

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

CONSEJO CONSULTIVO

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

- ¿García de Enterría 2000 vs. García de Enterría 1954? El Debate Sobre el Fundamento de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración en España* por Tomás Aníbal **ARIAS CASTILLO** 7

Comentarios Monográficos

- A propósito del Caso Kimel vs. Argentina. La Libertad de Expresión: ¿Piedra Angular de la Democracia?* por Asdrúbal **AGUIAR** 21
- La inconstitucionalidad de la competencia del Contralor General de la República para acordar la inhabilitación en el ejercicio de funciones públicas*, por José Ignacio **HERNÁNDEZ G.** 55

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

- Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el segundo trimestre de 2008*, por Marianella **VILLEGAS SALAZAR** 61

Comentarios Legislativos

- Comentarios a la ley de contribución especial sobre precios extraordinarios del mercado internacional de hidrocarburos*, por Juan Cristóbal **CARMONA BORJAS** 73

DOCTRINA

Doctrina Administrativa

- Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia dictadas durante el segundo trimestre de 2008*, por José Ignacio **HERNÁNDEZ G.** 81

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

- Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): segundo trimestre de 2008*, por Mary **RAMOS FERNÁNDEZ** y Mariane-lla **VILLEGAS SALAZAR** 91

Comentarios Jurisprudenciales

- La sala constitucional como poder constituyente: la modificación de la forma federal del estado y del sistema constitucional de división territorial del poder público*, por Allan R. **BREWER-CARIÁS** 247
- Reelección indefinida en la jurisprudencia de la Sala Constitucional*, por Manuel **ROJAS PÉREZ** 261
- De cómo la Jurisdicción constitucional en Venezuela, no sólo legisla de oficio, sino subrepticamente modifica las reformas legales que “sanciona”, a espaldas de las partes en el proceso: el caso de la aclaratoria de la sentencia de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 2007*, por Allan R. **BREWER-CARIÁS** 264

BIBLIOGRAFÍA

Referencia Bibliográfica

- Palabras en el Acto de Presentación del libro La Ciudad Ordenada de Allan R. Brewer-Carías en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, 11 de junio 2008*, por Eduardo **GARCÍA DE ENTERRÍA** y Tomás Ramón **FERNÁNDEZ** 273

ÍNDICE

- Alfabético de la jurisprudencia* 285

ESTUDIOS

Artículos

¿García de Enterría 2000 vs. García de Enterría 1954? El Debate Sobre el Fundamento de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración en España

Tomás Aníbal Arias Castillo¹

Resumen: *En el presente trabajo se expone el debate sobre el fundamento del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración en España y, muy especialmente, la destacada participación que en dicho debate ha tenido Eduardo García de Enterría. Éste formuló, defendió doctrinariamente y –hace muy poco- realizó algunas críticas a dicho sistema, mas, como se sostiene, sin discutir el fin reparador de la institución (específica garantía de la indemnidad patrimonial de los particulares), ni su carácter objetivo, cuya noción clave es la antijuricidad del daño.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL VIGENTE SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN ESPAÑA
 1. *La Importancia de la formulación original en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954.*
 2. *El fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración en España.*
- III. EL PRÓLOGO AL LIBRO DE ORIOL MIR PUIGPELAT. ¿HACIA LA SUPRESIÓN DEL CARÁCTER GENERAL Y OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN?
 1. *En punto de vista de Oriol Mir Puigpelat.*
 2. *El prólogo de Eduardo García de Enterría.*
- IV. EL NUEVO CAPÍTULO XXI DEL CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
 1. *El ‘cambio de tono’.*
 2. *La relevante crítica al establecimiento jurisprudencial de una responsabilidad ‘por hecho de las leyes’.*
- V. A MANERA DE CONCLUSIÓN: EL PELIGRO LATENTE DE UN DERECHO ADMINISTRATIVO HECHO ‘A LA MEDIDA’ DE LA ADMINISTRACIÓN

¹ Universidad Central de Venezuela: Abogado, Especialización en Derecho Administrativo. Universidad de Alicante: Especialización en Argumentación Jurídica. Universidad Carlos III de Madrid: Máster Oficial en Derecho Público (último cuatrimestre actualmente en curso). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, España): Diploma en Derecho Constitucional y Ciencia Política (actualmente en curso).

I. INTRODUCCIÓN

A través del presente trabajo queremos exponer, parcialmente, el debate sobre el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración en España.

Decimos parcialmente porque lo haremos desde la perspectiva de Eduardo García de Enterría, quizás el administrativista español más célebre, pero, sin duda, el protagonista principal en el aludido debate.

Fue García de Enterría quien tuvo una destacada participación en la redacción de la insigne Ley de Expropiación Forzosa de 1954; fue quien defendió doctrinalmente el carácter general y objetivo del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración; y paradójicamente, fue él mismo quien de alguna manera claudicó frente a las críticas dirigidas contra dicho sistema, iniciado el siglo XXI.

La polémica en sí misma tiene relevancia teórica y práctica pero, sobre todo, es una muestra de la pugna de dos visiones enfrentadas sobre la entidad del Derecho Administrativo. La pugna entre una concepción que busca salvaguardar inmunidades al poder y otra noción que se esfuerza en dar verdadera legitimidad a las prerrogativas públicas, desde el respeto a las situaciones jurídicas de los individuos².

El reconocimiento de la indemnidad patrimonial de los individuos ha sido una conquista del Derecho Público, rama jurídica cuya legítima inspiración es de carácter liberal, pues postula la necesidad de delimitar el poder a través de la Ley con el propósito de asegurar ámbitos de libertad a los individuos. Por ello, jamás estará justificada una lesión (entendida como reducción o restricción, y no como una mera alteración) patrimonial particular en invocación de intereses generales.

De tal reconocimiento es que han surgido las regulaciones de la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial. Y es tal reconocimiento el que no admite retrocesos en la amplitud de los sistemas jurídicos que garantizan el patrimonio de los individuos frente al poder.

El profesor García de Enterría defendió –y defiende aún– tal garantía, pero ha dado votos por dar vuelta atrás y revisar el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, con la noble intención de “evitar excesos”. No obstante tal loable deseo, opinamos que la inspiración de nuestro autor no coincide con la de sus acérrimos críticos, los cuales, en verdad, siempre han defendido el privilegio de exoneración propio de un Derecho Administrativo concebido como mero instrumento del poder.

Las extralimitaciones en las que han incurrido algunos jueces y doctrinarios, así como las imprecisiones de algunos textos legales y sublegales no habilitan dar un ‘golpe de timón’. El espíritu de García de Enterría 2000 no puede estar en contradicción con el de García de Enterría 1954.

2 Un debate similar, con casi idénticos protagonistas, se suscita con relación al tema del control de la discrecionalidad administrativa. *Cfr.* ATIENZA, Manuel. “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 85, Madrid: Civitas, 1995, p. 5 y ss.

II. EL VIGENTE SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN ESPAÑA

1. *La importancia de la formulación original en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954*

La Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa³ constituye el punto de partida del actual sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración en España.

Dicha ley, en un contexto histórico de expansión de la actividad estatal, sirvió para fundar un auténtico principio de Derecho, según el cual todo sacrificio patrimonial particular producido por la actividad administrativa debe ser debidamente reparado por la Administración.

El artículo 121.1 de su texto original, a la letra, expresaba lo siguiente:

Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.

Como una evolución de tan favorable previsión, la cláusula de la responsabilidad patrimonial de la Administración fue establecida en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado⁴, cláusula que veintiún años después (en cuyo tránsito existió una tambaleante jurisprudencia inicial que tardó en aceptar su aplicación y una primera generación de magistrados especialistas en lo contencioso administrativo que accedieron al Tribunal Supremo de Justicia como consecuencia de la Ley del Poder Judicial de 1956) valió como fuente para el artículo 106.2 de la Constitución Española de 1978.

Fue la Sección de Administración Pública del entonces Instituto de Estudios Políticos (hoy Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), fundadora en 1950 de la Revista de Administración Pública (RAP), presidida por Luis Jordana de Pozas (quien, además, para ese momento era miembro permanente del Consejo de Estado) y de la cual formaban parte Eduardo García de Enterría, José Luis Villar Palasí, Jesús Fueyo, Manuel Alonso Olea, Ricardo Gómez Acebo y (luego) José Antonio García-Trevijano Fos, la que por encargo del Ministerio de Justicia redactó el anteproyecto de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954⁵.

Sobre dicha ley, García de Enterría ha señalado que su aporte más importante, innovador y audaz fue “la introducción en nuestro Derecho del principio de la responsabilidad de la

3 Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* (BOE) N° 351, 17 de diciembre de 1954; y luego modificada por las leyes 11/1996 (BOE N° 313, 28-12-1996), 38/1999 (BOE N° 266, 6-11-1999), 14/2000 (BOE N° 313, 30-12-2000) y 53/2002 (BOE N° 313, 31-12-2002).

4 Ley 20 de julio 1957, de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (BOE N° 187, 22-07-57). Actualmente, la norma que regula la organización y el régimen jurídico de las administraciones públicas es la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE 285 27-11-92, con modificaciones publicadas en los BOE núms. 311, 28-12-92; 23 27-01-93; 12, 14-01-99; y 30, 04/02/99). Esta ley, a su vez, ha sido profundamente modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Sobre tales cambios, ver: MARTÍN REBOLLO, Luis. *Leyes administrativas* (12ª Ed.). Madrid: Thomson Aranzadi, 2006, p. 414 y ss.

5 Todos estos datos históricos los hemos extraído de: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después, en *Revista de Administración Pública* N° 156. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre 2001, p. 251-268.

Administración, lo que inicialmente parecía tener poca relación con el instituto expropiatorio⁶. Asimismo, nuestro autor expone que el hábito creado por la aplicación y práctica de cuatro leyes básicas (la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958) fueron determinantes para el genuino Estado de Derecho plasmado en el Texto Fundamental de 1978⁷.

2. *El fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración en España*

A diferencia de lo que ocurrió en países como Inglaterra, Alemania o Suiza, donde el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración gravitaba originalmente sobre el binomio ilegalidad-culpabilidad, el fundamento del resarcimiento pecuniario en España tuvo como eje central el dato objetivo de la lesión antijurídica, “entendida como el daño que un particular sufre en sus bienes o derechos sin tener la obligación legal de soportarlo”⁸.

El anterior dato es relevante, pues deja clara la perspectiva garantista del Derecho Administrativo español, inspirada en el principio de indemnidad patrimonial de los particulares, cuya aplicación en la responsabilidad patrimonial de la Administración tenderá a solventar, en primer término, el problema de la lesión individual sufrida como consecuencia de la actuación administrativa.

Es por lo anterior que el actual sistema español, construido, como se ha expresado, con base en los artículos 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, ha consagrado **una responsabilidad directa y principal**, dado que no sólo cubre los daños imputables a las conductas individuales de los funcionarios públicos, sino que también envuelve las lesiones producidas por el funcionamiento anónimo e impersonal de la organización administrativa. Asimismo, el sistema conceptúa una **responsabilidad objetiva**, en tanto la culpa individual o institucional (probada o presunta) no es el fundamento del deber de reparación, sino el elemento objetivo de la antijuricidad del daño sufrido por un tercero⁹.

No puede colegirse de lo antes afirmado que el elemento volitivo haya desaparecido del análisis jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración¹⁰, sino que ha

6 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después, *op. cit.*, p. 255-256. En razón del aceptado principio de indemnidad patrimonial de los particulares, no es difícil ver hoy la relación entre la responsabilidad patrimonial de la Administración (entendida para aquella “secuela incidental de daños residuales”) y la expropiación forzosa (aplicable cuando el despojo es directo y querido por la Administración). Difícil, sin duda, era apreciar la similitud en 1954. Sobre tales semejanzas y diferencias, ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II* (10ª Ed.). Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 362-363.

7 Por la influencia de tales leyes administrativas, Fernando Garrido Falla ha calificado como *Estado de Derecho Administrativo* a la monarquía parlamentaria española.

8 LEGUINA VILLA, Jesús. El fundamento de la responsabilidad de la Administración, en *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 23. Madrid: Civitas, 1979, p. 533. “La antijuricidad del daño no depende de la actuación antijurídica de la Administración, sino del resultado antijurídico que no tiene el afectado el deber de soportar”. *Cfr.* Sentencia del Tribunal Supremo español (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6) de 20 de marzo de 2007 (Recurso núm. 1408/2003).

9 LEGUINA VILLA, Jesús. El fundamento de la responsabilidad de la Administración, *op. cit.*, p. 534.

10 *Cfr.* GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas* (3ª Ed.). Madrid: Thomson Civitas, 2004, p. 368-369: “En cierto que la jurisprudencia, en ocasiones, se ha resistido a abandonar el dolo o la negligencia culpable como elemento indispensable para que una

pasado a ser un criterio más de imputación de daños que, junto con otros (tales como la ilegalidad o el riesgo creado en peligro de terceros), se inscribe dentro del paradigma restablecedor. También sigue siendo útil a la hora de determinar, caso por caso, el reparto de responsabilidades internas dentro de la organización administrativa, con el objeto de repercutir sobre el patrimonio del funcionario que concretamente hubiere producido la lesión patrimonial¹¹.

III. EL PRÓLOGO AL LIBRO DE ORIOL MIR PUIGPELAT. ¿HACIA LA SUPRESIÓN DEL CARÁCTER GENERAL Y OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN?

1. *En punto de vista de Oriol Mir Puigpelat*

En un libro publicado en 2002¹², Oriol Mir Puigpelat da cuenta de la polémica doctrinal surgida en España con relación al sistema que prevé la responsabilidad patrimonial -objetiva y global- de la Administración y, además, alega que tal sistema es insostenible.

A continuación presentamos, muy sintetizados y con comentarios críticos según el caso, algunos de los razonamientos más prominentes de dicho autor:

A.- La responsabilidad objetiva no se ha impuesto sobre la responsabilidad por culpa en el Derecho Civil, tal y como esperaban confiados quienes impulsaron el vigente sistema y sostuvieron la necesidad de que el Derecho Administrativo avanzase en tal sentido.

B.- La responsabilidad objetiva global de la Administración no existe en los países europeo-continentales, salvo en España, por lo que sería necesario modificar el sistema español para adecuarlo al entorno político y económico de la Unión Europea¹³.

actuación administrativa pueda estimarse ilícita jurídicamente, y que aunque entre nosotros está formalmente desterrada la culpa (...), analizando (o, si se quiere, psicoanalizando) la jurisprudencia es dable colegir que ha seguido siendo un criterio de decisión más o menos camuflado. Pero en general la jurisprudencia ha llevado hasta sus últimas consecuencias el principio de responsabilidad objetiva (...)"

11 Según criterio de Ramón Parada, la doctrina española –y especialmente Eduardo García de Enterría- lleva al límite la responsabilidad de la Administración “pues, incluso, cuando se aprecia una falta personal del funcionario, el daño resultante se presenta como expresión del funcionamiento del servicio y, por ende, la imputación del mismo a la Administración no se excluye ni aun en la presencia del dolo penal”. Cfr. PARADA, Ramón. *Derecho administrativo I. Parte general (14ª Ed.)*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 628. Si bien lo anterior podría ser cierto, habría que matizarlo (el autor lo reconoce inmediatamente, mas sin retirar su crítica) en tanto y en cuanto el ordenamiento jurídico español, en tales casos, prevé la acción de regreso, la cual permite a la Administración repercutir en el patrimonio del funcionario culpable, manteniéndose así un equilibrio entre la indemnidad patrimonial de los particulares y el buen orden del aparato administrativo.

12 MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid, Civitas, 2002, 374 p.

13 En este punto, Mir cita extensamente a Fernando Pantaleón Prieto, civilista español que ha atacado duramente el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración en España: “Desde que tengo uso de razón jurídica he leído en nuestros mejores administrativistas, escrito con unas u otras palabras, pero siempre con indisimulado orgullo, que el régimen que en materia de responsabilidad patrimonial (*rectius*, civil extracontractual) de la Administración instauró, hace ya cuarenta años, nuestra Ley de Expropiación Forzosa es el más progresivo, en el sentido del más protector del administrado, del panorama del Derecho comparado, y lo sigo leyendo. A mí esto me pareció siempre un argumento en contra de la racionalidad de ese régimen: me pareció y me parece indudable que España no puede permitirse ‘gozar’ del sistema de responsabilidad de la Administración más ‘avanzado’, o sea, más caro del mundo”. Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema, op. cit.*, p. 203. A nuestro juicio, al argumento, si bien presenta el problema del costo de

C.- El criterio del riesgo especial no justifica la amplitud general del sistema, en tanto la actuación administrativa no siempre es constitutiva de un riesgo especial.

D.- No procede equiparar la persecución del interés general por parte de la Administración a la persecución del lucro por parte de los particulares.

A nuestro juicio, se trata de un razonamiento curioso, según el cual se nos quiere hacer ver que aun si estuviese justificado el carácter objetivo de la responsabilidad en materia civil, en atención al principio según el cual quien se beneficie económicamente de una actividad debe sufragar los daños que el ejercicio de tal actividad produzca en terceros, “sería escandaloso” establecer el carácter objetivo en la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, siendo que “la Administración somos todos, incluidas las potenciales víctimas”¹⁴. Quizás convenga citar la formulación final del no muy feliz razonamiento:

La Administración no puede ser equiparada al empresario de Derecho privado y verse contrapuesta a las víctimas de los daños que genera su actuación. La Administración no persigue unos fines propios, particulares; sus fines son –también– los de las víctimas¹⁵.

Llegados a este punto nos gustaría mostrar nuestra preocupación por el evidente, sempiterno –y peligroso– abuso del argumento teleológico dentro del discurso iusadministrativista, representado por el tópico del *Interés General*, conforme al cual ya no el rey (*the king can do no wrong*) sino los benevolentes funcionarios se encuentran desplegados para proveernos felicidad, y no para producirnos daños (*the public officers can do no wrong*). Decimos que se trata de un mal argumento, pues si bien es cierto que la Administración **debe** orientar su actuación a la satisfacción de intereses generales, ello no quiere decir que de hecho ello **sea** así. Si la Administración no nos dañase no habría necesidad de postular su obligación de repararnos daño alguno¹⁶. Honestamente, creemos que ‘por ahí van los tiros’ del Derecho Administrativo que se resiste a reconocer *status* al individuo¹⁷.

E.- El principio de igualdad ante las cargas públicas no justifica la responsabilidad objetiva global de la Administración: el mencionado principio se adecuaría mejor a la expropiación forzosa, pero no a la responsabilidad patrimonial de la Administración, dado que “los daños incidentales no pueden ser considerados una carga, un sacrificio, porque no vienen exigidos por la colectividad, por el interés general”¹⁸.

F.- La garantía patrimonial de los administrados no puede justificar la responsabilidad objetiva global de la Administración, ya que la extensión de la garantía a todo tipo de daños supondría “la parálisis potencial de la libertad de acción de la Administración (*sic*), como

la implantación del sistema, no destruye en lo más mínimo la pretensión de querer instaurar en un país determinado ‘el mejor sistema de responsabilidad de la Administración del mundo’.

14 MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit., p. 208.

15 MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit., p. 209.

16 Se trata de la misma falacia cometida por la Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia de 15 de mayo de 2001 [caso: *Gladys Jorge Saad (viuda) de Carmona*], en la que adujo, para negar la responsabilidad de la Administración, que la misión de los funcionarios no es sustraerle la vida a los individuos.

17 Lo anterior (el desconocimiento del *status* del individuo) va acompañado con la reticencia a reconocer que la Administración se encuentra sujeta al Derecho, más aún que un ‘simple tendero’.

18 MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit., p. 209.

consecuencia del afán de garantizar el derecho a la seguridad de las víctimas en todo caso y a cualquier precio”¹⁹.

G.- El artículo 106.2 de la Constitución Española no impone la responsabilidad objetiva global: a diferencia de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, alega Mir que el Texto Fundamental no hace mención del “funcionamiento normal”, sino que la lesión “sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”²⁰. El argumento (esta vez un argumento interpretativo, a través del cual se pretende mostrar el sentido y alcance del artículo 106.2 Constitucional a partir de una supuesta ambigüedad que permitiría ‘hacer calzar’ cualquier sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración –eso sí, menos el objetivo y global-) incurre en un error: eludir el postulado del legislador racional²¹, cuya expresión, aplicable al presente caso, se recoge en el argumento histórico. Según este razonamiento, los términos de un determinado texto jurídico deben ser interpretados “en la tradición jurídica a la que pertenecen”²².

La tradición jurídica española es, sin duda, la del sistema global y objetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración y no otra, salvo una eventual reforma constitucional, legal y sublegal.

H.- La responsabilidad objetiva global de la Administración constituye un subsidio a las compañías aseguradoras privadas: la existencia de una responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos tiene, a juicio de Mir, consecuencias nocivas, tales como el resarcimiento de sujetos económicamente poderosos²³. Por, ello, a su entender, el sistema debe ser más limitado.

19 MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit., p. 213.

20 Luciano Parejo Alfonso, de hecho, expone que “la Constitución (arts. 106.2 y 121) sólo contempla expresamente la responsabilidad de la Administración pública y por funcionamiento anormal de la administración de justicia”. Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho administrativo (1ª Ed.)*. Barcelona: Ariel, 2003, p. 873. A nuestro entender, queda clara la indeterminación normativa –a nivel constitucional, pues basta con ver la tradición legal, pre y postconstitucional para que dicha indeterminación se vea claramente resuelta- en cuanto al fundamento del sistema de responsabilidad de la Administración. Otra cosa sucede con la responsabilidad de la administración de justicia, cuyo fundamento es el funcionamiento anormal de ésta.

21 Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Javier. Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional, en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* N° 1, México: ITAM, 1994, p. 69 y ss.: “La hipótesis que planteo e intentaré demostrar es que los argumentos que justifican la interpretación de los enunciados jurídicos se encuentran, a su vez, justificados por la imagen ideal de un legislador racional, imagen que, por un lado, parece guiar las decisiones interpretativas, pero, por otro, se mantiene porque los operadores judiciales actúan como si fuera real (p. 72)”. La hipótesis del legislador racional, entre otras cosas, impone que: (i) el legislador conoce el ordenamiento; (ii) el legislador no regula de forma diferente dos supuestos de hecho similares; (iii) el legislador no dicta normas incompatibles; (iv) el legislador tiene una voluntad única y coherente; (v) el legislador, en principio, no es mutable; y (v) el legislador no enuncia principios contradictorios e incoherentes (p. 98).

22 MORESO I MATEOS, Josep Joan. *Lógica, argumentación e interpretación en el Derecho*. Barcelona, Editorial UOC, 2006, p. 154.

23 MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit., p. 227: “Si se trata de indemnizar a un particular desvalido, nadie o casi nadie duda que deba nacer la responsabilidad administrativa, incluso en ausencia de toda anormalidad en el funcionamiento de los servicios públicos; si, en cambio, se trata de indemnizar a un sujeto económicamente poderoso, como una compañía de seguros, la disposición a ampliar el alcance de la responsabilidad administrativa mengua drásticamente. Ello es perfectamente comprensible. Y Justo”.

Nuestra posición es que con tal razonamiento podrían sostenerse discriminaciones basadas en desigualdades económicas, así como otras situaciones injustas.

I.- La responsabilidad objetiva global es insostenible económicamente: según Mir, el sistema “es -potencialmente- inasumible económicamente. En otras palabras: es demasiado caro”²⁴. Frente a la defensa de autores como Muñoz Machado, García de Enterría o Leguina Villa, quienes –con toda razón- sostienen que por más de cincuenta años ha existido en España responsabilidad objetiva y global sin que el fisco haya colapsado, lo cual no obsta para que se hayan producido excesos en la jurisprudencia, Mir contraataca diciendo que el sistema, de hecho, ha sido barato, pero “porque la jurisprudencia, sencillamente, no lo ha aplicado”²⁵.

Otra curiosidad más de este autor, quien inicia su obra afirmando con contundencia que “el sistema de responsabilidad objetiva global instaurado por la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (LEF) ha comenzado a tambalearse tras más de cuarenta años de pacífica aceptación doctrinal”²⁶. Un sistema con casi cincuenta años (para el momento en que fue publicado el libro), aceptado doctrinalmente, pero que ha empezado a colapsar, no por su aplicación, sino por ¿su inaplicación? Desde nuestro punto de vista, Mir ha incurrido en una petición de principio, al dar por probado justamente lo que quería demostrar (esto es, que el sistema de responsabilidad objetiva, contra toda evidencia claro está, habría colapsado)²⁷.

J.- La responsabilidad objetiva global no satisface adecuadamente la función de control que corresponde a la responsabilidad civil de las administraciones públicas: Mir afirma que si la responsabilidad patrimonial surge independientemente de cuál ha sido la conducta de la Administración (y sólo importa que ésta haya producido un daño), no ayudará a mejorar el funcionamiento de los servicios públicos. Por ello, junto con los demás razonamientos, propone un sistema de responsabilidad administrativa que pivote sobre la idea de funcionamiento anormal de dichos servicios.

En anterior argumento tiene dos posibles respuestas, una proveniente de la Teoría General del Derecho, y otra del mismo Derecho Administrativo:

(i) La responsabilidad es una relación jurídica nueva, que surge cuando se quebranta un primer vínculo jurídico. El vínculo jurídico primario vendría a ser el derecho de los particulares a no sufrir injustas lesiones patrimoniales como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos²⁸. El nuevo vínculo sería la obligación de la Administración consistente en reparar íntegramente dichos daños antijurídicos, si se produjesen²⁹.

24 MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit., p. 229.

25 MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit., p. 230.

26 MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit., p. 29.

27 Sobre la falacia de petición de principio, o *petitio principii*, ver: WESTON, Anthony. *Las claves de la argumentación* (8ª Ed.). Barcelona: Ariel, p. 132-133.

28 Artículo 106.2 de la Constitución Española: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

29 Sobre el concepto de responsabilidad jurídica, v. LARRAÑAGA, Pablo. *El concepto de responsabilidad*. México: Fontamara, 2000, 212 p.

Por ello, la responsabilidad patrimonial de la Administración debe centrarse en reparar la lesión antijurídica producida en cabeza del tercero y no en la conducta de la Administración³⁰.

(ii) La especificidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración radica en la necesidad de dar respuesta frente a ciertos efectos no deseados de la actividad administrativa. Se trata de hacer justicia a la víctima del daño antijurídico a través de procedimientos administrativos impugnativos o, mejor aún, mediante procesos de tutela judicial dentro del contencioso-administrativo³¹. Ahora bien, tal naturaleza judicial no riñe con la función de control intrínseca de la justicia administrativa (entendida en sus ámbitos administrativo y jurisdiccional). De hecho, mientras más justicia se haga a quienes sufran daños por funcionamiento –normal o anormal– de los servicios públicos, mayor control existirá de la actividad administrativa.

K.- La responsabilidad objetiva y global no es un buen instrumento de canalización de la solidaridad social. La función redistributiva no corresponde a la responsabilidad civil de las administraciones públicas, sino a la seguridad social: el sistema amplio de responsabilidad patrimonial de la Administración, que garantiza indemnización en un mayor número de supuestos, ha sido defendido como más *progresista*, lo cual le brindaría cierta aureola que lo convertiría en inexpugnable. Desde el punto de vista de Mir ello tiene dos objeciones: (i) alguien que se acogiese a la doctrina liberal del Estado mínimo podría simplemente oponerse a ‘tanta solidaridad’ y propondría la restricción del sistema, en favor de los seguros privados, que brindan protección a costa de cada particular; y (ii) desde la misma perspectiva *progresista* (la que él dice defender, por supuesto), se debe alegar que la responsabilidad administrativa extracontractual no es el cauce para redistribuir la renta, a diferencia de los tributos y la seguridad social, dado que las reparaciones del daño no miden la renta del afectado, sino tan sólo verifican que se haya producido un daño. Debe restringirse, pues, el sistema, porque “destinar gran parte de los recursos públicos a la responsabilidad patrimonial significa no destinarlos a otras instituciones que sí son aptas para realizar las ideas de solidaridad y redistribución; significa, en definitiva, desviar los recursos públicos del flujo de la solidaridad y la redistribución”³².

Se parte de una confusión, o de cierta mala intención. En primer lugar, ni la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene por norte redistribuir la renta –sino, como tanto

30 Con ello se pretende dar respuesta al alegato de Mir, según el cual, “la responsabilidad se configura como un instrumento –casi– exclusivamente reparatorio. Y se pierde la oportunidad de atribuir a la responsabilidad civil la benéfica función de control que sirva para mejorar el funcionamiento de los servicios públicos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit., p. 238.

31 “Como ya nos consta, la lesión resarcible es la pieza clave de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Como tiene dicho E. García de Enterría, en la medida en que la responsabilidad es un mecanismo objetivo de reparación y no de sanción por un comportamiento inadecuado o irregular, el concepto de lesión patrimonial se convierte en el basamento del sistema, como hoy resulta del artículo 141.1 LRJPAC, conforme al cual sólo son indemnizables las definidas como lesiones por el propio texto legal”. Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho administrativo (1ª Ed.)*, op. cit., p. 880. “La responsabilidad pasa así a reposar sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, y en la medida que, se ha producido una lesión patrimonial (GARCÍA DE ENTERRÍA)”. Cfr. PARADA, Ramón. *Derecho administrativo I. Parte general (14ª Ed.)*, op. cit., p. 622.

32 MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit., p. 243.

se ha insistido, reparar los daños producidos por los servicios públicos-, ni ciertas prestaciones que otorga el Estado, directamente o mediante particulares, en materia de salud, educación, transporte, vivienda, etc., tienen fundamento en la solidaridad (la cual es una virtud y constituye la adhesión circunstancial a la causa de otros), sino en el postulado de la satisfacción de las necesidades básicas como requisito para la igualdad de oportunidades, que impone obligaciones y cargas económicas generales³³.

De lo que podemos estar plenamente convencidos es que, si afinamos bien los términos, no sabríamos si lo más *progresista* -pero sí lo más correcto- es sostener el sistema que mejor garantice el derecho a la indemnidad patrimonial de los individuos. En todo caso, ese será el sistema que generará las condiciones para que los *progresistas*, si son ellos los que han de dirigir el rumbo colectivo por mandato del electorado, tengan riqueza para repartir.

2. *El prólogo de Eduardo García de Enterría*

La obra de Oriol Mir Puigpelat fue el resultado de su tesis doctoral, de cuyo tribunal formó parte Eduardo García de Enterría, quien, además, prologó el correspondiente libro.

En dicho prólogo, García de Enterría afirma (p. 20) que en la comisión redactora del anteproyecto de Ley de Expropiación Forzosa de 1954 “nunca existió la idea de que la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro Derecho tuviese que ser una responsabilidad objetiva y absoluta, capaz de incluir supuestos ilimitados de indemnización en cuanto hubiese intervenido un agente público, incluso, como está ocurriendo en la jurisprudencia desde no hace mucho, sin ninguna intervención de la Administración o de sus agentes, sino el legislador mismo, representante de la voluntad general”.

Adicionalmente, García de Enterría reclama que la extensión del ámbito de la responsabilidad de la Administración en España es inusitada en los países occidentales, tiene difícil explicación dogmática y comenzaría a pesar de manera seria sobre las finanzas públicas.

En tercer lugar, sostiene que es la antijuricidad del daño (*danno ingiusto*, en los términos del artículo 2043 del Codice Civile italiano) el concepto base del actual sistema de responsabilidad patrimonial administrativa español. Es en este punto donde más confunde, pues afirma que cuando en otras obras ha hecho alusión a la configuración directa y objetiva en tal sistema, lo ha hecho con referencia “al carácter objetivo que se predica de la antijuricidad del daño” (p. 21).

En cuarto lugar, señaló que sólo en el supuesto específico de riesgo creado por la Administración podría hablarse de la imputación de una responsabilidad objetiva, pero entendiendo que ello no es extensible “a cualquier riesgo imaginable (...) criticándose expresamente la supuesta “responsabilidad por riesgo generalizado” o de “socialización del riesgo” propuesta por Duguit, que sería la fórmula máxima” (p. 23).

33 Cfr. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 405: “Creo que cualquier reflexión sobre los derechos humanos y las necesidades básicas debe partir de una constatación de sentido común, o si se prefiere de una intuición moral básica: el hombre no puede protagonizar una existencia plenamente humana si se siente acosado por la mordedura de ciertas necesidades básicas, si no tiene garantizadas en el presente y en el futuro esas necesidades básicas”. Según la exposición de este autor, los derechos económicos, sociales y culturales, que tienen su correlativo en la administración prestacional –o redistributiva y solidaria, según Mir- son sólo justificados desde lo que él denomina *una concepción socialista liberal de los derechos humanos*.

Finalmente, García de Enterría opina que debido a lo “abstruso” de la cláusula general de la responsabilidad patrimonial de la Administración se han generado excesos por la jurisprudencia. Por ello, sugiere como opción inclinarse por la propuesta de Oriol Mir Puigpelat, esto es, reducir el principio de responsabilidad como regla sólo a los daños causados por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, y propone a Mir para aportar “sus notables saberes a la preparación de esa oportuna reforma legal” (p. 26).

IV. EL NUEVO CAPÍTULO XXI DEL CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

1. *El ‘cambio de tono’*

El *Curso de Derecho Administrativo*, de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón-Fernández, es probablemente la obra referencial más importante y popular dentro del Derecho Administrativo hispanoparlante. Sus múltiples ediciones desde 1977 (trece del Tomo I y diez del Tomo II), reimpressiones y traducciones al italiano y al portugués dan fe de ello³⁴.

Se trata de una obra con la que un estudiante se haya satisfecho, por la libertad de juicio crítico que transmiten sus autores así como por su irreprochable –en ocasiones exquisito– uso del lenguaje³⁵. Adicionalmente, se trata de una publicación que se ha caracterizado por poner al Derecho Administrativo ‘en su justo lugar’: la necesidad de una Administración dotada de suficientes y justificadas prerrogativas, pero, sobre todo, el respeto a la dignidad, integridad y autonomía de los seres humanos que se benefician y perjudican de la actividad administrativa.

Si algún cambio destacable ha sufrido el *Curso*, específicamente desde la séptima edición del Tomo II (2000), sin duda, ha sido su Capítulo XXI, intitulado *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración*.

Es en dicha edición donde aparece la primera reacción a las críticas del sistema de responsabilidad patrimonial administrativa; reacción que se resume en el aparente *mea culpa* siguiente:

Es posible, incluso, que a esos equívocos y malentendidos hayan contribuido algunas afirmaciones nuestras, que formulamos en términos demasiado rotundos, quizás, en ediciones anteriores de esta obra en nuestro afán de hacer inteligible un sistema legal que aparta de los planteamientos tradicionales, aunque viene a coincidir casi exactamente, como ha notado

34 Sobre la importancia del *Curso*, véase la recensión realizada por LAVILLA RUBIRA, Juan José. Curso de Derecho administrativo (recensión), en *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 82. Madrid: Civitas, abril-junio de 1994, p. 335 y ss: “Tal es probablemente la razón última por la que el éxito inicial del *Curso* -ya espectacular- se ha incrementado con el paso de los años y las ediciones, y hoy puede afirmarse, probablemente sin margen de error alguno, que nos hallamos ante la mejor y más importante obra general de Derecho Público español del presente siglo. (...) En fin, el impacto de la onda expansiva producida por la publicación de las sucesivas ediciones del *Curso* se ha hecho sentir más allá de las fronteras de la Universidad e incluso de nuestro propio país. La influencia de esta obra sobre los Abogados (a la que no es ajena la circunstancia de que los autores se colocan no infrecuentemente en la perspectiva propia de éstos: el Derecho ha de servir ciertamente para algo) y sobre los Jueces (en todos los grados de la organización judicial: son legión las Sentencias que reproducen literalmente, o casi, frases del *Curso*) ha sido y es inmensa e insólita. Como insólito es (y debiera ser motivo del más profundo orgullo para sus autores), en el ámbito internacional, no ya la trascendencia de la obra en la comunidad jurídica iberoamericana, sino que haya sido traducida a dos idiomas, honor que, hasta donde alcanza el conocimiento de quien suscribe, no comparte ninguna obra jurídica escrita por españoles vivos”.

35 Mal podría pasarse por alto que Eduardo García de Enterría y Martínez-Carande es miembro de número de la Real Academia Española.

LEGUINA certeramente, con el régimen común de la responsabilidad tal como se define en el Código civil italiano, en particular en su artículo 2043³⁶.

El auto-reproche por los supuestos excesos del vigente sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración puede verse, asimismo, en el prólogo de la comentada obra de Oriol Mir Puigpelat, donde afirma:

Como quiera que yo mismo he juzgado un papel en la instauración, primero, en trabajos pre-legislativos, y en el desarrollo ulterior (aquí ya como mero expositor e intérprete del sistema legal) del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestra patria, me creo obligado a dar una justificación de ese juicio positivo en favor de una rectificación del sistema, que este libro pretende (p. 19).

Tal *mea culpa* de Eduardo García de Enterría contrasta con lo aseverado por él en 1984, en ocasión de la reedición de su libro, inicialmente publicado por el Instituto de Estudios Políticos en 1956, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*:

Tampoco es cierto que la “cláusula general” de responsabilidad formulada por la Ley de 1954 (...) sea inespecífica o amenace ser utilizada para imponer a la Administración cargas insostenibles, como alguna vez se ha pretendido con ligereza, y eso según la experiencia, ya importante, de su funcionamiento práctico durante treinta años ha demostrado de forma concluyente³⁷.

Lo cierto es que cincuenta años han pasado y nuestro autor parece haber cedido frente a los fustigadores de un sistema amplio de responsabilidad patrimonial. Y decimos ‘parece’ porque, como se desprende de su análisis del libro de Oriol Mir Puigpelat (de 2002), hay ocasiones en las cuales los excesos jurisprudenciales le han hecho incluso sugerir un ‘golpe de timón’ hacia la responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos. Pero luego, en 2006, nos encontramos con juicios como el que sigue:

Por nuestra parte creemos, sin desconocer el serio fundamento de aquella crítica, que una correcta inteligencia de los presupuestos técnico-jurídicos del sistema implantado hace medio siglo por la LEF podría ser suficiente para asegurar su debido funcionamiento y para evitar los excesos en los que, de una forma bienintencionada pero demasiado simplista, ha incurrido alguna vez la jurisprudencia, excesos que no alcanzan a nublar las virtualidades intrínsecas de aquél, ni llevan a desconocer el progreso que supone el principio básico en el que se apoya³⁸.

Coincidimos, justamente, con Oriol Mir Puigpelat, en su correcta interpretación del anterior fragmento: el propósito de los autores es introducir una importante limitación de la responsabilidad administrativa, no a través de la matización de su carácter objetivo, sino de la depuración del concepto de lesión indemnizable y la subordinación de su existencia a la ausencia de causas de justificación³⁹. De hecho, el extenso análisis crítico de la jurisprudencia

36 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II, op. cit.*, p. 383.

37 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Madrid: Civitas, 1984, p. 4-5.

38 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II, op. cit.*, p. 377.

39 MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema, op. cit.*, p. 33.

española realizado en el capítulo XXI del *Curso* tiene como referente la noción de daño ilícito, esto es, aquel daño que no debe ser soportado por quienes lo sufren⁴⁰.

Es tal depuración –y no el abandono de la visión tradicional, según la cual se trata de una responsabilidad objetiva- la que introduce cierto tono crítico en el referido capítulo XXI, frente a ciertos excesos de la jurisprudencia española.

2. *La relevante crítica al establecimiento jurisprudencial de una responsabilidad ‘por hecho de las leyes’*

Como hemos afirmado, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández han formulado fuertes críticas al tratamiento jurisprudencial del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración⁴¹, pero ninguna tan contundente como la dirigida contra la responsabilidad ‘por hecho de las Leyes’, esto es, por leyes perfectamente válidas que afectarían la indemnidad patrimonial de los individuos, lo cual daría lugar a la obligación de resarcimiento por parte de la Administración.

