiccional. V. Allan R. Brewer-Carías El Juez Constitucional vs. La Supremacía Constitucional, o de cómo la Jurisdicción Constitucional en Venezuela renunció a controlar la

A diferencia del caso colombiano, nuestro caso se distanció ampliamente de las tendencias modernas del control jurisdiccional de las reformas constitucionales.

Claro que habrá que recordar que dicho control no es ejercido por falta de competencia, al contrario, la Sala Constitucional como jurisdicción constitucional, aun estando dotada de competencias de “control concentrado” de la constitucionalidad de las leyes y demás actos dictados en ejecución directa de la Constitución²⁰, de “control difuso” de la constitucionalidad de los actos normativos a cargo de todos los jueces²¹ y del conocimiento de acciones de amparo a los derechos constitucionales²², no ejerció el control debido al acto de aprobación de la reforma por parte de la Asamblea Nacional, logrando con ello desconocer el derecho ciudadano a la supremacía constitucional²³, tutela judicial efectiva²⁴, principio de constitucionalidad²⁵ y principio de soberanía popular²⁶, declarando como “improponibles”, “inadmisible” o que “no había lugar”, a las pretensiones intentadas contra el acto de propuesta de reforma constitucional del ejecutivo nacional así como del acto de aprobación de la reforma constitucional por parte de la Asamblea Nacional²⁷, con el argumento de que no es un acto que “produce efectos jurídicos externos, ni puede causar gravamen a los derechos de los ciudadanos”.²⁸

Por tanto, podemos decir *prima facie* que dicha interpretación anulaba de hecho el control jurisdiccional previo del acto de reforma constitucional, dejando solo una vía de impugnación cuando concluyera el procedimiento con el referendo aprobatorio de la reforma²⁹, lo

constitucionalidad del procedimiento seguido para la “Reforma Constitucional” sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007. Nueva York, 2007 en <http://www.allanbrewercarias.com>.

- 19 V. José Manuel Delgado Ocando, *Discurso de Orden. Apertura de las Actividades Judiciales*. Enero 11 del Año 2001, Tribunal Supremo de Justicia, Serie Eventos N° 2, Caracas-Venezuela, Caracas 2001, p. 28.
- 20 V. Art. 336 de la Constitución de 1999.
- 21 V. Art. 334 de la Constitución de 1999.
- 22 V. Art. 27 de la Constitución de 1999.
- 23 V. Arts. 7, 131, 333 y 334 de la Constitución de 1999.
- 24 V. Arts 26, 253, 254, 257 y 280 de la Constitución de 1999.
- 25 V. Arts 25, 136, 137, 138 y 139 de la Constitución de 1999.
- 26 V. Art. 5 de la Constitución de 1999.
- 27 V. Art. 342 ord. 5 de la Constitución de 1999.
- 28 Si la Sala tiene o tenía razón, en que al ser una “propuesta” en teoría no produce efectos jurídicos externos, ni puede causar gravamen a los derechos de los ciudadanos, creemos que la Sala debió explicar porqué no causa efectos jurídicos, así como su teoría del por qué la reforma no es un acto político susceptible de control jurisdiccional garantía de la clausula de supremacía constitucional (Art. 7 de la Constitución de 1999.)
- 29 La presidenta del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), Luisa Estella Morales, señaló el propio día del referéndum constitucional- *ejerciendo su derecho al voto en el liceo Carlos Soublette, ubicado en el sector San Bernardino de Caracas*-. que el exceso de recursos introducidos ante el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), vinculados con la propuesta de la reforma constitucional, no generaba expectativas, pues “en mi criterio hubo un exceso de manejo de instancia al Poder Judicial”. En este sentido, agregó: “Cuando se presentan muchos recursos legales con el mismo sentido, y casi con las mismas palabras, indudablemente, que allí no hay expectativas, porque en los primeros que se resuelven se sabe cuales son los criterios, y los siguientes, contienen el mismo criterio, sobre todo, en la Sala Constitucional donde nuestras decisiones son vinculantes”. A su vez la máxima representante del TSJ dijo “que en total se introdujeron ante esta instancia 40 recursos vinculados con la propuesta de la reforma constitucional, de los cuales, aproximadamente 30 están resueltos, en tanto que se continúa trabajando con los restantes”. La magistrada aseveró que