40 Según Luciano Parejo Alfonso, los excesos que se han producido en la jurisprudencia española han sido causados por una interpretación extensiva de lo que debe conceptuarse como antijuricidad del daño, por lo cual propone una interpretación más estricta de tal noción. *Cfr.* PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho administrativo (1ª Ed.)*, *op. cit.*, p. 881. Si bien pueden existir casos específicos [ver el breve comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1991, hecho por PARADA, Ramón. *Derecho administrativo I. Parte general (14ª Ed.)*, *op. cit.*, p. 622-623] donde los jueces contencioso-administrativos han extendido –quizás indebidamente- la garantía patrimonial de los particulares, también es cierto que existen criterios jurisprudenciales asentados, sobre los límites de la responsabilidad patrimonial, precisamente, anclados sobre la interpretación restrictiva de la antijuricidad del daño. Un buen y reciente ejemplo, lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6) de 16 de abril de 2007 (Recurso núm. 3721/2002), donde dicho órgano jurisdiccional declaró improcedente el recurso interpuesto por un particular que fuera lesionado durante su rescate en la montaña (tuvo una caída), por un bombero en actividad, quien realizaba dicho rescate. A juicio del TS no hubo funcionamiento anormal imputable a la organización del servicio (concretamente, el TS juzgó correcta la actuación del helicóptero que acompañaba el rescate, quien tuvo la imposibilidad de acercarse más por las condiciones atmosféricas existentes). El Tribunal Supremo, textualmente, expresó “en el caso de funcionamiento normal, el servidor público ha asumido voluntariamente un riesgo que, de acuerdo con la ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no sería antijurídico y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial sino con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria, siendo éste el criterio mantenido también en la sentencia de diez de abril de dos mil (RJ 2000, 3352). Por el contrario, y en el caso de funcionamiento anormal del servicio público, se debe discernir si la deficiencia o anormalidad es consecuencia exclusivamente de la propia actuación del servidor o funcionario público, en cuyo caso su misma conducta sería la única causante del daño o perjuicio sufrido, con lo que faltaría el requisito del nexo causal, requerido por el apartado 1º del artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, o si la deficiencia o anormalidad del servicio obedece a otros agentes con o sin la concurrencia de la conducta del propio perjudicado”.

41 *Cfr.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*, *op. cit.*, p. 377: “Este expreso refrendo constitucional [el art. 106.2 CE] ha dado pie, en un primer momento, a algunos excesos en la jurisprudencia, especialmente, en el ámbito de la responsabilidad por actos médicos, que ha exagerado, deformándolo, el exacto alcance de la cláusula general de responsabilidad, y ha dado lugar a la aparición de alguna crítica frontal del sistema (F. PANTALEÓN, O. MIR), así como a la formulación de matizaciones y ajustes de diverso signo (M. BELADÍEZ, L. MEDINA y la doctrina más reciente del Consejo de Estado). Últimamente los excesos han venido, sobre todo, de la asunción por los tribunales contencioso-administrativos de una sorprendente jurisdicción para declarar la responsabilidad patrimonial por hecho de las Leyes”.

El más importante argumento, sin duda, es el de la manifiesta incompetencia de los órganos jurisdiccionales con competencia en lo contencioso-administrativo para juzgar los resultados de la actividad legislativa (y no administrativa) de la rama legislativa del Poder Público.

Los únicos dos casos en los que dichos autores admiten una responsabilidad tal son: (i) la responsabilidad derivada del incumplimiento por parte del legislador del Derecho Comunitario; y (ii) el caso de sentencias anulatorias del Tribunal Constitucional (éste sí, competente para emitir juicios basados en Derecho sobre la actividad legislativa) que fijen sus efectos hacia el pasado (*ex tunc*), lo cual es rarísimo y podría afectar sensiblemente la seguridad jurídica.

En casos singulares de leyes que afecten relaciones bilaterales específicas entre particulares y Administraciones públicas, siendo el ejemplo más claro la concesión de obras o servicios públicos, los autores señalan que deberá procederse a restablecer el equilibrio económico de tales vínculos (como si se tratase de *hechos del príncipe*)⁴².

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN: EL PELIGRO LATENTE DE UN DERECHO ADMINISTRATIVO HECHO 'A LA MEDIDA' DE LA ADMINISTRACIÓN

Luego de una lectura coherente de los textos seleccionados para el presente trabajo, hemos llegado a las conclusiones siguientes:

1.- El sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración en España sigue fundamentado en el principio de indemnidad patrimonial de los particulares, matizado con una noción de lesión antijurídica, similar al *danno ingiusto* del artículo 2043 del Codice Civile italiano.

2.- En razón de lo anterior, dicho sistema sigue partiendo de una noción global y objetiva de responsabilidad, sin que ello habilite a hablar de "socialización absoluta del riesgo".

3.- Salvo una profunda reforma del sistema jurídico español –pretendida por autores tan distinguidos como Oriol Mir Puigpelat– la Administración deberá resarcir a los terceros injustamente dañados en caso de funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos.

4.- Afinar argumentativamente –y sobre la base casuística, aun ante la aparición de nuevos textos legales– los *standards* con base en los cuales habrá de determinarse cuándo se produzcan tales daños injustos y, consecuentemente, deban ser resarcidos por la Administración es el cometido al que deben abocarse los administrativistas. Será esa una de las más elevadas y valiosas tareas por realizarse para hacer frente a una resistente visión del Derecho Administrativo, que batalla por mantener y aumentar las inmunidades del poder.

5.- Finalmente, y contrario a lo que podía parecer cuando iniciamos este escrito, Eduardo García de Enterría, sin perder su capacidad crítica, se ha mantenido fiel a su misión desde 1954: luchar desde la Academia para dotar de originalidad y razonabilidad a la responsabilidad patrimonial de la Administración.

42 En lo referido a este punto, Ramón Parada señala que "propiciar la responsabilidad de los poderes legislativos tiene hoy una importancia capital, pues, como ocurre en el caso de las expropiaciones legislativas singulares y directas (...) la multiplicación de los órganos legislativos del Estado a través de los Parlamentos autonómicos está llevando a la tentación de gobernar por leyes, con los beneficios de la irrecubilidad e irresponsabilidad patrimonial, obviando los modos y las formas de actuación de los órganos administrativos, esencialmente justiciables y responsables". Cfr. PARADA, Ramón. *Derecho administrativo I. Parte general (14ª Ed.)*, op. cit., p. 644.

Comentarios Monográficos

A PROPÓSITO DEL CASO KIMEL VS. ARGENTINA. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ¿PIEDRA ANGULAR DE LA DEMOCRACIA?

Asdrúbal Aguiar*

Resumen: *En su sentencia del Caso Kimel vs. Argentina la Corte Interamericana de DD.HH, luego de reiterar sus dicta sobre la libertad de expresión como piedra angular de la democracia y de repetir que su ejercicio no admite censura previa sino responsabilidades ulteriores, ésta vez, en contra de la doctrina de la Comisión, sostiene que la responsabilidad penal no es de suyo incompatible con el artículo 13 del Pacto de San José ni con el carácter de necesarias que éste predica para la definición de las responsabilidades señaladas. A partir de la cuestión bajo litigio – la protección del honor de los jueces – señala, a todo evento, su carácter excepcional; pero modula la doctrina universal de la Real Malicia y manda la realización preliminar por el juzgador de un balance o test antes de decidir sobre la oposición entre la libertad de expresión y protección de la honra, fundándose en la idea de la proporcionalidad de la afectación de uno y otro derechos. Los votos de los Jueces García Sayán y García Ramírez dan cuenta de dos aproximaciones distintas, que hubo de sortear la Corte para su pronunciamiento unánime.*

“En los delitos de opinión naufraga la libertad y prospera la tiranía”
Sergio García Ramírez, Ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

I. PRELIMINAR

1. Desde su Opinión Consultiva OC-2/82 sobre el efecto de las reservas a la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos¹ y en su sentencia contenciosa sobre reparaciones en el Caso *Aloeboetoe v. Suriname*², dictada en 1993, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha dejado de valorar hasta el presente a la democracia como también insistir en su importancia crucial – derecho humano en cierne³ o expresión de la organización política de la sociedad: “instituciones democráticas”, “democracia representati-

* Doctor en Derecho. Ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesor Visitante de la Universidad de Buenos Aires y Profesor Titular Extraordinario de la Universidad del Salvador.

1 Corte IDH. **El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982.** Serie A N° 2, párrafo 29.

2 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C N° 15, párrafo 24.

3 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N° 127, Voto razonado del Juez D. García Sayán, párrafo 7.

va”, “sociedades democráticas” – sea para la realización de los fines de la misma Convención como lo indica su Preámbulo, sea para la adecuada interpretación de los derechos humanos que ella consagra y como lo pide su artículo 29.c, sea para determinar el “núcleo pétreo” o los límites a que deben estar sometidos estos derechos bajo la regla de “las justas exigencias de bien común, en una sociedad democrática”, a tenor del artículo 32 *ejusdem*, en su inciso 2.

2. No por azar, en su voto concurrente al Caso *Castillo Petruzzi v. Perú*, sentenciado en 1999, el Juez Vicente de Roux Rengifo sostuvo, con criterio preciso y luego de una descripción de las normas o remisiones que a la democracia realiza la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que “[e]l tema de la vinculación de la protección de los derechos humanos a un contexto político e institucional democrático tendría, ..., que ser objeto de desarrollo jurisprudencial antes de que pudieran emitirse condenas específicas de violación de la Convención Americana...”.⁴ No cabría, pues, sentenciar la responsabilidad internacional de un Estado parte por violar tal o cual derecho humano, sin la revisión previa de su *statu quo* como país democrático.

3. A la luz de lo anterior es de señalar que la Corte de San José se ha referido y ha desarrollado con amplitud y en aplicación de las distintas normas de la Convención, la totalidad de los estándares que reclama la democracia para ser considerada como tal en su legitimidad originaria o en la de desempeño o ejercicio; no habiendo escatimado remisiones, para tal fin, al contenido de la Carta Democrática Interamericana, adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 11 de septiembre de 2001. En nuestra obra sobre *El derecho a la democracia*, junto a su parte dogmática o doctrinal, incorporamos una amplia sistematización de los dicta respectivos desde el nacimiento de la Corte hasta su fallo de 10 julio de 2007 en el Caso *Cantoral Huamaní v. Perú* -que debate la libertad de asociación en una sociedad democrática- y en la que damos amplia cuenta del *statu quo* jurisprudencial de la libertad de expresión como “piedra angular de la democracia”.⁵ Desde entonces hasta la reciente publicación del fallo cuyo estudio motiva las presentes apuntaciones, no se había dado variación sustantiva alguna en la doctrina de la Corte sobre la materia, que apenas reitera en el significado de la ley en la democracia: como aquella sancionada por órganos legislativos democráticamente electos⁶; acerca de la relación en la democracia entre medios y fines legítimos y el acceso a la justicia como “piedra de toque” de la relación crítica entre el poder público y el ciudadano⁷; en cuanto a las reglas de la legalidad penal democrática⁸; a propósito de las restricciones necesarias, proporcionales del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas en una democracia⁹; en torno al carácter inválido en una democracia de las prohibiciones de impugnar los efectos de la aplicación o interpretación de una norma jurídica,

4 Corte IDH. Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N° 52, Voto concurrente del Juez V. de Roux Rengifo.

5 Asdrúbal Aguiar, *El derecho a la democracia*. Colección Estudios Jurídicos, N° 87. Editorial Jurídica Venezolana/Observatorio Iberoamericano de la Democracia. Caracas, 2008.

6 Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 170, párrafo 56.

7 *Ibidem*, Voto razonado del Juez García Ramírez, párrafos 2, 14 y 19.

8 Corte IDH. Caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C N° 171, párrafo 135.

9 Corte IDH. Caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172, párrafo 127.

por violar el derecho de acceso a la justicia¹⁰; y, finalmente, en orden a la consideración como torturas de los tratos inhumanos y degradantes, para enfrentar las infracciones a los valores de la democracia¹¹.

4. La Opinión Consultiva OC-5/85, en todo caso, es la primera manifestación jurisprudencial de la Corte donde se abordan a profundidad las normas sobre los límites que la democracia impone al ejercicio de los derechos humanos, una vez como explica y desarrolla los conceptos de necesidad o necesidad: necesidad social imperiosa, legalidad y legitimidad de fines, justas exigencias, bien común, y orden e interés público en una democracia; para determinar luego, con base a ellos, los odres y el contenido *in extensu* de la libertad de pensamiento y expresión, consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana. Y la razón de tal metodología o escrutinio conceptual no sólo se explica en lo ya dicho por el Juez de Roux Rengifo, sino en una conclusión de fondo a la que llega la Corte con arraigado sentido teleológico: “La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse.¹² Por lo mismo, “es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, [según la Corte] condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”.¹³

5. Acerca de esta materia ha vuelto la Corte de San José repetidas veces y en fallos emblemáticos¹⁴, hasta el punto de haber definido una doctrina amplia, sistemática y muy esclarecedora acerca de los alcances de la libertad de pensamiento y expresión, según los términos del artículo 13 de la Convención Americana: que como derecho humano es elemento esencial de la democracia representativa y, a la vez, en su especificidad, como libertad de expresión y de prensa, es componente fundamental del ejercicio de la democracia, de acuerdo al tenor de los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana. Nada menos.

10 Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de Noviembre de 2007 Serie C N° 174, párrafo 15.

11 *Ibidem*, Voto disidente del Juez Cancado Trindade, párrafo 37.

12 Corte IDH. **La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985**. Serie A N° 5, párrafo 69.

13 *Loc.cit.*, párrafo 70.

14 Corte IDH. **Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986**. Serie A N° 7; Corte IDH. Caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73; Corte IDH. Caso *Iycher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N° 74; Corte IDH. Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N° 107; Corte IDH. Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C N° 111; Corte IDH. Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135; Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N° 151.

6. No obstante lo anterior, encontrándose pendiente su sentencia sobre el Caso *Globovisión v. Venezuela*, en su más reciente fallo sobre el Caso *Kimel v. Argentina*, dictado el 5 de mayo de 2008¹⁵, la Corte Interamericana avanza en su desarrollo jurisprudencial sobre la indicada materia y lo hace hasta un punto en el que, por una parte, modula o mejor retrasa el avance que por justa exigencia de la propia democracia plantea la tesis de la “despenalización” de la calumnia e injurias en los asuntos de interés público y a propósito del ejercicio de la libertad de expresión, y por la otra, replantea, al paso, un nuevo marco de relaciones con los medios de comunicación social y con los periodistas: “poder”, según ella, capaz de violentar los derechos humanos –como el “honor del funcionario público” objeto de la *litis*- y la equidad en la información, por ende susceptible de ser enfrentado desde el Estado con sus medios. En esta línea de argumentación se inscribe no solo la sentencia de marras, sino, en lo particular y de un modo militante, la argumentación justificativa que del fallo, en sus aspectos doctrinales, hace en su voto razonado el Juez García-Sayán¹⁶. En tanto que, comprendiendo la complejidad coyuntural del tema como la inoportunidad o impertinencia del debate planteado por la Corte a la luz de los hechos que dieron lugar a la demanda, el Juez y ex Presidente de la Corte, Sergio García Ramírez, hace presente y sostiene, sin perjuicio de su “sentido evolutivo”, lo que han sido máximas de la jurisprudencia de la Corte desde sus tiempos inaugurales y que ella ha consolidado, según sus propias palabras, “con firmeza y constancia”. Ello, con una finalidad que reposa en la singladura democrática de la Convención Americana: la prevención y sanción de los ilícitos “con los medios justos” y con “racionalidad” y con vistas a la tesis que hace suya García Ramírez: “Democracia no implica tolerancia o lenidad frente a conductas ilícitas, [pero] la desmesura penal contribuye a establecer la distancia entre la democracia y la tiranía”.¹⁷

II. ANTECEDENTES DEL CASO Y PETITORIOS

7. El Caso *Kimel* se origina en la sentencia de 17 de marzo de 1999, que dicta la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires “siguiendo los lineamientos trazados por la Corte Suprema” de Justicia de la Nación, en cuyo texto se decide que “las expresiones vertidas por el periodista [Kimel] dirigidas al querellante, resultan ser de contenido calumnioso”; confirmando así, parcialmente y sin que la Corte Suprema admitiese los recursos extraordinario y de queja ejercidos ante ella, la sentencia de primera instancia que condenó al imputado “a la pena de prisión de un año, en suspenso, así como al pago de \$ 20.000,00 (veinte mil pesos argentinos) en concepto de indemnización por reparación del daño causado, más costas”. Eduardo Kimel era el autor del libro *La Masacre de San Patricio*, editado en 1995, en el que narra y analiza el asesinato de cinco religiosos pertenecientes a la orden palotina, ocurrido en Argentina el 4 de julio de 1976, y en cuyo texto afirma, acerca de la decisión judicial adoptada en el asunto el 7 de octubre de 1977 y refiriéndose al juez que fuera su querellante, lo siguiente:

“realizó todos los trámites inherentes. Acopió los partes policiales con las primeras informaciones, solicitó y obtuvo las pericias forenses y las balísticas. Hizo comparecer a una buena parte de las personas que podían aportar datos para el esclarecimiento. Sin embargo, la lectura de las fojas judiciales conduce a una primera pregunta: ¿Se quería realmente llegar a una pista que condujera a los victimarios? La actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial. En el caso de los

15 Corte IDH. Caso *Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C N° 177.

16 *Ib.*, Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán, *in extensu*.

17 *Ibidem*, Voto del juez Sergio García Ramírez, párrafos 2, 10, 13, 16, 17, 19.

palotinos, el [J]uez [...] cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto”.¹⁸

8. El 19 de abril de 2007, luego de haberse agotado el procedimiento en su instancia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos demandó a la República Argentina por violación, entre otros, de los artículos 13 (Libertad de pensamiento y expresión) y 9 (Principio de legalidad) de la Convención Americana, allanándose el Estado en su contestación de la demanda hecha el 24 de agosto siguiente y admitiendo que “puede compartir con la Ilustre Comisión que, en el caso en especie, la aplicación de una sanción penal al señor Eduardo Gabriel Kimel constituyó una violación de su derecho a la libertad de expresión consagrado por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.¹⁹

9. Las cuestiones sustantivas y de Derecho que hubo de resolver la Corte *in limine litis* y antes de declarar la responsabilidad internacional del Estado argentino, con base en los petitorios y argumentaciones de la Comisión y de los representantes de la víctima, entre otros fueron los siguientes: “que el proceso penal... necesariamente inhibe la difusión y reproducción de información sobre temas de interés público, desalentando además el debate público”, y que, asimismo, “mantener vigentes disposiciones [como las que tipifican los delitos de calumnia e injurias] que restringen irrazonablemente la libre circulación de opiniones sobre la actuación de las autoridades públicas”, contraría el artículo 13 de la Convención. Los representantes de la víctima, en lo particular, arguyeron ante la Corte que los tipos penales indicados y aplicados a ésta por la Justicia argentina son “susceptibles de ser aplicados para perseguir criminalmente la crítica política”.²⁰

III. LA JURISPRUDENCIA CONSTANTE Y SU RIESGOSA CORRECCIÓN

10. A la luz de lo anterior, la Corte, antes de resolver sobre el fondo de lo planteado en el Caso *Kimel* y al reiterar en sus líneas más gruesas la doctrina jurisprudencial sobre el artículo convencional *in comento*, menciona los distintos principios que se deducen del contenido o que hacen relación con el núcleo pétreo de la libertad de pensamiento y expresión, a saber: (1) *Bidimensionalidad* del respectivo derecho, en tanto y en cuanto consagra, por una parte, el derecho individual de cada persona “de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones” y el derecho de todas las personas de “recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás”; (2) *Excepcionalidad y necesidad* de sus restricciones; (3) *Prohibición de la censura* previa, directa e indirecta; y (4) *Responsabilidades ulteriores* (la llamada Doctrina de Blackstone²¹), a cuyo efecto media con carácter absoluto la prohibición de la censura previa (OC-5/85, párrafo 38 y C73/2001, párrafo 70) y adquiere carácter relativo –léase no es un derecho absoluto– la libertad en cuestión, al reclamarse de aquéllas para los supuestos de su ejercicio indebido .

11. No considero necesario, sin embargo, repetir *in extensu* su jurisprudencia amplia e ir más allá de una que otra cita ajustada y seleccionada convenientemente: dado el giro juris-

18 Párrafo 42.

19 Párrafo 18.

20 Párrafos 37 y 38.

21 *Vid.* Aguiar, *op.cit.*, páginas 70, 422 y 425; asimismo, de nuestra misma autoría, *La libertad de expresión: de Cádiz a Chapultepec*, Sociedad Interamericana de Prensa/Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, páginas 128 y ss.

prudencial que propone con el Caso *Kimel*, en cuanto a lo siguiente: (1) El carácter indivisible de la expresión y de la información, a cuyo efecto la restricción indebida de una implicaría a la otra y viceversa (Caso *Palamara*, párrafo 72); (2) El derecho de acceso a la información y su atadura al principio de máxima divulgación por el Estado (Caso *Claude Reyes*, párrafos 76, 77 y 92); (3) La impertinencia del criterio de veracidad informativa, como intento justificativo de la censura por el Estado (*OC-5/85*, párrafo 77); (4) El fin legítimo de las restricciones y su disposición mediante ley formal y material (*OC-6/86*, párr. 18); (5) La pluralidad de medios y prohibición de los monopolios (*OC-5*, párrafos 34 y 56); (6) Las leyes de desacato, innecesarias en una democracia (Caso *Palamara*, párr. 88); (7) El derecho de rectificación y respuesta (*OC-7/87*, párrafos 23, 27 y 33); (8) El carácter crucial de la libertad de expresión en democracia, y la protección mayor de las opiniones e informaciones que afectan a los funcionarios públicos (Caso *Canese*, párrafos 90 y 102).

12. La Corte de San José, eso sí, para completar su cuadro jurisprudencial y, según lo ya dicho, para modular sus *dicta* anteriores –sin modificarlos textualmente– realiza por vez primera un ejercicio de fondo acerca de la oposición entre la libertad de pensamiento y expresión, consagrada en el tantas veces mencionado artículo 13 de la Convención y en los supuestos en que ella incide sobre “temas de interés público”, por una parte, y por la otra, la protección del derecho a la honra y a la dignidad personales, prevista en el artículo 11 *ejusdem*, en lo particular, la que corresponde a quienes administran Justicia dentro del Estado.

13. Luego de consagrar, con vistas a lo anterior, un *método de balance* para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales, fundándolo en la idea de la “estricta proporcionalidad”²² y a la luz de los límites que al ejercicio abusivo de la libertad de expresión fija el artículo 13 de la Convención: vg. “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”, la Corte, “dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social”²³, se pronuncia a favor de la intervención normativa del Estado en el ámbito de dicha libertad; aun cuando prevenga sobre la exigencia de “minimizar las restricciones” a la misma. Y lo hace bajo el presupuesto de un emergente “poder de los medios” y del deber del Estado de “equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público” bajo el criterio de la “equidad” informativa. De modo que, a juicio de la Corte y en una lectura contextual de su *dictum*, a éste le cabe “asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas” con vistas a un subproducto: “el pluralismo informativo”, según los términos que a la expresión le atribuye la *OC-5/85* citada *supra*, es decir, “la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto a ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar”.²⁴

14. A la luz de lo señalado, caben, por lo pronto, dos observaciones. Una sobre el método de balance y otra acerca de la intervención normativa del Estado en el ámbito de la libertad de expresión, para asegurar su ejercicio.

15. En cuanto a lo primero cabe apreciar que la tesis de la Corte rechaza de plano y en lo sucesivo la definición previa de jerarquías –derechos fundamentales vs. los que no son tales– o categorías de derechos –como los civiles por sobre los económicos– suponiendo que todos juegan a la vez y en igual plano, y pueden preferirse uno a otros según “el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e inten-

22 Párrafo 56.

23 Párrafo 57.

24 *OC-5/85*, cit., párrafo 34.

sidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio”.²⁵ Hace de lado, por consiguiente, el *balancing test* hasta ahora dominante y que a la luz de algunos criterios previos admitidos por la jurisprudencia –como la preferencia de la libertad de expresión por sobre el derecho al honor cuando median temas de “interés público”²⁶– propone en determinadas hipótesis la preferencia indistinta y no atada de un derecho por sobre otro; y le da paso, en lo sucesivo, a un balance “no cerrado”, que mejor se parece a la tesis de la protección armónica de derechos que esboza cierta doctrina argentina y en los términos siguientes: “[E]stando en juego derechos fundamentales, en caso de aparente conflicto los jueces deben decidir cómo armonizar y compatibilizar correcta y concretamente los dos derechos en pugna, cuidando que ninguno sea aniquilado por el otro y buscando en cada entuerto la mejor solución posible, ya que no pueden decidir cuál derecho priorizar y cuál sacrificar”.²⁷ En suma, habría de resolverse la aparente colisión mirando a cada derecho desde adentro, en su llamado “núcleo pétreo” y con vistas a la *razonabilidad* de su ejercicio; criterio éste que, como lo indica la misma doctrina, “incluye múltiples baremos de control..., entre ellos la proporcionalidad entre medios y fines y el respeto al contenido esencial” de cada derecho.²⁸

16. En lo relativo a la intervención normativa garantista del Estado acerca de la libertad de expresión, una sana y descontextualizada interpretación de lo dicho por el Tribunal de San José, por vía preliminar y en el Caso que nos ocupa, postularía, sin mengua del indicado principio de las “mínimas restricciones”, más la idea de una legislación regulatoria de la competencia entre medios de comunicación para favorecer la diversidad de los canales informativos y proscribir las prácticas monopólicas, que de una legislación para incidir con ella –bajo el reclamo de pluralidad de un medio o de los medios en particular- sobre el control de los contenidos informativos y de la actividad periodística en general.

17. A todo evento, cabe considerar, tanto en cuanto al *balancing test* entre derechos opuestos y sus consecuencias como a la eventual regulación normativa de la libertad de expresión sugerida por la Corte Interamericana en el Caso *Kimel*, algo que suponemos entenderá ésta y que bien pudo, por indispensable, resolver de manera más amplia y cuidadosa en su resolución doctrinaria sobre la materia. Se trata, en concreto, del sentido y alcances o límites que envuelve todo juicio de proporcionalidad en materia de derechos humanos: sea para preferir derechos, sea para determinar las consecuencias jurídicas de su violación. *Mutatis mutandi*, con apego a la doctrina internacional reconocida, el juicio de proporcionalidad, uno de cuyos cánones es “el llamado juicio de adecuación (correspondencia entre el medio articulado y el fin perseguido)”, de suyo deja ser útil o justificable, es más que obvio, cuando se desplaza hacia lo irrazonable; pero también, y esto es lo que más importa, el denominado juicio de proporcionalidad “en sentido estricto”, que atiende, frente a derechos en colisión, a la ponderación “entre el bien sacrificado y el bien que justificaría el sacrificio”, mal puede sustituir o “hacer las veces del control a la luz del contenido esencial” de cada derecho; que como bien lo dice la misma Corte, aquí sí, representa el límite de todo balance de proporcionalidad.²⁹

25 Párrafo 51.

26 *Vid.* Caso *Canese*, *cit.*, párrafo 103.

27 Fernando M. Toller, *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva: Estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 420.

28 *Ibidem*, pp. 421 y 422.

29 Párrafos 58 y 84.

18. Pero cabe añadir, como lo creemos, que a menos que el contenido esencial del respectivo derecho haya sido confiado para su delimitación o la determinación de sus límites a la actividad legislativa, ni ésta ni el juez pueden ir más allá del núcleo pético que a uno u otro derecho le fija de antemano y de modo vinculante la Convención Americana y en conformidad a ésta la Constitución de cada Estado. No huelga recordar, por ende y por cuanto no lo dice de modo expreso la sentencia *in comento* –que apenas se contenta con reiterar que la “importante satisfacción del derecho a la reputación [cabe] sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos”³⁰– que si bien el legislador cuenta con un grado de autonomía política decisoria, y el juez, por su parte, con autonomía jurisdiccional incluso para hacer desarrollar al Derecho, ni uno ni otro puede, mediante un test de balance proporcional, olvidar que “el contenido esencial del derecho [humano que intente preferir o postergar] viene identificado *per relacionen* a la institución en la que aquél se realiza: el derecho se quiebra [en suma] si la institución se desfigura”.³¹ De donde cabe una conclusión que pudo haber sido, como lo fuera antes, más expresa y exigente en la resolución jurisprudencial del Caso *Kimel*. Ella es, que la libertad de expresión hace inútil e impertinente el juicio de proporcionalidad cuando se ejerce como parte evidente del desempeño democrático dentro de un Estado; visto que la democracia no solo es odre necesario para la garantía y el ejercicio de los demás derechos, sino también requisito para la hermenéutica convencional y para la determinación de los límites que caben a los derechos consagrados por la propia Convención Americana.³²

IV. LA LEGALIDAD DE LAS RESPONSABILIDADES ULTERIORES

19. En su argumentación sobre el Caso *Kimel* la Comisión destaca lo que, a todas luces, es una máxima producto de su experiencia como órgano de tutela de la Convención Americana: la utilización de “los delitos contra el honor con el claro propósito de limitar la crítica a un funcionario público”, en otras palabras, la sanción a través de los tipos criminales de la calumnia, la difamación, o las injurias, del llamado “desacato” o cuestionamiento de las autoridades del Estado.

20. Al resolver al respecto, la Corte repite su jurisprudencia constante en cuanto a que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información” (*OC-5/85*, párrafo 40 y Caso *Claude Reyes*, párrafo 89), recordando que ha de tratarse de una ley tanto en sentido formal como material. No obstante, aun cuando hace presente que en el ámbito penal las exigencias son al respecto más gravosas, por requerirse en cuanto a los delitos el cumplimiento de los extremos característicos de la “tipificación penal” para satisfacer el principio de legalidad –léase de “seguridad jurídica al ciudadano”– previsto en el artículo 9 de la Convención Americana, cabe tener como buena y en cuanto hace a las responsabilidades ulteriores por ejercicio indebido de la libertad de expresión, su *dictum* en cuanto a que los supuestos “debe formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa”.³³ No por azar el propio artículo 13 convencional señala que las susodichas responsabilidades ulteriores “deben estar *expresamente* fijadas por la ley” (Cursivas nuestras).

30 Párrafo 84.

31 *Vid. in extensu*, a Javier Jiménez Campos, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pp. 74 y ss.

32 Preámbulo, artículos 29 inciso “c” y 32, numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

33 Párrafo 63.

21. En cuanto al asunto en *litis*, entonces, la Corte declaró la contravención por el Estado argentino del artículo 9 y 13, inciso 1 citados, haciendo suyos los términos del allanamiento dado por éste: “[L]a falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar [las] medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana”,³⁴ cuyo texto dice sobre el deber de los Estados de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos los derechos consagrados en ésta.

V. EL HONOR DE LOS JUECES Y LA RUPTURA CON EL MÉTODO DE BALANCE CERRADO

22. La Corte considera el asunto del honor de los jueces a la luz de dos planteamientos, sino distintos sí complementarios de la Comisión y de los representantes de las víctimas. Ésta, conforme a la jurisprudencia de derechos humanos establecida, hace presente que los funcionarios públicos deben ser más tolerantes a las críticas y que el control de la opinión pública fomenta la transparencia y la responsabilidad funcional: principios que, por cierto, son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia, a tenor de cuanto dispone el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana.³⁵ Pero ajusta, además, que “quienes trabajan en la administración de Justicia” no quedan sustraídos a dichas exigencias. Éstos, los representantes por su parte, quizá prevenidos ante las leyes de desacato y la cobertura que ellas han dado a los funcionarios públicos frente a determinadas críticas de la prensa, prefieren precisar ante la Corte que el Poder Judicial no ha de recibir un trato distintivo dentro de la Convención, pues ésta sólo se refiere al Estado *in totus*, y que, asimismo, la “reputación de los jueces” no es distinta ni preferente a la “reputación de los demás”.

23. La conclusión de la Corte no se hizo esperar. Al reafirmar cuanto dice textualmente el artículo 13 de la Convención, es decir, que las responsabilidades ulteriores por el ejercicio indebido de la libertad de expresión caben “para asegurar: ...la reputación de los demás”, y al reparar –sin decirlo– en su decidido anterior del Caso *Canese*: “el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas ... [debe] ser jurídicamente protegido”,³⁶ sentencia al romper que para “la protección de la honra y reputación de toda persona” –léase, de todo individuo, sea o no funcionario público– “el instrumento penal es idóneo porque sirve el fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo”.

24. De modo que, la precisión jurisprudencial anterior, pone de lado y en mucho la interpretación auténtica que del artículo 13 de la Convención Americana había hecho la Comisión Interamericana en su *Declaración de Principios*, a cuyo tenor “[l]a protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles” y “las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos... atentan contra la libertad de expresión”.³⁷ Tales principios, cabe observarlo, fueron esgrimidos ante la Corte por la Comisión en sus alegatos del Caso comentado, luego de lo cual ésta añade que la consecuencia jurídica de

34 Párrafo 66.

35 Caso *Yatama*, *cit.*, Voto concurrente, párr. 17.

36 *Cit. supra*, párrafo 100.

37 *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108° período ordinario de sesiones del 2 al 20 de octubre de 2000, numerales 10 y 11.

una ofensa a funcionario o persona pública ha de establecerse en leyes que aseguren a favor de éstos “el derecho de rectificación y respuesta”³⁸; aspecto éste, el último, sobre el cual no se pronuncia la Corte pero si lo hace el Juez García Ramírez en su voto separado: “En el debate democrático acerca de los asuntos que atañen al interés público: la información errónea o sesgada se combate con información fidedigna y objetiva, y la opinión infundada o maliciosa, con opinión fundada y suficiente... Esos son los extremos naturales de un debate que difícilmente se zanjará en las oficinas de la policía, en los estrados de los tribunales o tras las rejas de las prisiones”³⁹.

25. La Corte aborda el asunto de marras y vuelve sobre el tema de las responsabilidades penales, sin embargo, al pronunciarse acerca de la “necesidad de la medida [penal] utilizada” por el Estado argentino en contra de la víctima, y acerca de lo cual, los representantes de ésta avanzan todavía más para proponer la inconveniencia de las responsabilidades civiles⁴⁰: toda vez que igualmente tendrían “un fuerte efecto inhibitor, en particular para las personas que desempeñan la función de periodista” dados “los relativamente exiguos salarios que se abonan en los medios de prensa”. La consecuencia de la sanción sería, según éstos, el colapso económico del afectado. Para decidir al respecto vuelve el Tribunal, ahora sí y a profundidad, sobre el llamado por nosotros –con apoyo en la doctrina mencionada- método de balance “no cerrado” a objeto de aplicarlo al caso *sub iudice*, y abjura, qué duda cabe, del método de balance “cerrado” implícito en su jurisprudencia anterior, inspirada en la jurisprudencia europea de la época: “[T]ratándose de funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de una naturaleza pública y de políticos, *se debe aplicar un umbral diferente de protección*, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conlleven las actividades o actuaciones de una persona determinada”, reza el correspondiente párrafo del Caso *Canese*, sentenciado en 2004 (Cursivas nuestras).⁴¹

26. El giro jurisprudencial de la Corte de San José, como ella lo declara y justifica, pretende ser congruente a “los movimientos en la jurisprudencia de otros Tribunales encaminados a promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna”. De consiguiente, por una parte, hace propia la sentencia dictada por la Corte Europea en el Caso *Cumpana y Mazare v. Rumanía* (2004), que admite “la imposición de una pena de prisión por una ofensa difundida en la prensa” y la declara compatible con la libertad de expresión –pero previendo que ello ha lugar “sólo en circunstancias excepcionales, especialmente cuando otros derechos fundamentales han sido seriamente afectados, como por ejemplo, en los casos de discurso del odio o de incitación a la violencia”- y por la otra, al acoger el método de “armonización” –como lo llama sin perjuicio de darle más su sesgo como balance no cerrado– predica lo indispensable de una “razonable conciliación de la exigencias de tutela [de la libertad de expresión]... y de la honra...”, según los términos del Caso *Mamere v. Francia* (2006): “[S]i bien la libertad de expresión tiene un valor preponderante, especialmente en cuestiones de interés público, no puede prevalecer siempre en todos los casos sobre la necesidad de proteger el honor y la reputación, ya sea de personas privadas o de funcionarios públicos”.⁴²

38 Párrafo 72.

39 Voto del Juez García Ramírez, *cit.*, párrafos 26 y 27.

40 Párrafo 73.

41 Párrafos 102 y 103, y la remisión del primero a los Casos *Dichand y otros como Lingens v. Austria*, dictados por la Corte Europea de Derechos Humanos.

42 Párrafo 78 y su nota de pie de página.

VI. PRINCIPIOS PARA LA RESOLUCIÓN ENTRE ALTERNATIVAS SOBRE RESPONSABILIDADES ULTERIORES

27. Lo primero que precisa la jurisprudencia del Caso *Kimel* es que corresponde al Estado el “papel medular”⁴³ de armonización de derechos en oposición, en una tarea hermenéutica –como la entendemos pero no la explica el fallo– que a la vez que resuelva la colisión planteada –libertad de expresión vs. el derecho al honor– determine la pertinencia de las responsabilidades ulteriores sea penales, sea civiles, o de otra naturaleza.

28. Así las cosas, luego de repetir, paradójicamente, su antigua enseñanza en los Casos *Canese* y *Palamara*: “el Derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita”⁴⁴, y aparte de insistir que en una democracia la intervención penal ha de ser mínima, fija como reglas precisas para la determinación de las “responsabilidades ulteriores” de carácter penal a que se contrae el artículo 13, inciso 2 de la Convención, las siguientes: (1) La necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales, (2) la presencia de graves lesiones a tales bienes, (3) la gravedad extrema de la conducta desplegada por el emisor de una expresión indebida, (4) el dolo del comportamiento, (5) la relación de causalidad entre el comportamiento del emisor y la magnitud del daño inferido, y (6) la tipificación legal, clara y precisa, como delito, del indicado comportamiento.⁴⁵ Dentro de tales extremos, en suma, “la Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones”⁴⁶ que afecten el honor y la reputación de cualquier persona, así se trate de un funcionario público.

29. El Juez García-Sayán no escatima palabras para su respaldo a lo así decidido. “La Corte advierte la necesidad de proteger los derechos humanos de quien “enfrenta el poder de los medios...en las sociedades en las que en ocasiones los derechos del individuo se ven afectados por el poder fáctico de medios de comunicación en un contexto de asimetría...[E]n una sociedad democrática se pueden emplear los caminos que la administración de justicia ofrece –incluidas las responsabilidades penales– dentro del adecuado marco de proporcionalidad y razonabilidad... [L]os personajes públicos, o de relevancia pública...deben soportar cierto riesgo a que sus derechos subjetivos resulten afectados por expresiones o informaciones de ese calibre... No obstante, ... el distinto umbral de protección no es sinónimo de ausencia de límites para quien comunica por un medio masivo, ni la carencia de derechos para dichos personajes públicos”.⁴⁷

30. No precisa la Corte, que bien pudo hacerlo dada la exégesis renovada que se plantea en cuanto al citado artículo 13 de la Convención, si tales reglas, constitutivas de su método de balance o armonización para la determinación o no de responsabilidades penales, serían idénticas de concluirse que lo pertinente o necesario, en el ámbito de una responsabilidad ulterior comprometida por ejercicio indebido de la libertad de expresión, en el plano de las sanciones civiles.

A todo evento, como lo observásemos *supra* al referirnos al tratamiento que en el fallo se le da al principio de legalidad, cuando menos cabe inferir que los supuestos de ilicitud civil, por virtud del mismo artículo 13 citado y de la jurisprudencia constante de la propia

43 Párrafo 75.

44 Párrafo 76.

45 Párrafos 77 y 78.

46 Inicio del párrafo 78.

47 Voto concurrente razonado del Juez García-Sayán, *cit.*, párrafos 10, 11, 12 y 13.

Corte, han de ser previamente establecidos e igualmente expresos y taxativos⁴⁸, así como excepcionales cuando se trata de ilícitos derivados de opiniones o informaciones relacionadas con asuntos de interés público y según el fallo *in comento*.

31. Sin embargo, al precisar y para intentar moderar los extremos que hacen posible el establecimiento de responsabilidades penales por delitos contra el honor, en lo particular el honor de los funcionarios públicos, la Corte, en línea con un predicado más que elemental y de Derecho común ajusta que “la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación”.⁴⁹ Seguidamente, empero, modula la sustancia de la doctrina clásica⁵⁰ afirmada tanto por el Caso *New York Times v. Sullivan* -dada la incompatibilidad del estándar universal de la *real malicia*⁵¹ con los varios requisitos que ahora demanda el *método de balance* asumido por la Corte— como por el Caso *Lingens v. Austria* (1986) de la Corte Europea de los Derechos del Hombre, que amplía los límites de la crítica al funcionario público e inclusive los extiende a “su comportamiento privado”. A tal efecto, el Tribunal de San José legisla por vía jurisprudencial acerca de la actividad periodística para hacerla compatible -según su criterio- con los términos de la Convención: “[E]xiste un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamenta sus opiniones”, a cuyo efecto habrá de conducirse con “equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de información”; todo lo cual, según la Corte, concita el derecho de toda persona, receptora de información, de “recibir una versión [no] manipulada de los hechos”, lo que sólo se alcanza cuando el periodista toma “distancia crítica respecto a sus fuentes y [las] contrasta con otros datos relevantes”.⁵²

Cabe preguntarse, entonces, si ¿estas condiciones, en criterio de la Corte y dado el capítulo de la sentencia en que las encierra, acaso son las que, de conjunto y en positivo, determinan “la extrema gravedad de la conducta” periodística que harían posible una sanción penal y si, en suma, la condición del ilícito es la falta de la *due diligente* —como parece sugerirlo— o el dolo o culpa grave del periodista o emisor de la expresión?

32. En igual orden, dada la doble remisión que en el fallo del Caso *Kimel* se hace a la equidad de la información —“equidad en el flujo informativo”⁵³ por el medio de comunicación, “equidad en la confrontación de las fuentes”⁵⁴ por el periodista— y a objeto de señalar

48 *OC-5/85, cit.*, párrafo 39.

49 Párrafo 78.

50 *Vid.* nuestro ensayo, Asdrúbal Aguiar, “El derecho a la información veraz: sus atenuaciones y abusos en las Constituciones de España y de Venezuela”, en la obra colectiva de Francisco Fernández Segado (Coordinador), *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 798 y 799, 804, 813 y 814, 826. Asimismo, Adrián Ventura, *El secreto periodístico: Garantía constitucional absoluta del derecho a la información*, Tesis doctoral, Universidad de Buenos Aires, Septiembre de 2007, Tomo II, p. 120.

51 “...Un Estado no puede, a tenor de la Primera y la Decimocuarta Enmiendas, indemnizar a funcionarios públicos por falsedades difamatorias relacionadas con su conducta oficial a menos que demuestren que lo que se dijo fue dicho con ‘real malicia’, es decir, a sabiendas de que era falso o con indiferencia temeraria ante su falsedad... (c) Los errores de hecho, el contenido difamatorio de la reputación oficial o ambos son justificación insuficiente para limitar la libertad de expresión, a menos que se alegue y pruebe la real malicia...”. (*New York Times Co. contra Sullivan, Auto de avocación a la Corte Suprema de Alabama*, Decidido el 9 de marzo de 1964).

52 Párrafo 79.

53 Párrafo 57.

54 Párrafo 79.

que corresponde al Estado disponer de los equilibrios pertinentes, según el indicado criterio de la equidad y para asegurar la “participación de distintas informaciones en el debate público”⁵⁵, cabe observar que dicha noción –la equidad– es, jurídicamente, de contenido variable.

De donde cabe preguntar, ya que no lo explica la Corte en su sentencia de marras, por el alcance que ella le atribuiría a la misma y que se repite nominalmente, eso sí y de un modo panfletario, en todas las protestas políticas contra la globalización.

33. La equidad, como se sabe y desde la perspectiva del Derecho internacional, procede de la idea abstracta de la justicia pero apunta a lo histórico y concreto, al caso en lo particular, en una suerte de aproximación a la igualdad “sin que la implique necesariamente”.⁵⁶

De modo que, a la luz de su carácter práctico, ella podría aludir a la noción de lo razonable, pero también –y porqué no– al criterio de la igualdad material o igualmente al de la razonabilidad según la óptica ideológica comprometida del propio Estado.

Por lo mismo, si es al Estado, según el *dictum* de la Corte, a quien corresponde determinar sobre la equidad informativa, ¿acaso no optará aquél por la idea que mejor se ajuste a la visión oficial sobre la información y acerca de los “equilibrios” que mejor le convengan a ésta? ¿Cree la Corte que el Estado es capaz de resolver normativamente, por sí solo y de un modo aislado, un asunto que, según los críticos, tienen su origen en un fenómeno de orden global y de carácter tecnológico, que desborda las fronteras de la soberanía?

VII. LA PROPORCIONALIDAD, COMO MÉTODO DE BALANCE ENTRE DERECHOS EN OPOSICIÓN

34. En la parte final de sus consideraciones y pronunciamientos acerca de la violación del artículo 13 de la Convención denunciada, y para resolver su “preferencia”, en el Caso *Kimel*, por el derecho a la libertad de expresión, la Corte se explica acerca de un asunto que, teóricamente, pudo haber sido tratado de modo anterior a las reglas que inciden en la determinación del contenido de las responsabilidades ulteriores, ora penales, ora civiles.

Trátase de la fijación de las fronteras que, ante la oposición de derechos igualmente tutelables, determinan la ilicitud en el ejercicio de uno de ellos o la exclusión –aún en hipótesis de ilicitud formal– con vistas de “objetivos colectivos” preponderantes.⁵⁷

35. El método de balance no cerrado se hace otra vez presente, aquí y con mejor propiedad, con vistas a resolver la cuestión de la oposición de derechos planteada, a cuyo efecto la Corte argumenta que “en algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra”, según se cumplan o no determinados extremos, a saber *mutatis mutandi*: (1) Que la restricción de un derecho en beneficio del otro implique una “satisfacción importante” del mismo sin que se anule al primero, (2) Que el

55 Párrafo 57.

56 *Vid.* fallo de la Corte Internacional de Justicia en el Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte (1969), apud. Jean Salmon (Directeur), *Dictionnaire de droit International public*, Bruylant/AUF, Bruxelles, 2001, p. 442.

57 Párrafo 83, y en nota de pie de página v. Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 170, párrafo 93.

grado de afectación sufrido por un derecho en su oposición al otro sea o no grave, (3) Que la satisfacción aludida de un derecho en oposición a otro se “justifica”.⁵⁸

36. Dicho lo anterior, poniendo sobre la balanza la afectación que en su honor alegó el juez que acusó penalmente a la víctima del Caso *Kimel* en el fuero argentino y la alegada restricción que ésta dijo sufrir en su derecho a la libre expresión, una vez como fue sancionada penalmente, la Corte concluyó que la afectación sufrida por la víctima era “desproporcionada, por exceso” en relación con la primera.

Lo extraño del fallo interamericano en cuestión, sin embargo, es que para llegar a lo decidido deja en el camino una serie de conclusiones doctrinales que hablan a favor de su jurisprudencia constante e invariable y del método de balance “cerrado”, que no del nuevo método que a la luz de la jurisprudencia europea dice haber aplicado esta vez en la cuestión bajo su conocimiento. Así las cosas, ratifica lo siguiente⁵⁹:

a. Que “las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores *gozan de mayor protección*” (Caso *Herrera Ulloa*, párrafo 98) (Cursivas nuestras);

b. Que “en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y a la crítica del público. Este *diferente umbral de protección* se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. *Sus actividades salen del dominio de la esfera privada* para insertarse en la esfera del debate público” (Caso *Herrera Ulloa*, párrafo 103) (Cursivas nuestras);

c. Que “el control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia... y promueve la responsabilidad de los funcionarios... De allí la *mayor tolerancia* frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático” (Casos *Ivcher Bronstein*, párrafo 155; *Herrera Ulloa*, párrafo 127; *Palamará Iribarne*, párrafo 83; *Claude Reyes*, párrafo 87) (Cursivas nuestras).

37. En consecuencia, el predicado inicial del fallo, en cuanto a que, dada una colisión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor de los funcionarios públicos -entre éstos los jueces- “la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad” y mediando “el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio”⁶⁰, pierde toda su fuerza lógica y argumental.

La norma a deducir y a sostener, a objeto de superar la citada contradicción motiva de la sentencia sería, por consiguiente, la del recurso a un balance cerrado o mejor objetivo, es decir, ceñido a algunas premisas que son susceptibles de resolver anticipadamente la preferencia por la libertad de expresión en su inmediata colisión con el derecho al honor, tratándose de funcionarios o asuntos de interés público.

Y ese umbral preferente, condicionante del balance a realizar entre derechos en oposición, es el mismo que aplica por inferencia la Corte en el Caso *Kimel*: “El señor Kimel emitió una opinión que *no tenía relación con la vida personal* del Juez querellante *ni le imputaba*

58 Párrafo 84.

59 Párrafos 86 y 87.

60 Párrafo 51.

una conducta ilícita”⁶¹. En otras palabras, si el ejercicio de la libertad de expresión hace relación con asuntos de interés público no implicantes de la vida personal de un funcionario y a pesar de la jurisprudencia clásica que lo permitiría, o cuando no media calumnia –imputación al funcionario de un delito– no cabe una conclusión de ilicitud en resguardo del derecho al honor del presunto afectado y de suyo no podrían sobrevenir responsabilidades ulteriores, de ningún orden. La conclusión indicada parecería ser la pertinente, dada la lectura contextual del fallo que nos ocupa y a la luz del método de balance aplicado.

38. Cabría preguntar, a todo evento y por argumento a contrario, si de darse expresiones relacionadas con la vida personal de un funcionario o que le imputan a éste hechos ilícitos, ellas bastarían para que se cumpla, sin perjuicio de las demás reglas del método de balance que ahora pide la Corte, aquella otra a cuyo tenor la satisfacción aludida de un derecho en oposición [el honor de la víctima] a otro [la libre expresión del periodista], aparte de ser importante y de intensidad grave, según el *balancing test* efectuado, se “justifica” como tal⁶².

Y la pregunta no es baladí, pues la sentencia no trae a colación ni explica, como sí lo hace el artículo 32, inciso 2 de la Convención Americana, el alcance que habría de dársele a una justificación: ¿acaso se refiere a “las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”? Porque de ser así, como debería serlo, no bastarían por sí solas las reglas del método de balance enunciadas por la Corte si antes, durante y después de realizada la armonización de un caso de oposición puntual de derechos no se explican o justifican aquéllas dentro de los límites de la democracia y con vistas a la postergación de la libertad de expresión, que no solo es “piedra angular de la democracia”, sino que, como bien lo recuerda con tino la jurisprudencia constitucional española y también la doctrina argentina, es “medio de formación de la opinión pública, cuya preferencia viene determinada por su condición de garantía de ésta y al ser “institución constitucional del Estado democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger”.⁶³

VIII. A GUISA DE EPÍLOGO

39. No huelga hacer constar por último, en este ejercicio de exposición y de análisis crítico del Caso *Kimel*, un aspecto que deja pendiente y que habría de resolverse a la luz del carácter factual que compromete la figura de la calumnia y cuyas responsabilidades penales, en línea con la nueva jurisprudencia, procederían luego del escrutinio o el balance de los extremos de excepción que considera indispensables la Corte.⁶⁴

Ésta, afirma en su fallo, por una parte, que “no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u *opiniones*”⁶⁵ (cursivas nuestras) y, por la otra, concluye afirmando que “como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata [como lo es, en su esencia] de un juicio de valor sobre un

61 Párrafo 91.

62 Párrafo 84.

63 STC 165/1987, FJ 10° y STC 143/1991, FJ 4°, apud. Aguiar, “El derecho a la información...”, *cit.*, p. 829. Gregorio Badeni, reputado constitucionalista argentino, ha dicho, por su parte y a propósito de la despenalización de los delitos de opinión, que ella “no tiene como propósito final proteger al emisor, sino al sistema político democrático”. “La despenalización de la injuria”, *La Ley*, Buenos Aires, 1° de septiembre de 2005.

64 Párrafos 76 y ss.

65 Párrafo 78.

acto oficial de un funcionario...”; todavía más, que “[e]n principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos”.⁶⁶

40. Así las cosas, para obviar tal antagonismo de criterios que suponemos, no cabría otra alternativa u opción que volver a la tesis que ya avanzamos en interpretación del fallo en el Caso *Kimel*; en cuanto a que sólo procede debatir judicialmente las expresiones relacionadas con funcionarios públicos que tengan carácter calumnioso, y no otras.

Aún así, en nuestro criterio y salvo mejor opinión, la Corte se muestra adicionalmente regresiva en cuanto a la *Doctrina Sullivan* sobre la *real malicia* mencionada *supra* al recordar, por argumento a contrario y en cita que hace del Caso *Lingens* de la Corte Europea, la hipótesis según la cual los hechos podrían ser sometidos a prueba en sus “requisitos de veracidad”.⁶⁷

A menos que, como lo sostuviésemos en otra oportunidad e inspirados en la jurisprudencia constitucional hispana entendamos que el requisito de veracidad “no va dirigido tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información... cuando a negar esa protección a quienes... actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado”; de donde –cabe la corrección respetuosa a la Corte– “el contraste de la noticia no es un término unívoco [en el Caso *Kimel* se indica que el periodista debe actuar con “diligencia en la confrontación de las fuentes”⁶⁸] sino que... exige matizaciones casuísticas, [y una de ellas es] la fuente que proporciona la noticia”⁶⁹: un juez, un legislador, un ministro, el presidente.

41. Finalmente, no podemos menos que hacer nuestra la medular afirmación contenida en el voto del Juez García Ramírez en cuanto a la sentencia del Caso *Kimel* que ocupó nuestra atención y sobre la decisión de fondo contenida en la misma: pedir del Estado declarado responsable “adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la Convención Americana”⁷⁰ en modo de resolver “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sancionan las calumnias y las injurias”⁷¹: “Antes que resolver –dice García Ramírez– la mejor forma de tipificar penalmente estos ilícitos habría que decidir si es necesario y conveniente, para la adecuada solución de fondo del problema... recurrir a la solución penal, o [si] basta[ría] con prever responsabilidades de otro orden y poner en movimiento reacciones jurídicas de distinta naturaleza: administrativas y civiles... [u otras] medidas de diverso género... que conviene mantener abiertas y activas, en el debate democrático acerca de los asuntos que atañen al interés público... El derecho de rectificación o respuesta, regulado por el artículo 14 de la Convención, tiene raíz en consideraciones de este género”.⁷²

66 Párrafo 93.

67 *Loc.cit.*

68 Párrafo 29.

69 Aguiar, “El derecho a la información...”, *cit.*, páginas 814 y 815.

70 Párrafo 140.11.

71 Párrafo 18.

72 Voto del juez García Ramírez, *cit.*, párrafos 20, 26 y 27.

42. En síntesis, sea lo que fuere y más allá de la interesante controversia que a primera vista suscita el Caso *Kimel v. Argentina*, no podemos menos que convenir con lo afirmado al respecto por Eduardo Bertoni, ex Relator de la OEA para la Libertad de Expresión, quien observa con agudeza que se salvaguardó, a todo evento, el criterio matriz consagrado a partir del Caso *Canese* y que dice sobre el carácter no necesario de las responsabilidades penales ulteriores para la sanción de expresiones relativas a los asuntos de interés público⁷³; ya que, de no haber sido así, la Corte no hubiese sujetado la opción de aplicarlas a un escrutinio previo exigente y al cumplimiento de extremos que, en la práctica, la transforman en excepción de la regla.⁷⁴

IX. ANEXO*

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO KIMEL VS. ARGENTINA

Sentencia de 2 de mayo de 2008

(FONDO, REPARACIONES Y COSTAS)

En el caso *Kimel*

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”), integrada por los siguientes jueces:

- Cecilia Medina Quiroga, Presidenta;
 - Diego García-Sayán, Vicepresidente;
 - Sergio García Ramírez, Juez;
 - Manuel E. Ventura Robles, Juez;
 - Margarete May Macaulay, Jueza, y
 - Rhadys Abreu Blondet, Jueza;
- presentes, además,
- Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y
 - Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta,

de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) y con los artículos 29, 31, 53.2, 55, 56 y 58 del Reglamento de la Corte (en adelante “el Reglamento”), dicta la presente Sentencia.

⁷³ Caso *Canese*, cit., párrafo 104.

⁷⁴ Eduardo Bertoni, “Journalist Wins Case Before Inter-American Court on Human Rights *Argentina Ordered to Amend its Criminal Defamation Laws*”, MLRC MediaLawLetter May 2008 at 36-372.

* Las notas de pie de página correspondientes a los párrafos de la sentencia anexa, se inician con el número 20 en su versión original. Se recomienda disponer de este texto en la página Web de la Corte (www.corteidh.or.cr) para su cita apropiada

*I**Introducción de la Causa y Objeto de la Controversia*

1. El 19 de abril de 2007, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) sometió a la Corte una demanda en contra de la República Argentina (en adelante “el Estado” o “Argentina”), la cual se originó en la denuncia presentada el 6 de diciembre de 2000 por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). El 24 de febrero de 2004 la Comisión aprobó el Informe N° 5/04, mediante el cual declaró admisible la petición del señor Kimel.

Posteriormente, el 26 de octubre de 2006 la Comisión aprobó el Informe de fondo N° 111/06, en los términos del artículo 50 de la Convención, el cual contenía determinadas recomendaciones para el Estado. Este informe fue notificado al Estado el 10 de noviembre de 2006. Tras considerar la información aportada por las partes con posterioridad a la adopción del informe de fondo, y ante “la falta de avances sustantivos en el efectivo cumplimiento de [sus recomendaciones]”, la Comisión decidió someter el presente caso a la jurisdicción de la Corte.

2. Según la demanda de la Comisión, el señor Eduardo Gabriel Kimel es un “conocido periodista, escritor e investigador histórico”, quien habría publicado varios libros relacionados con la historia política argentina, entre ellos “La masacre de San Patricio”, en el que expuso el resultado de su investigación sobre el asesinato de cinco religiosos.

El libro criticó la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de los homicidios, entre ellas un juez. Conforme a lo expuesto por la Comisión, el 28 de octubre de 1991 el Juez mencionado por el señor Kimel promovió una querrela criminal en su contra por el delito de calumnia, señalando que “si bien la imputación deshonrosa hecha a un Magistrado con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones constituiría desacato en los términos del artículo 244 del Código de Procedimientos, hoy derogado, la específica imputación de un delito de acción pública configura siempre calumnia”.

Luego de concluido el proceso penal, el señor Kimel fue condenado por la Sala IV de la Cámara de Apelaciones a un año de prisión y multa de veinte mil pesos por el delito de calumnia.

3. La Comisión solicitó a la Corte que determine que el Estado ha incumplido sus obligaciones internacionales al incurrir en la violación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 13 (Libertad de Expresión) de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Asimismo, solicitó que se ordenaran determinadas medidas de reparación.

[OMISSIS]

VI

ARTÍCULO 13 (LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y DE EXPRESIÓN)⁷⁵ Y ARTÍCULO 9 (PRINCIPIO DE LEGALIDAD)⁷⁶ EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 1.1 (OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS)⁷⁷ Y 2 (DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO)⁷⁸ DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

37. La Comisión solicitó a la Corte que “declare que el proceso penal, la condena penal y sus consecuencias -incluida la sanción accesoria civil- a los que se vio sometido el señor Eduardo Kimel por realizar una investigación, escribir el libro y publicar información[,] necesariamente inhibe[n] la difusión y reproducción de información sobre temas de interés público, desalentando además el debate público sobre asuntos que afectan a la sociedad argentina”. Además, solicitó se declare la violación del deber de adecuación del ordenamiento interno “al mantener vigentes disposiciones que restringen irrazonablemente la libre circulación de opiniones sobre la actuación de las autoridades públicas”.

38. Los representantes concordaron con la Comisión y consideraron que los tipos penales utilizados en este caso son “susceptibles de ser aplicados para perseguir criminalmente la crítica política”, razón por la cual “resultan incompatibles con el artículo 13 de la Convención”.

39. El Estado se allanó a las pretensiones de las partes señalando que “[la] sanción penal al señor [...] Kimel constituyó una violación a su derecho a la libertad de expresión” y que “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incum-

75 El artículo 13 de la Convención señala en lo pertinente que:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. [...]

76 El artículo 9 de la Convención establece:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

77 El artículo 1.1 de la Convención establece que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

78 El artículo 2 de la Convención dispone que:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

plimiento de [el artículo 2 de la Convención]”. En audiencia pública el Estado “deplor[ó...] que el único condenado por la masacre de los palotinos haya sido justamente quien ha llevado a cabo una investigación periodística exhaustiva sobre tan terrible crimen y su tratamiento judicial”.

40. La Corte observa que a pesar de la confesión de hechos y de la admisión de diversas pretensiones por parte del Estado, subsiste la necesidad de precisar la entidad y gravedad de las violaciones ocurridas, así como los alcances de las normas sancionatorias persistentes en el orden interno y que pueden ser aplicadas para restringir la libertad de expresión. Estas precisiones contribuirán al desarrollo de la jurisprudencia sobre la materia y a la correspondiente tutela de derechos humanos.

* * *

41. Eduardo Kimel es un historiador graduado en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Se ha desempeñado además como periodista, escritor e investigador histórico⁷⁹. En noviembre de 1989 publicó un libro titulado “La masacre de San Patricio”⁸⁰. Este libro analiza el asesinato de cinco religiosos pertenecientes a la orden palotina, ocurrido en Argentina el 4 de julio de 1976, durante la última dictadura militar⁸¹.

42. En dicho libro, el señor Kimel analizó, *inter alia*, las actuaciones judiciales dirigidas a investigar la masacre. En relación con una decisión judicial adoptada el 7 de octubre de 1977 señaló que el Juez federal que conocía la causa

...realizó todos los trámites inherentes. Acopió los partes policiales con las primeras informaciones, solicitó y obtuvo las pericias forenses y las balísticas. Hizo comparecer a una buena parte de las personas que podían aportar datos para el esclarecimiento. Sin embargo, la lectura de las fojas judiciales conduce a una primera pregunta: ¿Se quería realmente llegar a una pista que condujera a los victimarios? La actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial. En el caso de los palotinos, el [J]uez [...] cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto⁸².

43. El 28 de octubre de 1991 el Juez mencionado por el señor Kimel en su libro (en adelante “el querellante”) entabló una acción penal en contra del autor por el delito de calumnia⁸³. Posteriormente, el querellante solicitó que si no se compartía esta calificación, “se condene al querellado Kimel [por el delito de injurias⁸⁴]”. El 25 de septiembre de 1995 el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 8 de Buenos Aires

79 Cfr. declaración testimonial rendida por Eduardo Kimel en audiencia pública (*supra* párr. 9).

80 Cfr. Kimel, Eduardo, *La masacre de San Patricio*, Ediciones Lohlé-Lumen, segunda edición, 1995 (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 8, folio 217).

81 Cfr. Kimel, Eduardo, *La masacre de San Patricio*, *supra* nota 25 (p. 13).

82 Cfr. Kimel, Eduardo, *La masacre de San Patricio*, *supra* nota 25 (p. 125).

83 El artículo 109 del Código Penal argentino estipula:

La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años.

84 El artículo 110 del Código Penal argentino establece:

El que deshonorare o desacreditare a otro, será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil o prisión de un mes a un año.

resolvió que el señor Kimel no había cometido el delito de calumnia sino el de injurias. Al analizar el tipo penal de calumnia estableció que:

[L]a labor que la defensa califica como de “investigación, información y opinión”, ha trascendido este ámbito [...] para irrumpir en el terreno de la innecesaria y sobreabundante crítica y opinión descalificante y peyorativa, respecto de la labor de un Magistrado, que en nada contribuye a la función informativa, a la formación social o a la difusión cultural y tanto menos, al esclarecimiento de los hechos o de la conciencia social [...] tales excesos, que no son sino y precisamente, desbordes de los límites propios de la libertad de prensa, no alcanzan a constituir, por ausencia del dolo esencial y por falta de imputación concreta y precisa, la figura [de calumnia]⁸⁵.

44. Seguidamente, el Juzgado analizó la posibilidad de encuadrar los hechos dentro del tipo de injurias y expresó que “[c]onforme [a] nuestro ordenamiento positivo, todo cuanto ofende al honor, no siendo calumnia, es una injuria”, razón por la cual consideró que:

...la duda o sospecha que cierne Kimel, sobre la eficacia de la actuación del Magistrado en una causa de trascendencia internacional, y ante la gravedad de los hechos investigados, constituye de por sí un ataque al honor subjetivo del agraviado –deshonra-, agravado por el alcance masivo de la publicación –descrédito-, que configuran el ilícito penado por el art. 110 del C. Penal.

[...] tampoco podía ignorar el querellado que, las afirmaciones, sugerencias y dudas que plantea en torno, concretamente, del [querellante], podían mancillar la dignidad del Magistrado y del hombre común que reposa tras la investidura. Indudablemente, Kimel, ha incurrido en un exceso injustificado, arbitrario e innecesario, so pretexto de informar al público en general, sobre ciertos y determinados acontecimientos históricos [...]. Kimel, no se limitó a informar, sino que además, emitió su opinión sobre los hechos en general y sobre la actuación del [querellante], en particular. Y en este exceso, de por sí dilacerante, se halla precisamente el delito que “*ut supra*” califico. [...]E]n nada modifica la situación, que Kimel haya sostenido que carecía de intención de lesionar el honor del querellante [...] [e]l único dolo requerido es, el conocimiento, por parte del sujeto activo, del carácter potencialmente deshonrante o desacreditante de la acción u omisión ejecutada.

45. La referida sentencia condenó al señor Kimel a la pena de prisión de un año, en suspenso, así como al pago de \$20.000,00 (veinte mil pesos argentinos) en concepto de indemnización por reparación del daño causado, más costas⁸⁶.

46. Esta sentencia fue apelada ante la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, la que mediante fallo de 19 de noviembre de 1996 revocó la condena impuesta en los siguientes términos:

...cuando arriba a la sección que atañe a la investigación judicial [Kimel] deja sentada su propia opinión, lo cual es criticado por la *a quo*, quien interpreta que ello le estaría vedado y debería limitarse a informar. No comparto este criterio[, ...] lo importante es determinar si esta opinión produce resultados desdorosos sobre terceros o está animada por secretos fines sectoriales o tendenciosos, porque de no ser así, estaría sólo al servicio del esclarecimiento y

85 Cfr. sentencia de 25 de septiembre de 1995 emitida por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 8 de Buenos Aires (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 1, folio 62).

86 Cfr. sentencia de 25 de septiembre de 1995, *supra* nota 30.

orientación al lector sobre un tema de interés público, siempre y cuando haya sido vertida con responsabilidad profesional y con conciencia de la veracidad de sus afirmaciones. Actualmente, no puede concebirse un periodismo dedicado a la tarea automática de informar sin opinar [...] ello no significa que estos conceptos no posean límites impuestos por la ética y las leyes penales que las repudian y reprimen respectivamente, en cuanto ofendan el honor, la privacidad o la dignidad de terceros entre otros valores⁸⁷.

[...] Este aislado juicio de valor[, concretamente la frase “la actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial”] no reviste la característica de una calumnia, porque ésta requiere la falsa imputación de un delito concreto a una persona determinada, que dé motivo a la acción pública⁸⁸ [...]. [L]a crítica en la persona del Magistrado [...] sólo consiste en una estimación realizada por un lego en la materia sobre el desarrollo de la pesquisa, que éste habría conducido de otro modo si se hubiera encontrado en el lugar del ofendido[. C]omo tal, ello tampoco puede afectar el honor del funcionario [...] y aunque Kimel no comparta su forma de actuación, no se advierte en este párrafo que haya querido expresarse con el dolo que requiere la figura [de calumnia]⁸⁹.

47. Al referirse al delito de injurias, el tribunal de apelación calificó el trabajo de Kimel como “una breve crítica histórica” y agregó que “en es[a] labor no ha excedido los límites éticos de su profesión”⁹⁰. Asimismo, estableció que “el querellado ejerció su derecho a informar de manera no abusiva y legítima y sin intención de lesionar el honor del [querellante], ya que no se evidencia siquiera dolo genérico, elemento suficiente para la configuración del hecho ilícito bajo análisis”⁹¹.

48. Esta última decisión fue impugnada por el querellante mediante recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El 22 de diciembre de 1998 la Corte Suprema revocó la sentencia absolutoria de segunda instancia y remitió la causa a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal para que dictara nueva sentencia. La Corte Suprema consideró que la sentencia recurrida había sido arbitraria al afirmar que:

...en el caso, carecen de sustento los argumentos expuestos por los jueces que suscribieron la absolución tendientes a establecer la atipicidad de la calumnia. Ello es especialmente así pues únicamente de una lectura fragmentaria y aislada del texto incriminado puede decirse -como lo hace el *a quo*- que la imputación delictiva no se dirige al querellante. En el libro escrito por el acusado, después de mencionar al [querellante] y decir que la actuación de los jueces durante la dictadura fue en general cómplice de la represión dictatorial, expresa que en el caso de los palotinos el [juez querellante] cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia [de] que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto' [...] [P]or otra parte carece de sustento jurídico la afirmación referente a que por tratarse el querellado de un “lego” en la pesquisa del caso, no tendría entidad calumniosa

87 Cfr. sentencia de 19 de noviembre de 1996 emitida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 2, folios 85 y 86).

88 Cfr. sentencia de 19 de noviembre de 1996, *supra* nota 32, folio 87.

89 Cfr. sentencia de 19 de noviembre de 1996, *supra* nota 32, folios 88 y 89.

90 Cfr. sentencia de 19 de noviembre de 1996, *supra* nota 32, folio 92.

91 Cfr. sentencia de 19 de noviembre de 1996, *supra* nota 32, folio 95.

el párrafo que al referirse al magistrado expresa que “resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la investigación no fueron tenidos en cuenta”.

Al así decidir ha omitido la cámara tener en cuenta las características especiales del elemento subjetivo doloso en los delitos contra el honor y sin sustento jurídico ha considerado a la condición de lego como una causal de inculpabilidad. Tan absurda afirmación descalifica el fallo por su evidente arbitrariedad. [...] Otra causal de arbitrariedad se deriva de la omisión de considerar el planteo de la querrela referente a que de las constancias de la causa “Barbeito, Salvador y otros, víctimas de homicidio (art. 79 C. Penal)”, surgiría no sólo la falsedad de las imputaciones delictivas formuladas a la conducta del magistrado, sino especialmente el dolo que -a criterio del apelante- se hallaría configurado por el hecho de que el querrellado, con la única intención de desacreditar al juez, habría omitido consignar en la publicación que el [querellante] habría hecho caso omiso a los reiterados requerimientos de sobreseimiento provisional del sumario formulados por el fiscal⁹²[.]

49. El 17 de marzo de 1999 la Sala IV de la Cámara de Apelaciones, siguiendo los lineamientos trazados por la Corte Suprema, confirmó parcialmente la sentencia condenatoria de primera instancia en lo que respecta a las penas, pero en vez de condenar al señor Kimel por injurias, consideró que se configuró el delito de calumnia⁹³. La Cámara señaló que,

...en atención a los argumentos esgrimidos por nuestro máximo tribunal, las expresiones vertidas por el periodista [Kimel] dirigidas al querellante, resultan ser de contenido calumnioso, careciendo por ende de sustento los argumentos expuestos por la Sala VI [de la Cámara de Apelaciones] que suscribiera la absolución basada en la atipicidad de la calumnia⁹⁴.

50. Contra la sentencia pronunciada por la Cámara de Apelaciones el señor Kimel interpuso un recurso extraordinario ante la Corte Suprema⁹⁵, el cual fue declarado improcedente. Posteriormente, la víctima presentó un recurso de queja ante la misma Corte, el cual fue rechazado *in limine* el 14 de septiembre de 2000, con lo cual la condena quedó firme⁹⁶.

51. En torno a estos hechos las partes presentaron diversos alegatos en los que subyace un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección de la honra de los funcionarios públicos. La Corte reconoce que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio.

92 *Cfr.* sentencia de 22 de diciembre de 1998 emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (expediente de anexos a la demanda, Tomo I, Anexo 3, folios 114 a 116).

93 *Cfr.* sentencia de 17 de marzo de 1999 emitida por la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (expediente de anexos a la demanda, Tomo 1, Anexo 4, folio 134).

94 *Cfr.* sentencia de 17 de marzo de 1999, *supra* nota 38, folio 132.

95 *Cfr.* escrito de interposición del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (expediente de anexos a la demanda, Tomo 1, Anexo 5, folio 140).

96 *Cfr.* resolución de 14 de septiembre de 2000 emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (expediente de anexos a la demanda, Tomo 1, Anexo 6, folio 175).

52. La Corte ha precisado las condiciones que se deben cumplir al momento de suspender, limitar o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención⁹⁷. En particular, ha analizado la suspensión de garantías en estados de excepción⁹⁸ y las limitaciones a la libertad de expresión⁹⁹, propiedad privada¹⁰⁰, libertad de locomoción¹⁰¹ y libertad personal¹⁰², entre otros.

53. Respecto al contenido de la libertad de pensamiento y de expresión, la Corte ha señalado que quienes están bajo la protección de la Convención tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social:

...ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno¹⁰³.

54. Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa¹⁰⁴.

55. Por su parte, el artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Esto implica límites a las injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es legítimo que quien se considere afectado en su honor recurra a los medios judiciales que el Estado disponga para su protección¹⁰⁵.

97 Cfr. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N° 6.

98 Cfr. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A N° 8, y *Caso Zambrano Vélez*, *supra* nota 11, párrs. 45 a 47.

99 Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C N° 111, párr. 96; *Caso Palamara Iribarne*, *supra* nota 12, párrs. 68 y 79, y *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N° 151, párrs. 88 a 91.

100 Cfr. *Caso Ivcher Bronstein*, *supra* nota 12, párr. 128; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N° 125, párr. 145; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiguez*, *supra* nota 17, párr. 93, y *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra* nota 14, párr. 127.

101 Cfr. *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párrs. 113 a 135.

102 Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiguez*, *supra* nota 17, párrs. 51 a 54.

103 Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, *supra* nota 44, párr. 30; *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73, párr. 64; *Caso Ivcher Bronstein*, *supra* nota 12, párr. 146; *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 108, y *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 77.

104 Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 120; *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 95, y *Caso Palamara Iribarne*, *supra* nota 12, párr. 79.

105 Cfr. *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 101.

56. La necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención. Estos deben responder a un criterio de estricta proporcionalidad.

57. Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas¹⁰⁶.

58. Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el caso concreto la Corte i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluará la necesidad de tal medida, y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión.

i) Estricta formulación de la norma que consagra la limitación o restricción (legalidad penal)

59. La Comisión alegó que “se utilizaron los delitos contra el honor con el claro propósito de limitar la crítica a un funcionario público”. En este sentido, sostuvo que “la descripción de las conductas de [calumnia e injurias] tiene[...] tal ambigüedad, amplitud y apertura que permite[...] que las conductas anteriormente consideradas como desacato sean sancionadas indebidamente a través de estos tipos penales”. Además, la Comisión opinó que la “mera existencia [de los tipos penales aplicados al señor Kimel] disuade a las personas de emitir opiniones críticas respecto de la actuación de las autoridades, dada la amenaza de sanciones penales y pecuniarias”. Al respecto, indicó que “[s]i el Estado decide conservar la normativa que sanciona las calumnias e injurias, deberá precisarla de forma tal que no se afecte la libre expresión de inconformidades y protestas sobre la actuación de los órganos públicos y sus integrantes”.

60. Los representantes indicaron que la figura de injurias “se refiere a una conducta absolutamente indeterminada”, toda vez que “la expresión ‘deshonrar’ como la de ‘desacreditar’ a otro, no describe conducta alguna”. Por ello, consideraron que “no existe un parámetro objetivo para que la persona pueda medir y predecir la posible ilicitud de sus expresiones sino, en todo caso, se remite a un juicio de valor subjetivo del juzgador”. Agregaron que la figura de calumnia “resulta también excesivamente vag[a]”. Concluyeron que la “vaguedad de ambas figuras ha resultado manifiesta”, dado que el señor Kimel “fue condenado en primera instancia por injurias, y luego [por] calumnias”.

106 El Tribunal ha señalado que “es indispensable[...] la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto a ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar”. *Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, *supra* nota 44, párr. 34.

61. Esta Corte tiene competencia –a la luz de la Convención Americana y con base en el principio *iura novit curia*, el cual se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional– para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella, en la inteligencia de que las partes hayan tenido la oportunidad de expresar sus respectivas posiciones en relación con los hechos que las sustentan¹⁰⁷.

62. En el presente caso ni la Comisión ni los representantes alegaron la violación del artículo 9 de la Convención Americana que consagra el principio de legalidad. Sin embargo, el Tribunal estima que los hechos de este caso, aceptados por el Estado y sobre los cuales las partes han tenido amplia posibilidad de hacer referencia, muestran una afectación a este principio en los términos que se exponen a continuación.

63. La Corte ha señalado que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información”¹⁰⁸. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. Al respecto, este Tribunal ha señalado que:

La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana¹⁰⁹.

64. Como quedó establecido anteriormente, el señor Kimel fue condenado en primera instancia por el delito de injurias. El tipo penal aplicado fue el artículo 110 del Código Penal que establece:

El que deshonrar o desacreditar a otro, será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil o prisión de un mes a un año.

65. Posteriormente, fue absuelto por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Por último la Corte Suprema de Justicia se apartó de la califi-

107 Cfr. Caso *Godínez Cruz vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C N° 5, párr. 172; Caso *de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C N° 140, párr. 54, y Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146, párr. 186.

108 Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, *supra* nota 44, párr. 40, y Caso *Claude Reyes y otros*, *supra* nota 44, párr. 89.

109 Cfr. Caso *Castillo Petruzzi y otros*, *supra* nota 12, párr. 121, y Caso *Lori Berenson*, *supra* nota 12, párr. 125. Asimismo, el Tribunal ha resaltado que las leyes que prevean restricciones “deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación”. Cfr. Caso *Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 124.

cación originaria del delito y decidió que los hechos imputados al señor Kimel configuraban el ilícito tipificado en el artículo 109 del Código Penal, que establece:

La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años.

66. La Corte resalta que en el presente caso el Estado indicó que “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana” (*supra* párr. 18).

67. En razón de lo anterior y teniendo en cuenta las manifestaciones formuladas por el Estado acerca de la deficiente regulación penal de esta materia, la Corte considera que la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

ii) Idoneidad y finalidad de la restricción

68. La Comisión alegó que la sanción impuesta al señor Kimel tuvo “el propósito legítimo de proteger el honor de un funcionario público”. Con todo, indicó que “los funcionarios públicos deben ser más tolerantes a las críticas que los particulares” y que el control democrático fomenta la transparencia de las actividades estatales, promueve la responsabilidad de los funcionarios públicos y que “en un Estado de derecho no existe fundamento válido que permita sustraer de esta consideración a quienes trabajan en la administración de la justicia”.