que de suyo era completamente inaceptable, puesto que la “*jurisdicción constitucional*” a cargo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no puede permitir que un acto no convalidable, nulo de nulidad absoluta³⁰ y atentatorio del principio de supremacía constitucional sea sometido a votación popular³¹, lo que es un sin sentido en la evolución del derecho constitucional moderno que ha trabajado laboriosamente para que los Tribunales Constitucionales, Cortes o Salas Constitucionales, cuenten con el poder de controlar actos de reforma, de cambio constitucional en forma previa y a posteriori a la aprobación de dicha reforma en garantía del principio de supremacía constitucional, principio básico del “*Estado de Derecho*” moderno (art. 2 C.1999).

Antes es menester señalar -y como decían los maestros André Hariou, J Gicquel y Patrice Gélard que el jurista no puede taparse la cara para luego lanzar vanas excomuniones, sino que debe llamar las cosas al pan pan y al vino vino-, que la Constitución aun cuando no menciona ninguna competencia en especial a la Sala Constitucional como “*jurisdicción constitucional*”³², para que conozca de acciones de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, si deben hacerse varias acotaciones.

Por un lado, ello no debiera ser considerado un límite, puesto que la Sala Constitucional en especial ha sido una de las Salas más conspicuas en “*crear*” competencias que no tiene asignada constitucionalmente, muestra de ello es la famosa y polémica “*jurisdicción normativa*”, que ha venido a convertirse en la verdugo de la otrora “*reserva legal*”, pero prescindiendo de esto, no sería correcto a nuestro entender señalar que dicha competencia no está prevista en la Constitución, pues para ello solo basta leer las innumerables normas constitucionales³³ que establecen que los principios y estructura de la Constitución deberán ser preservados, protegidos por el Tribunal Supremo de Justicia, y más por esta Sala Constitucional

“*hoy es un día en que el pueblo venezolano ha salido a cumplir con un deber ciudadano. A través de este derecho podemos manifestar cómo queremos ser gobernados y cuáles son las leyes y normas que queremos*”. Asimismo, la magistrada destacó que se observó un clima de serenidad y tranquilidad, en tanto que convocó a los venezolanos a ejercer su derecho al voto de manera pacífica. V. TSJ: Exceso de recursos vinculados con la reforma no genera expectativas. Agencia Bolivariana de Noticias (ABN) (<http://www.abn.info.ve>), Fecha de publicación: 02/12/07.

30 La aprobación es nula de nulidad absoluta a tenor de los artículos 2, 7, 25, 131, 136, 137, 138, 139, 333, 334, 342, 343, 344 y 350 de la Constitución de 1999.

31 La votación era nula de nulidad absoluta a tenor de las normas constitucionales 7, 25, 131, 136, 137, 138, 139, 333, 334 y 350 de la Constitución de 1999. Además es importante señalar la opinión que compartimos del Magistrado Rondón Haaz en su voto salvado, cuando afirmó a este respecto que “*Así, si bien es indudable que ni siquiera la aprobación por referéndum popular podría convalidar la inconstitucionalidad de una reforma que se hubiere promulgado en contravención con los principios, valores y normas concretas que la rigen, de forma semejante como las causales de inelegibilidad de los candidatos a cargos de elección popular no pueden ser saneadas a través del voto, su control posterior no sería ni mucho menos semejante al de una ley, razón suficiente para interpretar con la mayor amplitud todas las posibilidades de control de los actos definitivos de cada una de las etapas de formación del proyecto de reforma, junto con la ostensible magnitud del daño que se causaría a la sociedad por la ilegítima alteración de las normas constitucionales en caso de desconocimiento, precisamente, de los actos formativos que ese colectivo hubiere aprobado, al nivel más elevado de las fuentes del Derecho, para la protección de su pacto social, propias de toda Constitución rígida como la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*”. V. Sentencia N° 2210 de 29-11-2007, Caso: *Juan Carlos Jaimés* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2210-291107-07-1624.htm>

32 V. Art. 336 de la Constitución de 1999.

33 V. Arts. 7, 26, 334 y 342 de la Constitución de 1999.

quien ejerce la “*jurisdicción constitucional*”, la cual debe garantizar esos principios y efectividad de las normas jurídicas en resguardo de la supremacía constitucional.