69. Los representantes indicaron que “la Convención Americana no distingue al [P]oder [J]udicial respecto del resto de los poderes públicos, ni establece ninguna norma específica relacionada con la protección de la reputación de los jueces”. Por el contrario, “en casos como el presente sólo rige la norma general que permite restringir la libertad de expresión para proteger los derechos o la reputación de los demás”.

70. En este paso del análisis lo primero que se debe indagar es si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de una finalidad compatible con la Convención.

71. Como quedó establecido en el párrafo 55 *supra*, los jueces, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección que les brinda el artículo 11 convencional que consagra el derecho a la honra. Por otra parte, el artículo 13.2.a) de la Convención establece que la “reputación de los demás” puede ser motivo para fijar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión. En consecuencia, la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Asimismo, el instrumento penal es idóneo porque sirve el fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo. Sin embargo, la Corte advierte que esto no significa que, en la especie que se analiza, la vía penal sea necesaria y proporcional, como se verá *infra*.

iii) Necesidad de la medida utilizada

72. La Comisión considera que “el Estado tiene otras alternativas de protección de la privacidad y la reputación menos restrictivas que la aplicación de una sanción penal”. En este sentido, “[l]a protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público” y a través de “leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta”.

73. Los representantes señalaron que “cuando la conducta de una persona configura el ejercicio regular de un derecho [...], la mera existencia de una sanción -cualquiera que fuese-importa una violación a la Convención”. Respecto de las sanciones penales alegaron que “[a] menos en el área de la crítica a los funcionarios públicos por sus actos funcionales, o a quienes se vinculan voluntariamente a asuntos de interés público, el recurso al derecho penal es contrario a la posibilidad de dar un debate amplio, ya que desalienta la participación de la ciudadanía, incluso, de los periodistas profesionales en la discusión de los asuntos públicos”. En este sentido, el “recurso penal genera un fuerte efecto inhibitor”. Por otra parte, se manifestaron en contra de la existencia de sanciones civiles, toda vez que éstas también “tienen un fuerte efecto inhibitor, en particular para las personas que desempeñan la función de periodista”, por “los relativamente exiguos salarios que se abonan en los medios de prensa”; porque “resulta virtualmente imposible afrontar las condenas que se establecen en los juicios de daños y perjuicios, sin que se genere un colapso en la economía personal del periodista o del ciudadano común”, y porque, “salvo acaso los grandes multimédios, ningún medio de comunicación ofrece garantías a sus trabajadores respecto de su capacidad de pago”.

74. En el análisis de este tema, la Corte debe examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas¹¹⁰.

75. El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. Que se haga uso de la vía civil o penal dependerá de las consideraciones que abajo se mencionan.

76. La Corte ha señalado que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita¹¹¹. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.

77. Tomando en cuenta las consideraciones formuladas hasta ahora sobre la protección debida de la libertad de expresión, la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana.

78. La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente

110 Cfr. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, *supra* nota 17, párr. 93.

111 Cfr. Caso *Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 104, y Caso *Palamara Iribarne*, *supra* nota 12, párr. 79.

excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación. En este orden de consideraciones, la Corte observa los movimientos en la jurisprudencia de otros Tribunales encaminados a promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna, sin mellar las garantías que requiere la libre expresión como baluarte del régimen democrático¹¹².

79. De otro lado, en el marco de la libertad de información, el Tribunal considera que existe un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamenta sus opiniones. Es decir, resulta válido reclamar equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de información. Esto implica el derecho de las personas a no recibir una versión manipulada de los hechos. En consecuencia, los periodistas tienen el deber de tomar alguna distancia crítica respecto a sus fuentes y contrastarlas con otros datos relevantes.

80. En lo que corresponde al presente caso, es notorio el abuso en el ejercicio del poder punitivo –como lo ha reconocido el propio Estado– tomando en cuenta los hechos imputados al señor Kimel, su repercusión sobre los bienes jurídicos del querellante y la naturaleza de la sanción –privación de libertad– aplicada al periodista.

iv) Estricta proporcionalidad de la medida

81. La Comisión alegó que “la conducta del señor Kimel se encuadra dentro del ámbito razonable del ejercicio de su derecho a ejercer el periodismo de investigación, dado que se trataba de información de evidente interés para la opinión pública argentina, fundada en una investigación previa, que tenía por objeto aportar al debate y servir como medio fiscalizador de un funcionario público”. En este sentido, indicó que en “una sociedad que vivió una dictadura militar como la de Argentina desde 1976 hasta 1983 la libertad de pensamiento y expresión adquiere una importancia fundamental para la reconstrucción histórica del pasado y la formación de la opinión pública”. En consecuencia, debe existir la “posibilidad de que cual-

112 En el Caso *Mamere* la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que “si bien la libertad de expresión tiene un valor preponderante, especialmente en cuestiones de interés público, no puede prevalecer siempre en todos los casos sobre la necesidad de proteger el honor y la reputación, ya sea de personas privadas o de funcionarios públicos”. La versión original en inglés es la siguiente: “the eminent value of freedom of expression, especially in debates on subjects of general concern, cannot take precedence in all circumstances over the need to protect the honour and reputation of others, be they ordinary citizens or public officials”. *Cfr. Mamère v. France*, N° 12697/03, § 27, ECHR 2006.

Asimismo, en el Caso *Castells* el Tribunal Europeo afirmó que “permanece abierta la posibilidad para las autoridades competentes del Estado de adoptar, en su condición de garantes del orden público, medidas, aún penales, destinadas a reaccionar de manera adecuada y no excesiva frente a imputaciones difamatorias desprovistas de fundamento o formuladas de mala fe”. La versión original en inglés señala: “it remains open to the competent State authorities to adopt, in their capacity as guarantors of public order, measures, even of a criminal law nature, intended to react appropriately and without excess to defamatory accusations devoid of foundation or formulated in bad faith”. *Cfr. ECHR, Castells v. Spain*, judgment of 23 April 1992, Series A N° 236, § 46.

En un pronunciamiento reciente sostuvo que “la imposición de una pena de prisión por una ofensa difundida en la prensa será compatible con la libertad de expresión de los periodistas tal como está garantizada en el artículo 10 de la Convención sólo en circunstancias excepcionales, especialmente cuando otros derechos fundamentales han sido seriamente afectados, como, por ejemplo, en los casos de discurso del odio o de incitación a la violencia”. La versión original en inglés es la siguiente: “the imposition of a prison sentence for a press offence will be compatible with journalists' freedom of expression as guaranteed by Article 10 of the Convention only in exceptional circumstances, notably where other fundamental rights have been seriously impaired, as, for example, in the case of hate speech or incitement to violence”. *Cfr. Cumpana and Mazare v. Romania* [GC], N° 33348/96, § 115, ECHR 2004-XI.

quier persona exprese sus opiniones de conformidad con el pensamiento propio, [...] de analizar con profundidad o sin ella la actuación de quienes detentaban cargos públicos durante esa época, entre ellos, del [P]oder [J]udicial y de emitir críticas incluso ofensivas y fuertes sobre ello”. Agregó que el Juez mencionado por el señor Kimel “deb[ía] tolerar las opiniones críticas que se re[ferían] al ejercicio de su función jurisdiccional”.

82. Los representantes concordaron con la Comisión y alegaron que “los hechos sobre los que informó el señor Kimel son de interés público”, teniendo en cuenta que la investigación se refería “a un caso paradigmático de la represión” y que la “investigación efectuada por el periodista es parte de [la] revisión que la sociedad argentina debe realizar y de la discusión acerca de las causas por las cuales el gobierno militar desplegó su accionar sin haber encontrado obstáculos en el [P]oder [J]udicial”. Agregaron que el señor Kimel “no utilizó lenguaje alguno que pudiera considerarse abusivo” ni utilizó “palabras desmedidas ni mucho menos ultrajantes”; que se refirió al juez “única y exclusivamente con motivo de su actuación funcional y no incursionó en ningún aspecto de su vida o de su personalidad que no guardara relación con su labor como funcionario público”; que en los apartados del libro donde se manifiestan afirmaciones de hecho “todo lo que sostuvo se ajusta a la realidad” y que “los párrafos que formaron parte del juicio penal” contienen “juicios de valor críticos sobre el poder judicial de aquella época”, razón por la cual “no son susceptibles de ser verdaderos o falsos, ni pueden justificar, por sí mismos, una restricción a la libertad de expresión, en tanto se trata del derecho de toda persona de opinar libremente sobre asuntos de interés público y sobre la actuación funcional de un juez en un asunto de la mayor relevancia pública”.

83. En este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación¹¹³. La Corte ha hecho suyo este método al señalar que:

...para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión¹¹⁴.

84. Para el caso que nos ocupa, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.

85. Respecto al grado de afectación de la libertad de expresión, la Corte considera que las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción

113 Cfr. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, *supra* nota 17, párr. 93.

114 Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, *supra* nota 44, párr. 46; Caso *Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párrs. 121 y 123; Caso *Palamara Iribarne*, *supra* nota 12, párr. 85, y Caso *Claude Reyes y otros*, *supra* nota 44, párr. 91.

en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta al señor Kimel demuestran que las responsabilidades posteriores establecidas en este caso fueron graves. Incluso la multa constituye, por sí misma, una afectación grave de la libertad de expresión, dada su alta cuantía respecto a los ingresos del beneficiario¹¹⁵.

86. Respecto al derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático¹¹⁶. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público¹¹⁷. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público¹¹⁸. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza¹¹⁹, como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso.

87. El control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático¹²⁰. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática¹²¹, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público¹²².

88. En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población¹²³. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre

115 La sanción pecuniaria impuesta al señor Kimel ascendió a \$ 20.000,00 (veinte mil pesos argentinos). *Cfr.* sentencia de 17 de marzo de 1999, *supra* nota 36, folio 138. Según el tipo de cambio vigente en ese momento, este monto era equivalente a la misma cantidad en dólares estadounidenses. Según lo afirmado por los representantes y no controvertido por el Estado, la ejecución de esta pena “importaría, sin más, [la] quiebra económica” del señor Kimel, quien “perdería todas sus pertenencias, y quedaría endeudado por un largu[í]simo período”.

116 *Cfr.* Caso *Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 128, y Caso *Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 98.

117 *Cfr.* Caso *Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 129, y Caso *Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 103.

118 *Cfr.* Caso *Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 129, y Caso *Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 103.

119 *Cfr.* Caso *Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 129, y Caso *Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 103.

120 *Cfr.* Caso *Ivcher Bronstein*, *supra* nota 12, párr. 155; Caso *Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 127; Caso *Palamara Iribarne*, *supra* nota 12, párr. 83, y Caso *Claude Reyes y otros*, *supra* nota 44, párr. 87.

121 *Cfr.* Caso *Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 113, y Caso *Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 83.

122 *Cfr.* Caso *Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 127.

123 *Cfr.* Caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)*, *supra* nota 48, párr. 69; Caso *Ivcher Bronstein*, *supra* nota 12, párr. 152, y Caso *Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 83.

cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas.

89. La crítica realizada por el señor Kimel estaba relacionada con temas de notorio interés público, se refería a un juez en relación con el desempeño de su cargo y se concretó en opiniones que no entrañaban la imputación de delitos. Tal como indicó la sentencia de primera instancia (*supra* párr. 43), el párrafo por el que fue procesado el señor Kimel involucraba una opinión y no el señalamiento de un hecho:

Kimel [...] se limita a abrir un interrogante [...]. En modo alguno, conforme doctrina y jurisprudencia imperantes en la materia, podría sostenerse válidamente que tales epítetos puedan constituir la atribución de una conducta criminal, en los términos requeridos por la figura típica y antijurídica [de calumnia]. El interrogante como tal, no puede implicar una imputación concreta, sino una mera valoración perfectamente subjetiva –y librada al subjetivismo también del lector-, por parte del autor, de una no menos subjetiva apreciación del valor probatorio de los elementos de juicio, incorporados al proceso, por parte del [querellante]. Tratase, en fin, de una crítica con opinión a la actuación de un Magistrado, frente a un proceso determinado. Pero la diferente apreciación de los hechos y circunstancias, en modo alguno, puede implicar la clara y rotunda imputación de un delito de acción pública¹²⁴.

90. Sobre el notorio interés público de los temas en torno a los cuales el señor Kimel emitió su opinión, cabe resaltar su testimonio en audiencia pública (*supra* párr. 9), no controvertido por el Estado:

La masacre de San Patricio ha[bía] sido considerado el hecho de sangre más importante que sufrió la Iglesia Católica a lo largo de varios siglos de existencia en la Argentina[.] El objetivo único y principal del libro evidentemente ha[bía] sido contar el asesinato de los religiosos palotinos, dar luz a aquello que había permanecido oscuro e invisible a la sociedad, la tremenda historia del asesinato de cinco religiosos en su casa masacrados de la manera más horrible¹²⁵.

91. El señor Kimel emitió una opinión que no tenía relación con la vida personal del Juez querellante ni le imputaba una conducta ilícita, sino que se relacionaba con la causa judicial a su cargo.

92. La Corte observa que el señor Kimel realizó una reconstrucción de la investigación judicial de la masacre y, a partir de ello, emitió un juicio de valor crítico sobre el desempeño del Poder Judicial durante la última dictadura militar en Argentina. En la audiencia pública del presente caso (*supra* párr. 9), el señor Kimel resaltó que el texto en el que se refiere al juez querellante era “un párrafo que debía estar en el libro porque contenía, a pesar de su brevedad, un dato significativo: cual había sido la conducta de la justicia argentina durante aquellos trágicos años de la dictadura militar para investigar el asesinato de los sacerdotes”. El señor Kimel no utilizó un lenguaje desmedido y su opinión fue construida teniendo en cuenta los hechos verificados por el propio periodista.

93. Las opiniones vertidas por el señor Kimel no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo.

124 *Cfr.* sentencia de 25 de septiembre de 1995, *supra* nota 28, folio 59.

125 *Cfr.* declaración testimonial rendida por Eduardo Kimel en audiencia pública (*supra* párr. 9).

En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor¹²⁶.

94. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluye que la afectación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra en el presente caso.

95. En razón de todo lo expuesto en el presente capítulo y teniendo en cuenta la confección de hechos y el allanamiento del Estado, el Tribunal considera que éste violó el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13.1 y 13.2 de la Convención Americana, en relación con la obligación general contemplada en el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Kimel.

VII

ARTÍCULO 8 (GARANTÍAS JUDICIALES)¹²⁷ EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1.1 (OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS) DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

96. La Comisión alegó que el proceso penal en contra de la víctima duró casi nueve años; que el caso no era complejo, pues “no existía pluralidad de sujetos procesales” y la prueba consistía esencialmente en el libro del señor Kimel; que “no consta en autos que el señor Kimel hubiera mantenido una conducta incompatible con su carácter de procesado ni entorpecido la tramitación del proceso”; y que “las autoridades judiciales no actuaron con la debida diligencia y celeridad”. Los representantes presentaron argumentos en el mismo sentido y agregaron que “el procedimiento aplicable a los delitos contra el honor, por ser delitos de acción privada, es un procedimiento simplificado que carece de etapa de investigación”. Como se indicó anteriormente, el Estado se allanó a la alegada violación del artículo 8.1 de la Convención.

97. Teniendo en cuenta los hechos acreditados, el allanamiento del Estado y los criterios establecidos por este Tribunal respecto del principio del plazo razonable¹²⁸, la Corte estima que la duración del proceso penal instaurado en contra del señor Kimel excedió los límites de lo razonable. Del mismo modo, el Tribunal considera, conforme a su jurisprudencia¹²⁹, que el Estado no justificó esa duración tan prolongada. En consecuencia, declara que

126 Cfr. ECHR, Caso *Lingens v. Austria*, judgment of 8 July 1986, Series A N° 103, § 46.

127 El artículo 8.1 de la Convención establece en lo pertinente que:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

128 Dichos criterios son: i) complejidad del asunto, ii) actividad procesal del interesado, y iii) conducta de las autoridades judiciales. Cfr. Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C N° 30, párr. 77; Caso *Vargas Areco vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 155, párr. 102, y Caso *Escué Zapata vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C N° 165, párr. 102.

129 Cfr. Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C N° 94, párr. 145; Caso *Gómez Palomino vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 136, párr. 85, y Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, supra nota 17*, párr. 161.

el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Kimel.

[OMISSIS]

Y Decide:

Por unanimidad que:

6. El Estado debe realizar los pagos de las cantidades establecidas en la presente Sentencia por concepto de daño material, inmaterial y reintegro de costas y gastos dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 110, 119 y 133 de la misma.

7. El Estado debe dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Kimel y todas las consecuencias que de ella se deriven, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 121 a 123 de la misma.

8. El Estado debe eliminar inmediatamente el nombre del señor Kimel de los registros públicos en los que aparezca con antecedentes penales relacionados con el presente caso, en los términos de los párrafos 121 a 123 de esta Sentencia.

9. El Estado debe realizar las publicaciones señaladas en el párrafo 125 de esta Sentencia, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la misma.

10. El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad, dentro del plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 126 de la misma.

11. El Estado debe adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado (*supra* párrafos 18, 127 y 128) se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

12. Supervisará la ejecución íntegra de esta Sentencia, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento.

Los Jueces Diego García-Sayán y Sergio García Ramírez comunicaron a la Corte sus Votos Concurrentes. Dichos votos acompañan esta Sentencia.

(Firman los jueces Cecilia Medina Quiroga, Presidenta. Diego García-Sayán, Sergio García Ramírez, Manuel E. Ventura Robles, Margarete May Macaulay, Rhadys Abreu Blondet. Pablo Saavedra Alessandri, Secretario).

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA COMPETENCIA DEL CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA PARA ACORDAR LA INHABILITACIÓN EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS

José Ignacio Hernández G.
*Profesor de Derecho Administrativo de la
Universidad Central de Venezuela*

Resumen: *Este artículo expone las razones por las cuales el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que permite al Contralor declarar la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, es contrario a la Constitución de 1999.*

En ejecución del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF), el Contralor General de la República ha acordado la inhabilitación de funcionarios de elección popular, a consecuencia del auto de responsabilidad previamente dictado. El presente comentario expone las razones por las cuales el citado artículo 105 viola la Constitución de 1999:

1.- De conformidad con el artículo 105 de la LOCGR, declarada la responsabilidad administrativa, el Contralor General de la República, atendiendo a la gravedad de la falta cometida y sin previo procedimiento, podrá declarar la inhabilitación *para el ejercicio de funciones públicas* del sujeto afectado por el auto de responsabilidad. Tal inhabilitación impide el ejercicio de cargos públicos por el tiempo previsto en el acto administrativo dictado a tales efectos por el Contralor. El artículo proviene de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1998.

2.- La decisión del Contralor tiene por objeto, como se dijo, la inhabilitación temporal para el ejercicio de funciones públicas. Como la norma no distingue, la expresión “funciones públicas” puede interpretarse en alusión a cualquier destino público: tanto los cargos que son objeto de designación (de libre nombramiento y remoción; de carrera o contratados, de acuerdo con la sistemática del artículo 146 constitucional), como los cargos de elección popular. En los puntos 10 y 12 se esbozan las distintas interpretaciones que caben en este punto.

3.- La constitucionalidad del artículo 105 precitado debe valorarse en función a dos perspectivas: una adjetiva y la otra sustantiva.

4.- Desde la perspectiva adjetiva, el artículo comentado viola el derecho a la defensa, previsto en el artículo 49, numerales 1 y 3 de la Constitución, pues permite al Contralor acordar una sanción autónoma –accesoria, sin embargo, al auto de responsabilidad- sin previo procedimiento. Fue por esta razón, precisamente, que el Fiscal General de la República objetó la norma en el Proyecto de Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, anterior a la vigente LOCGRSNCF.

Por esta razón, igualmente, la norma ha sido suspendida cautelarmente por la Sala Constitucional, en sentencia de 27 de julio de 2004, caso *Lubin Aguirre*. En adición, cualquier decisión sobre la inhabilitación basada en el previo auto de responsabilidad, requiere que éste quede firme incluso en sede judicial.

5.- Al margen de lo anterior, y con mayor peso, debe señalarse que el artículo 105 de la LOCGRSNCF es contrario a los principios básicos que configuran a Venezuela como Estado democrático, pues permite suspender el derecho de participación política a través de un acto administrativo, dejando a salvo lo señalado en el punto 12.

6.- Así, la consecuencia primera del acto administrativo que declara la inhabilitación, es la suspensión –temporal- del derecho de participación política reconocido en el artículo 62 de la Constitución, en su vertiente pasiva, o sea, el derecho a optar a cargos de elección popular, que es una de las bases del Estado democrático, pues como se dijo, en una interpretación amplia, la inhabilitación arroja a cualquier destino público, incluyendo aquellos de elección popular. Así, la inhabilitación política impide el ejercicio de los derechos políticos, como acota el artículo 39 de la Constitución. Sin embargo, el artículo 42 del Texto de 1999 señala, en este sentido, que el ejercicio de los derechos políticos “sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la Ley”.

7.- Por ende, el derecho a optar a cargos de elección pública o sufragio pasivo es un derecho político en los términos del artículo 62 de la Constitución, con lo cual la inhabilitación, como condición de suspensión en ejercicio de ese derecho constitucional, sólo puede ser acordada (i) mediante sentencia judicial firme y (ii) en los casos de Ley. Tal materia debe ser entendida de reserva constitucional, en el sentido que no le es dado al Legislador modificar los supuestos bajo los cuales pueden suspenderse los derechos políticos, permitiendo así a la Administración acordar tal inhabilitación.

8.- Al efecto, es necesario precisar la diferencia entre las condiciones de aptitud y la inhabilitación política: las primeras son los requisitos mínimos que deben reunir quienes aspiren a cargos de elección popular, asegurándose así su idoneidad; la inhabilitación, por el contrario, es la suspensión objetiva del derecho a optar a cargos públicos. De acuerdo con el artículo 42 de la Constitución, la suspensión de ese derecho o inhabilitación sólo puede ser acordada por sentencia judicial definitivamente firme. La exposición de motivos de la Constitución reitera esta conclusión al señalar que la inelegibilidad por inhabilitación sólo puede derivar “de las solas restricciones derivadas del propio texto constitucional”, a diferencia de las condiciones de aptitud, que pueden ser configuradas por el Legislador.

9.- En abundancia a lo anterior debe recordarse que, durante la elaboración de estas normas en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, y a propuesta de Allan R. Brewer-Carías (a la cual se adhirieron otros constituyentes) se aprobó incluir, expresamente, que las restricciones al derecho a optar a cargos públicos sólo serían las dispuestas en la Constitución, a diferencia de la regulación de las condiciones de aptitud, que podían ser desarrolladas por el Legislador. Finalmente, se condensó la redacción de acuerdo con el texto final del ya citado artículo 42, quedando esta referencia, expresamente, en la exposición de motivos.

10.- El artículo 105 de la LOCGRSNCF permite al Contralor declarar la inhabilitación para el ejercicio de la función pública, con independencia que se trate o no de cargos de elección popular. El efecto de la inhabilitación declarada, por lo anterior, debe ser general, en el sentido que el sujeto inhabilitado no podrá desempeñar función pública alguna, incluyendo cargos de elección popular. Por ello, la potestad del artículo 105 incluye la competencia para declarar la inhabilitación política, dejando a salvo la otra interpretación posible de la norma, esbozada en el punto 12.

11.- Sin embargo, de acuerdo con los artículos 39, 42 y 62 de Constitución, la inhabilitación política únicamente puede ser acordada por sentencia judicial definitivamente firme. El artículo 105 de la LOCGRSNCF viola esas normas y, por ende, el derecho de participación política, al permitir que mediante un acto administrativo se acuerde la inhabilitación, decisión que, se insiste, únicamente puede ser declarada por el Poder Judicial, sin que pueda el Legislador ampliar tales supuestos de procedencia.

12.- Puede esbozarse otra interpretación, distinta a la planteada en el punto 10: que el artículo 105 precitado sólo permite al Contralor declarar la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas en cargos distintos a aquellos de elección popular. Bajo esta interpretación, la violación a los artículos 39, 42 y 62 de Constitución no provendría de la LOCGRSNCF, sino de la interpretación dada por el Contralor, al extender el citado artículo a un supuesto distinto a aquél previsto en la norma, para declarar así la inhabilitación política.

13.- Con independencia de la interpretación que se adopte (según las dos variantes de los puntos 10 y 13), es contrario a la Constitución la inhabilitación acordada por el Contralor para el ejercicio de cargos de elección popular. Bien sea por cuanto la norma que sirve de fundamento a esa competencia es inconstitucional, bien sea por cuanto el Contralor se ha excedido en el ámbito de sus facultades legales.

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL SEGUNDO TRIMESTRE DE 2008

Recopilación y selección
por Marianella Villegas Salazar
Abogado

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Poder Público Municipal: Unidades de Registro Civil Municipales.*

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema Impositivo.* A. Impuestos. a. Impuesto al Valor Agregado: Exoneraciones. b. Impuesto a las Transacciones Financieras. B. Timbre Fiscal. 2. *Sistema de Personal.* A. Remuneraciones. B. Orden al mérito.

III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Política de Relaciones Exteriores.* A. Tratados, Acuerdos y Convenios. a. Leyes aprobatorias. b. Acuerdos y Convenios. c. Memorándum de Entendimiento. 2. *Seguridad y Defensa.* A. Ley del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional. B. Sistema Nacional de Inteligencia y Contra-inteligencia.

IV. DESARROLLO ECONÓMICO

1. *Reserva al Estado de industrias.* A. Industria de fabricación de cemento. B. Industria de la transformación del hierro. 2. *Régimen de la Moneda.* 3. *Régimen Cambiario: Adquisición de divisas.* 4. *Régimen del Mercado de Capitales: Actividades de Intermediación de Corretaje y Bolsa.* 5. *Régimen de las Instituciones Financieras.* A. Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras. a. Manual de Contabilidad. b. Tasas de interés. c. Créditos. 6. *Régimen del Comercio Interno.* A. Índice Nacional de Precios al Consumidor. B. Producción y comercialización de productos alimenticios. C. Precio Máximo de Venta al Público. 7. *Régimen de los Hidrocarburos.* 8. *Régimen de Desarrollo Agropecuario: Créditos.* 9. *Régimen del Comercio Exterior: Exportaciones.* 10. *Régimen del Turismo: Obligaciones de los prestadores de servicios turísticos.*

V. DESARROLLO SOCIAL

1. *Educación.* A. Remuneraciones: Escala de sueldos y salarios. B. Matriculas y Mensualidades. C. Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista (INCES). 2. *Régimen de Protección de niños y adolescentes: Fondo Nacional de Protección del Niño, Niña y Adolescentes.* 3. *Régimen de la Vivienda.* A. Congelación de alquileres B. Instalación de calentadores de gas. 4. *Régimen de la Cultura.*

VI. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen de protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables.* A. Fauna silvestre. B. Productos forestales. C. Pesca Industrial de Arrastre. 2. *Régimen de las Telecomunicaciones.* A. Espectro Radioeléctrico. B. Datos y Firmas Electrónicas: Obligaciones de los proveedores de servicios de certificación. 3. *Régimen del Transporte y Tránsito.* A. Transporte y Tránsito Terrestre. a. Tarifas. b. Placas de vehículos. B. Transporte y Tráfico Marítimo. C. Transporte y Tráfico Aéreo: Prioridad de la materia aeronáutica.

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Poder Público Municipal: Unidades de Registro Civil Municipales*

Resolución N° 080507-503 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se ordena la creación de Unidades de Registro Civil Municipales, en los establecimientos de salud, públicos y privados, donde se realizaran las declaraciones de los nacimientos hospitalarios ocurridos dentro del territorio nacional, las cuales estarán adscritas a los Alcaldes y Alcaldesas de los Municipios, en donde se encuentre ubicado el establecimiento de salud. *G.O.* N° 38.928 de 12-5-2008.

Resolución N° 080528-551 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se exhorta a los Alcaldes y Alcaldesas a cumplir con el principio de gratuidad del Registro Civil, establecido en el ordenamiento jurídico vigente; y se prohíbe a los Alcaldes y Alcaldesas cobrar cualquier impuesto, tasa, contribución o emolumento por la inscripción, inserción y expedición de originales o copias certificadas de las Actas del Registro Civil, ni exigir el uso de papel sellado o timbres fiscales. *G.O.* N° 38.945 de 4-6-2008.

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema Impositivo*

A. *Impuestos*

a. *Impuesto al Valor Agregado: Exoneraciones*

Decreto N° 6.075 de la Presidencia de la República, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto al Valor Agregado, las ventas nacionales de bienes muebles corporales que en él se especifican.

b. *Impuesto a las Transacciones Financieras*

Decreto N° 6.165, con Rango Valor y Fuerza de Ley Derogatorio del Decreto 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° 38.951 de 12-6-2008.

B. *Timbre Fiscal*

Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 363 con Fuerza y Rango de Ley de Timbre Fiscal. *G.O.* N° 38.958 de 23-6-2008.

2. *Sistema de Personal*

A. *Remuneraciones*

Decreto N° 6.052 de la Presidencia de la República, mediante el cual se fija el Salario Mínimo Mensual obligatorio para las Trabajadoras y Trabajadores que presten servicios en los Sectores Público y Privado. *G.O.* N° 38.921 de 30-4-2008.

Decreto N° 6.053 de la Presidencia de la República, mediante el cual se ajusta el Tabulador General de salarios para el Personal Calificado como obrero u obrera al servicio de la Administración Pública Nacional. *G.O.* N° 38.921 de 30-4-2008.

Decreto N° 6.054 de la Presidencia de la República, mediante el cual se aprueba la Escala de Sueldos para Cargos de las Funcionarias y Funcionarios Públicos de Carrera, aplicable al Sistema de Clasificación de Cargo que rige la Carrera Funcionarial de la Administración Pública Nacional. *G.O.* N° 38.921 de 30-4-2008.

Decreto N° 6.055 de la Presidencia de la República, mediante el cual se establece el Sistema de Clasificación de Cargos que rige la Carrera Funcionarial, contenido de los requisitos mínimos de ingreso a las clases o grupos de cargos de la Administración Pública Nacional. *G.O.* N° 38.921 de 30-4-2008.

B. *Orden al mérito*

Decreto N° 6.000 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley que Crea la Orden “José Rafael Núñez Tenorio”. *G.O.* N° 38.914 de 21-4-2008.

Decreto N° 6.043 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley Sobre Condecoración “Orden al Mérito en el Trabajo”. *G.O.* N° 38.920 de 29-4-1 de 2008.

III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Política de Relaciones Exteriores*

A. *Tratados, Acuerdos y Convenios*

a. *Leyes aprobatorias*

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Níger. *G.O.* N° 38.904 de 7-4-2008.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Gambia en Materia Educativa. *G.O.* N° 38.904 de 7-4-2008.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario de Cooperación Científica y Tecnológica entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Socialista de Vietnam. *G.O.* N° 38.904 de 7-4-2008.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Guinea-Bissau. *G.O.* N° 38.904 de 7-4-2008.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Angola en el Ámbito Petrolero. *G.O.* N° 38.904 de 7-4-2008.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Sede entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura “OEI”.- (Se reimprime por error de imprenta). *G.O.* N° 38.905 de 8-4-2008.

Ley Aprobatoria de Acuerdo Energético del Alba entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Nicaragua. *G.O.* N° 38.910 de 15-4-2008.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Energético del Alba entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Haití. *G.O.* N° 38.910 de 15-4-2008.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Energético del Alba entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Bolivia. *G.O.* N° 38.910 de 15-4-2008.

Ley Aprobatoria de la Convención Internacional Contra el Dopaje en el Deporte. *G.O.* N° 38.910 de 15-4-2008.

Ley Aprobatoria del Convenio entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Belarús sobre la Protección Mutua de la Información Clasificada en Materia Técnico-Militar. *G.O.* N° 38.914 de 21-4-2008.

Ley Aprobatoria del Tratado de Seguridad y Soberanía Alimentaria entre la República de Bolivia, la República de Cuba, la República de Nicaragua y la República Bolivariana de Venezuela en el Marco de la Alternativa Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA). *G.O.* N° 38.917 de 24-4-2008.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación en Materia de Soberanía y Seguridad Alimentaria entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Argentina. *G.O.* N° 38.920 de 29-4-2008.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Cultural entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Belarús. *G.O.* N° 38.920 de 29-4-2008.

Ley Aprobatoria del Acuerdo “Gran Mariscal de Ayacucho”, Complementario al Convenio Básico de Cooperación Técnica entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la República de Bolivia en Materia de Cooperación Educativa. *G.O.* N° 38.933 de 19-5-2008.

Ley Aprobatoria del Convenio Marco de Cooperación Alba-Haití, Bolívar, Petión, Martí, entre la República Bolivariana de Venezuela, la República de Cuba y la República de Haití, en el Marco del Acuerdo para la Aplicación de la Alternativa Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América. *G.O.* N° 38.933 de 19-5-2008.

Ley Aprobatoria del Tratado Energético del Alba. *G.O.* N° 38.933 de 19-5-2008.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación Turística entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Oriental del Uruguay. *G.O.* N° 38.933 de 19-5-2008.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Tarija (*sic*) en Materia de Integración Gasífera entre la República Bolivariana de Venezuela, la República Argentina y la República de Bolivia, en el Marco de la Organización de Países Productores y Exportadores de Gas de Suramérica (OP-PEGASUR). *G.O.* N° 38.933 de 19-5-2008.

Ley Aprobatoria del Convenio para la Creación del Banco Binacional Iraní-Venezolano. *G.O.* N° 38.933 de 19-5-2008.

Ley Aprobatoria del Convenio para la Creación del Fondo Único Binacional entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Islámica de Irán. *G.O.* N° 38.933 de 19-5-2008.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Belarús y el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela sobre Cooperación Comercial y Económica. *G.O.* N° 38.933 de 19-5-2008.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Bolivia en Materia de Reforestación Productiva. *G.O.* N° 38.933 de 19-5-2008.

b. *Acuerdos y Convenios*

Resolución N° DM 106 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Popular China. *G.O.* N° 38.903 de 4-4-2008.

c. *Memorándum de Entendimiento*

Resolución N° DM 129 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Memorándum de Entendimiento en Materia de Sistema de Reserva de Alimentos entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Federativa del Brasil. *G.O.* N° 38.924 de 6-5-2008.

Resolución N° DM 130, por la cual se ordena publicar el texto del Memorándum de Entendimiento entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Seychelles para el Establecimiento de un Mecanismo de Consulta. *G.O.* N° 38.924 de 6-5-2008.

2. *Seguridad y Defensa*

A. *Ley del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional*

Decreto N° 5.895 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional. *G.O.* N° 38.906 de 9-4-2008. (Véase *G.O.* N° 5.880 Extraordinario de esta misma fecha).

B. *Sistema Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia*

Decreto N° 6.067 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Sistema Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia. *G.O.* N° 38.940 de 28-5-2008.

Decreto N° 6.156 del Presidente de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Derogatorio del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Sistema Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia. *G.O.* N° 38.949 de 10-6-2008.

IV. DESARROLLO ECONÓMICO

1. *Reserva al Estado de industrias*

A. *Industria de fabricación de cemento*

Decreto No 6.091 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas Productoras de Cemento, en los términos que en él se indican. *G.O.* N° 38.955 de 18-6-2008. (Véase *G.O.* N° 5.886 Extraordinario de esta misma fecha.)

B. *Industria de la transformación del hierro*

Decreto N° 6.058 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas que Desarrollan Actividades en el Sector Siderúrgico en la Región de Guayana. *G.O.* N° 38.928 de 12-5- 2008.

2. *Régimen de la Moneda*

Resolución N° 08-06-01 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dispone que los billetes y las monedas metálicas del viejo y nuevo cono monetario, emitidos por el Banco Central de Venezuela, circularán simultáneamente, al menos hasta el 31 de diciembre de 2008. *G.O.* N° 38.949 de 10-6-de 2008.

3. *Régimen Cambiario: Adquisición de Divisas*

Providencia N° 086 de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), mediante la cual se establecen los Requisitos y trámites de la adquisición de divisas a familiares residiendo en el extranjero. *G.O.* N° 38.937 de 23-5-2008.

Decreto N° 6.168 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dictan los Lineamientos Temporales para la Agilización en la Obtención de las Autorizaciones de Adquisición de Divisas, Destinadas a las Importaciones de Bienes de Capital, Insumos y Materias Primas, Realizadas por las Empresas que Conforman los Sectores Productivos y Transformadores del País. *G.O.* N° 38.958 de 23-6- 2008.

4. *Régimen del Mercado de Capitales: Actividades de Intermediación de Corretaje y Bolsa*

Resolución N° 201 2007 de la Comisión Nacional de Valores, por la cual se dicta la Reforma de las Normas sobre Actividades de Intermediación de Corretaje y Bolsa. *G.O.* N° 38.956 de 19-6-2008.

5. *Régimen de las Instituciones Financieras*

A. *Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras*

a. *Manual de Contabilidad*

Resolución de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, por la cual se modifica el Manual de Contabilidad para Bancos, Otras Instituciones Financieras y Entidades de Ahorro y Préstamo, emitido por este Organismo. *G.O.* N° 38.925 de 7-5-2008. (Véase *G.O.* N° 5.881 Extraordinario de esta misma fecha).

b. *Tasas de interés*

Providencia N° SNAT/2008/0217 del Servicio Nacional de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), por la cual se informa que la tasa de interés activa promedio, fijada por el Banco Central de Venezuela para el mes de marzo de 2008, ha sido de 24,03%. *G.O.* N° 38.915 de 22-4-2008.

Resolución N° 08-04-02 del Banco Central de Venezuela, por la cual se fija en treinta y tres coma cinco por ciento (33,5%) la tasa anual de interés a cobrar por el Banco Central de Venezuela en sus operaciones de descuento, redescuento y anticipo, con excepción de lo dispuesto en el artículo que en ella se indica. *G.O.* N° 38.920 de 29-4-2008.

Resolución N° 08-04-03 del Banco Central de Venezuela, por la cual los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras regidos por el Decreto con Fuerza

de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y demás leyes especiales, no podrán cobrar por sus operaciones activas, excluidas aquellas relacionadas con tarjetas de créditos, una tasa de interés anual o de descuento superior a la tasa fijada periódicamente por el Directorio del Banco Central de Venezuela. *G.O.* N° 38.920 de 29-4-2008.

Resolución N° 08-04-04 del Banco Central de Venezuela, por la cual los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras regidos por el Decreto con Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y demás leyes especiales, no podrán cobrar por sus operaciones activas con tarjetas de créditos, una tasa de interés anual superior a treinta y tres por ciento (33%) ni inferior a diecisiete por ciento (17%). *G.O.* N° 38.920 de 29-4-2008.

c. *Créditos*

Resolución N° 129.08 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, por la cual se dictan las Normas que Regulan los Aspectos Mínimos, que Deberán Contener los Contratos de Apertura de Crédito, Especie Tarjetas de Créditos; así como la Metodología y la Fórmula del Cálculo de Interés. *G.O.* N° 38.952 de 13-6-2008.

6. *Régimen del Comercio Interno*

A. *Índice Nacional de Precios al Consumidor*

Resolución Conjunta del Banco Central de Venezuela, Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo e Instituto Nacional de Estadística N° 08-04-01 y 08, por la cual se dictan las Normas que Regulan el Índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC). *G.O.* N° 38.902 de 3-4-2008.

B. *Producción y comercialización de productos alimenticios*

Resolución Conjunta N° DM/385, DM/093/08, DM/100 y DM/0033 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras, para la Salud y para la Alimentación, por la cual se regula la comercialización de aves beneficiadas, establecer las características y especificaciones de calidad e inocuidad que deben cumplir las aves beneficiadas enteras, despresadas, deshuesadas y sus menudillos en el momento de su expedición y comercialización para que sean aptas para el consumo humano. *G.O.* N° 38.912 de 17-4-2008.