Por ello es menester referir que tal control previo y posterior de un acto de reforma constitucional si bien no se encuentra expresamente establecido en las competencias de la Sala Constitucional³⁴ no debe entenderse como un desliz del constituyente, pues este bien expresó normas constitucionales³⁵ que le permiten a la sala controlar jurisdiccionalmente dichos actos, en procura de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, tal y como fue interpretado por la Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia *in comento*, en la que se encuentran afirmaciones, razonamientos y argumentos válidos para Venezuela, trasladadas perfectamente a nuestra jurisprudencia constitucional, pero teniendo presente lo ya expuesto, de que a tenor de nuestra carta magna, dicho control previo al pronunciamiento popular le corresponde a la Sala Constitucional, quien tiene la obligación de conocer todos los eventuales vicios tanto en el procedimiento como en los contenidos de la aprobación del poder constituido de una reforma constitucional para así proteger el principio de supremacía constitucional.

Siendo mucho más fácil en nuestro caso deducir tal conclusión, puesto que en el caso venezolano la Constitución asigna la custodia de la Constitución a dicho órgano jurisdiccional, la cual de paso no puede permitir que un acto reformativo de la Constitución, cambie la estructura y los principios fundamentales del texto constitucional, puestos que estos cambios solo son posibles si son realizados por el poder constituyente originario en Asamblea Nacional Constituyente *-consagrado incluso en el texto constitucional del año 1999-*, y no por un poder constituido.

IV. LÍMITES FORMALES Y MATERIALES DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

Otra importante consideración es el tema del control jurisdiccional del acto reformativo de una Constitución respecto a vicios formales y materiales.

De hecho, habrá que recordar que todos los recursos, acciones o impugnaciones efectuadas contra el proceso de reforma constitucional ante nuestro máximo tribunal fueron rechazadas con el argumento *-cargado de muchas formalidades no esenciales y poco jurídicas*³⁶ - de que el acto de aprobación de la reforma es un acto de trámite y no genera gravamen alguno, que no tiene efecto externo alguno, lo cual en nuestro criterio es falso³⁷.

34 V. Arts. 336 de la Constitución de 1999.

35 V. Arts 2, 5, 7, 26, 27, 131, 136, 137, 138, 139, 253, 254, 257, 280, 333, 334, 336 y 342 ord. 5 de la Constitución de 1999.

36 V. Art. 7 y 257 de la Constitución de 1999.

37 El Magistrado Rondón Haaz en forma crítica señaló reiteradas veces que: “[...] 1. En criterio de quien discrepa, esta decisión de la Sala viola el principio de universalidad del control de todos los actos del Poder Público, pues implica concluir que hay actos - como los de este caso- que no están sujetos al control jurisdiccional, supuesto que ha sido rechazado desde siempre por nuestra jurisprudencia, tal como fue expresado por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, entre otros, en su conocido fallo de principios, caso Anselmo Natale, de 08.11.90. [...] Por otra parte, el acto del Presidente de la República del 15 de agosto de 2007 no es un acto de trámite, sino uno que culminó el procedimiento de elaboración de un anteproyecto de reforma que, a su vez, pauta al inicio de una fase posterior - la discusión en la Asamblea Nacional- de lo que es un procedimiento complejo -compuesto de sub-procedimientos, cada uno de los cuales concluye con un acto definitivo, que es impugnabile autónomamente-: el procedimiento de reforma constitucional cuando la iniciativa, conforme al artículo 342, la asume un sujeto distinto de la propia Asamblea Nacional, y el resto de las actuaciones objeto de la demanda son subsecuentes a

Sin embargo es menester recordar que las acciones fueron intentadas, si bien enfocadas en argumentos formales, por los vicios del procedimiento evidente en que incurrió la Asamblea Nacional, también fueron sustentadas en criterios materiales, pues se denunciaron en múltiples formas la vulneración de contenidos materiales gravemente afectados en la sanción de la propuesta de reforma constitucional³⁸.