Resolución Conjunta N° DM/2008, DM/0037 y DM Ministerios del Poder Popular para la Defensa, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, mediante la cual se regula la movilización de Productos y Subproductos de origen vegetal en su estado natural, así como de los Productos Alimenticios Terminados destinados a la comercialización y al Consumo Humano. *G.O.* N° 38.920 de 29-4-2008.

Resolución N° DM/0043 del Ministerio del Poder Popular para la Alimentación, mediante la cual se establecen los lineamientos y criterios que rigen la emisión de guías de movilización de productos alimenticios terminados, destinados a la comercialización y consumo humano en los estados fronterizos Apure, Táchira y Zulia; y la guía de seguimiento y control de productos alimenticios terminados, destinados a la comercialización y consumo humano en el territorio nacional. *G.O.* N° 38.944 de 3-6-2008.

Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para las Finanzas, para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras, para la Salud y para la Alimentación, por la cual se determinan los productos, subproductos e insumos requeridos para la producción de los alimentos a los cuales se les aplicarán las medidas temporales para la

flexibilización de los trámites para su producción, importación y mercadeo, conforme con lo establecido en el Decreto N° 5.813 de fecha 14 de enero de 2008, publicado en la *G.O.* N° 38.853, de fecha 18 de enero de 2008. *G.O.* N° 38.956 de 19-6-2008.

C. *Precio Máximo de Venta al Público*

Resolución Conjunta N° DM/, DM/086/2008 y DM/ de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, mediante la cual se fija el Precio Mínimo, Pagado al Productor del Cacao de Producción Nacional. *G.O.* N° 38.902 de 3-4-2008.

Resolución Conjunta N° DM/380, DM/085/2008 y DM/, por la cual se fija el Precio Máximo de Ventas al Público (PMVP) de la Leche Pasteurizada y en Polvo; así como, el Precio Máximo de Venta (PMV) de la Leche Cruda. *G.O.* N° 38.902 de 3-4-2008.

Resolución Conjunta N° DM/387, DM/092/2008 y DM/0036 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, por la cual se fija en todo el territorio nacional el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP) del arroz blanco de mesa. *G.O.* N° 38.912 de 17-4-2008.

Resolución Conjunta N° DM/382, DM/087/2008 y DM/0030 de los Ministerio del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, por la cual se fija el precio del maíz de producción nacional y de harina de maíz precocido. *G.O.* N° 38.918 de 25-4-2008.

Resolución Conjunta N° DM/383, DM/088/2008 y DM/0029 de los Ministerio del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, por la cual se fija el precio del sorgo de producción nacional. *G.O.* N° 38.918 de 25-4-2008.

Resolución Conjunta N° DM/384, DM/084/2008 y DM/0028 de los Ministerio del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, por la cual se excluye del control de precios los huevos de gallina. *G.O.* N° 38.918 de 25-4-2008.

Resolución Conjunta N° DM/388, DM/100/2008 y DM/039 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, por la cual se fija en todo el territorio nacional el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP) del pollo beneficiado. *G.O.* N° 38.921 de 30-4-2008.

7. *Régimen de los Hidrocarburos*

Ley de Contribución Especial Sobre Precios Extraordinarios del Mercado Internacional de Hidrocarburos. *G.O.* N° 38.910 de 15-4-2008.

Resolución N° 151 del Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo, por la cual se dispone que la Contribución Especial sobre Precios Extraordinarios del Mercado Internacional de Hidrocarburos, será pagadera de la manera que en ella se detalla. *G.O.* N° 38.939 de 27-5-2008.

8. *Régimen de Desarrollo Agropecuario: Créditos*

Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para las Finanzas y para la Alimentación, por la cual se dispone que las industrias de los sectores productivos agroindustriales nacionales de oleaginosas, podrán obtener líneas de créditos, a través de los bancos e

instituciones financieras del Estado, que le permitan la adquisición de materia prima dirigida a la producción de aceites y sus derivados para la producción agroindustrial y el abastecimiento del mercado nacional. *G.O.* N° 38.941 de 29-5-2008.

9. *Régimen del Comercio Exterior: Exportaciones*

Resolución Conjunta N° DM/, DM/ y DM/090/2008 de los Ministerios del Poder Popular para las Finanzas, para la Alimentación y para la Agricultura y Tierras, por la cual se dispone que para la exportación de las mercancías clasificadas en la subpartidas, se deberá exigir junto con la Declaración de Aduanas, el Certificado de Demanda Interna Satisfecha. *G.O.* N° 38.902 de 3-4-2008.

10. *Régimen del Turismo: Obligaciones de los prestadores de servicios turísticos*

Resolución N° DM/028 del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, por la cual se definen y establecen los requisitos para la inscripción del Registro Turístico Nacional de los Prestadores de Servicios Turísticos. *G.O.* N° 38.918 de 25-4-2008.

Resolución Conjunta N° DM/030 y DM/ de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia y para el Turismo, por la cual se dispone que los prestadores de servicios de alojamiento turísticos, establecimientos de transporte turísticos y gastronómicos turísticos, deberán mantener enarbolada la Bandera Nacional, en un lugar visible a todos los turistas o usuarios turísticos nacionales e internacionales y frente a sus sedes, todos los días del año. *G.O.* N° 38.928 de 12-5-2008.

Resolución N° DM/026 del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, por la cual se emiten las normas sobre el Libro de Sugerencias y Reclamos, que los prestadores de servicios turísticos están obligados a mantener permanentemente en sus establecimientos y a disposición de los usuarios de sus servicios. *G.O.* N° 38.948 de 9-6-2008.

V. DESARROLLO SOCIAL

1. *Educación*

A. *Remuneraciones: Escala de sueldos y salarios*

Decreto N° 6.036 de la Presidencia de la República, mediante el cual se fijan las escalas especiales de sueldos para el personal clasificado como Docente y de Investigación, Auxiliar Docente y de Investigación, al servicio de los Institutos y Colegios Universitarios, dependientes del Ministerio del Poder Popular para la Educación Superior. *G.O.* N° 38.917 de 24-4-2008.

Decreto N° 6.037, mediante el cual se fija las escalas de salarios para el personal Obrero, que presta sus servicios en los Institutos y Colegios Universitarios. *G.O.* N° 38.917 de 24-4-2008.

Decreto N° 6.038, mediante el cual se fijan las escalas, especiales de sueldos para los funcionarios o empleados públicos al servicio de los Institutos y Colegios Universitarios, dependientes del Ministerio del Poder Popular para la Educación Superior, que ocupan cargos Administrativos y de Apoyo Técnico; Profesional y Técnico que en él se especifican. *G.O.* N° 38.917 de 24-4-2008.

B. *Matriculas y Mensualidades*

Resolución Conjunta N° DM 417 y DM 66 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio y para la Educación, por la cual se dispone que la sociedad de padres, madres, representantes y responsables, determinarán el aumento de la matrícula y mensualidad de cada plantel educativo privado. *G.O.* N° 38.957 de 20-6-2008.

Resolución Conjunta N° DM 418 y DM 67 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio y para la Educación, por la cual se fija para el año escolar 2008 - 2009, un porcentaje de quince por ciento, como límite porcentual máximo de aumento en el cobro de las matrículas y mensualidades escolares de los planteles educativos privados, ubicados en todo el territorio nacional. *G.O.* N° 38.957 de 20-6-2008.

C. *Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista (INCES)*

Decreto N° 6.068 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista INCES. *G.O.* N° 38.958 de 23-6-2008.

2. *Régimen de Protección de niños y adolescentes: Fondo Nacional de Protección del Niño, Niña y Adolescentes*

Decisión del Ministerio del Poder Popular para la Participación y Protección Social (Instituto Autónomo Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes), por la cual se dictan las Directrices Generales para Accesar a los Recursos Financieros y no Financieros del Fondo Nacional de Protección del Niño, Niña y Adolescentes. *G.O.* N° 38.901 de 2-4-2008

3. *Régimen de la Vivienda*

A. *Congelación de alquileres*

Resolución Conjunta N° 398, 052 y 046 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 proroga 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° 38.931 de 15-5-2008.

B. *Instalación de calentadores de gas*

Resolución N° 053 del Ministerio del Poder Popular para la Vivienda y el Hábitat, por la cual se establece de obligatorio cumplimiento la instalación de calentadores a gas en las viviendas que en lo sucesivo serán construidas, tanto por el sector público como por el sector privado y cuyo Financiamiento provenga total o parcialmente de los fondos a que se refiere la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y el Hábitat o de cualquier otro recurso financiero administrado por el Banco Nacional de Vivienda y el Hábitat. *G.O.* N° 38.934 de 20-5-2008.

4. *Régimen de la Cultura*

Decreto N° 6.042 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Supresión y Liquidación del Consejo Nacional de la Cultura. *G.O.* N° 38.928 de 12-5-2008.

VI. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

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

A. *Fauna silvestre*

Resolución N° 0050 del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, mediante la cual se extiende el plazo para la cacería de ejemplares de la especie Caimán *Crocodylus Baba*, temporada 2008, hasta el 15 de julio de 2008. *G.O.* N° 38.958 de 23-6-2008.

B. *Productos forestales*

Decreto N° 6.070 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Bosques y Gestión Forestal. *G.O.* N° 38.946 de 5-6-2008.

Resolución N° 0035 del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, por la cual se prohíbe en el territorio de los estados que en ella se señalan, por el lapso de tres (3) años, la explotación y aprovechamiento de árboles de la especie *Pitecellobium Saman* (Samán). *G.O.* N° 38.913 de 18-4-2008.

C. *Pesca Industrial de Arrastre*

Resolución N° DM/094/2008 de los Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se dictan las Normas Técnicas de Ordenamiento para Regular la Vigencia de los Permisos de Pesca Industrial de Arrastre en Aguas Venezolanas, hasta el 14 de marzo de 2009. *G.O.* N° 38.916 de 23-4-2008.

Resolución N° DM/095/2008, mediante la cual se establecen las Normas Técnicas de Ordenamiento para la Continuidad y Reanudación de las Actividades de Pesca Industrial de Arrastre en Aguas Venezolanas. *G.O.* N° 38.916 de 23-4-2008.

2. *Régimen de las Telecomunicaciones*

A. *Espectro Radioeléctrico*

Providencia N° 1156 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), por la cual se dicta la Reforma Parcial de la Providencia Administrativa, a Través de la Cual se Determinan las Promociones del Espectro Radioeléctrico Disponibles, que Serán Objeto del Procedimiento de Oferta Pública. *G.O.* N° 38.918 de 25-4-2008.

B. *Datos y Firmas Electrónicas: Obligaciones de los proveedores de servicios de certificación*

Providencia N° 025 de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, por la cual se establece bajo el esquema permitido por la vigente Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, la obligación por parte de los Proveedores de Servicios de Certificación, tanto públicos como privados, de constituir y presentar una Fianza de Fiel Cumplimiento que en ella se señala. *G.O.* N° 38.916 de 23-4-2008.

3. *Régimen del Transporte y Tránsito*

A. *Transporte y Tránsito Terrestre*

a. *Tarifas*

Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio y para la Infraestructura, mediante la cual se ajustan las tarifas máximas a nivel

nacional, a ser cobradas en el servicio de transporte terrestre público de pasajeros en rutas suburbanas. *G.O.* N° 38.962 de 30-6-2008. (Véase *G.O.* N° 5.887 Extraordinario de esta misma fecha).

Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio y para la Infraestructura, mediante la cual se ajustan las tarifas máximas a nivel nacional, a ser cobradas en el servicio de transporte terrestre público de pasajeros en rutas interurbanas. *G.O.* N° 38.962 de 30-6-2008. (Véase *G.O.* N° 5.887 Extraordinario de esta misma fecha).

b. *Placas de vehículos*

Resolución N° 050 del Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura, por la cual se determina el formato, características, clasificación y vigencia de las placas identificadoras, según el uso al cual se destina el vehículo. *G.O.* N° 38.944 de 3-6-2008.

B. *Transporte y Tráfico Marítimo.*

Providencia N° 041 del Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos e Insulares, por la cual se establece que las tarifas por servicio de pilotaje, remolque y lanchaje, serán aplicadas en el Puerto de La Ceiba. *G.O.* N° 38.927 de 9-5-2008.

C. *Transporte y Tráfico Aéreo: Prioridad de la materia aeronáutica*

Decreto N° 5.908 de la Presidencia de la República, mediante el cual se considera prioritaria, la materia aeronáutica a los efectos del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación. *G.O.* N° 38.929 de 13-5-2008.

Comentarios Legislativos

COMENTARIOS A LA LEY DE CONTRIBUCIÓN ESPECIAL SOBRE PRECIOS EXTRAORDINARIOS DEL MERCADO INTERNACIONAL DE HIDROCARBUROS

Juan Cristóbal Carmona Borjas ^{*1}

Resumen: *El artículo determina cuál es la verdadera naturaleza jurídica, los efectos y las intenciones detrás de la Ley de Contribución Especial sobre Precios Extraordinarios del Mercado Internacional de los Hidrocarburos.*

La Asamblea Nacional sancionó el 15 de abril de 2008 la Ley de Contribuciones Especiales sobre Precios Extraordinarios del Mercado Internacional de Hidrocarburos, promovida por el Presidente de la República como Impuesto a las Ganancias Súbitas, dirigida a generar ingresos públicos adicionales, con miras a cubrir gastos de diversa índole, entre ellos, la anunciada Misión 13 de Abril, la compra de SIDOR y de las empresas cementeras privadas existentes en el país.

La Exposición de Motivos del referido instrumento justifica la creación de este nuevo gravamen por el aumento sostenido del precio del barril de petróleo, lo que se ha traducido en niveles superiores a los razonables en la rentabilidad de las empresas dedicadas al negocio de los hidrocarburos, ganancias estas que no provienen en opinión del legislador a su aporte laboral, tecnológico o intelectual.

El mayor valor que han registrado los precios del petróleo se traducen sin lugar a dudas en mayores ingresos brutos gravables con el impuesto sobre la renta, lo que sin embargo consideró insuficiente la Asamblea Nacional al medir la contribución al financiamiento de los gastos públicos a que está obligado ese sector económico.

I. ELEMENTOS TÉCNICOS DEL TRIBUTO

Se considera como **contribuyente** a quien exporte o transporte al exterior hidrocarburos líquidos, tanto naturales como mejorados y productos derivados.

De acuerdo con el artículo 1° de la Ley, el **hecho imponible o generador del tributo** se configura cuando el precio mensual promedio del crudo Brent excede los US\$ 70 por barril y los precios de los hidrocarburos naturales o derivados nacionales superen aquél umbral. El

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello; LL.M in Common Law de Georgetown University; Especialista en Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello; Profesor de Postgrado de la Universidad Central de Venezuela; Profesor de Postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello; Profesor Invitado del IESA; Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Financiero (1994-1999); Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (2003-2007); Miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Público; Arbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas; Socio de KPMG Escritorio Jurídico.

¹ Los criterios emitidos por el autor son estrictamente personales y en ningún momento pueden reputarse como posición de la firma KPMG Escritorio Jurídico de la que es Socio.

precio promedio del crudo Brent será calculado bajo una metodología a ser definida por el Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo y el tributo ha de ser pagado dentro de los cinco (05) días hábiles del mes siguiente al que se trate.

La base imponible o de cálculo del tributo será la que resulte de restarle al precio promedio mensual de los hidrocarburos líquidos, tanto naturales como mejorados y productos derivados exportados o transportados al exterior, el precio promedio que registre el barril del crudo Brent en el mismo mes. El excedente que resulte de aquél respecto de éste, será multiplicado por los volúmenes que en ese mismo período se hayan exportado o transportado hacia el exterior.

A efectos de la determinación de la base imponible se restarán del volumen de bienes exportados, los volúmenes de hidrocarburos líquidos, naturales o mejorados, y productos derivados que se hubieren importado para su mezcla o transformación en el país con miras a generar a aquéllos.

Ej: Base Imponible

a) Precio Promedio del Mes de Junio de los hidrocarburos exportados desde Venezuela: US\$. 90

b) Precio Promedio del Mes Junio del crudo Brent: US\$ 70.

c) Volumen exportado en el Mes Junio: 1.000.000 Barriles

$$\text{US\$ } 90 - \text{US\$ } 70 = \text{US\$ } 20$$

$$\text{US\$ } 20 \times 1.000.000 = 20.000.000.$$

En cuanto a las alícuotas o tarifas aplicables, éstas varían según el precio promedio que tenga el crudo Brent cada mes. Si ese precio oscila entre US\$ 70 y US\$ 99.99, será del 50%, en tanto que si supera el umbral de US\$ 100, será de 60%.

En el ejemplo anterior, teniendo una base imponible de 20.000.000 y un precio promedio del Brent de US\$ 70, el impuesto sería $20.000.000 \times 50\% = \text{US\$ } 10.000.000$; en tanto que si el precio promedio del Brent es de US\$ 100, el impuesto a pagar sería de 12.000.000.

Establece la Ley adicionalmente que, serán deducibles del impuesto en ella previsto, los aportes efectuados por los contribuyentes al Fondo de Desarrollo Nacional (FONDEN). Adicionalmente se dispone en la Ley que, lo pagado por concepto del tributo por ella creado será reconocido como un costo a efectos del Impuesto sobre la Renta y que lo recaudado se destinará a proyectos de desarrollo de infraestructura, de producción social y al fortalecimiento del poder comunal.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. *Contribuyentes*

Tal como señaláramos, el artículo 1° de la Ley califica como obligados al pago del tributo a quienes exporten o transporten hacia el exterior hidrocarburos líquidos, tanto naturales como mejorados, así como productos derivados.

Al respecto cabe hacer los siguientes comentarios:

- Exportadores:

De acuerdo con el artículo 57 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos “Las actividades de comercialización de hidrocarburos naturales, así como la de los productos derivados que mediante Decreto señale el Ejecutivo Nacional, **sólo** podrán ser ejercidas por las empresas a que se refiere el **artículo 27 de la presente Ley**. A tales efectos, las **empresas mixtas que desarrollen actividades primarias sólo podrán vender los hidrocarburos naturales que produzcan a las empresas a que se refiere el artículo 27 de la presente Ley.**” (Destacado nuestro)

Por su parte, el artículo 27 de ese mismo instrumento legal dispone que: “El Ejecutivo Nacional podrá, mediante Decreto en Concejo de Ministros, crear empresas de la **exclusiva propiedad del Estado** para realizar las actividades establecidas en esta Ley y adoptar para ellas las formas jurídicas que considere conveniente, incluidas la de sociedad anónima con un solo socio.” (Destacado nuestro)

Empresas como a las que se refiere el artículo 27 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos son Petróleos de Venezuela, S.A. o sus operadoras, propiedad exclusiva, como PDVSA Petróleo, S.A. (en lo adelante e indistintamente, PDVSA).

De manera pues, que conforme a la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la actividad de comercialización externa, es decir, la exportación de hidrocarburos forma parte de la reserva nacional, y como tal, sólo puede ser llevada a cabo por el Estado, en nuestro caso a través de las empresas a que alude el precitado artículo 27 (PDVSA).

Las Empresas Mixtas que se han creado con ocasión al esquema de migración, no pueden exportar lo que producen (crudo y/o derivados), sino que deben obligatoriamente venderse a PDVSA, salvo en el caso de los derivados que, mediante decreto pudieran ser excluidos de esa restricción.

Existen sin embargo tres casos de excepción, de las aproximadamente 30 Empresas Mixtas que se han constituido a la fecha, en los que pareciera permitírseles comercializar hidrocarburos naturales, estas son, PetroPiar, S.A., PetroCedeño, S.A. y PetroMonagas, S.A.; en las que se recogieron los principales convenios de asociación suscritos bajo el esquema de la apertura petrolera y en la que se mantuvo aquella posibilidad a pesar de lo dispuesto por el artículo 57 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, medida esta que por tanto queda en entredicho.

Visto lo anterior, siendo el contribuyente quien exporta, el tributo en comentarios fundamentalmente recaerá sobre PDVSA y sobre PetroPiar, S.A., PetroCedeño, S.A. y PetroMonagas, S.A, mas no respecto del resto de las Empresas Mixtas constituidas.

Es por tanto la estatal petrolera, específicamente PDVSA Petróleo, S.A. y la Corporación Venezolana de Petróleos, S.A. (CVP) quienes en el primer caso en un 100%, en tanto que en el otro, como mínimo en un 60%, asumirán el peso del pago del tributo creado. Decimos lo anterior por cuanto en el caso de las Empresas Mixtas, PDVSA a través de la CVP cuenta como mínimo con el 60% de capital social, impactando el tributo en los resultados de esas entidades a nivel de sus accionistas privados, como máximo un 40%.

En tal virtud, queda el resto de las empresas privadas socias de las demás Empresas Mixtas al margen de este tributo, salvo que con base en los contratos de venta de crudo suscritos entre las Empresas Mixtas y PDVSA Petróleo, S.A., exista alguna manera de trasladar el tributo, vía la fijación convencional del precio de venta, caso en el cual, de igual manera la CVP se vería impactada como mínimo en un 60%.

Quienes transporten hacia el exterior:

El transporte de hidrocarburos constituye otra actividad reservada al Estado por la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

No queda del todo claro que queda comprendido en esa categoría de sujetos, aun cuando pudiera pensarse alude a las mismas empresas antes mencionadas que sin que medie una operación de venta de crudo o derivados desde Venezuela a un extranjero (exportación), llevan los bienes que le pertenecen a otros destinos con fines de refinación o mejoramiento.

Sería absurdo pensar que por el sólo hecho del transporte se genere el tributo, por cuanto esta actividad en si misma, no se ve incidida en su rentabilidad por el precio del crudo o derivados. Es por ello que imaginamos que sólo el caso anterior justificaría el gravamen. Es esto, sin embargo, un tema adicional a ser evaluado con miras a evitar la indebida instrumentación del tributo.

2. Base Imponible

Si bien el crudo Brent es uno de los marcadores del precio del petróleo mundialmente reconocidos, cabe preguntarse hasta que punto el sólo incremento que aquél experimente repercute en los precios de la cesta petrolera nacional, en medida tal que pueda automáticamente y en determinada proporción, considerarse que el productor local ve incrementadas sus ganancias, debiendo por ello pagar un tributo.

Ciertamente, luce muy probable que la tendencia que registre el precio del crudo Brent sea la misma de la del resto de los marcadores y por ende de los hidrocarburos a nivel mundial, sin embargo, cabe válidamente formularse la interrogante anterior.

Por otra parte, y concientes de que al subir el precio de la materia prima, también sube la de sus derivados, nos preguntamos si tal incidencia es homogénea, como para sostener que por que suba el crudo Brent, también lo hacen los derivados de otros crudos.

Si bien lo que se grava es la diferencia entre el precio del Brent y el precio del hidrocarburo local, nos volvemos a plantear la interrogante de si se trata de variables homogéneas que puedan restarse, sin producir distorsiones o injusticias.

Adicionalmente vale observar en cuanto a la fórmula para el cálculo del tributo, que la metodología para la determinación del precio promedio del crudo Brent, que es parte fundamental en la determinación de la base imponible del impuesto, queda en manos del Ministerio del Poder Popular de Energía y Petróleo, lo que pudiera ser violatorio del Principio de Legalidad Tributaria previsto en el artículo 317 de la Constitución de la República.

3. Deduciones

C.1. FONDEM

El artículo 5 de la Ley establece que serán deducibles de la “contribución especial” los aportes efectuados al FONDEM. La utilización del término deducción del impuesto en esta norma genera dudas, derivadas de una posible falta de técnica legislativa. Cuando se emplea el término deducción, este se refiere a un concepto que se descuenta de la base de cálculo del tributo, esto sin embargo, no pareciera ser el propósito de la norma en comentarios, sino que más bien lo aportado al FONDEM sea acreditado contra el tributo determinado. Esto último pareciera más lógico, dada la cierta similitud filosófica que en principio registran ambas figuras, el tributo y los aportes al FONDEM.

Valdría la pena pues, precisar esto de mejor manera, para evitar inseguridades jurídicas.

C.2. Impuesto sobre la Renta

Durante la Segunda Discusión del Proyecto en la Asamblea Nacional se suscitó una polémica que se tradujo en el diferimiento de la discusión del proyecto, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 6 del texto debatido. De acuerdo con esta norma, lo pagado por el tributo a las ganancias súbitas sería deducible a efectos de la determinación del impuesto sobre la renta, lo que en opinión de algunos diputados debía ser rechazado para evitar que los niveles de recaudación de este impuesto se vieran mermados.

Finalmente fue reconocido lo pagado por el tributo a las ganancias súbitas como un costo a efectos de la determinación del impuesto sobre la renta.

En esta norma se registra una imprecisión terminológica en tanto los tributos pagados no son considerados por la Ley de Impuesto sobre la Renta (LISR) como costos sino como erogaciones deducibles. Una deducción precisamente debe ser una erogación normal y necesaria para producir la renta pero que no califique como un costo.

Es así como el numeral 3 del artículo 27 de la LISR, dispone lo siguiente:

Artículo 27.- “Para obtener el enriquecimiento neto global se harán de la renta bruta las deducciones que se expresan a continuación, las cuales, salvo disposición en contrario, deberán corresponder a egresos causados no imputables al costo, normales y necesarios, hechos en el país con el objeto de producir el enriquecimiento: (...)”

3. Los tributos pagados por razón de actividades económicas o de bienes productores de renta, con excepción de los tributos autorizados por esta Ley. En los casos de los impuestos al consumo y cuando conforme a las Leyes respectivas el contribuyente no lo pueda trasladar como impuesto ni tampoco le sea reembolsable, será imputable por el contribuyente como elemento del costo del bien o del servicio”. (Subrayado nuestro)

La postura que asumieron aquellos Diputados que promovieron la idea de prohibir la deducibilidad del tributo a las ganancias súbitas del Impuesto sobre la Renta, para no afectar su recaudación, parecieran desconocer lo dispuesto en la norma antes transcrita y las consecuencias que tal proceder pudiera suponer y que ya han generado en otros casos.

Abordamos este tema no obstante lo decidido en esta oportunidad por la Asamblea Nacional, por cuanto como antes asomábamos, se está convirtiendo en una tendencia legislativa en Venezuela, en estos últimos años, el incluir en leyes creadoras de tributos (Impuesto a las Transacciones Financieras, Impuesto de Juegos de Envite y Azar y Anteproyecto de Ley de Impuesto Selectivo al Consumo), la prohibición de deducir lo por ellos pagado, lo que no sólo supone una colisión contra la precitada norma de la LISR, sino también, la posible violación de la garantía constitucional de que el sistema tributario debe atender a la capacidad contributiva.

Al dictarse leyes contentivas de este tipo de normas, se distorsiona sin lugar a dudas la determinación de la base de cálculo del impuesto sobre la renta, atentando contra su mayor cualidad, la de ser un tributo personal, que al tomar en consideración los costos, gastos y condiciones en que se produce la renta, llega a una expresión bastante válida y depurada de la capacidad económica para tributar.

4. *Afectación de lo recaudado y naturaleza jurídica del tributo*

Resulta bastante curioso, por decir lo menos, el repentino cambio que experimentó el título de la Ley, en tanto hasta la primera parte de su Segunda Discusión se calificó al tributo

por ella a ser creado de “Impuesto”, en tanto que terminó en su versión sancionada llamándose “Contribución Especial.

Aquella situación, pudiera pensarse tuvo intención de dar cumplimiento al Principio de la Unidad del Tesoro previsto en el artículo 34 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP), aun cuando las intervenciones de algunos Parlamentarios, parecieron demostrar que más que cumplir con aquella disposición, existía el propósito de evitar que esos fondos se distrajeran hacia los Estados y Municipios, a quienes de otra manera les hubiera correspondido una participación en lo por tal concepto recaudado, bajo el concepto de Situado Constitucional.

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley creadora del tributo a las ganancias súbitas, los ingresos que se obtengan por tal concepto serán destinados a la ejecución de proyectos de desarrollo de infraestructura, de producción social y al fortalecimiento del poder comunal y serán enterados a favor del FONDEN.

Entre aquellos fines, han destacado el Presidente de la República y el Ministro del Poder Popular de Energía y Petróleo, se encontrarían la Misión 13 de Abril, el pago de las acciones de SIDOR y el de las del grupo de empresas cementeras cuya estatización ha sido anunciada.

Ante tal situación, nos permitimos citar al artículo 34 de la LOAFSP, según el cual:

Artículo 34.- No se podrá destinar específicamente el producto de ningún ramo de ingreso con el fin de atender el pago de determinados gastos, ni predeterminarse asignaciones presupuestarias para atender gastos de entes o funciones estatales específicas, salvo las afectaciones constitucionales. No obstante y sin que ello constituya la posibilidad de realizar gastos extrapresupuestarios, podrán ser afectados para fines específicos los siguientes ingresos:

1. Los provenientes de donaciones, herencias o legados a favor de la República o sus entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales, con destino específico.
2. Los recursos provenientes de operaciones de crédito público.
3. Los que resulten de la gestión de los servicios autónomos sin personalidad jurídica.
4. El producto de las contribuciones especiales.

Cuando el artículo 7 de la nueva ley afecta lo recaudado por el tributo a proyectos de desarrollo de infraestructura, de producción social y fortalecimiento del poder comunal, por más genéricos que estos conceptos pueda ser, está vulnerando la consecuencia de la no afectación propia del Principio de la Unidad del Tesoro, atentando con ello la flexibilidad que requiere el Estado para planificar y por ende elaborar y ejecutar el Presupuesto de la República.

Aquél Principio es de tal relevancia que el artículo 177 de la LOAFSP dispuso con miras a poner orden en la materia que, “Las disposiciones legales que establecen afectaciones de ingresos o asignaciones presupuestarias predeterminadas, no autorizadas en la Constitución o en esta Ley, continuarán en vigencia hasta el 31 de diciembre de 2003.”

Obsérvese como el precitado artículo 34 contempla una serie de excepciones respecto del comentado principio de la no afectación, entre ellos, el previsto en su numeral 4, relativo a “El producto de las contribuciones especiales”.

Aquella excepción pareciera haber representado la válvula de escape al Principio de la Unidad del Tesoro a la que recurrió la Asamblea Nacional, mas sin embargo no la libera de la inconstitucionalidad de su actuación.

En relación a este tema en primera instancia debemos proceder a rechazar categóricamente el calificativo de contribución especial conferido al tributo en cuestión, en tanto su naturaleza jurídica es la de un impuesto.

Al respecto vale citar a Humberto ROMERO-MUCI, para quien “El duelo entre forma y materia, entre medios y fines, también se da cita a propósito del abuso del *nomen iuris* a la hora de calificar un instituto como tributario o no, siguiendo un principio según el cual los institutos jurídicos son lo que materialmente representan y no lo que formalmente se les denomine, lo que se extiende a las caracterizaciones que el derecho atribuye a un determinado comportamiento del contribuyente donde la sanción descansa en gran medida en la forma o denominación que el legislador disponga al efecto.

La actualidad es máximamente reveladora a este respecto cuando, recientemente, a partir de la exacerbación de los fines de solidaridad social y particularmente de los fines extrafiscales de la tributación, se nota la aparición de nuevas prestaciones económicas de carácter legal, que inciden sobre el patrimonio de los particulares, que a través del abuso de las esencias fundacionales del concepto del tributo, muestran una huida de la institucionalidad tributaria y del conjunto de garantías, esencialmente constitucionales, dirigidas a la integración racional del sistema tributario. Se han creado tributos que no se llaman como tales (sino “aportes” e “inversiones”), pero que son prestaciones patrimoniales de carácter coactivo, que pretenden estar al margen de la sistemática tributaria...” (ROMERO-MUCI, Humberto. *Deconstruccionismo y la huida del Derecho Tributario: El Caso de las Contribuciones previstas en las Leyes Orgánicas de Ciencia, Tecnología e Innovación y contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas*, VIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, AVDT, Caracas, Editorial Torino, 2006, p. 30).

Las contribuciones especiales lo mismo que el impuesto, derivan del poder de imperio del Estado, pero a diferencia de éstos, hallan su justificación en los beneficios o ventajas obtenidos por personas o grupos sociales como consecuencia de la realización de obras públicas o de actividades estatales. El impuesto por su parte, tiene como nota característica el no tener contrapartida directa a favor del contribuyente.

De acuerdo con el artículo 17 del Modelo de Código Orgánico Tributario OEA/BID la contribución especial es “el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales, y cuyo producto no debe tener un destino ajeno a la financiación de las obras o a las actividades que constituyen el presupuesto de la obligación.

(...)”

El nombre que se le da al tributo resulta irrelevante a efectos de determinar su naturaleza jurídica, habiéndolo así reconocido reiteradamente nuestro Máximo Tribunal. Lo realmente importante a esos efectos, son sus características y esencia. El pago del tributo creado por parte de los exportadores y transportistas hacia el exterior de hidrocarburos líquidos y sus derivados, no es producto de la ejecución de una obra pública o de la ejecución de una actividad por parte del Estado que los beneficie como grupo, por lo que no cabe catalogarlo de una contribución especial, sino de un impuesto. Su producto tampoco va dirigido a financiar una obra pública ejecutada o a recuperar lo destinado por el Estado en la realización de una actividad, con lo que sigue alejándose de la categoría de la contribución especial.

En vista de lo anterior, se produce una clara violación al Principio de la Unidad del Tesoro y a su consecuencia de la no afectación, consagrada en el artículo 34 de la LOAFSP, según el cual, no puede destinarse específicamente el producto de ningún ramo de ingreso con el fin de atender el pago de determinados gastos, ni predeterminarse asignaciones presupuestarias para atender gastos de entes o funciones estatales específicas, salvo las afectaciones constitucionales y las permitidas por el citado artículo 34, una de las cuales la constituye precisamente lo recaudado por contribuciones especiales, más no por los impuestos.

Igualmente grave es el efecto que aquella ilegal medida supone para los Estados y Municipios, en tanto, al ingresar lo recaudado por el tributo al FODEN, que es una compañía anónima con personalidad jurídica y patrimonio distinto al de la República, tales recursos no podrían considerarse como base de cálculo de las transferencias que corresponden constitucionalmente a los Estados y Municipios, dándose con ello un golpe más a la ya maltrecha descentralización.

El impacto para los Estados y Municipios incluso va más allá, en tanto la recaudación del impuesto sobre la renta será menor al registrarse el efecto de la deducción que los contribuyentes de la “contribución especial” hagan y con ello la base de cálculo del Situado.

A lo anterior debe agregarse que, al crearse el tributo en cuestión a través de una ley especial, en lugar de mediante una reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, como era lo correcto a objeto de concentrar en un solo instrumento todo lo relativo a la tributación de ese sector, también se afecta a los entes menores en lo que respecta a las asignaciones económicas especiales.

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley que regula aquellas transferencias intergubernamentales, “Se denomina Asignación Económica Especial Derivada de las Minas e Hidrocarburos, la constituida con el equivalente de un porcentaje mínimo de veinticinco por ciento (25%) del monto de los ingresos fiscales recaudados, durante el respectivo ejercicio presupuestario, por conceptos de tributos y regalías contemplado en la Ley de Hidrocarburos y la Ley de Minas, una vez deducidos de dichos ingresos el porcentaje correspondiente al Situado Constitucional.” (Subrayado nuestro).

De manera pues que, al no formar parte las “Contribuciones Especiales sobre Precios Extraordinarios del Mercado Internacional de Hidrocarburos”, de los tributos contemplados en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, no son computables a efectos del cálculo de las asignaciones económicas especiales, viéndose con ello perjudicados los estados, municipios, distritos metropolitanos e incluso, los consejos comunales.

Por lo antes expuesto, la Ley aquí comentada luce claramente viciada de nulidad por ilegalidad e inconstitucionalidad, debiendo ello constituir un motivo más para la reflexión por parte de la actual Asamblea Nacional.

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

*Resoluciones de la Superintendencia
para la promoción y protección
de la libre competencia:
Segundo Trimestre Año 2008**

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

SUMARIO

I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Prácticas exclusionarias.* A. Principios generales de las prácticas exclusionarias. B. Condiciones de ilicitud de las prácticas exclusionarias.
2. *Abuso de la posición de dominio.* A. Principios generales del abuso de la posición de dominio.
3. *Manipulación de factores de producción.* A. Principios generales de la manipulación de factores de producción. B. Condiciones de ilicitud de la manipulación de factores de producción.
4. *Competencia desleal.* A. Principios generales de la competencia desleal. B. La publicidad engañosa.

* 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. Se advierte que en primer trimestre de 2008 no se publicaron Resoluciones en la aludida página. Mi agradecimiento a Carol Parilli por la ayuda prestada en la elaboración de esta Recopilación.

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 de la libre competencia*

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. AGB Panamericana de Venezuela Medición S.A.

Resolución N° SPPLC/0010-2008 25-06-08

Sobre monopolio natural y su regulación

Previo al análisis del presunto abuso por parte de la empresa denunciada en autos, de su posición de dominio; es oportuno realizar el siguiente planteamiento teórico, con la finalidad de determinar si la actividad que se desarrolla bajo un régimen de monopolio natural, como en el presente caso, se encuentra o no sujeta a regulación, y en caso afirmativo, si el comportamiento del monopolista se ha ajustado estrictamente a las normas establecidas o ha actuado al margen de las mismas.

Ahora bien, los límites internos a los derechos subjetivos deben ser interpretados de forma restrictiva como corresponde a toda limitación de derechos. Sin embargo, esto no parece tan claro en el caso del abuso de posición de dominio, que, al permitir a su titular sustraerse a una competencia efectiva y actuar sin tener en cuenta a sus competidores, sitúa a la empresa dominante en una situación privilegiada que, no sólo le sustrae de la Ley general de la competencia, sino que incluso le permite dictar la ley del mercado. Ello le otorga una libertad económica que, edificada sobre la restricción de la de los otros agentes, reviste un carácter excepcional y privilegiado. Esto ocurre especialmente con los monopolios naturales edificados sobre barreras difícilmente salvables, pues en el caso de las posiciones de dominio disfrutadas sólo gracias a la mayor eficiencia, siempre pueda hablarse de una cierta presión de la competencia potencial.

En este orden de ideas, el necesario control de este incontrolado poder excepcional y privilegiado, aconseja admitir una interpretación más flexible de los límites internos a esa libertad, que permita la adecuada protección del interés general, la efectiva realización de la función legitimadora de la posición de dominio, y la justa protección de los intereses particulares de los otros agentes del mercado con sus libertades restringidas.

2. *El mercado relevante*

A. *Concepto de mercado relevante*¹

Caso: Yanbal de Venezuela C.A. vs. Grupo Transbel C.A.

Resolución N° SPPLC/008-2008 21-05-08

Concepto de mercado relevante

En el análisis de competencia, los mercados relevantes son definidos en referencia a las fuentes de competencia actual o potencial que puedan contener el ejercicio del poder de mercado por parte de un monopolista hipotético.

¹ No ha habido, en este punto, variación sustancial en relación con la doctrina de la SPPLC dictada en el 2008, 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.

Conceptualmente, el mercado relevante se refiere (...) al grupo de productos más reducido y al área geográfica más pequeña en la cual los oferentes, si actúan como una sola firma (un monopolista hipotético) pueden influir de manera rentable, en el precio, la calidad, la variedad, el servicio, la publicidad, la innovación u otras condiciones de competencia, dentro de un área geográfica limitada.

II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Prácticas exclusionarias*²

A. *Principios generales de las prácticas exclusionarias*

Caso: Yanbal de Venezuela C.A. vs. Grupo Transbel C.A.