Dichos argumentos tampoco fueron debidamente aclarados, en especial la competencia de la Sala Constitucional de velar porque la reforma constitucional respete los límites materiales impuestos por el constituyente, lo cual si fue debidamente expuesto por la Corte Constitucional Colombiana, la cual señaló con gran tino a este respecto que “6- *Un entendimiento puramente literal y aislado del artículo 379 superior, según el cual los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo pueden ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el título XIII de la Carta, conduce a obvias perplejidades.*” [...] por lo que la Corte a renglón seguido afirmó que “7. *no significa que el control de la Corte sólo pueda tomar en consideración esa disposición, por la sencilla razón de que el trámite propio de la convocatoria a un referendo constitucional, no se encuentra regulado exclusivamente en el título XIII,*” [...] pues “*La Constitución es un texto armónico que debe ser interpretado de manera sistemática, teniendo en cuenta, además, los propósitos pretendidos por el constituyente*”³⁹.

Añadiendo la Corte, que la Constitución “[...] *ha de entenderse como un texto que goza de unidad, de suerte que no resulta posible seleccionar caprichosamente las consecuencias normativas que resulten favorables o desfavorables para la solución de un problema puntual. Por el contrario, la solución de las controversias jurídicas de interés constitucional, exige que le sean aplicados al caso controvertido, todas las consecuencias -mandatos, permisiones, prohibiciones y diseños estructurales- previstos en la Carta*”⁴⁰.

Ese control jurisdiccional previo *-material y formal-* es importante pues preserva la Constitución, al no permitirse que se vulneren sus contenidos y los procedimientos que ella

aquél”. V. Sentencia de la Sala Constitucional N° 2108, de 7 de noviembre de 2007, Caso: *Jorge Paz Nava y otros*, Exp. N° 07-1484”.

38 El Proyecto presentado formalmente por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional, el 15 de Agosto de 2007, llevaba el título de “Proyecto de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana”, y formulaba propuestas de reforma respecto de los artículos 11, 16, 18, 67, 70, 87, 90, 100, 112, 113, 115, 136, 141, 156, 167, 168, 184, 185, 225, 230, 236, 251, 252, 300, 302, 305, 307, 318, 320, 321, 328 y 329 del texto constitucional de 1999. Sin embargo en las “particulares discusiones”, de la Asamblea Nacional, se incorporaron mas artículos, no propuestos por el Presidente de la República, dichos artículos son los siguientes, 21, 64, 71, 72, 73, 74, 82, 98, 103, 109, 152, 153, 157, 158, 163, 164, 173, 176, 191, 264, 265, 266, 272, 279, 289, 293, 295, 296, 299, 301, 303, 337, 338, 339, 341, 342, y 348. Para un total de artículos reformados de 69 artículos, de 33 propuestos por quien tuvo la iniciativa y 36 mas por el poder legislativo. Artículos 1, 16, 18, 21, 64, 67, 70, 71, 72, 73, 74, 82, 87, 90, 98, 100, 103, 109, 112, 113, 115, 136, 141, 152, 153, 156, 157, 158, 163, 164, 167, 168, 173, 176, 184, 185, 191, 225, 230, 236, 251, 252, 264, 265, 266, 272, 279, 289, 293, 295, 296, 299, 300, 301, 302, 303, 305, 307, 318, 320, 321, 328, 329, 337, 338, 339, 341, 342, y 348. Para comprender las irregularidades del decreto de Creación de la Comisión Presidencial y de aspectos conceptuales referidos al ejercicio del poder de revisión de la Constitución.

39 V. Corte Constitucional de Colombia, en Sala Plena, Expediente CRF-001, Caso, Revisión de constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá, D.C., de fecha 9 de julio de 2003.