Resolución N° SPPLC/008-2008 21-05-08

Definición de prácticas exclusionarias

El supuesto de hecho contemplado por la norma citada lo constituye la realización de aquellas conductas o actuaciones que efectúan uno o varios agentes económicos con la finalidad de impedir total o parcialmente la permanencia o el acceso de agentes económicos al mercado. Este tipo de actuación implica un debilitamiento del grado de competencia prevaleciente en el mercado en cuestión, que no tendría lugar como resultado natural de la dinámica del mismo, por lo que se considera que se reduce de forma innecesaria el grado de competencia.

B. *Condiciones de ilicitud de las prácticas exclusionarias*

Caso: Yanbal de Venezuela C.A. vs. Grupo Transbel C.A.

Resolución N° SPPLC/008-2008 21-05-08

Condiciones de ilicitud de las prácticas exclusionarias

En tal sentido, se plantean las características requeridas para que una actividad empresarial se enmarque dentro de la transgresión del artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia y específicamente en el caso en estudio, es decir, se identificara si se cumplen los tres supuestos necesarios para la realización de una práctica anticompetitiva a la luz del mencionado artículo, estos son:

1- La capacidad de la empresa de afectar actual o potencialmente el mercado.

2- Que adicionalmente se realicen conductas que dificulten la permanencia y el desarrollo de las actividades económicas de un agente o impidan la entrada de nuevos competidores, en todo o parte del mercado.

3- Que la exclusión de agentes económicos en cuanto al desarrollo de las actividades económicas obedezcan a la aplicación de políticas comerciales que no sean justificables por razones de eficiencia económica.

De no cumplirse alguna de estas tres condiciones, no pudiese confirmarse el carácter ilegítimo de la restricción, que es lo que sanciona la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, que es lo que sanciona la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Ello se debe fundamentalmente a que, bajo ciertas circunstancias, la práctica o conducta investigada pudiese en muchos casos aportar eficiencias a los

² En este trimestre, *vid.* Resolución N° SPPLC/0010-2008 de 25 de junio de 2008, caso *Corporación Televen, C.A. vs. AGB Panamericana de Venezuela Medición S.A.* *Vid.* DA/RDP N° 112, p. 425.

agentes que participan en el mercado (personas jurídicas y/o consumidores), o bien, que la exclusión de algún participante en el mercado sea el resultado de acciones comerciales lícitas.

2. *El abuso de la posición de dominio*³

A. *Principios generales de la posición de dominio*

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. AGB Panamericana de Venezuela Medición S.A.

Resolución N° SPPLC/0010-2008 25-06-08

Concepto del abuso de la posición de dominio

En cuanto a la posición de dominio, ésta consiste en la facultad que tienen uno o varios agentes económicos vinculados entre sí, de ejercer una influencia considerable en el mercado de manera independiente, sin tener en cuenta y sin que se lo impidan sus competidores, compradores o distribuidores, proveedores, usuarios o consumidores, ya sea por la falta de otros competidores o porque existen factores que hacen que la competencia se vea, de alguna manera, obstruida.

3. *Manipulación de factores de producción*⁴

A. *Principios generales de la manipulación de factores de producción*

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. AGB Panamericana de Venezuela Medición S.A.

Resolución N° SPPLC/0010-2008 25-06-08

Sobre la manipulación de factores de producción

El dispositivo anterior contempla los casos de prácticas unilaterales (las prácticas unilaterales son aquellas que se asocian con el ejercicio del poder monopólico o del liderazgo en el mercado por parte de una única empresa) cuyos efectos se verifican, actual o potencialmente, en los mercados.

Asimismo, el dispositivo transitorio individualiza la naturaleza de las variables que deben ser afectadas bajo esta norma: factores de producción, distribución, desarrollo tecnológico o inversiones.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. AGB Panamericana de Venezuela Medición S.A.

Resolución N° SPPLC/0010-2008 25-06-08

Conceptos de factor y manipulación

(...) es importante definir qué se entiende por factor, a la luz del artículo 8° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, en tal sentido se define como “cada uno de los elementos que intervienen en un proceso”. (Fuente: www.geocities.com/elcomercial/diccionario).

(...) es pertinente conocer el significado de la expresión “Manipular”, la cual es definida por el *Diccionario De La Lengua Española*, en su Vigésima segunda edición, de la siguiente manera: “Intervenir con medios hábiles y, a veces, arteros, en la política, en el mercado, en

3 DA/RDP N° 112, p. 425.

4 DA/RDP N° 112, p. 425.

la información, etc., con distorsión de la verdad o la justicia, y al servicio de intereses particulares”.

B. *Condiciones de ilicitud de la manipulación de factores de producción*

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. AGB Panamericana de Venezuela Medición S.A.

Resolución N° SPPLC/0010-2008 25-06-08

Condiciones de ilicitud de la manipulación de factores de producción

Adicionalmente, debe evaluar si las conductas tienden a manipular la variable de forma individual y por último si dicha conducta produce perjuicio a la libre competencia. Estas condiciones son concurrentes y se refieren a:

1. La capacidad de la empresa de afectar actual o potencialmente el mercado.

(...) Una vez evaluada la capacidad de la empresa presuntamente infractora para afectar actual o potencialmente el mercado, es menester analizar la condición objetiva de la práctica presuntamente anticompetitiva.

2. Que adicionalmente se realicen conductas tendientes a manipular los factores de distribución.

Además de establecer la capacidad de la presunta infractora de alterar el mercado, es preciso determinar de qué manera las actuaciones de la empresa que detente dicho poder unilateral, puede incidir actual o potencialmente en la afectación de los factores de distribución, esencial para la actividad de otros agentes económicos. (...)

3. El perjuicio de la libre competencia producto de la manipulación del factor de distribución.

Como puede observarse, para que pueda configurarse la práctica de manipulación, en el caso objeto de estudio, debe comprobarse que las conductas constituyan una desviación de estrategias comerciales lícitas, en detrimento de otras empresas participantes del mercado.

4. *Competencia desleal*

A. *Principios generales de la competencia desleal*⁵

Caso: Yanbal de Venezuela C.A. vs. Grupo Transbel C.A

Resolución N° SPPLC/008-2008 21-05-08

Sobre la competencia desleal y la configuración de actos desleales

En cuanto al artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, el mismo está destinado a proteger la capacidad de competir efectivamente en el mercado, para lo cual resulta indispensable que los derechos económicos de las empresas participantes actúen dentro de un marco legal que los proteja y les asegure una adecuada participación. En este orden de ideas, el artículo promueve la competencia en los mercados, generando beneficios sociales.

Todo acto de competencia realizado en los supuestos del artículo 17, afecta el orden público económico y la transparencia del orden concurrencial que debe regir el mercado, y por

⁵ En este mismo trimestre, *vid.* Resolución N° SPPLC/009-2008 de 2 de junio de 2008, caso *Laboratorios Novapharma S.A. vs. Zuoz Pharma S.A.* *Vid.* DA/RDP N° 112, p. 426.

ello el Estado debe impedir que el desenvolvimiento y la actuación de los distintos agentes económicos participantes sea falseado, pudiendo afectar los intereses de los competidores y de los consumidores. Es necesario determinar entonces, si la conducta desplegada por un agente es susceptible de eliminar a otros competidores del mercado en forma ilegítima, desleal, es decir, mediante medios y formas capaces de alterar la certeza social presente entre los distintos participantes del mercado.

Caso: Yanbal de Venezuela C.A. vs. Grupo Transbel C.A.

Resolución N° SPPLC/008-2008 21-05-08

La aptitud de desplazamiento de competidores del mercado como condición *sine qua non* para la configuración de la práctica restrictiva sobre la competencia desleal y la configuración de actos desleales

De la lectura del dispositivo transcrito, se desprende que para que una conducta desplegada por un agente económico sea subsumible dentro del encabezado o cualquiera de los ordinales del artículo 17, *eiusdem*, es requisito *sine qua non* que la misma tenga la aptitud de desplazar a un competidor del mercado, o eliminarlo del mismo. Sin este atributo, no se estará en presencia de conductas violatorias de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, por incursión de una determinada conducta dentro de la tipología sancionada por su artículo 17, ya que la aptitud central de desplazar potencialmente a un competidor se configura como un elemento de validez para la materialización o perfeccionamiento de esta práctica contraria a los postulados de la libre competencia.

Caso: Laboratorios Novapharma S.A. vs. Zuoz Pharma S.A.

Resolución N° SPPLC/0098-2008 02-06-08

El daño potencial al mercado

Todos estos factores deben considerarse, a la hora de determinar el daño potencial de una campaña publicitaria desleal, sobre las ventas de uno o más competidores. Esto es cierto, especialmente, cuando el daño que este tipo de prácticas puede ocasionar en las ventas de las empresas competidoras, no se comporta de una forma homogénea, pudiendo en muchos casos ser imperceptible. No obstante, debe destacarse que la ley venezolana de competencia, así como la española, quizás tomando en cuenta las circunstancias antes descritas, hablan de prácticas que “tiendan” a eliminar a la competencia, con lo cual no es necesario que exista un daño efectivo sobre los competidores y es lo que denomina esta superintendencia como daño potencial. (fuente: Miguel R. Carpio <http://www.procompetencia.gov.ve/analisiseconomico-ley.html>.)⁶.

B. *Publicidad engañosa*⁷

Caso: Yanbal de Venezuela C.A. vs. Grupo Transbel C.A.

Resolución N° SPPLC/008-2008 21-05-08

La publicidad y los actos de engaño

(...) lo esencial en la publicidad es la promoción de bienes, servicios o ideas, con el fin de persuadir a los destinatarios del mensaje, para que se inclinen en lo que busca el promotor o patrocinador de dichos mensajes, de manera responsable y respetando los derechos tanto de los agentes que ofrecen bienes y servicios, como de los consumidores en el mercado. Ahora

⁶ En anteriores Resoluciones, la SPPLC ha vinculado el daño al mercado con el desplazamiento efectivo de las ventas de la empresa supuestamente infractora. *Cfr.*: DA/RDP N° 112, p. 427

⁷ DA/RDP N° 110, pp. 99 y ss.

bien, el contenido de la publicidad debe ser veraz, comprobable y en general, debe ajustarse a los usos y principios éticos ordinarios en el comercio, de lo contrario, dicha publicidad tendrá el carácter de actividad desleal cuando desarrolle prácticas comerciales que tienden a la eliminación de competidores.

En este sentido, esto puede catalogarse como un acto de engaño, cuando el anunciante no incluye en su publicidad información relevante acerca del producto o servicio anunciado.

Caso: Laboratorios Novapharma S.A. vs. Zuoz Pharma S.A.

Resolución N° SPPLC/0098-2008 02-06-08

La publicidad engañosa o falsa y la confusión del consumidor

(...) el primer efecto de la publicidad engañosa o falsa, es la confusión del consumidor. Una vez que esto ha ocurrido, existe la posibilidad de que las ventas de los rivales del competidor desleal caigan, a medida que las de este se incrementan. En la práctica, la magnitud de tal efecto dependerá de la intensidad de la campaña publicitaria (duración y frecuencia); del medio utilizado en la campaña y de las características del consumidor que conforma el mercado del bien publicitado.

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Segundo Trimestre de 2008

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. Sistema democrático: Reelección de cargos públicos (reelección indefinida).* 2. *El Ordenamiento Jurídico.* A. Leyes de Base. Definición. 3. *Responsabilidad Patrimonial del Estado.*

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales.* A. Delitos contra los Derechos Humanos: Obligación del Estado de investigar, sancionar e indemnizar a las víctimas. B. Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. C. Garantía de igualdad y no discriminación. D. Las garantías del debido proceso. a. Principio *non bis in idem*. 2. *Derechos Individuales: Derecho a la protección del honor.* 3. *Derechos Culturales y Educativos: Derecho a la Educación.* 4. *Derechos Políticos.* A. El sistema de partidos políticos y de asociación política: Financiamiento de las asociaciones políticas.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Distribución vertical del Poder Público.* A. Estado federal descentralizado. B. Competencias concurrentes. Coordinación de competencias. 2. *Régimen del Poder Público Nacional.* A. Competencias del Poder Público Nacional. a. Seguridad y Defensa de la Nación: Régimen de las armas. 3. *El Poder Judicial.* A. Gobierno y administración del Poder Judicial: Órganos. B. Régimen de los Jueces. a. Jueces Provisorios. b. Jueces. Destitución: Abuso o exceso de autoridad. C. Jurisdicción y Competencia. D. Actuaciones Judiciales. a. Aclaratoria de sentencias: Sentencias con efectos *erga omnes*. b. Ejecución de sentencias y medidas. 4. *El Poder Ciudadano.* 5. *Las Competencias del Poder Público Estatal: Administración de carreteras nacionales y puertos y aeropuertos comerciales (competencia concurrente).* 6. *El Poder Público Municipal.* A. Autonomía Municipal. B. Las Contralorías Municipales: Cargo de Contralor Municipal.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *Régimen de los servicios públicos: Servicio público de electricidad.* 2. *Expropiación.* A. Ocupación temporal.

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Impuestos Nacionales: Impuesto sobre la Renta.*

VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo: Principio de la proporcionalidad administrativa.* 2. *Derecho de los Administrados: Derecho a la defensa.* 3. *Contratos Administrativos.*

VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Órganos.* A. Tribunal Supremo de Justicia: Sala Político Administrativa. B. Cortes de lo Contencioso Administrativo. 2. *El Contencioso Administrativo de Anulación.* A. Cartel de emplazamiento. B. Medidas cautelares. a. Decisión por juez incompetente. b. Suspensión de efectos: Improcedencia. C. Intervención de terceros. 3. *El Contencioso Administrativo de Anulación y Amparo.* 4. *El Contencioso Administrativo por Abstención o Carencia.* 5. *El Contencioso Administrativo de Interpretación.* A. Competencia. B. Admisibilidad. 6. *El Contencioso Administrativo Especial.* A. El Contencioso Administrativo Funcionarial. a. Admisibilidad: Inaplicabilidad del antejuicio administrativo. b. Lاپso de Caducidad.

VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de Inconstitucionalidad.* A. Admisibilidad: Inepta acumulación de acciones. B. Medidas cautelares. 2. *Recurso de Interpretación Constitucional.* A. Sentencia: Aclaratoria. 3. *Revisión de Sentencias en materia constitucional.* 4. *Acción de Amparo Constitucional.* A. Objeto: Amparo contra normas.

IX. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. *Régimen legal estatutario: Ordenanzas Municipales Reguladoras de la Función Pública. Ámbito de Aplicación.* 2. *Derechos: Estabilidad.* 3. *Funcionarios jubilados: Reingreso a la función pública.* 4. *Responsabilidad Administrativa: Sanciones accesorias.*

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Principios fundamentales del Estado. Sistema democrático: Reección de cargos públicos (reección indefinida)*

TSJ-SC (700)

29-4-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Interpretación de los artículos 6 y 230 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La Sala Constitucional reitera que al no ser la reelección sucesiva contraria a los valores democráticos que informan el ordenamiento jurídico constitucional -en los cuales el carácter participativo de la democracia en Venezuela refuerza y profundiza el ejercicio ético y responsable de la soberanía- aquellos cargos de elección popular en los cuales el Constituyente haya establecido límites para la reelección, éstos pueden perfectamente ser revisados, modificados o eliminados, a través de los mecanismos de reforma constitucional previstos en la Constitución de 1999.

Determinada su competencia, corresponde a esta Sala pronunciarse sobre la admisibilidad de la interpretación interpuesta y, al efecto, observa que en sentencia N° 278 del 19 de febrero de 2002 (caso: "*Beatriz Contasti Ravelo*"), esta Sala, en atención a los diversos fallos referidos al recurso de interpretación constitucional, precisó los requisitos de admisibilidad del mismo, a saber:

“(…) 1.- *Legitimación para recurrir. Debe subyacer tras la consulta una duda que afecte de forma actual o futura al accionante.*

2.- *Novedad del objeto de la acción. Este motivo de inadmisión no opera en razón de la precedencia de una decisión respecto al mismo asunto planteado, sino a la persistencia en el ánimo de la Sala del criterio a que estuvo sujeta la decisión previa.*

3.- *Inexistencia de otros medios judiciales o impugnatorios a través de los cuales deba ventilarse la controversia, o que los procedimientos a que ellos den lugar estén en trámite (Sentencia N° 2.507 de 30-11-01, Caso: ‘Ginebra Martínez de Falchi’).*

4.- *Que no sean acumuladas acciones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles (tal circunstancia fue sancionada en la sent. N° 2627/2001, Caso: ‘Morela Hernández’).*

5.- *Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible.*

6.- *Ausencia de conceptos ofensivos o irrespetuosos.*

7.- *Inteligibilidad del escrito.*

8.- *Representación del actor”.*

Con fundamento en lo expuesto, se observa que en el caso bajo estudio se pretende la interpretación de normas y principios constitucionales, con el objeto de precisar el alcance y contenido inequívoco, en relación con los supuestos concretos establecidos en los artículos 6 y 230 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Sobre esta solicitud, se advierte que esta Sala ya se ha pronunciado expresamente con anterioridad varias oportunidades sobre el alcance y contenido de tales disposiciones normativas, en sentencias N° 1.488/06, 2.413/06 y 1.974/07, en las cuales la Sala no sólo resolvió las dudas alegadas en torno a casos similares, sino se evidencia que persiste en ella el criterio de interpretación asentado previamente.

En tal sentido, la Sala reitera que la reelección no es tan sólo un derecho individual por parte del pasible de serlo, sino que además es un “(...) *derecho de los electores a cuyo arbitrio queda la decisión de confirmar la idoneidad o no del reelegible, y que al serle sustraída dicha posibilidad mediante una reforma realizada por un poder no constituyente, se realizó un acto de sustracción de la soberanía popular, quedando dicha posibilidad de forma exclusiva, y dentro de los límites que impone a todo poder los derechos humanos, inherentes a la persona humana, al poder constituyente, el cual basado en razones de reestructuración del Estado puede imponer condiciones o modificar el ejercicio de derechos en razón de la evolución de toda sociedad así como de la dinámica social. (...) No puede entonces, alterarse la voluntad del soberano, por medio de instrumentos parciales y que no tengan su origen en el propio poder constituyente, es a él al cual corresponde la última palabra, teniendo como se ha dicho como único límite, los derechos inherentes a la persona humana y derivados de su propia dignidad (...)*” -Caso Sentencia de la Sala N° 1.488 del 28 de julio de 2006-.

En consecuencia, esta Sala insiste 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 participación dentro del Estado Democrático, Social de Derecho y Justicia, que estableció el Constituyente en 1999 (...)*”.

De igual manera, “(...) *la reelección, amplía y da progresividad al derecho de elección que tienen los ciudadanos, y optimiza los mecanismos de control por parte de la sociedad respecto de sus gobernantes, haciéndolos examinadores y juzgadores directos de la adminis-*

tración que pretenda reelegirse, y por lo mismo, constituye un verdadero acto de soberanía y de ejercicio directo de la contraloría social. Negar lo anterior, es tanto como negar la existencia de sociedades cambiantes y en constante dinámica e interacción.

Es pretender concebir el Derecho Constitucional como un derecho pétreo e inmovible, ajeno a las necesidades sociales. Mas aún, en nuestras sociedades, donde estas necesidades sociales son tan ingentes, los cambios constitucionales son más necesarios en la medida en que se constate su existencia para mejorar las condiciones de los ciudadanos en peor situación socioeconómica, pues la norma constitucional sólo debe estar a su servicio (...)" -Caso Sentencia de la Sala N° 1.488 del 28 de julio de 2006-.

Por tales razones, no puede afirmarse que la reelección sea un principio incompatible con la democracia y, por el contrario, puede señalarse que la misma, dentro de un Estado de Derecho que garantice la justicia y los derechos de los ciudadanos, puede ser una herramienta útil que garantice la continuidad en el desarrollo de las iniciativas que benefician a la sociedad, o simplemente sirva para que dichos ciudadanos manifiesten directamente su censura por un gobierno que considere no ha realizado sus acciones en consonancia con las necesidades sociales, bajo los parámetros establecidos en la propia Constitución -Vid. Sentencias de la Sala N° 23 del 22 de enero de 2003 y 1.488 del 28 de julio de 2006-.

Igualmente, la Sala ha señalado respecto a los mecanismos para la modificación del régimen de reelección de cargos públicos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que "(...) ***al no ser la reelección sucesiva contraria a los valores democráticos que informan el ordenamiento jurídico constitucional -en los cuales el carácter participativo de la democracia en Venezuela refuerza y profundiza el ejercicio ético y responsable de la soberanía-, aquellos cargos de elección popular en los cuales el Constituyente haya establecido límites para la reelección, éstos pueden perfectamente ser revisados, modificados o eliminados, a través de los mecanismos de reforma constitucional previstos en la Constitución de 1999 (...)"*** -Caso Sentencias de esta Sala N° 2.413/06 y 1.974/07.

Por lo tanto, dado que la Sala ya resolvió la duda alegada en torno a casos similares, persistiendo en ella el criterio de interpretación asentado previamente, tal como ya se ha evidenciado de la jurisprudencia parcialmente transcrita, que desarrolla *in extenso* lo relativo al régimen de la "reelección" en el ordenamiento jurídico constitucional, es por lo que resulta inadmisibles el recurso de interpretación propuesto.

Igualmente, la interpretación es inadmisibles ya que no existe una duda razonable en cuanto al contenido, alcance y aplicabilidad de las normas constitucionales, respecto de un supuesto fáctico planteado por el accionante y vinculado directamente a él, siendo que no se desprende ambigüedad u oscuridad de las normas constitucionales o para-constitucionales aplicables al supuesto de hecho formulado, siendo que como se observa en el presente caso no existe tal ambigüedad u oscuridad, más aún cuando los criterios jurisprudenciales que según el accionante se derivan del contenido de sentencias de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia -Vgr. Sentencias N° 51/02, 73/06 y 40/06- han sido objeto de revisión directa o incidental por parte de esta Sala -Vgr. Sentencias N° 1.488/06, 2.413/06 y 1.974/07-, por lo que se verifica la causal de inadmisibilidad referida a la cosa juzgada, de conformidad con el sexto párrafo del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Por todo lo anterior, es que esta Sala Constitucional observa que en el presente caso se configuran los supuestos de inadmisibilidad del recurso propuesto, con lo cual el mismo resulta inadmisibles y, así se declara.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rondón Haaz

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz disiente de la mayoría sentenciadora respecto de la decisión que antecede y, en consecuencia, salva su voto por las siguientes razones:

1. El fallo del que se discrepa declaró inadmisibile la solicitud de interpretación que se planteó respecto de la interrogante “...*si una eventual enmienda o reforma constitucional que tenga por objeto modificar el artículo 230 de la Constitución para restablecer (sic) la reelección indefinida o continua es contraria o no al principio fundamental establecido en el artículo 6 de la Constitución referido a que el gobierno de Venezuela es y será siempre un ‘gobierno alternativo’, por una parte y por la otra, si mediante el procedimiento de enmienda o reforma constitucional se puede o no, alterar o modificar el mencionado principio constitucional...*”.

La sentencia consideró inadmisibile la solicitud bajo el argumento de que ya la Sala “*resolvió la duda alegada en torno a casos similares, persistiendo en ella el criterio de interpretación asentado previamente*” en fallos N° 2413/06 y N° 1974/07, cuyo criterio ratificó en esta oportunidad. Asimismo, consideró inadmisibile la solicitud porque “*no existe una duda razonable en cuanto al contenido, alcance y aplicabilidad de las normas constitucionales, respecto de un supuesto fáctico planteado por el accionante y vinculado directamente a él*”.

2. Estima el salvante que la solicitud de interpretación no era inadmisibile, pues esta Sala no se ha pronunciado acerca de la duda concreta que, en esta oportunidad, se planteó: si es posible, *a través de la enmienda o reforma constitucional*, la modificación del artículo 230 de la Constitución para el establecimiento de la posibilidad de reelección indefinida al cargo de Presidente de la República.

De manera que el *thema decidendum* en este caso concreto es diferente al que fue objeto de los veredictos precedentes (ss. N° 1488/06, 2431/06 y 1974/07), pues el pronunciamiento que se pretendía no era, ahora, acerca del alcance del artículo 230 constitucional sino, en concreto, si, *a través de la enmienda o de la reforma a la Constitución*, puede establecerse la posibilidad de reelección indefinida. No hay, hasta ahora, juzgamiento de fondo de la Sala respecto de la idoneidad de uno u otro mecanismo de modificación constitucional para la inclusión del cambio a que se refirió el solicitante. En consecuencia, no debió declararse la inadmisión de la pretensión de interpretación constitucional que encabeza estas actuaciones; al menos, no por las razones que expuso el veredicto que antecede.

3. Ahora bien, por cuanto este disidente rindió sendos votos salvados a los actos decisorios que en esta oportunidad se reiteran, deben forzosamente reiterarse, también, los considerandos de las opiniones disidentes que se rindieron respecto de los mismos (ss. N° 2413/06 y 1974/07).

En el voto concurrente al primero de los actos jurisdiccionales en referencia, este salvante expuso:

La sentencia de la cual se disiente declaró no ha lugar la solicitud de revisión que se planteó en relación con la sentencia no. 73 de la Sala Electoral de 30 de marzo de 2006, mediante la cual se declaró con lugar el recurso contencioso electoral que interpusieron los ciudadanos Saúl Castellanos y otros contra el procedimiento electoral que se realizó el 4 de noviembre de 2005, de la Junta Directiva de la Caja de Ahorro del Sector de Empleados Públicos CA-SEP.

Ahora bien, aun cuando la Sala acertadamente desestimó la solicitud de revisión, por cuanto la misma no cumplía los requisitos que esta Sala ha establecido para su procedencia y además porque esa sentencia de la Sala Electoral ya fue objeto de otra solicitud de revisión ante

esta Sala, la cual, mediante decisión N° 1671/06, declaró no ha lugar la solicitud, no obstante, en esta oportunidad se realizan amplias consideraciones acerca de la constitucionalidad y apego a la democracia de la figura de la reelección, las cuales son irrelevantes e innecesarias para la resolución del caso concreto.

Asimismo, y si bien se declara en la sentencia que lo que se pretende es reiterar las consideraciones que sobre la reelección se hicieron en la sentencia N° 1488/06 de esta Sala, las afirmaciones que al respecto se realizan en esta oportunidad ameritarían un análisis y un debate detenido y profundo por parte de la Sala, en el marco de una demanda en el que ese sea el *thema decidendum*, que no es éste el caso.

Queda así expresado el criterio de quien rinde este voto concurrente.

Por su parte, con ocasión de la sentencia N° 1974/07, quien suscribe este voto expresó su disidencia de la manera siguiente:

La sentencia de la cual se disiente declaró inadmisibile la demanda de amparo constitucional que interpuso el ciudadano José Ignacio Guédez Yépez contra la Asamblea Nacional ante la amenaza de violación del derecho difuso a la alternabilidad democrática; tal declaratoria de inadmisibilidad se fundamentó en el artículo 6, cardinal 2, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, bajo el argumento de que la supuesta amenaza de lesión no es realizable por el imputado –la Asamblea Nacional–.

Ahora bien, aun cuando se trata de un veredicto de inadmisión, la decisión que antecede entró en consideraciones de fondo, pues reiteró la sentencia N° 2413 de 18 de diciembre de 2006, en la cual se señaló 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 participación dentro del Estado Democrático, Social de Derecho y Justicia, que estableció el Constituyente en 1999. (...) al no ser la reelección sucesiva contraria a los valores democráticos que informan el ordenamiento jurídico constitucional -en los cuales el carácter participativo de la democracia en Venezuela refuerza y profundiza el ejercicio ético y responsable de la soberanía-, aquellos cargos de elección popular en los cuales el Constituyente haya establecido límites para la reelección, éstos pueden perfectamente ser revisados, modificados o eliminados, a través de los mecanismos de reforma constitucional previstos en la Constitución de 1999”*.

En criterio de quien difiere, aun cuando la Sala acertadamente declaró inadmisibile la demanda de amparo, por cuanto la amenaza de lesión que se alegó no es realizable por el imputado, mal debió realizar consideraciones acerca de la constitucionalidad y apego a la democracia de la figura de la reelección indefinida, pues se trata de motivaciones de fondo que resultan irrelevantes e innecesarias para declarar la inadmisión de la demanda de autos y que ameritarían un análisis y un debate detenido y profundo por parte de la Sala, los cuales se echan de menos en esta oportunidad.

De esta manera, quien suscribe este voto concurrente reitera las apreciaciones que fueron expuestas en su voto a la referida sentencia N° 2413, de 18 de diciembre de 2006.

Queda así expresado el criterio de quien rinde este voto concurrente.

De este modo, debe advertirse que la única decisión en la cual la Sala se ha pronunciado acerca del fondo de la materia que concierne a la constitucionalidad de la reelección indefinida y de la compatibilidad de esa práctica electoral respecto del principio de alternabilidad democrática y demás principios fundamentales de nuestro marco constitucional, fue la N° 1488/06. No obstante, en los dos precedentes posteriores, cuyos votos fueron anteriormente transcritos y reiterados, se agregaron consideraciones importantes sobre el tema, aun cuando ello no era *thema decidendum* y, por tanto, no fueron objeto de debate.

Así, las consideraciones que expuso la Sala en el pronunciamiento judicial N° 2413/06 en el sentido de 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 participación dentro del Estado Democrático, Social de Derecho y Justicia, que estableció el Constituyente en 1999. (...) al no ser la reelección sucesiva contraria a los valores democráticos que informan el ordenamiento jurídico constitucional -en los cuales el carácter participativo de la democracia en Venezuela refuerza y profundiza el ejercicio ético y responsable de la soberanía-, aquellos cargos de elección popular en los cuales el Constituyente haya establecido límites para la reelección, éstos pueden perfectamente ser revisados, modificados o eliminados, a través de los mecanismos de reforma constitucional previstos en la Constitución de 1999*”, no es un criterio producto de un debate procesal, y va más allá del que sí lo fue y que se plasmó en el fallo N° 1488/06.

Las consecuencias jurídicas y prácticas de que la Sala se pronunciara sobre tan delicada materia de manera incidental en los casos antes expuestos conduce, en esta oportunidad, a que en el marco de una solicitud de interpretación en el que sí sería objeto central de debate el alcance constitucional de la posible reelección indefinida a cargos públicos y su adecuación a los principios constitucionales y supraconstitucionales –como premisa necesaria para la determinación de si son procedentes o no la enmienda o reforma para su inclusión-, la pretensión de interpretación se declare inadmisibles porque –en criterio de la mayoría- ya la Sala habría sentado criterio al respecto.

En conclusión, este salvante considera que la Sala debió admitir la solicitud de interpretación para el análisis al fondo de la duda que en este caso se planteó, todo lo cual habría abonado a que se estableciera un criterio auténtico y definitivo en relación con el alcance constitucional de la enmienda y reforma constitucionales como eventuales medios de inclusión de la figura de la reelección presidencial indefinida, que tomara en cuenta no sólo los fallos que, como precedentes, se citaron en el veredicto que antecede (N° 1488/06, 2413/06 y 1974/07), sino también el que se plasmó en el acto de juzgamiento N° 11/08, evidentemente, de más reciente data que aquéllos, en el cual la Sala expuso su postura acerca de la fundamental importancia dentro de un sistema democrático -en el marco, incluso, de la elección de representantes gremiales y, con mayor razón, de funcionarios sujetos a la elección popular-, de la alternatividad en el ejercicio del poder y la participación política, entre otros aspectos de primer orden constitucional.

Queda así expresado el criterio del Magistrado que rinde este voto salvado.

Fecha *retro*.

2. *El Ordenamiento Jurídico*

A. *Leyes de Base. Definición*

CSCA

13-5-2008

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Perla Unzueta Hernando vs. Contraloría del Municipio Chacao del Estado Miranda.

La Ley del Estatuto de la Función Pública es una Ley de Base pues establece un marco general normativo en el contexto de competencias concurrentes que han de ser debidamente desarrolladas por las legislaciones estatales y locales, con lo cual podría sostenerse que, las normas de contenido básico consagradas en la ley nacional -tales

**como los principios, las disposiciones fundamentales y las generales-
son el marco normativo al cual deben sujetarse las legislaciones de
desarrollo.**

En tal sentido, pasa esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo a analizar la situación planteada por la parte apelante, tomando en consideración cual es la normativa aplicable al presente asunto, para lo que es menester realizar algunas consideraciones acerca de la vigencia de las ordenanzas municipales, visto lo dispuesto en nuestra Carta Magna y en la Ley del Estatuto de la Función Pública, que entró en vigencia a partir del 11 de julio de 2002, siendo reimpressa en fecha 6 de septiembre de 2002, publicada en *Gaceta Oficial* N° 37.522, pues ello ha sido un tema reiteradamente debatido a nivel doctrinario, entre quienes estiman que las leyes estatales y las ordenanzas municipales en materia de personal se encuentran derogadas y quienes consideran que ello no es así; los primeros, básicamente sustentan su opinión en que el artículo 144 constitucional no limita su ámbito de aplicación a la Administración Pública Nacional como sí lo hacía la Constitución de 1961, sumado a la circunstancia que el artículo 144 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se encuentra ubicado en la Sección Tercera (De la Función Pública) del Capítulo I (De las Disposiciones Fundamentales) del Título IV (Del Poder Público), de lo que se colige la intención, a decir de esta corriente, por parte del constituyente de establecer un único estatuto regulador de la materia, aplicable a los distintos niveles territoriales.

De otro lado, los que mantienen una posición contraria se fundamentan en que el mismo artículo 144 refiere a que “La ley establecerá el Estatuto de la función pública”, de lo que implícitamente se obtiene que dicha materia no fue reservada a una ley nacional, de allí que no podría entenderse que la regulación del régimen estatutario sea competencia única y exclusiva del Poder Nacional.

A este respecto, previamente es importante señalar que en casos como el examinado es indispensable efectuar una interpretación integral y sistemática de la ley a ser utilizada, considerando en su conjunto y no aisladamente cada norma, ello siguiendo las ideas, por demás valiosas, del jurista Celso, quien expresaba, en lo tocante al derecho civil (no obstante perfectamente aplicable en este asunto) que “*Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita indicare vel respondere*” -Sería contraria al Derecho Civil una interpretación que se propusiera nada más considerar una parte de la ley sin tomar en cuenta la totalidad de la misma-.

De allí pues, es menester expresar que para dilucidar la situación aquí tratada es conveniente hacer un examen concatenado de diversas normas constitucionales y legales, para lo cual resulta procedente en primer lugar traer a colación lo dispuesto en el artículo 147 del Texto Constitucional, el cual prevé:

“Artículo 147: (...*omissis*...)”

La ley nacional establecerá el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estatales y municipales”. (Resaltado de la Corte).

De la lectura de la referida norma y a diferencia de lo dispuesto en el artículo 144 antes referido, surge de manera clara que el constituyente estableció la reserva a ley nacional en lo referente a la materia de pensiones y de jubilaciones de los funcionarios públicos, más no efectuó dicha precisión en lo que concierne a los demás aspectos que componen las relaciones de empleo público, aspecto éste de especial significación, pues deja entrever que se quiso dar un tratamiento distinto a uno y otro caso.

En segundo lugar, y en el mismo marco constitucional hay que referirse a lo previsto en el artículo 165, el cual dispone:

“Artículo 165: Las materias objeto de competencias concurrentes serán reguladas mediante leyes de base dictadas por el Poder Nacional, y leyes de desarrollo aprobadas por los Estados. Esta legislación estará orientada por los principios de la interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad.

Los Estados descentralizarán y transferirán a los Municipios los servicios y competencias que gestionen y que éstos estén en capacidad de prestar, así como la administración de los respectivos recursos, dentro de las áreas de competencias concurrentes entre ambos niveles del Poder Público. Los mecanismos de transferencia estarán regulados por el ordenamiento jurídico estatal”.

El autor patrio José Araujo Juárez, determina que de la lectura del artículo 165 Constitucional, no se colige una definición como tal de las leyes bases, pero que, sin embargo, se alude a ciertos elementos que permiten señalar cuál es su significado, a saber: la existencia de competencias concurrentes, entre Poder Nacional y los Estados; un ámbito subjetivo en el sentido de que la potestad de dictar leyes base es una competencia exclusiva y excluyente del Poder Nacional, a través de la Asamblea Nacional; y, finalmente, destaca una ley de armonización, que sirvan de unificación y armonización de las distintas normativas territoriales dentro de un Estado, así, los preceptos normativos contenidos en las leyes de armonización se sitúan, según el autor, en una posición de superioridad jerárquica respecto de las normas de los entes locales (*Vid. ARAUJO JUÁREZ, José: Derecho Administrativo. Parte General, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, p. 202*).

Dicha norma es relevante a los fines aquí tratados, pues consagra la previsión constitucional de las denominadas “leyes de base”, las cuales vienen a establecer un marco general normativo en el contexto de competencias concurrentes y que han de ser debidamente desarrolladas por las legislaciones estadales y locales, según sea el caso; lo indicado, es de relevancia para los efectos del asunto aquí tratado, en tanto y en cuanto “la Ley del Estatuto de la Función Pública, en desarrollo de los principios constitucionales sobre la materia, lejos de establecer un régimen competencial exclusivo del Poder Público Nacional, ha previsto la posibilidad de desarrollar dichas bases legales nacionales mediante las respectivas leyes estadales y municipales, en sus correspondientes ámbitos competenciales. De lo cual podría sostenerse que, las normas de contenido básico consagradas en la ley nacional (tales como los principios, las disposiciones fundamentales y las generales) son el marco normativo al cual deben sujetarse las legislaciones de desarrollo” (*Vid. Voto salvado de la Dra. Neguyen Torres López, contenido en la sentencia N° 1477 del 17 de julio de 2006, dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, caso: Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Miranda*).

En ese mismo orden de ideas, puede afirmarse la existencia de unas leyes o normas básicas o bases, cuya función es la de regular una materia concreta de manera uniforme y con vigencia común en toda la Nación, en concurrencia con otras leyes de menor rango, ofreciendo un común denominador normativo a partir del cual cada cuerpo normativo podrá establecer las peculiaridades que le convengan. En pocas palabras, la legislación base o básica debe contener todas las normas necesarias para que una materia goce de una regulación lo suficientemente uniforme, en sus aspectos esenciales, en la totalidad del territorio nacional. Es así como, se exige que la legislación de base deje a las legislaciones que la desarrollen espacio suficiente para que éstas puedan desarrollar políticas u opciones propias (*Vid. SANTA-MARÍA PASTOR, Juan, Principios de Derecho Administrativo, Volumen I, Colección Ceura y Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, España, 1998, pp. 238*).

Según el autor igualmente español Eduardo García de Enterría la normación básica ha de establecer el marco de una política global sobre la materia de la que se trate, de una concepción unitaria de su régimen, más sin embargo, igualmente advierte que ese marco común no ha de implicar un uniformismo estricto, puesto que lo característico aquí es la previsión de que dentro de ese marco global “son constitucionalmente posibles una diversidad de regulaciones”, e igualmente expresa que la regulación básica estatal se expresa en una regulación general o nacional unitaria, que es lo que distingue el supuesto de aquellos otros en que la competencia normativa autonómica es completa y no limitada al desarrollo de unas bases (*Caso: García de Enterría, Eduardo, Estudios sobre Autonomías Territoriales*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, p. 306).

En lo que respecta a la estructura misma de la norma básica, el mismo jurista expresa que:

“Si lo esencial, según ya expusimos más atrás, es llegar a una regulación global sobre dos fuentes normativas distintas, y ello sobre las bases que ha de fijar una de esas fuentes, la formación básica parece que ha de integrar tres elementos distintos, articulados entre sí a modo de tres sucesivos círculos concéntricos, de menor a mayor:

1° El círculo interior sería el núcleo material de interés general, respecto del cual la competencia de regulación será íntegra del Estado.

2° El siguiente círculo podría llamarse de encuadramiento, y su función sería articular con el artículo primero la competencia normativa propia de las Comunidades Autónomas.

3° Finalmente, el círculo más amplio, ya de carácter normalmente facultativo, pero técnicamente necesario, podría calificarse de círculo de suplencia y su función sería ofrecer, por sí mismo o por remisión, una regulación mínima capaz de suplir un defecto, total o parcial, de la regulación propia de las Comunidades Autónomas”. (*Ver Ob. cit.*, p. 311.)

Continúa esgrimiendo García de Enterría en la misma obra citada, que “Lo característico del sistema radica en el concurso de los dos centros territoriales de poder para la regulación global de una misma materia, regulación global que ha de nutrirse, pues, con normas de las dos procedencias [...]. El problema específico es cómo han de articularse esos dos frentes, articulación que se organiza sobre la atribución respectiva a los dos centros políticos de un contenido diverso de la regulación global de que se trata: al Estado, lo <>, a la Comunidad autónoma [en el caso español] el <> de tal regulación básica”.

En este punto relativo a la articulación de dos normativas, el autor español citado primeramente (Juan Santamaría Pastor, *ob. cit.*) destaca que en aquellos en los cuales la ley de base es anterior en el tiempo a la norma que la desarrolla, y ésta regula la materia contradiciendo las determinaciones de aquélla, o regulando aspectos básicos de la materia no contenidos en la ley base, la consecuencia habrá de ser la nulidad de la norma de desarrollo. En caso en que se presente la relación cronológica inversa, es decir, que la ley de base es posterior a la norma que regula una situación jurídica ahora regulada por la nueva ley base, indica que “ésta queda *ipso iure* derogada”.

Respecto a este tema, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 843/2004, precisó que “(...) las competencias concurrentes entre los Estados y los Municipios deben estar previamente delimitadas en una ley de base nacional, y ello es así porque sólo el Órgano Legislativo Nacional tiene competencia para dictar leyes de base reguladoras (según los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad) de las competencias concurrentes, no sólo de la República con los Estados y los Municipios, sino también de las de estos últimos entre sí (...)”.

Así pues, bajo las premisas anteriores es dable afirmar que la vigente Ley del Estatuto de la Función Pública puede ser catalogada como una Ley Base, a ser desarrollada por otros cuerpos normativos, entre ellos los de rango estatal o municipal en ejercicio de la competencia normativa que la propia Constitución les reconoce.

3. Responsabilidad Patrimonial del Estado

TSJ-SPA (0409)

2-4-2008

Magistrado Ponente: Octavio Sisco Ricciardi

Caso: Ángel Nava vs. República Bolivariana de Venezuela. Ministerio del Interior y Justicia, (hoy, Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia).

La Sala Político Administrativa analiza el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado. Declara improcedente la solicitud de prescripción de la acción y declara procedente la responsabilidad del Estado por la indebida aplicación de la Ley sobre Vagos y Maleantes.

La pretensión expresada por la parte actora, circunscrita a la determinación del presunto daño material y moral sufrido por **ÁNGEL NAVA**, con motivo de la indebida aplicación de la medida correccional prevista en la Ley Sobre Vagos y Maleantes, sin fundamento legal alguno, y por los daños posteriores derivados de su reclusión en las Colonias Móviles de *El Dorado*, merece una especial revisión de esta Sala Accidental a los fines de establecer la eventual responsabilidad patrimonial en la cual pudiera estar incurso el Estado venezolano.

Es necesario tener en cuenta que el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado se fundamenta en normas propias, diferentes a las establecidas por el Derecho Común para el caso de la responsabilidad civil extracontractual, por lo que debe atenderse al régimen jurídico aplicable, previsto tanto en la derogada Constitución de 1961 como en la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En primer lugar, la Constitución de 1961 consagró la responsabilidad patrimonial del Estado en su artículo 47 de la siguiente manera:

“Artículo 47. En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública”.

Por su parte, la Constitución de 1999 igualmente prevé la responsabilidad patrimonial estatal, en su artículo 140, por los daños que sufran los administrados como resultado de su actividad, mediante la consagración del Sistema donde se determina lo siguiente:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública”.

Por otra parte, la responsabilidad extracontractual de la Administración actualmente se basa en el *“principio de integridad patrimonial”*, según el cual la satisfacción y tutela de los intereses colectivos es el fin que persigue el Estado y cuando alguno de sus órganos, en el ejercicio de sus potestades, causa daños a particulares, éstos, quienes no deberían sufrir individualmente las cargas de la actividad dañosa de la Administración (*principio de igualdad de las cargas públicas*), deben ser indemnizados, aún en el supuesto de hechos o causas legítimas que fundamenten el daño.

En este sentido, esta misma Sala Político Administrativa, en sentencia de 16 de noviembre de 2004, respecto al principio de equilibrio de las cargas públicas, ha señalado:

“...No debe en función del colectivo someterse a un miembro de éste a una situación más gravosa que la que soportan la generalidad de los que la conforman y, de ocurrir, el equilibrio debe restablecerse mediante la indemnización correspondiente; por lo que, independientemente de que la actividad de la Administración fuese lícita o ilícita, con o sin culpa, si ésta le ha causado un daño a un particular, la Administración debe responder patrimonialmente.

Se infiere de lo expuesto, que la Constitución vigente establece un régimen de responsabilidad administrativa de carácter objetivo que comporta tanto la llamada responsabilidad por sacrificio particular o sin falta, como el régimen de responsabilidad administrativa derivada del funcionamiento anormal del servicio público, según el cual los usuarios de los servicios públicos deben ser indemnizados por los daños que puedan surgir del mal funcionamiento de éstos.” (Sentencia N° 02132. Hilda Josefina Farfán, Luis Andrés Camacho Farfán y otros).

De la Competencia

En relación con la potestad para decidir jurisdiccionalmente la presente causa, tanto la derogada Constitución de 1961 como la actual Carta Magna, asignan a los tribunales contencioso administrativos el juzgamiento de los asuntos relacionados con la determinación de la responsabilidad de carácter patrimonial en la cual puedan llegar a incurrir los órganos del Poder Público.

En efecto, el artículo 206 de la Constitución de 1961 señala lo siguiente:

*“La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; **condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración**, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa” (Énfasis de esta Sala).*

Mientras que el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, determina:

*”La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; **condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración**; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa” (Énfasis de esta Sala).*

Resulta evidente para esta Sala Accidental, que el Constituyente ha dejado suficientemente claro la disposición de concretar el sistema de responsabilidad de la Administración Pública, que le permita al particular la justa indemnización por los daños causados por la actividad ordinaria y legítima del Estado actuando como legislador, como juzgador, o en su actividad administrativa, así como por el mal funcionamiento de los servicios públicos por ella prestados.

En este sentido, señala la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “...la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que

la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal de los servicios públicos y por **cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales de los entes públicos** o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones” (Énfasis de esta Sala).

De la prescripción opuesta

Descritas las notas relevantes sobre el sistema de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, se hace necesario considerar como punto previo del presente fallo la oposición presentada por la Procuraduría General de la República, según la cual se debió desestimar la acción interpuesta en virtud de haber operado la prescripción establecida en el artículo 1.977 del Código Civil.

La obligación que tiene el Estado, en este caso la Administración, para resarcir los daños antijurídicos ocasionados a los particulares con motivo de su actividad, debe ser analizada como el derecho resarcitorio vinculado al principio *alterum non laedere* que precede en tiempo y en prioridad normativa tanto al Derecho Civil como al Derecho Público que asimismo lo excede y luego pasa a condicionar otras áreas del Derecho, muy especialmente cuando se trata de la protección de las personas contra ilícitos estatales, procedan éstos ya del propio Estado nacional, ya de Estados extranjeros.

Muestras evidentes de estas acciones resarcitorias, en el caso específico del Derecho Público, son las sustentadas en normas de origen internacional, consuetudinarias o convencionales, que protegen a las personas contra esos perjuicios de origen público. Son sistemas que contienen fuera del Derecho Civil, el principio *alterum non laedere*, e implícita o explícitamente suponen esa reparación que le está “entrañablemente” asociada.

En el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos el resarcimiento, bajo la forma de “pago de una justa indemnización”, está abiertamente mentado por el artículo 63, apartado primero, al igual que el artículo 50 de la Convención Europea de la misma materia.

En resumen, es menester señalar que el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado permite la posibilidad de indemnizar a todos aquellos particulares que hayan sufrido daños por la actividad del Estado, sea cual fuere el órgano del Poder Público involucrado. Ahora bien, cuando la actuación estatal revista carácter lesivo y sea crasamente violatoria de los derechos fundamentales de los particulares, de tal modo que los efectos de daño antijurídico subsistan en el tiempo y, además, lleguen a representar una carga injusta para el afectado, ante tal situación resultaría inconcebible su impunidad bajo el nuevo esquema de responsabilidad del Estado moderno.

Siguiendo a Luigi FERRAJOLI, los derechos fundamentales en virtud de su naturaleza intrínseca son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos, lo que los sustrae del campo de la política y del mercado, en contraposición a los derechos de carácter patrimonial, razón por la que estos últimos pueden ser objeto de disposición.

Así, los derechos patrimoniales al tener un objeto consistente en un bien patrimonial, se adquieren, se cambian o se venden, mientras que las libertades, por el contrario, no se cambian ni se acumulan. Aquéllos sufren alteraciones y hasta pueden extinguirse por su ejercicio; éstas no varían por la forma en la que se las ejerza.

Ahora bien, en el campo del Derecho Público, a diferencia del Derecho Civil, no hay limitación temporal alguna para el ejercicio de acciones relacionadas con la violación de los Derechos fundamentales. Más aún, después de la Segunda Guerra Mundial, claramente, la tendencia ha sido la de subrayar de un modo ostensible la oposición a tales límites tempora-

les; ya sea afirmando en las convenciones la imprescriptibilidad, sea omitiendo toda limitación temporal para el ejercicio de las acciones, o ignorando en la práctica internacional o regional las prescripciones liberatorias instituidas por un Estado en particular.

Nuestro país, se ha sumado a esa tendencia como lo demuestra en la vigente Carta Magna el artículo 29, mediante el cual se ha sancionado la imprescriptibilidad de las acciones que persiguen la reparación de los daños causados por la actividad ilícita de los órganos del Poder Público, con motivo de la violación de los derechos fundamentales:

“El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.

Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía”. (Énfasis de esta Sala).

La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad así como las violaciones graves a los derechos humanos, es una lógica consecuencia del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar a sus autores y cómplices: artículo I de la Convención Americana sobre la Desaparición Forzada de Personas; artículos 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; artículos 2 y 4 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; artículos 2 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 1 y 3 de los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad, aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución N° 3074.

Claro que la obligación general de los Estados de impartir justicia, aparece también en otros instrumentos internacionales de derechos humanos tales como: la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; los Principios relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extrajudiciales, arbitrarias o sumarias; los Principios básicos relativos a la Independencia de la Judicatura; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y, por supuesto, en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por tanto, estima esta Sala Accidental que no sólo es deber del Estado investigar, juzgar y sancionar los crímenes de lesa humanidad así como violaciones graves de los derechos fundamentales, la cual es la otra cara del derecho a la verdad, es decir, del derecho de toda persona a obtener la verdad, sino que, además, se encuentra obligado a indemnizar por la vía reparatoria o compensatoria a las víctimas de violaciones a sus derechos fundamentales.

Por otra parte, la consagración del Estado venezolano bajo la fórmula: **Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia**, pone de relieve uno de los valores superiores que el ordenamiento jurídico debe realizar de manera tangible. En efecto, la norma antes señalada establece:

“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. (Énfasis de esta Sala).

En relación con la norma antes señalada la Sala Político Administrativa, mediante sentencia N° 949, de 26 de abril de 2000 expresó:

“En consecuencia, cuando el Estado se califica como de Derecho y de Justicia y establece como valor superior de su ordenamiento jurídico a la Justicia y la preeminencia de los derechos fundamentales, no está haciendo más que resaltar que los órganos del Poder Público -y en especial el sistema judicial- deben inexorablemente hacer prelar una noción de justicia material por sobre las formas y tecnicismos, propios de una legalidad formal que ciertamente ha tenido que ceder frente a la nueva concepción de Estado.

Y esta noción de Justicia material adquiere especial significación en el fértil campo de los procesos judiciales en los que el derecho a la defensa y debido proceso (artículo 49 del texto fundamental), la búsqueda de la verdad como elemento consustancial a la Justicia, en los que no se sacrificará ésta por la omisión de formalidades no esenciales (artículo 257), y el entendimiento de que el acceso a la Justicia es para que el ciudadano haga valer sus derechos y pueda obtener una tutela efectiva de ellos de manera expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26), conforman una cosmovisión de Estado justo, del justiciable como elemento protagónico de la democracia, y del deber ineludible que tienen los operadores u operarios del Poder Judicial de mantener el proceso y las decisiones dentro del marco de los valores y principios constitucionales”.

A la luz del orden constitucional y de las modernas tendencias en materia de reparación de daños violatorios de derechos fundamentales, resulta improcedente extrapolar al campo de la responsabilidad extracontractual de la Administración las nociones relacionadas con la prescripción como causal de inadmisibilidad, bajo la racionalidad específica que ha desarrollado históricamente el Derecho Civil para el ejercicio de las acciones por resarcimiento de daños.

Tales consideraciones tienen validez en el campo del Derecho Público, cuando el resarcimiento solicitado al juez se fundamente en daños causados por el Estado y que hayan alterado la esfera de los derechos fundamentales de los particulares. En efecto, el régimen jurídico desarrollado a partir del Código Civil establece la prescripción de las acciones en particular, y cuyo campo de aplicación, a juicio de esta Sala Accidental, no puede ser otro que el de las relaciones de Derecho Privado.

En cambio, ahora se está en presencia de otro tipo de racionalidad relacionada con el resarcimiento ante la violación de los derechos fundamentales como resultado de la actuación administrativa anormal, lo que se soporta en otro tipo de normas, es decir, el llamado bloque de constitucionalidad que sustenta al sistema de responsabilidad extracontractual.

Sería arbitrario, y contrario a la prioridad axiológica del Derecho a la tutela judicial efectiva y, en consecuencia, a la materialización de un verdadero Estado de Justicia, que no se puedan sortear las limitaciones temporales a ese derecho fundamental; y, por eso, como es consabido, siempre la prescripción liberatoria, como expresión y argumento procesal de los límites temporales para demandar, ha sido objeto de interpretación restrictiva.

Por lo tanto, el alegato de la representación judicial de la República referido a la prescripción de la acción -desde cualquier supuesto en el que se comience a computar el lapso para el ejercicio de la acción- para reclamar los supuestos daños materiales y morales por ella causados, por órgano del entonces Ministerio de Justicia, resulta a todas luces improcedente.

En atención a lo antes expuesto, esta Sala Accidental declara improcedente la solicitud de declaratoria de prescripción de la acción, presentada por la Procuraduría General de la República. **Así se decide.**

Del funcionamiento anormal de la Administración

En este orden de ideas, y de conformidad con el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado contenido en la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece la obligación de indemnizar todos aquellos daños causados a los particulares como consecuencia de su funcionamiento, se debe determinar si, en el caso bajo estudio, existe, en primer lugar, el **daño** constituido por una afección a los derechos subjetivos del demandante y si resulta probado; segundo la **actuación u omisión imputable** al extinto Ministerio de Justicia; y tercero, si está presente la **relación de causalidad** entre tales elementos.

A tal efecto, se observa:

En lo que respecta al **daño**, aprecia esta Sala Accidental que el demandante alegó en su escrito libelar que el 19 de julio de 1965, fue detenido por funcionarios adscritos a la Dirección General de Policía (DIGEPOL) y, posteriormente, sometido a “torturas brutales” por realizar actividades políticas, trasladándolo finalmente a las Colonias Móviles de *El Dorado*, en un primer momento a la orden del Ministerio de Relaciones Interiores, organismo que, posteriormente, lo puso a la orden de la Prefectura del Departamento Libertador del Distrito Federal para la época, donde se abrió el expediente, de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley sobre Vagos y Maleantes, pero instruyéndose, a su entender, en fecha posterior al momento de su detención y reclusión.

Expresó, además, que luego de la referida detención tuvo conocimiento que la Prefectura del Departamento Libertador del Distrito Federal, en aplicación de la Ley Sobre Vagos y Maleantes, lo había sometido a una medida correccional que ordenaba su reclusión en las referidas Colonias por un lapso de cinco (5) años, medida luego confirmada por la Gobernación del Distrito Federal, la cual ulteriormente, por intermedio del Ministro de Relaciones Interiores, fue rebajada a dos (2) años de reclusión, sin que el ciudadano **ÁNGEL NAVA** hubiese cometido ninguna conducta, subsumible en cualquiera de los supuestos contenidos en la Ley Sobre Vagos y Maleantes, tanto así que ni siquiera se le informó bajo qué supuesto o causal de dicha Ley se le había condenado.

Arguyó, que los efectos de dicha medida correccional –a su criterio impuesta injustamente y sin procedimiento alguno– permanecieron en el tiempo desde esa fecha hasta la actualidad, ya que a consecuencia de la misma, “...perdió su matrimonio (...) la familia, que se dispersó por la ausencia del padre, el modesto apartamento arrendado que habitaba, el automóvil de su propiedad con el que trabajaba como taxista para obtener el sustento diario, y su condición de hombre sin tacha, ya que en lo sucesivo no ha podido deslastrarse del carácter de ‘exconvicto de El Dorado’...; perdió la oportunidad de acceder al mercado laboral y otros tantos empleos de los cuales fue despedido, como consecuencia del estigma de su condición de ex-convicto; así como la pérdida de la “libertad emocional” acostumbrándose a vivir señalado como “ex-convicto” de *El Dorado*, produciéndole eventuales ataques, rechazos, vejaciones y discriminaciones por esa misma condición, sobre su persona.

Con relación a este particular, observa la Sala Accidental que la parte demandada en ningún momento rechazó ni contradujo el hecho de que el ciudadano **ÁNGEL NAVA** haya sido recluido el 19 de julio de 1965 en las Colonias Móviles de *El Dorado*, ni que éste no hubiese permanecido en las mismas hasta el 2 de agosto de 1967, lo cual se evidencia del propio escrito de contestación de la demanda, el cual cursa a los folios 80 al 98 del presente expediente, señalando en el Capítulo referido a la *Prescripción de la Acción*, el momento en el que se encontraba vigente su acción para demandar, dando por cierta la fecha de egreso del demandante de las Colonias Móviles; y, correlativamente, dada la aceptación de su egreso, da

por cierto que también hubo un ingreso, razón por la cual su reclusión en dichas Colonias no debe ser considerado como un hecho controvertido, por cuanto no ha sido contradicho sino que fue aceptado por la parte demandada. **Así se decide.**

Igualmente, entiende esta Sala Accidental que dicha reclusión fue consecuencia de la aplicación de la medida correccional en sujeción a la Ley Sobre Vagos y Maleantes, anulada el 14 de octubre de 1997 por la extinta Corte Suprema de Justicia al declararla inconstitucional, hecho que igualmente no ha sido objeto de controversia ni ha sido rechazado por la parte demandada. **Así se decide.**

Ahora bien, esta misma Sala Accidental considera oportuno hacer las siguientes consideraciones respecto a la referida Ley Sobre Vagos y Maleantes, así como a las Colonias Móviles de *El Dorado*, a fin de determinar si la reclusión del demandante en dichas Colonias, podría constituir una lesión a sus derechos fundamentales y, al respecto, se observa:

La Ley Sobre Vagos y Maleantes cuyo origen se remonta a 1956, permitía la detención administrativa durante un período de hasta cinco años, sin apelación ni revisión judicial, de personas que la policía considerara una amenaza para la sociedad, pero contra las cuales no existían pruebas de que hubiesen cometido delitos sancionables que pudiesen presentarse ante un Tribunal.

En la práctica, suponía que una persona podía ser detenida basándose en la mera sospecha de que se tratase de un “vago” o un “maleante”. Igualmente, podía aplicarse a personas solamente por sus antecedentes penales, bien por haber sido condenado por un delito común y cumplida su condena podía ser condenado, nuevamente, si resultaba detenido en una “*redada policial*” y se comprobaba que tenía dichos antecedentes.

Si se aplicaba repetidamente basándose en los mismos antecedentes penales, no existía ningún mecanismo en dicha Ley que impidiese su aplicación como condena de cadena perpetua sobre el individuo.

En cuanto a la **actuación u omisión imputable** a la Administración como elemento de responsabilidad extracontractual del Estado, concretamente, por el actuar del entonces Ministerio de Justicia, la parte actora indicó que dicho órgano, en aplicación de la Ley Sobre Vagos y Maleantes de 16 de agosto de 1956, le impuso la medida correccional de reclusión en las Colonias Móviles de *El Dorado*.

Afirmó la parte actora que una vez practicada su detención por la Dirección General de Policía (DIGEPOL), el demandante fue trasladado a las Colonias de *El Dorado* bajo la dirección del Ministerio de Relaciones Interiores, el cual posteriormente lo puso a la orden de la Prefectura del Departamento Libertador del Distrito Federal para la época, donde se abrió el expediente de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley sobre Vagos y Maleantes, instruyéndose el mismo en fecha posterior al momento de su detención y reclusión.

Adujo que, en fecha posterior a su detención, tuvo conocimiento que la Prefectura del Departamento Libertador del Distrito Federal, en aplicación de la Ley Sobre Vagos y Maleantes, lo había sometido a una medida correccional que ordenaba su reclusión en las referidas Colonias por un lapso de cinco (5) años, confirmada por la Gobernación del señalado Distrito, la cual ulteriormente y, por intermedio del Ministro de Relaciones Interiores, fue rebajada a dos (2) años de reclusión.

Respecto a lo anterior, observa esta Sala Accidental que en el escrito de contestación de la demanda presentado por la representación judicial de la República, en ningún momento contradice ni rechaza el hecho de que el demandante haya sido sometido a una medida co-

reccional sustanciada y aplicada por la Prefectura del Departamento Libertador del Distrito Federal para la época, ni que la misma haya sido confirmada por la Gobernación del Distrito Federal y, posteriormente, rebajada por el entonces Ministerio de Justicia, por lo cual no debe ser considerado como un hecho controvertible y **así se declara**.

Asimismo, de la revisión del expediente se constata que, en efecto, de conformidad con la Ley Sobre Vagos y Maleantes, reformada por última vez el 18 de julio de 1956, correspondía a la Prefectura del Departamento Libertador del Distrito Federal para la época, la práctica del interrogatorio del aprehendido por el órgano policial, realizar la subsunción de la conducta del individuo en la norma, e informar respecto a los cargos por los cuales se le acusaron, siendo este mismo órgano el que detuvo y condenó al demandante; disponiendo el ciudadano **ÁNGEL NAVA** –en todo caso– de veinticuatro (24) horas para “apelar” ante el Gobernador del Distrito Federal de la decisión que lo declaró culpable, quien previo informe del defensor debía decidir si la confirmaba, modificaba o revocaba, siendo necesario, en caso de que la pena excediera los seis meses, la revisión por el Ministro de Justicia, en un lapso de quince (15) días, dentro del cual este último podía modificarla, revocarla o confirmarla.

En este orden de ideas, se observa que, efectivamente, era el Ministerio de Justicia el órgano administrativo competente para la revisión y confirmación de las medidas correccionales impartidas por aplicación de la Ley sobre Vagos y Maleantes, cuando la misma excedía de los seis (6) meses, con lo cual queda comprobado para esta Sala Accidental que la República era la encargada de la aplicación e imposición de dichas medidas correccionales; por lo que no cabe duda para este Juzgador de la existencia de una conducta administrativa configurativa de los supuestos de responsabilidad del Estado. **Así se declara**.

Dicho lo anterior y, una vez limitada la amplitud de la responsabilidad patrimonial del Estado en el tiempo frente a la actuación de la Administración, en el caso concreto, por la actuación del entonces Ministerio de Justicia, estima esta Sala Accidental determinar si, en el caso bajo análisis, está presente **la relación de causalidad** entre el daño generado por la Administración Pública y el supuesto fáctico que dio origen al mismo, el cual –a decir del demandante– presuntamente resulta atribuible a la República, por órgano del Ministerio de Justicia, al actuar de manera represiva para garantizar la paz social; así como determinar si en el caso *in commento*, los efectos y consecuencias de dicha actividad han permanecido en el tiempo causando una lesión permanente al ciudadano **ÁNGEL NAVA**.

Se observa que el demandante arguyó en su escrito libelar que, por sus ideas y luchas políticas, fue sujeto de la aplicación de la Ley sobre Vagos y Maleantes, sin tener conocimiento “*en cual de los 24 supuestos que contenía la aberrante ley en referencia, se fundamentó el estado venezolano para considerarlo vago o maleante*”, constituyéndose, a su entender, una violación a sus derechos fundamentales y la pérdida de la “*libertad emocional, ya que debió acostumbrarse a vivir siendo señalado como ex-convicto de El Dorado, situación que a estas alturas de su vida (...) todavía le produce eventuales ataques, rechazos y hasta burlas*”.

En relación con el señalamiento antes expuesto por **ÁNGEL NAVA**, esta Sala Accidental observa al folio 305 del presente expediente, el oficio emanado de la Dirección General del Despacho del Ministro del Ministerio del Interior y Justicia N° 1333, del 07 de septiembre de 2006, mediante el cual se informa que el “**prenombrado ciudadano ingresó a las Colonias Móviles del (sic) Dorado el día 19/07/1965 hasta 02/08/1967, egresa por cumplimiento de la medida impuesta y desconociéndose el delito**”. (Énfasis de esta Sala).

Posteriormente, mediante oficio N° 2536, del 11 de diciembre de 2006, emanado de la Dirección General de Consultoría Jurídica, ante el requerimiento de esta Sala Accidental, se

ratificó la información suministrada por ese Ministerio, en relación con la reclusión del ciudadano **ÁNGEL NAVA** en las Colonias Móviles de *El Dorado* sin que se le hubiese indicado el delito cometido (folio 318 del presente expediente).

La parte actora señaló, igualmente, que el hecho generador del daño reclamado ante esta instancia, fue su reclusión por más de dos (2) años en las Colonias Móviles de *El Dorado* por la “*indebida aplicación*” de una medida correccional contenida en la anulada Ley sobre Vagos y Maleantes, la cual no fue determinada por los órganos del Estado al momento de su imposición.

No obstante lo anterior, adujo la representación de la República que la sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia que declaró la inconstitucionalidad de la Ley *in commento*, señaló que los efectos en el tiempo que debe atribuírsele a dicha declaratoria es la que comprende el principio de la nulidad pura y simple, vale decir, que la misma sólo tiene efectos *ex nunc* o hacia el futuro, desde la fecha de la publicación de dicha sentencia en la *Gaceta Oficial de la República*; destacando que de aceptar lo contrario, es decir, fijarle efectos *ex tunc* o hacia el pasado, acarrearía un compromiso insufragable para el Estado, por lo cual no existía un nexo causal entre el daño y la aplicación de la medida correccional impuesta.

De igual forma, señaló que en este caso no se está en presencia de la responsabilidad del Estado-Juez, por cuanto el recurrente no goza de una sentencia absolutoria la cual declarase que la conducta presuntamente cometida no reviste carácter penal o se compruebe la no participación del imputado, aunado a que para la fecha en la que se le aplicó la medida correccional la referida conducta constituía un hecho punible subsumible con el tipo, no siendo aplicable el principio de la ley más benigna establecido en el artículo 288 del Código Orgánico Procesal Penal y, por ende, tampoco susceptible de ser declarada la responsabilidad del Estado-Legislator.

Al respecto, observa esta Sala Accidental lo siguiente:

La Constitución de la República vigente para el momento en que ocurrieron los hechos, disponía en su artículo 60, lo siguiente:

“La libertad y seguridad personales son inviolables, y en consecuencia:

(...omissis...)

2. Nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falla;

(...omissis...)

7. Nadie podrá ser condenado a penas perpetuas o infamantes. Las penas restrictivas de la libertad no podrán exceder de treinta años...” (Énfasis de esta Sala).

Igualmente, señalaba la Norma fundamental vigente para entonces, en su artículo 68, que “*La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso*”; y en su artículo 69, que nadie podrá ser “*condenado a sufrir pena que no esté establecida por ley pre-existente*”.

Por su parte, la hoy derogada Ley sobre Vagos y Maleantes, reformada por última vez en 18 de julio de 1956 y vigente para el momento en que ocurrieron los hechos señalados por el demandante en su escrito libelar como los causantes del daño inflingido, en sus artículos 2 y 3, contemplaba lo siguiente:

“Artículo 2. *Se consideran vagos:*

- (a) *Los que habitualmente y sin causa justificada no ejerzan profesión u oficio lícitos y que por tanto constituyen una amenaza para la sociedad.*
- (b) *Los que aún ejerciendo profesión, destino u oficio o poseyendo bienes o renta, viviesen o completasen sus recursos personales a expensas de personas dedicadas a la prostitución, o por el ejercicio de actividades ilegítimas, entendiéndose como tales, a los efectos de esta Ley, las que tienen por objeto actos generalmente considerados como atentatorios de la moral o de las buenas costumbres.*
- (c) *Los timadores y petardistas de oficio.*
- (d) *Los que habitualmente transiten por calles o caminos promoviendo y fomentando la ociosidad y otros vicios.*
- (e) *Los que habitualmente pidan limosnas para imágenes, santuarios u otros fines religiosos, sin la licencia eclesiástica y el visado de las autoridades de policía; y los que con pretexto benéfico y filantrópico especulen con la buena fe del público levantando contribuciones.*
- (f) *Los que habitualmente induzcan o manden a sus hijos, parientes o subordinados que sean menores de edad a mendigar públicamente y los que en general se valgan de menores para mendigar públicamente y los que en general se valgan de menores para el mismo fin o exploten igualmente a enfermos mentales o lisiados.*
- (g) *Los que infligieren enfermedad o defectos orgánicos para dedicarse a la mendicidad.*

Artículo 3. *Se consideran maleantes:*

- (a) *Los rufianes y proxenetas.*
- (b) *Los que hacen de los juegos prohibidos su profesión habitual y los que exploten estos juegos o cooperen con los explotadores en cualquier forma, a sabiendas de esa actividad ilícita.*
- (c) *Los que habitualmente, sin llenar los requisitos legales, comercien con armas, drogas, bebidas embriagantes y otros efectos de uso o consumo reglamentado o prohibido por la ley. o de la manera ilícita los fabriquen, importen o faciliten.*
- (d) *Los que suministren para su consumo inmediato aguardientes, vinos o en general bebidas espirituosas a menores de dieciocho años en lugares o establecimientos públicos o en Institutos de educación o instrucción, o los que a sabiendas promuevan o favorezcan la embriaguez de menores.*
- (e) *Los que ejerzan de brujos o hechiceros, los adivinadores y todos los que por medio de esas artes ilícitas exploten la ignorancia o la superstición ajena.*
- (f) *Los que habitualmente ocurran a la amenaza de algún daño inmediato contra las personas o sus bienes con el objeto de obtener algún provecho, utilidad o beneficio.*
- (g) *Los condenados dos o más veces por delitos contra la propiedad.*
- (h) *Los sindicados dos o más veces por delitos contra la propiedad, en cuyo poder se encuentren llaves falsas o deformadas para abrir o forzar cerraduras o descerrajar puertas o ventanas cuando no justificaren su procedencia y destino legítimo.*
- (i) *Los que comercien con objetos pornográficos o los exhiban en público, y los que ofendan el pudor de la mujer y la irrespeten en la vía y lugares públicos con persecuciones y palabras que constituyan ofensa a su delicadeza y sean un desacato al respeto y a la moral.*
- (j) *Los que conocida y habitualmente hagan profesión de testificar en juicios.*

(k) *Los pederastas debidamente evidenciados que de ordinario frecuenten las reuniones de menores.*

(l) *Los que habitualmente se dediquen al contrabando.*

(m) *Los que habitualmente sean hallados en la vías y lugares públicos en estado de embriaguez y que sean además, provocadores de riñas.*

(n) *Los que observen conducta reveladora de inclinación al delito manifestada por reiterada amenaza de causar daño a las personas; por el trato asiduo y sin causa justificada con delincuentes y sujetos conocidos como peligrosos; por la asistencia a los lugares donde estos se reúnen habitualmente y por la comisión reiterada y frecuente de faltas o contravenciones policiales.*

(o) *Los que habitualmente detenten, compren, vendan, marquen, señalen o conduzcan ganado o cueros sin llenar los requisitos legales y reglamentarios, cuando tales actos sean preparatorios o constitutivos de despojo.*

(p) *Los curanderos reincidentes en el ejercicio de algunas de las profesiones médicas, siempre que por su persistencia en la explotación de la credulidad ajena, constituyan peligro para la vida o la salud de las personas.*

(q) *Los merodeadores. A los efectos de esta Ley se entienden como tales aquellos que habitualmente vagan por el campo viviendo de lo que hurten o se apropien.” (sic)*

De las normas transcritas se observa que, únicamente, podrían ser sometidos a las sanciones y penas contenidas en la precitada Ley, aquellas personas cuya conducta estuviese en ella tipificada, vale decir, revistiesen la condición de “vagos” o “maleantes” según lo dispuesto en dicho Texto Normativo, correspondiéndole a la Prefectura del Departamento Libertador para la época, encargada del interrogatorio del aprehendido por el órgano policial, hacer la subsunción de la conducta del individuo en la norma e informar respecto a los cargos que se le imputaban, siendo este mismo órgano quien debía acusarlo y condenarlo, disponiendo el ciudadano **ÁNGEL NAVA** de veinticuatro (24) horas para apelar la decisión que presuntamente lo declaraba culpable ante el Gobernador del Distrito Federal, quien previo informe del defensor, debía decidir si la confirmaba, modificaba o revocaba, siendo necesario, en caso de que la pena excediese los seis (6) meses, la revisión por el Ministro de Justicia, para que éste, en un lapso de quince (15) días, resolviera sobre la modificación, revocación o confirmación de la decisión apelada.

No obstante lo anterior, en la presente causa le fue aplicada una medida correccional a la parte demandante, prevista en la Ley sobre Vagos y Maleantes, sin especificar en cuál de los supuestos contenidos en los artículos 2 ó 3 de ese Texto Legal se subsumía la presunta conducta ilícita del ciudadano **ÁNGEL NAVA** y, por tanto, equiparar su comportamiento como de “vago” o “maleante”; trasgrediendo las disposiciones de la Constitución vigente para entonces relativas al derecho a la defensa, e inobservando los principios *nullum crimen nulla poena sine lege*, o que no se puede imponer pena alguna si el delito no está establecido en ley previa, condenándose a la parte demandante a cumplir una sanción por una falta desconocida, vulnerándose de esta forma disposiciones no sólo de orden procedimental, sino normas de protección a los derechos fundamentales.

Efectivamente, para el caso particular debieron intervenir una cadena de agentes públicos cuyos vicios en su actuar resultan inseparables: los que emitieron la orden, los que aprehendieron a la víctima, los que la recibieron en el centro de reclusión así como los agentes que la mantuvieron retenida en dicho Centro por más de dos años; por lo que a juicio de esta Sala Accidental subyacen vicios en la actuación de la Administración por intermedio de sus agentes; máxime que para la aplicación de la aparente medida correccional que lo mantuvo

privado de su libertad por más de dos años, existía un instrumento legal –aunque cuestionado- que pudo ser aplicado. Esta circunstancia se infiere de la información que se desprende, tanto del registro de entrada de la víctima a *El Dorado* como de la información que suministra el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, cuando señala -dicho órgano- que desconoce imputación o cargo alguno sobre el ciudadano **ÁNGEL NAVA**. (Folios 106, 305, 318 y 321).

Por las razones precedentemente expuestas, constata esta Sala Accidental que cursan en autos suficientes elementos probatorios que no fueron desvirtuados por la representación judicial de la República y, por tanto, merecen pleno valor, pues corroboran, efectivamente, el daño sufrido por el recurrente tras permanecer más de dos años recluido en *El Dorado*, por motivo de la medida correccional, impuesta sin imputar cargo alguno por el Ministerio de Justicia para la época, en aplicación de la Ley sobre Vagos y Maleantes. **Así se declara.**

VI

LA PROCEDENCIA Y ESTIMACIÓN DE LOS DAÑOS RECLAMADOS

Determinada como ha sido la responsabilidad de la República, como en efecto ha quedado demostrada en la presente causa, es menester determinar la procedencia de los daños que han sido solicitados por el demandante en su escrito libelar. En este sentido, se observa que el apoderado de la parte demandante solicitó la condenatoria de la demandada al pago de una indemnización de daños y perjuicios materiales y morales, tal y como se señalan a continuación:

En lo concerniente a los daños patrimoniales reclamados por la parte actora, se destacan los siguientes:

1.- **Como daño material:** Indicó que para la fecha en que se inició su reclusión, laboraba como taxista obteniendo un ingreso promedio mensual de ochocientos bolívares (Bs. 800,00), los cuales al cambio para la época era de cuatro bolívares con treinta céntimos (Bs. 4,30) por dólar, lo que equivale a la cantidad de ciento ochenta y seis dólares (US\$ 186,00), los cuales una vez recluido dejó de percibir, y una vez obtenida su libertad tampoco percibió, por cuanto el vehículo que le servía como instrumento de trabajo lo había perdido y no fue sino después de dos años de cumplir la medida correccional que pudo reincorporarse al trabajo como conductor de automóviles colectivos que le eran alquilados por personas amigas, estimando un promedio mensual de ciento ochenta y seis dólares (US\$ 186,00) por un lapso de 4 años que dejó de percibir, lo cual hace un total de ocho mil novecientos veintiocho dólares (US\$ 8.928,00).

Asimismo, adujo que en los 10 años que trascurrieron entre 1969 y 1979, por ser necesario para la época la presentación de la carta de “No Antecedentes Penales” para la incorporación de los ciudadanos al mercado laboral, perdió un promedio mensual de tres mil bolívares (Bs. 3.000,00) que, al cambio para la época, equivalía a seiscientos noventa y ocho dólares (US\$ 698,00), cuya sumatoria da un total de ochenta y tres mil setecientos sesenta dólares (US\$ 83.760,00).

Igualmente, señaló la parte actora que el vehículo de su propiedad y los enseres y bienes de los cuales disponía en la vivienda que habitaba, todo lo cual perdió, ascendían a un monto de treinta mil bolívares para la época, y que equivaldrían al cambio a seis mil novecientos setenta y siete dólares (US\$ 6.977,00). En tal sentido, estimó por concepto de daño material causado por el Estado venezolano un total de noventa y nueve mil seiscientos sesenta y cinco dólares (US\$ 99.665,00) que tomando como valor referencial el monto de 681,50 bolívares

por unidad de dólar para el momento de la interposición de la demanda, equivale a la cantidad de sesenta y siete millones novecientos veintiún mil seiscientos noventa y siete con cincuenta céntimos (Bs. 67.921.697,50).

2.- **Como daño moral:** Señaló que si bien es cierto que recobró su libertad física, no lo es menos que, a su entender, no ha recobrado su libertad emocional debiendo acostumbrarse a vivir siendo señalado como ex-convicto de *El Dorado*, produciéndole eventuales ataques, rechazos, vejaciones y discriminaciones, tanto a su persona como a su grupo familiar, por lo cual estimó a los fines de la indemnización por tal concepto, la suma de seiscientos setenta y nueve millones doscientos dieciséis mil novecientos setenta y cinco bolívares (Bs. 679.216.975,00), lo que aunado a lo estimado como daño material, asciende a la suma de setecientos cuarenta y siete millones ciento treinta y ocho mil seiscientos setenta y dos bolívares con cincuenta céntimos (Bs. 747.138.672,50).