40 *Idem*.

contempla. Sin embargo, en relación con la parte material ha dicho la Corte Constitucional de Colombia que “13- *La exclusión del control constitucional del contenido material de una reforma constitucional es natural, pues el contenido de toda reforma constitucional es por definición contrario a la Constitución vigente, ya que precisamente pretende modificar sus mandatos. Admitir que una reforma constitucional pueda ser declarada inexecutable por violar materialmente la Constitución vigente equivale entonces a petrificar el ordenamiento constitucional y anular la propia cláusula de reforma, por lo que la restricción impuesta por el artículo 241 superior a la competencia de la Corte es una consecuencia necesaria del propio mecanismo de reforma constitucional*”⁴¹.

Esto sin embargo es una posición muy restringida como ya advertimos, no trasladable a nuestro ordenamiento jurídico, puesto que al basarse en el art. 241 de la Constitución colombiana, se está señalando que el control jurisdiccional de los actos reformativos de la Constitución es solo por vicios de procedimiento. Sin embargo, estos vicios, luego fueron interpretados por la Corte señalando lo siguiente “19- [...] *En cambio, en relación con los actos reformativos a la Constitución, la convocatoria a un referendo o Asamblea Constituyente, y las consultas populares o los plebiscitos del orden nacional, la competencia de la Corte se encuentra restringida al análisis de los “vicios de procedimiento en su formación” (ords 1º, 2º y 3º). Esta distinción significa que la Constitución parece adoptar una clasificación bipartita de los vicios de los actos jurídicos sometidos a control de esta Corte, pues habría exclusivamente dos tipos de infracciones que podrían generar la invalidez de esas normas: vicios de procedimiento en la formación del acto y vicios en su contenido material. Y en relación con las reformas constitucionales en general y la ley de convocatoria a un referendo en particular, la Constitución excluye el examen de su contenido material y sólo prevé el control de los vicios de procedimiento en su formación*”⁴².

Añadiendo la Corte que “20- *La anterior reseña sugiere que el juez constitucional sólo debe examinar el trámite de la presente ley de referendo (iniciativa, votaciones, quórum, etc), pero no tiene ninguna competencia para examinar su contenido, pues la competencia de la Corte sólo cubre el procedimiento de formación*”, ahondando más la Corte que “22- [...] *En tales circunstancias, no tendría sentido que la Constitución atribuyera a la Corte el control de los vicios de procedimiento de las reformas constitucionales, pero la excluyera de verificar si los órganos que adelantaron esa reforma tenían o no competencia para hacerlo, pues esa regulación lleva a una situación inaceptable: así, ¿qué ocurriría si un órgano incompetente adelanta una reforma constitucional, pero con un trámite impecable? ¿Debería la Corte Constitucional limitarse a considerar los trámites de la reforma, a pesar de la absoluta invalidez de la reforma por carencia de competencia? ¿En qué quedaría su función de velar por “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” que le asignada el artículo 241 de la Carta? Esto muestra entonces que si esta Corte no verifica la competencia del órgano que adelanta la reforma, no estaría verdaderamente controlando que el procedimiento de aprobación de la reforma se hubiera hecho en debida forma*”⁴³.

Así la Corte interpretando la Constitución respecto al alcance de su control limitado a vicios de procedimiento, señaló que “23- [...] *cuando la Constitución adjudica a la Corte el control de los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional en general, y de una ley que convoca un referendo en particular, no sólo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia*

41 *Ibídem*

42 *Ibídem*

43 *Ibídem*

para que examine si el Constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia⁴⁴.

Pues “26. [...] reducir el alcance de los vicios de procedimiento a cuestiones de mero trámite sería contrario al artículo 379 de la Constitución que ordena a la Corte verificar el cumplimiento de “los requisitos” establecidos en el Título XIII de la Carta. Estos, en lo que respecta a la ley que convoca un referendo aprobatorio para reformar la Constitución, se encuentran en los artículos 374 y 378 de la Constitución. El primero es especialmente pertinente puesto que señala que el referendo es uno de los tres mecanismos de reforma constitucional, que el titular del poder de reforma “mediante referendo” es el pueblo, así como el titular del poder de reforma mediante acto legislativo es el Congreso. Así, el artículo 374, el primero del Título XIII, delimita los titulares de la competencia para reformar la Constitución y, por ende, la Corte Constitucional debe velar por el cumplimiento de éste “requisito”, como lo dispone el artículo 379 de la Carta. No se trata de un asunto menor, puesto que la coexistencia de tres mecanismos de reforma plantea ineludiblemente la cuestión de cuál es el titular del poder de reforma en cada caso y, por consiguiente, cuál es el ámbito de competencia de cada uno, en sí mismo considerado, y en relación con los demás órganos que participan en la configuración, desarrollo y materialización de determinada reforma a la Constitución. Por ejemplo, “la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución” queda “en suspenso” durante el término señalado para que una Asamblea Constituyente cumpla sus funciones (artículo 376)”⁴⁵.

Por tanto, la Corte entiende que los vicios de procedimiento no son limitables a límites formales, sino que también a límites materiales, cuando señaló que “27- Una conclusión se impone entonces: el examen de la Corte sobre los vicios de procedimiento en la formación de la presente ley no excluye el estudio de los eventuales vicios de competencia en el ejercicio del poder de reforma. Con todo, algunos podrían objetar que la anterior precisión no tiene importancia, por cuanto el pueblo o el Congreso, cuando ejercen su poder de reforma, no tienen límites materiales y pueden modificar cualquier contenido constitucional, por cuanto la Constitución colombiana de 1991, a diferencia de otras constituciones, como la alemana, la italiana o la francesa, o algunas de nuestras constituciones nacionales, no contiene cláusulas pétreas o irreformables. Conforme a esa tesis, los únicos límites que la Carta prevé para el poder de reforma son de carácter estrictamente formal y procedimental, esto es, que el acto legislativo, el referendo o la convocatoria a una Asamblea Constituyente hayan sido realizados conforme a los procedimientos establecidos en la Carta, por lo que la anterior disquisición sobre eventuales vicios de competencia en la aprobación de una reforma constitucional carece de efectos prácticos en nuestro ordenamiento”⁴⁶.

Añadiendo que “28- Esa objeción sobre la irrelevancia del examen de eventuales vicios de competencia en el procedimiento de aprobación de las reformas constitucionales tendría sentido si efectivamente el poder de reforma en el constitucionalismo colombiano careciera de límites materiales pues, de ser así, los vicios en la formación de una reforma constitucional se reducirían exclusivamente a los vicios de trámite o de procedimiento en sentido estricto. Sin embargo, importantes sectores de la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacionales como comparadas, sostienen que toda constitución democrática, aunque no contenga expre-

44 *Ibidem*

45 *Ibidem*

46 *Ibidem*

samente cláusulas pétreas, impone límites materiales al poder de reforma del constituyente derivado, por ser éste un poder constituido y no el poder constituyente originario”⁴⁷.

Así la Corte con esta importante conclusión de que toda Constitución democrática, aunque no contenga expresamente cláusulas pétreas, impone límites materiales al poder de reforma del constituyente derivado, por ser éste un poder constituido y no el poder constituyente originario, esbozando que es impensable que solo la Constitución de dicho país establezca solo límites formales y procedimentales mas no límites materiales al poder de reforma constitucional, lo cual es una interpretación de avanzada de cualquier carta magna.

En nuestro caso es importante tal conclusión, pues aun cuando la Corte Constitucional llega a una interpretación tan favorable, es menester recordar que es producto de un correcto entendimiento de la interpretación constitucional, que en el caso de Venezuela es mucho más fácil pues solo con una lectura rápida de nuestra Constitución es fácil percatarse de que contiene cláusulas pétreas e inmodificables, con lo cual el poder de reforma del poder constituido está completamente limitado, ya que todos los actos de reforma son susceptibles de control jurisdiccional no “sólo por vicios de procedimiento en su formación” sino que también por los contenidos introducidos en la reforma constitucional, los cuales jamás pueden ser contrarios a la “estructura y principios fundamentales del texto constitucional”⁴⁸.

Con ello nuestra Constitución impide que sean utilizados los procedimientos de reforma y enmienda como ha dicho la Corte Constitucional de Colombia para “33- [...]sustituirla por una constitución radicalmente distinta”, puesto que “[...] Una cosa es que cualquier artículo de la Constitución puede ser reformado [...] y otra cosa es que so pretexto de reformar la Constitución en efecto ésta sea sustituida por otra Constitución totalmente diferente - lo cual desnaturaliza el poder de reformar una Constitución y excedería la competencia del titular de ese poder. La tesis de que el titular del poder de reforma puede sustituir la Constitución enfrenta dificultades insuperables y por ello es insostenible en nuestro ordenamiento constitucional”⁴⁹.

Lo último es menester recordarlo puesto que repetimos, jamás nuestra Constitución permite que un acto del poder constituido sustituya una Constitución por otra, mucho menos permite una excepción al control jurisdiccional del poder de reforma, al contrario, la norma constitucional establece serios límites a la competencia del poder reformativo, puesto que no deja lugar a dudas de que tal poder debe conservar la identidad del texto constitucional en su conjunto desde una perspectiva material, puesto que una reforma jamás puede ser contraria a la “estructura y principios fundamentales del texto constitucional” (art. 342 C). Lo que corrobora el hecho como lo ha dicho la Corte Constitucional de Colombia de que la reforma en ningún caso debe entenderse como “34- [...] eliminación o sustitución por otra constitución distinta, lo cual solo puede ser obra del constituyente originario”⁵⁰.

Lo importante de estas afirmaciones es el hecho de que no se puede permitir que un acto de un poder constituido sea excluido de control jurisdiccional puesto que tal poder de reforma esta limitado en resguardo del principio de supremacía constitucional. Amen de que un acto del poder constituido no es un acto del poder constituyente originario, puesto que este “37- [...] no tiene entonces competencia para destruir la Constitución. El acto constituyente establece el orden jurídico y por ello, cualquier poder de reforma que el constituyente reconozca

47 *Ibidem*

48 V. Art. 342 de la Constitución de 1999

49 *Ibidem*

50 *Ibidem*

únicamente se limita a una revisión. El poder de reforma, que es poder constituido, no está, por lo tanto, autorizado, para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia. El poder constituido no puede, en otras palabras, arrogarse funciones propias del poder constituyente, y por ello no puede llevar a cabo una sustitución de la Constitución, no sólo por cuanto se estaría erigiendo en poder constituyente originario sino además porque estaría minando las bases de su propia competencia”.

Por último es menester recordar el tema de los límites del poder de reforma es importante, por cuanto “39. [...] *El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. [...] Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (CP art. 1°) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma”.*

V. NOTAS FINALES

Las presentes líneas solo desean servir de marco muy general sobre aspectos conceptuales abandonados por la Sala Constitucional, en base a las contradicciones múltiples en que incurrió nuestra Sala en las sentencias citadas en relación al control jurisdiccional previo y *a posteriori* respecto a los actos reformativos del texto constitucional de 1999.

Sin embargo es obligatorio destacar el mérito de muchos votos salvados por su gran importancia jurídica, pero como lo importante es la mayoría de la Sala a los efectos jurídicos, es por lo que prescindimos de dichos votos y los dejamos para un estudio muy separado, éste si mas amplio sobre el tema, que no podemos ahondar ahora y en este momento, destacando éste trabajo solo una experiencia comparada en donde se llega a una conclusión más avanzada y con un sentido progresivo amplio de protección de la constitución con casi las mismas normas constitucionales, que nos obliga no a basarnos en excomuniones inútiles, sino a destacar y debatir con seriedad como se hace en la presente Revista sobre temas que son de nuestro interés para el progreso de nuestra ciencia jurídica.

Para culminar, si pensamos oportuno destacar, que dicho control jurisdiccional lastimosamente partió de premisas teóricas bien discutibles, que aun cuando no expresadas, parecieran sugerir la idea de una “soberanía parlamentaria” no susceptible de control jurisdiccional, o lo que es peor, una suposición de aquello que decía el jurista Esmein de “*la conciencia y responsabilidad moral del legislador frente a la nación*” o de la frase de Joseph Berthelemy “*de que el Respeto de la Constitución no tiene otra sanción que la buena voluntad del legislador*”.

Si de ello se trata -y *esperemos que no*-, es bueno advertir que por lo menos en lo que en mi modesta opinión respecta, dichas premisas en Venezuela sabemos todos que no serían aplicables jamás -*la razón del por qué es objeto de otro estudio y de lo que todos mal o bien conocemos*- amen de que ello significaría a la postre la disolución progresiva del sistema de justicia constitucional y, por tanto, de la supremacía constitucional.

ÍNDICE

ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

-A-

Acción de Amparo Constitucional. 626

- Competencia. 626
- Inadmisibilidad. Existencia de vías judiciales. 646
- Legitimación. 636
- Objeto. Amparo contra normas. 636
- Orden Público. 645
- Procedimiento. Lapsos procesales. 643

Acción de Inconstitucionalidad. 601

Actos Administrativos. 556

- Efectos. 559
- Notificación. 559
- Publicación. 559
- Requisitos de fondo. Competencia: Delegación. 557
- Requisitos de forma. 556
- Vicios. Usurpación de funciones. 560

Administración Pública. Régimen. 509

-C-

Constitución. Reforma. 436

Contencioso Administrativo. 562

- Objeto. Actos administrativos Universalidad de control. 562
- Las partes. Intervención de terceros. 565
- Sentencia. Aclaratoria. 568
- Suspensión de efectos del acto administrativo. 563

Contencioso Administrativo Especial. 570

Contencioso Administrativo Tributario. 570

- Procedimiento. Notificación Sindico Procurador Municipal. 570

Control de la Inconstitucionalidad. 606

- Omisión del Legislador. 606
- Órganos del Poder Público. 606

-D-

Derecho a la información. 506

Derechos Individuales. 500

- Libertad personal. 500

-E-

Expropiación. 518

- Procedimiento expropiatorio. Ocupación previa. 521

-F-

Funcionarios Públicos. 649

- Clases de Funcionarios: Funcionarios de Carrera. 649
- Derechos. Prestaciones Sociales. Pago. 657
- Régimen jurídico. 649

-G-

Garantías Constitucionales. 457

Garantías Constitucionales. Tutela judicial efectiva. 457

Garantías de acceso a la justicia. 486

- Protección de intereses colectivos y difusos. 488
- Derecho a la defensa. 499
- Igualdad ante la ley. 472

-L-

Las Academias. Naturaleza Jurídica. 509

Ley. Interpretación. 446

-O-

Ordenamiento Económico del Estado. Intervención del Estado en la Economía. 514

Ordenamiento Jurídico. Constitución Reforma. 436

Organización Administrativa. Las Academias. Naturaliza jurídica. 509

-P-

Poder Público Nacional. Régimen. 509

Potestad Tributaria Municipal. 534

- Impuesto a las actividades económicas. 538
- Inmunidad Tributaria. 534
- Servicios relacionados con la Industria y comercio de Hidrocarburos. 534

Potestad Tributaria Nacional. Hidrocarburos. 524

Principios fundamentales del Estado. 432

- Principio de la separación de poderes. 432
- Principio de la soberanía popular. 436

Procedimiento Administrativo. Derechos de los Administrados. 554

- Derecho al Juez Natural. 555
- Las garantías del debido proceso. 554

Procedimiento Administrativo. Principios. 550

Propiedad. 518

- Libertad Económica. 518
- Prohibición de confiscación. 519

Proyecto de Reforma Constitucional. Control Constitucional. 572

-R-

Recurso de interpretación Constitucional. 615

Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional. 624

Responsabilidad patrimonial del Estado. 449

Responsabilidad del Estado por la actividad jurisprudencial. 449

-S-

Sindico Procurador Municipal. Notificación. 570

-T-

Tutela Judicial efectiva. 457

Este libro se terminó de imprimir durante el mes de mayo del año 2008
en los talleres de SENPRESS, C.A.
Tlf.:(0212)- 662.4313/661.1864 Fax.:662.7986
Caracas - Venezuela