3.- **Corrección monetaria:** Por último, solicitó que la cantidad condenada a pagar sea indexada a partir del 26 de junio de 2000 hasta los corrientes meses y años.

Ahora bien, en lo concerniente al daño material solicitado en el escrito libelar, específicamente, en lo que respecta al vehículo presuntamente propiedad del demandante que perdió como consecuencia de su reclusión en las Colonias Móviles de *El Dorado*; observa esta Sala Accidental que para su procedencia era necesario acompañar a la demanda la documentación que acreditase su existencia y consecuente titularidad, como el documento de compra venta del mismo o su título de propiedad. En el mismo sentido, era menester la comprobación por parte del demandante, de la existencia de cada uno de los bienes que fueron parte del basamento de su pretensión. Como quiera que en el caso de autos, la parte actora no aportó ningún elemento que le permitiese a esta Sala Accidental conocer la existencia y titularidad de dicho bien, declara improcedente la solicitud. **Así se decide.**

Por consiguiente, en vista de que el demandante no aportó ninguna prueba que acreditara la existencia y titularidad del vehículo reclamado y, por tanto, no resulta procedente tal pretensión, estima necesario esta Sala Accidental concluir que la reclamación referente a los daños materiales producto de los ingresos dejados de percibir por la pérdida de dicho vehículo, igualmente resulta improcedente, visto que al no comprobarse la existencia del bien, no puede pretenderse la indemnización por lucro cesante debido a su pérdida. **Así se decide.**

Por su parte, en lo referente a los daños materiales reclamados por el demandante producto de los ingresos dejados de percibir como consecuencia de su imposibilidad de acceder al mercado laboral por haber sido “condenado a la medida correccional”; o su consecuente despido de los empleos adquiridos posteriormente, derivado de su condición de “ex-convicto” del mencionado centro de reclusión; estima esta Sala Accidental que no puede atribuirse *per se* la accesibilidad a una fuente de trabajo por el hecho de haber sido sometido a una sanción corporal, en este caso, a una medida correccional, ya que en idéntica situación de desempleo se ha encontrado y encuentra actualmente un porcentaje significativo de la población que no ha sido sometida a pena alguna, además de no existir pruebas acreditadas en autos que generen la convicción a esta Sala Accidental, sobre los presuntos despidos del demandante a sus anteriores trabajos derivados del conocimiento que sus superiores hubiesen tenido respecto a su condición de “ex-convicto”, razón por la cual se desestima la presente solicitud. **Así se decide.**

De la misma forma, en lo que concierne a los enseres de los cuales disponía el demandante en la vivienda donde habitaba y que, según afirma, perdió como consecuencia de su reclusión en las referidas Colonias Móviles, observa esta Sala Accidental que el demandante no acompañó instrumento alguno como facturas, órdenes de compra u otro documento que

pruebe la existencia y valor de cada uno de los bienes presuntamente perdidos, ya que en materia de indemnización de daños y perjuicios, no es susceptible solicitar el resarcimiento por un cúmulo de bienes no identificados, tanto porque impide tener la certeza de la totalidad de los mismos, como porque resulta imposible su estimación a los efectos de su restitución, razón por la cual es improcedente la presente solicitud. **Así se declara.**

Con relación al daño moral reclamado, señala el actor que a pesar de haber recobrado su libertad física el 2 de agosto de 1967 no ha recuperado su libertad emocional, pues ha tenido que vivir con el estigma que lo señala como “ex-convicto de *El Dorado*”. Sobre este aspecto, estimó el demandante prudencialmente el daño moral en la cantidad de seiscientos setenta y nueve millones doscientos dieciséis mil novecientos setenta y cinco bolívares (Bs. 679.216.975,00).

Al respecto, esta Sala Accidental observa:

No existen dudas, en la actualidad, sobre la posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado por los daños causados por sus acciones u omisiones contra los particulares, lo que puede dar lugar evidentemente a la exigencia de indemnización por daños morales producidos por actos, omisiones o vías de hecho de cualquier órgano del Estado.

Referente al daño moral, el mismo no está sujeto a una comprobación material directa, motivado a que, por su naturaleza es esencialmente subjetiva. Entonces, para establecerlo, el legislador, en el artículo 1.196 del Código Civil, faculta al juzgador para apreciar si el hecho generador del daño material puede generar, a su vez, repercusiones psíquicas, afectivas o lesivas de algún modo al ente moral de la víctima.

La apreciación que al respecto haga el juez así como la compensación que acuerde a la víctima, la cual puede ser pecuniaria o no, en uso de la potestad discrecional concedida en el citado artículo, son atribuciones exclusivas del juez de mérito, es decir, demostrado el hecho ilícito generador del daño material, es discrecionalidad del juez estimar la repercusión que ese daño pudo tener en el ente moral de la víctima, independientemente de la tasación o estimación que pudo haber efectuado aquella del daño material, e incluso del moral.

Habitualmente, la jurisprudencia ha venido indemnizando a las víctimas que reclaman daños morales proferidos por el Estado mediante el pago de sumas dinerarias, estimadas prudencial y discrecionalmente por el juez. No obstante, cabe advertir que la reparación del daño moral cumple una función satisfacción espiritual (independientemente de la indemnización económica), ya que en materia de agravios morales, no existe la reparación natural o perfecta, porque nunca el agravio moral sufrido será borrado completamente, ni volverán las cosas al estado previo al evento dañoso pagando una suma de dinero.

En efecto, la reparación del daño moral si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida a proporcionar en la medida de lo posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado. El verdadero resarcimiento al daño moral es aquel que no implica repercusión económica sino una indemnización compensatoria por vía de sustitución que, en la mayoría de los casos, no tiene traducción pecuniaria; más aún cuando el hecho ilícito generador del daño sea producto de violaciones a los derechos fundamentales de las víctimas.

El derecho de las víctimas de violaciones a los derechos humanos es un valor constitucional de primer orden y de la mayor trascendencia que, ciertamente, sobrepasa la mera pretensión resarcitoria de carácter pecuniario para comprender el derecho a la verdad y la realización de justicia en el caso concreto. Así, ha sido reconocido por la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos.

En ese sentido, en los últimos años y tomando en consideración la evolución de la normatividad internacional sobre el tema, instrumentos internacionales para la aplicación efectiva de los derechos humanos, han determinado que los derechos de las víctimas desbordan el campo meramente indemnizatorio, de suerte que incluyen el derecho a la verdad y a que se haga justicia en el caso concreto. En efecto, las víctimas perjudicadas por la actuación u omisión de la Administración Pública que violen derechos fundamentales, generadores de responsabilidad extracontractual tienen intereses adicionales a la simple reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido amparados por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y se traducen en tres derechos relevantes como fórmulas compensatorias o de satisfacción por el daño sufrido:

1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.

2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito o actuaciones u omisiones por parte del Estado.

Siendo entonces potestad discrecional del juez la estimación del daño moral, pasa esta Sala Accidental a establecer si, en el presente caso, procede la indemnización por tal concepto sin apartarse de la costumbre judicial de hacer una estimación moderada en el supuesto que proceda dicha indemnización, esto es, que no sea manifiestamente exagerada o abusiva; y, al respecto la Sala Accidental señala:

Ha quedado demostrado que el ciudadano **ÁNGEL NAVA** permaneció recluido por más de dos (2) años en las Colonias Móviles de *El Dorado*, por la aplicación de una medida correccional sin mediar debido proceso y, lo que es más grave aún, sin conocer la imputación de la presunta conducta antijurídica. Para la época de ocurrencia de los hechos, la mayoría de los ciudadanos condenados por el Órgano Administrativo a una medida correccional, por un período superior a los seis meses en aplicación de la Ley sobre Vagos y Maleantes, eran enviados al Centro de Reclusión y Corrección conocido como “*Colonias Móviles de El Dorado*”, el cual fue creado por Decreto Presidencial N° 332, de fecha 21 de octubre de 1944.

Resulta entonces evidente para esta Sala Accidental, concluir que la medida correccional impuesta por aplicación de la Ley Sobre Vagos y Maleantes al ciudadano **ÁNGEL NAVA** y su posterior reclusión en las Colonias Móviles de *El Dorado*, sin haberse sustanciado un procedimiento administrativo cuya consecuencia sería, en este caso, la determinación de la falta cometida y la consiguiente imposición de la pena respectiva, violó flagrantemente su derecho a la defensa; **causándole efectivamente un daño en su persona al someterlo a una pena cuya infracción no fue tipificada o subsumida en causal alguna de la Ley antes citada.**

A mayor abundamiento, el hecho cierto de la reclusión indebida del demandante en las Colonias Móviles de *El Dorado*, sin conocer ni imponérsele de la causal contenida en la referida Ley por la cual estaba siendo objeto de la medida correccional, condujo a la ejecución de una pena infame en un centro penitenciario, lo cual constituye al menos un trauma psicológico y emocional.

De esta forma, esta Sala Accidental considera que en el caso bajo estudio existen suficientes elementos de convicción que demuestran, efectivamente, haberse producido un daño

moral como consecuencia de la reclusión injusta del ciudadano **ÁNGEL NAVA**, en las Colonias Móviles de *El Dorado* en las condiciones antes señaladas, lo cual significó una condena. **Así se decide.**

Se observa que, el demandado, efectivamente, fue indebidamente condenado a una medida correccional por el Estado, específicamente, por intermedio del Ministerio de Justicia para la época, sin que mediase una determinación concreta de la falta cometida ni la subsunción del hecho cometido en la norma sancionatoria, violentando dicho Ministerio con su proceder normas relativas a garantías de rango constitucional, como es el caso del derecho a la defensa.

Por otra parte, estima esta Sala Accidental que la circunstancia de la reclusión indebida del ciudadano **ÁNGEL NAVA** en *El Dorado* comporta una actuación írrita del Estado que mancilló la dignidad humana del demandante, ocasionándole una suerte de pena perpetua que ha soportado una vez cobrada su libertad.

La dignidad humana conlleva diversas facetas desde el punto de vista jurídico. Una de ellas, es el derecho al olvido -el cual no puede reputarse absoluto- para permitirle al hombre redimirse de su pasado: para poder iniciar una nueva vida, en plenitud axiológica y no pegada a la negatividad de un tiempo que ya ha quedado atrás. El derecho al olvido es una variable del derecho a la vida: a la vida futura -no sólo a la vida vivida- y merece tanta protección como el derecho a la vida desde la concepción. Es un dato esencial insoslayable la vida no es sólo vida pasada, es, fundamentalmente, vida por vivir. Si no hubiese derecho al olvido se estaría matando en vida a los seres humanos, como bien lo ha señalado el tratadista argentino Germán BIDART CAMPOS.

Consta en el expediente, por una parte, el registro de sus antecedentes por la reclusión en la Colonias Móviles; y, por la otra, reposa en el Archivo General de la Nación un *Libro de Registros de Ingreso de Reclusos en la Colonia de Trabajo de El Dorado* con la siguiente descripción: “Nombre: Ángel Nava, Ficha N° 10, Nacionalidad: Venezolano, Edad 28 años, Procedencia: Distrito Federal, **fecha ingreso: 19/07/65. Pena impuesta: No indica. Fecha de egreso (en blanco). Infracción o falta: Primera vez. Observaciones: Averiguación personalidad**” (Énfasis de la Sala).

En tal sentido, esta Sala Accidental considera que el rubro “observaciones: averiguación personalidad” es indicativo de una ofensa pública infligida al “averiguado” pues no es legítimo que la Administración se ocupe de averiguar la “personalidad” como objeto de una medida o decisión, y mucho menos para aplicar una pena.

De conformidad con lo antes expuesto, deben suprimirse aquellos registros que incriminan o catalogan al demandante como “ex-convicto” de *El Dorado*; En el caso particular, del *Libro de Reclusos* que custodia el Archivo General de la Nación, como quiera que constituye un testimonio documental cuya protección es de orden público por disposición de la Ley, estima esta Sala Accidental ordenar en el mismo la inserción de una nota que dé cuenta de esta sentencia, sin alterar o modificar el cuerpo del documento declarado histórico.

De esta forma, han quedado demostrados en el presente caso, los extremos que hacen prosperar parcialmente en derecho la demanda propuesta por la parte actora, con lo cual se concluye que la actuación de la Administración por la cual se privó al ciudadano **ÁNGEL NAVA** de su libertad al recluirlo en las Colonias Móviles de *El Dorado*, por la aplicación de una medida correccional indeterminada, por el período de dos (2) años y catorce (14) días, a partir del 19 de julio de 1965 hasta el 02 de agosto de 1967, causó un daño moral al recurrente cuando lo privó ilícitamente de su libertad personal.

Por lo tanto, para el caso concreto, estima prudencialmente esta Sala Accidental resarcir al ciudadano **ÁNGEL NAVA** por el daño moral sufrido mediante una disculpa pública, la cual se materializará en una publicación por una sola vez, en una página indeterminada en los diarios “Últimas Noticias” y “Panorama”, de un extracto del presente fallo así como la dispositiva del mismo, a cargo del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia. Igualmente, se acuerda que la publicación del desagravio público sea difundida, por intermedio del referido Ministerio, en el horario estelar de los informativos de Radio Nacional de Venezuela (RNV), Televisora Venezolana Social (TEVES) y Venezolana de Televisión, C.A. (VTV) por tres (3) días consecutivos, para lo cual dispone de diez (10) días continuos para cumplir con esta orden. Asimismo, se otorga un lapso de treinta (30) días para dar cuenta a esta Sala Accidental del cumplimiento de este mandato. **Así se declara.**

Por otra parte, se ordena la destrucción de todos los registros administrativos cursantes en los archivos del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia y cualesquiera de sus Dependencias, que se relacione con la indebida medida correccional a la cual fue sometido el demandante, así como cualquier otro documento administrativo en el que se tenga registrada dicha actuación relacionada con la presente causa.

Asimismo, se ordena la inserción de una nota marginal en el folio 199 del *Libro de Registro de Reclusos en la Colonia de Trabajo de El Dorado*, Departamento de Archivo, que guarda y custodia el Archivo General de la Nación en relación con el ciudadano **ÁNGEL NAVA**, que dé cuenta de la presente decisión.

Finalmente, se ordena al Ministerio Público que inicie la correspondiente averiguación, a fin de determinar la verdad sobre los hechos que originaron la reclusión indebida del ciudadano **ÁNGEL NAVA** por más de dos (2) años en las Colonias Móviles de *El Dorado* y determine las eventuales responsabilidades a que hubiese lugar, de los agentes públicos o particulares que actuaron en la emisión de la orden de aprehensión, los agentes que aprehendieron a la víctima, los que la recibieron en el Centro de Reclusión así como los que la mantuvieron retenida en dicho Centro, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 139 Constitucional que establece que el ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de la Constitución y la Ley. **Así se declara.**

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales*

- A. *Delitos contra los Derechos Humanos: Obligación del Estado de investigar, sancionar e indemnizar a las víctimas*

TSJ-SPA ACC (0409)

2-4-2008

Magistrado Ponente: Octavio Sisco Ricciardi

Caso: Ángel Nava vs. República Bolivariana de Venezuela Ministerio del Interior y Justicia, (hoy, Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia).

No sólo es deber del Estado investigar, juzgar y sancionar los crímenes de lesa humanidad así como violaciones graves de los derechos fundamentales, la cual es la otra cara del derecho a la verdad, es decir, del derecho de toda persona a obtener la verdad, sino que, además, se encuentra obligado a indemnizar por la vía reparatoria o compensatoria a las víctimas de violaciones a sus derechos fundamentales.

B. *Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*

TSJ-SPA (0642)

22-5-2008

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Controversia administrativa en el Municipio Río Negro del Estado Amazonas.

Una protección integral del indicado derecho constitucional a la defensa y a la tutela judicial efectiva, requiere siempre de mecanismos cautelares idóneos y suficientes que permitan dar a la sentencia definitiva la eficacia que, en caso de transcurrir en su totalidad el proceso sin correctivos, se vería absolutamente cercenada o, al menos, menoscabada.

De manera que, aun cuando la protección cautelar que deba brindarse en el presente caso, de ser procedente su otorgamiento, difiere un poco del contenido de la solicitud formulada por el accionante, advierte la Sala que ello no se traduce en la improcedencia de la medida planteada, toda vez que como se dejó sentado en Sentencia del 15 de noviembre de 1995, recaída en el caso Lucía Hernández y Arnoldo J. Echagaray, la cual se ratifica en esta oportunidad, hay que tomar en cuenta que a los fines de garantizar el “... *derecho constitucional a la defensa debe acudir al poder cautelar general que a todo juez, por el hecho de tener la atribución de decidir y ejecutar lo juzgado, le es inherente...*”.

Lo anterior, según se expuso en el precedente jurisprudencial citado, se justificaría debido a que “...una protección integral del indicado derecho constitucional a la defensa y a la tutela judicial efectiva, requiere siempre de mecanismos cautelares idóneos y suficientes que permitan dar a la sentencia definitiva la eficacia que, en caso de transcurrir en su totalidad el proceso sin correctivos, se vería absolutamente cercenada o, al menos, menoscabada...”.

De manera que, con miras a garantizar el aludido derecho a la tutela judicial efectiva, pasa la Sala de inmediato a analizar la procedencia de la medida cautelar en los términos antes expuestos, debiendo para ello determinarse si se encuentran o no presentes los extremos requeridos para el decreto de cualquiera de los mecanismos de protección cautelar, esto es, la existencia del *periculum in mora* y la presunción de buen derecho, siendo además una condición adicional exigida para el caso de las medidas cautelares innominadas, la atinente a la verificación del *periculum in damni*, consistente en el fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.

CSCA

15-3-2008

Juez Ponente: Emilio Ramos González

Caso: Oscar Alberto Carrizales López vs. Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

Existe de parte del juez, en aras de resguardar el derecho a la tutela judicial efectiva, una doble misión al aplicar los procedimientos legales para la resolución de las pretensiones, ya que por un lado deberá establecer la compatibilidad de éstos con respecto a las garantías constitucionales que conforman el debido proceso, a los fines de brindar oportunidad para el pleno ejercicio del derecho a la defensa de las partes y, por otra parte, deberá vigilar que los procedimientos judiciales respondan de manera satisfactoria a la pretensión del Tex-

to Constitucional de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, siendo la posibilidad de obtener una justicia expedita un índice revelador de su mayor satisfacción.

En este sentido, observa esta Corte que el Texto Constitucional establece de manera expresa el derecho a la tutela judicial efectiva en su artículo 26, al tiempo que consagra como una manifestación concreta del mismo el derecho de toda persona a obtener con prontitud la decisión sobre la pretensión que plantea ante los Órganos Jurisdiccionales. Ahora bien, la posibilidad concreta de obtener una decisión pronta, una tutela judicial expedita, se puede decir que constituye una de las mayores inquietudes que se presentan en el campo del derecho procesal, pues confronta de manera directa la rapidez en que debe administrarse la justicia, con la seguridad jurídica que debe brindar todo proceso a las partes que se desenvuelven dentro de él, lo cual parecen ser dos posiciones incompatibles.

Esta circunstancia cierta, es planteada por el MONROY en términos definitorios al expresar "(...) la frase Justicia rápida y segura, produce el efecto de todas aquellas frases que no pueden ser demostradas, por lo tanto: o la elevamos a la categoría de dogma o, simplemente, prescindimos de ella por superficial" (Monroy, J. "Del mito del procedimiento ordinario a la tutela diferenciada", *Memorias del Congreso Latinoamericano de Derecho Procesal*, Mérida: Casa Blanca, 2000, p. 72)

Ahora bien, tal como se destacó con anterioridad, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, parece inclinarse por la posibilidad de que sea materializable la propuesta de una justicia rápida y segura, sin que exista necesidad de dogmatizar tal frase sino representarla con signo objetivos de materialización, lo cual parece desprenderse de un conjunto de normas que establecen determinados derechos que poseen las partes dentro del proceso, y de pautas que deben cumplir los jueces al momento de administrar justicia.

En este orden de idea, el Constituyente de 1999 ha consagrado, para satisfacer la anhelada justicia rápida y segura, los siguientes derechos: el derecho de toda persona a obtener con prontitud la decisión correspondiente (Artículo 26) y, asimismo, dentro de las pautas establecidas como de obligatorio cumplimiento por el juez en el ejercicio de su actividad jurisdiccional, se encuentra la garantía de brindar una justicia sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (Artículo 26, único aparte) y, por último, el establecimiento del proceso como instrumento para la realización de la justicia, y la obligación de no sacrificar la misma por la omisión de formalidades no esenciales (Artículo 257 CRBV). De esta forma, se aprecia cómo el Constituyente de 1999 ha ideado un conjunto de normas en función de lograr la rapidez dentro del trámite procesal, lo cual debe proyectarse en la satisfacción del anhelo de obtener la decisión de fondo con la mayor prontitud posible.

Ahora bien, junto a lo anterior debe esta Corte observar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a los fines de satisfacer una justicia que además de expedita otorgue las garantías suficientes a las partes para la defensa de sus derechos, consagra igualmente el derecho al debido proceso, lo cual trae como consecuencia que los procedimientos legales deben adecuarse para resguardar las garantías procesales que, como derecho constitucional, conforman dicho derecho.

Sobre la base de lo anterior, deben prevalecer las garantías constitucionales que componen el debido proceso por encima de aquellas normas procesales de carácter legal, en los casos en que desconozcan algunas de estas garantías, toda vez que dentro del proceso debe asegurarse la igualdad y un debate que permita la contradicción o defensa, desarrollados de conformidad con las formas preestablecidas en el ordenamiento.

Lo anterior, la prevalencia de las garantías constitucionales en la tramitación de los procesos judiciales, es traída a colación por esta Corte por cuanto considera que existe de parte del juez, en aras de resguardar el derecho a la tutela judicial efectiva, una doble misión al aplicar los procedimientos legales para la resolución de las pretensiones, ya que por un lado deberá establecer la compatibilidad de éstos con respecto a las garantías constitucionales que conforman el debido proceso, a los fines de brindar oportunidad para el pleno ejercicio del derecho a la defensa de las partes y, por otra parte, deberá vigilar que los procedimientos judiciales respondan de manera satisfactoria a la pretensión del Texto Constitucional de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, siendo la posibilidad de obtener una justicia expedita un índice revelador de su mayor satisfacción.

C. *Garantía de igualdad y no discriminación*

TSJ-SPA (0610)

15-5-2008

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Armando Jesús Pichardi Romero vs. Ministerio de la Defensa, (hoy Ministro del Poder Popular para la Defensa).

Para determinar la violación del derecho a la igualdad resulta necesario que la parte presuntamente afectada en su derecho demuestre la veracidad de sus planteamientos, ya que sólo puede advertirse un trato discriminatorio en aquellos casos en los cuales se compruebe que frente a circunstancias similares y en igualdad de condiciones, se ha manifestado un tratamiento desigual.

Denuncia la violación de los numerales 1 y 2 del artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo establecido en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, al estimar que para el momento en que se le negó la solicitud referente a la pensión de retiro, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo mediante sentencia N° 93-830 de fecha 13 de agosto de 1993, aplicó –a su decir– las leyes con efecto retroactivo en beneficio de una serie de militares que se encontraban en una situación similar a la suya.

Ahora bien, respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, previsto en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la jurisprudencia ha señalado que debe interpretarse como el derecho que tienen todos los ciudadanos a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros; asimismo, ha precisado que la discriminación existe también cuando en situaciones análogas o semejantes se decide de manera distinta o contraria sin aparente justificación (Ver sentencia de esta Sala N° 00118 del 29 de enero de 2008).

El mencionado artículo 21, dispone lo siguiente:

“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 circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (...).”

Sobre este particular, igualmente ha sostenido la Sala que para determinar la violación del derecho a la igualdad resulta necesario que la parte presuntamente afectada en su derecho demuestre la veracidad de sus planteamientos, ya que sólo puede advertirse un trato discriminatorio en aquellos casos en los cuales se compruebe que frente a circunstancias similares y en igualdad de condiciones, se ha manifestado un tratamiento desigual (*Ver sentencias de esta Sala N° 1.450 y 526 de fechas 7 de junio de 2006 y 11 de abril de 2007*).

En el caso bajo análisis alega el recurrente, que en la sentencia N° 93-830 de fecha 13 de agosto de 1993, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo otorgó a unos militares, la pensión de retiro establecida en la Ley Orgánica de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas del año 1977, aun cuando para ese momento se encontraba derogada dicha Ley, señalando, que de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, antes transcrito, a él también debió otorgársele la pensión de retiro conforme a dicha normativa, pues en ambos casos se verificaban circunstancias similares e igualdad de condiciones.

Respecto a este alegato debe señalarse, que la ley aplicable para determinar si un militar debe gozar del beneficio de la pensión de retiro, es aquella que se encuentre vigente para el momento en que se verifique el cambio de situación de funcionario activo a retirado.

Conforme con lo anteriormente señalado, visto que en el presente caso el recurrente fue pasado a situación de retiro por medida disciplinaria en el año 1995, fecha para la cual se encontraba vigente la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 4.153 Extraordinario de fecha 28 de diciembre de 1989, la cual derogó a la Ley Orgánica de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas publicada en la *Gaceta Oficial* N° 2.058 de fecha 6 de julio de 1977, le resultaba aplicable el primero de los señalados textos legales.

Por otra parte, debe indicarse que el recurrente no aportó a los autos algún elemento probatorio que permitiese a esta Sala concluir que en situaciones análogas la Administración decidió de manera distinta, razón por la cual debe desecharse la denuncia de violación del derecho a la igualdad. Así se declara.

D. *Las garantías del debido proceso*

CSCA

7-4-2008

Juez Ponente: Emilio Ramos Gonzalez

Caso: Kenny Daniel Estévez Perdomo vs. Comisión de Estudios de Postgrado de la Facultad de Medicina de la Universidad Central de Venezuela.

El debido proceso es un derecho aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas, norma que tiene su fundamento en el principio de igualdad ante la ley, dado que el debido proceso revela que las partes tanto en el procedimiento administrativo, como en el proceso judicial, deben tener igualdad de oportunidades tanto en la defensa de sus respectivos derechos como en la producción de las pruebas destinadas a acreditarlos.

a. *Principio non bis in idem***TSJ-SPA (0846)****31-4-2008**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: C.A. LA ELECTRICIDAD DE CARACAS vs. Ministro de la Producción y el Comercio, hoy Ministro del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio.

Dadas las competencias concurrentes de algunos entes, no podrá la Administración ejercer dos veces su potestad sancionadora cuando exista identidad de sujetos, identidad de supuesto de hecho e identidad en el bien jurídico protegido por las normas cuya aplicación se pretenda.

1.- Alegó en primer lugar la recurrente que el INDECU carecía de competencia administrativa para resolver el reclamo que le fuera efectuado por la ciudadana Yolanda Bellorín, en virtud de que la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, en su artículo 40, ordinal 2°, le atribuía dicha competencia en primera instancia a la propia empresa y en segunda instancia a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica; lo cual elimina cualquier posible atribución genérica del INDECU para defender los derechos de los usuarios de servicios públicos. En tal sentido, citó criterio jurisprudencial de la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal contenido en la aclaratoria de la sentencia N° 1.042 de fecha 31 de mayo de 2004.

Al respecto, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada en la *Gaceta Oficial* N° 4.898 Extraordinario del 17 de mayo de 1995, vigente para el momento en que ocurrieron los hechos objeto del procedimiento administrativo seguido por el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), señalaba en sus artículos 1°, 2°, 3° y 86, ordinal 1°.

... Por otra parte, la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.568 Extraordinario del 31 de diciembre de 2001, prevé en sus artículos 16 y 40, numeral 2...

... De las normas arriba transcritas se desprende que tanto la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, como el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario (INDECU) ostentan competencias atinentes al resguardo de los intereses de los usuarios del servicio eléctrico, pues las empresas que se dedican a la distribución de energía eléctrica se encuentran también comprendidas entre los sujetos descritos como “proveedores” por el artículo 3 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, vigente para el momento en que ocurrieron los hechos (actualmente artículo 4 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.930 del 4 de mayo de 2004).

Incluso es posible que ambas leyes, al coincidir en algunos de sus objetivos, regulen o tipifiquen como ilícitos administrativos situaciones semejantes, sin que ello necesariamente implique que el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario (INDECU), deba renunciar a las competencias y funciones que la Ley le atribuye para procurar la defensa de los derechos e intereses de los consumidores o usuarios; sin embargo, de acuerdo al numeral 7 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no es posible que una persona sea sancionada dos veces por los mismos hechos y con idéntica finalidad, por lo que en casos como el presente, en los que exista una duplicidad de normas destinadas a proteger el mismo bien jurídico, el ejercicio por parte de uno de los mencionados organismos de las competencias que le son otorgadas por ley y la imposición de la respectiva medida, excluirá que el administrado pueda ser nuevamente sancionado por los referidos hechos.

En suma, dadas las competencias concurrentes de algunos entes, no podrá la Administración ejercer dos veces su potestad sancionadora cuando exista identidad de sujetos, identidad de supuesto de hecho e identidad en el bien jurídico protegido por las normas cuya aplicación se pretenda.

A su vez, cabe destacar que la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico no deroga ni limita en forma alguna las competencias que legalmente ostenta el INDECU, por lo que la sola previsión de funciones similares en cabeza de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, de los Municipios o incluso de las propias empresas encargadas del suministro de energía eléctrica, no es suficiente para alegar la incompetencia del Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario (INDECU), por lo que la Sala desestima la denuncia bajo análisis. Así se decide.

Por último, con relación a la referencia hecha por los apoderados de la parte recurrente respecto a un criterio jurisprudencial emitido por la Sala Constitucional en la aclaratoria a la sentencia N° 1042 del 31 de mayo de 2004, se observa que en dicha decisión se indicó lo siguiente:

“ 1.- En lo que respecta al primer punto de la solicitud de aclaratoria, observa esta Sala, que en forma precisa y concreta, por decisión del 20 de noviembre de 2002, entre otros particulares, esta Sala decretó medida cautelar en los siguientes términos:

”la Sala resuelve ordenar a la empresa demandada ELEORIENTE abstenerse de cobrar la supuesta energía recuperada, de manera alguna, independientemente de las características físicas del recibo o el método empleado para la exigencia del pago. Esta decisión, lógicamente, incluye que la empresa ELEORIENTE se abstenga de suspender el servicio, amenazar con suspensión o compeler bajo cualquier otra vía a sus suscriptores para que realicen el pago de la supuesta energía recuperada. Todo esto hasta que sea decidida de forma definitiva la presente causa, salvo que esta Sala encuentre que, de la tramitación del proceso, se desprendan elementos que hagan evidente que no sean ya necesarias. Así finalmente se juzga”.

Igualmente observa la Sala, que dicha medida cautelar tuvo vigencia desde la fecha en que fue decretada hasta la fecha de la decisión definitiva que en forma expresa la suspendió y, en virtud, de que se estaba en presencia de una medida preventiva innominada, decretada por esta Sala a fin de evitar cualquier lesión o daño que pudiera haber producido una de las partes en el derecho de la otra y con la finalidad de garantizar, tanto la eficacia como la efectividad de la sentencia definitiva y de la función jurisdiccional misma, al haberse declarado sin lugar la demanda contra ELEORIENTE, al no quedar comprobado los hechos que se le atribuían, la consecuencia lógica fue suspender la medida preventiva acordada, en consecuencia, en virtud de la naturaleza provisional de las medidas preventivas y su instrumentalidad, la situación con respecto a la misma se retrotrae al momento en que se decretó, todo lo cual se desprende de las “Consideraciones para Decidir” y del dispositivo del fallo. Por lo tanto no hay punto que aclarar al respecto.

Asimismo, reitera la Sala, que el artículo 54 del Reglamento de Servicio, es el que establece el procedimiento que deben aplicar los prestadores de servicio eléctrico, sean públicos o privados, para la recuperación del valor de la energía y la demanda no facturada por concepto de irregularidad o anomalía.

2.- En lo que respecta al segundo punto de la solicitud de aclaratoria, tanto en las “Consideraciones para Decidir”, como en su parte dispositiva el fallo, en su aparte Segundo en concordancia con el aparte Primero, cuando se refiere al objeto de la pretensión por derechos o intereses difusos o colectivos, fue claro al señalar que “El Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario será competente conforme los artículos 28 y 29 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario en concordancia con el artículo 110.2 eiusdem, para conocer las denuncias provenientes de facturación ilegal sobre el con-

cepto de energía recuperada”, todo ello sin perjuicio de los derechos y procedimientos reconocidos por las leyes citadas en el fallo a favor del usuario (entre estas leyes se encuentra el Reglamento de Servicio), lo cual conduce a que el único procedimiento aplicable por los distribuidores de energía en los casos de anomalías o irregularidades, sea el del artículo 54 del Reglamento de Servicio. En consecuencia, no haya nada que aclarar sobre este particular.”

El Reglamento de Servicio al que alude la sentencia en comentario, fue dictado por el Ministro de Energía y Minas el 18 de noviembre de 2003 mediante la Resolución N° 310, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.825 del 25 de noviembre de ese mismo año.

Este reglamento contiene en su artículo 54 el “Procedimiento para recuperación del valor de la energía y la demanda no facturada por concepto de Irregularidad o Anomalía”.

De lo anterior se desprende, no sólo que al momento en que se verificaron los hechos que originan el presente juicio no estaba vigente el mencionado reglamento, sino que además, la norma contenida en el artículo 54 del mismo no tiene relación alguna con los supuestos del caso autos, pues se refiere al procedimiento que deben seguir las empresas que suministran energía eléctrica para recuperar el valor de la misma.

Así, lo expresado en dicho fallo no puede ser extraído de su contexto, pues tanto de la lectura del artículo 54 del Reglamento del Servicio Eléctrico, como del texto íntegro de la sentencia N° 1042 y de su aclaratoria signada con el N° 1291, se evidencia que la empresa recurrente tergiversó en su argumento lo expresado en el fallo invocado, en virtud de lo cual el alegato bajo análisis debe ser desestimado.

2. *Derechos Individuales: Derecho a la protección del honor*

CSCA

7-4-2008

Juez Ponente: Emilio Ramos González

Caso: Kenny Daniel Estévez Perdomo vs. La Comisión de Estudios de Postgrado de la Facultad de Medicina de la Universidad Central de Venezuela.

La Corte señala las maneras en que se concreta el derecho a la protección del honor y la reputación de las personas. (Art. 60 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

De hecho, es precisamente la arbitrariedad o la ilegalidad de un acto la que podría en determinadas circunstancias perjudicar la dignidad, el honor y la reputación de alguien, circunstancia en la que el artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, otorga el derecho a la protección del honor y la reputación de las personas, protección que se concreta de varias maneras.

El derecho al honor consiste en el derecho a que otros no condicionen negativamente la opinión que los demás hayan de formarse sobre nosotros, y el valor o bien jurídico protegido por él es el aprecio social, la buena fama, la reputación; en una palabra la estimación a la vista de los otros. “(...) Algunos hablan del derecho a decidir autónomamente ‘cómo presentarse en público’. Aunque es conceptualmente distinto del derecho a la intimidad, tiene un cercano parentesco con ella: el honor es la fachada exterior del edificio cuyo interior resguarda la esfera privada de la vida de las personas. En qué consista la buena reputación depende, como es obvio, de las ideas y creencias sociales imperantes en cada momento, por lo que se trata de un derecho cuyo objeto puede experimentar variaciones por razón del tiempo y el espacio (...)” (Luís María Díez-Picazo. *Sistema de Derechos Fundamentales*, España, 2005, p. 299).

Con relación a la problemática que plantea la reputación profesional desde el punto de vista del derecho al honor, ha manifestado la doctrina que “(...) Aunque no está radicalmente excluida del ámbito de protección del derecho al honor, la jurisprudencia constitucional [española] es muy restrictiva. La razón es que existe un interés general en que las distintas profesiones sean ejercidas correctamente, lo que exige que haya transparencia y crítica.

Así, el Tribunal Constitucional [español] ha sostenido que la crítica a la pericia profesional, aun acerba, siempre que no incida sobre la dignidad personal del criticado, no vulnera el derecho al honor (...)” (Luís María Díez-Picazo. *Sistema de Derechos Fundamentales*, España 2005, p. 299).

Con relación al derecho a la propia imagen, tradicionalmente se ha considerado ésta como una manifestación del derecho a la intimidad, cuyo valor o bien jurídico protegido es identificado con el ámbito propio y reservado de las personas, cuya real existencia es precisa para lograr una calidad mínima de vida humana, referido al aspecto corporal de la persona, imagen en consecuencia es, el aspecto físico de la persona en tanto en cuanto pueda calificarse, habida cuenta de las circunstancias de íntimo o reservado (*Vid.* Luís María Díez-Picazo. *Sistema de Derechos Fundamentales*, España 2005, p. 296).

La visión tradicional sobre el derecho a la propia imagen, ha experimentado cambios que la han ampliado y corregido, siendo el más notable la configuración de éste derecho como un derecho autónomo, y no exclusivamente como una expresión del derecho a la intimidad o al honor.

El resultado de esas modificaciones conceptuales, es que el aspecto físico de la persona resulta amparado inclusive cuando, habida cuenta de las circunstancias, no tiene nada de íntimo o no afecta su reputación (*Vid.* Luís María Díez-Picazo. *Sistema de Derechos Fundamentales*, España 2005, p. 298).

El Tribunal Constitucional español ha declarado que el derecho a la propia imagen, en su dimensión constitucional, se establece como un derecho de la personalidad, que asigna a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que posibilite su identificación, lo que comporta tanto el derecho a fijar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (*Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 81/2001, de 26 de marzo).

Asimismo ha sostenido ese Máximo Tribunal en su jurisprudencia que no puede deducirse del artículo. 18.1 de la Constitución Española que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas de impedir que los rasgos físicos que identifican a la persona se capturen o se difundan.

El derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto, y por ello su contenido se encuentra deslindado por el de otros derechos y bienes constitucionales (*Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 81/2001).

La precisión de estos límites debe realizarse considerando la dimensión teleológica del derecho, y por esta razón han estimado que debe protegerse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su connivencia o sin que existan circunstancias que legitimen esa intrusión.

De ahí que hayan sostenido que “(...) la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia -y previa- conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél (...)” (*Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional Español, STC 99/1994).

3. *Derechos Culturales y Educativos: Derecho a la Educación*

CSCA

7-4-2008

Juez Ponente: Emilio Ramos González

Caso: Kenny Daniel Estévez Perdomo vs. Comisión de Estudios de Postgrado de la Facultad de Medicina de la Universidad Central de Venezuela.

El derecho a la Educación, como todos los derechos fundamentales, no es un derecho absoluto e ilimitado y su ejercicio implica el reconocimiento y garantía de otros derechos.

...Sobre este particular, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela preceptúa en su artículo 102 el derecho a la Educación, como un derecho de todos los ciudadanos, el cual está orientado a la preservación de una sociedad democrática, basada, entre otros valores, en la participación activa de ésta y en el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros que la conforman como un deber social fundamental, democrático, gratuito y obligatorio, garantizado por el Estado, quien lo asume como una función “(...) indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades (...)”.

De hecho, en principio nuestro sistema educativo se encuentra regulado, entre otros instrumentos legales, por la Ley Orgánica de Educación, la cual establece las directrices y bases para la “(...) orientación, planificación y organización (...)” de dicho sistema (artículo 1), conforme al cual todo ciudadano tiene derecho a “(...) recibir una educación conforme con sus aptitudes y aspiraciones, adecuadas a su vocación...sin ningún tipo de discriminación (...)”, para lo cual el “(...) Estado creará y sostendrá instituciones y servicios suficientemente dotados (...)” a fin de “(...) garantizar el máximo rendimiento social del sistema educativo y de proporcionar una efectiva igualdad de oportunidades educacionales (...)”. (Artículo 6) (Vid. Sentencia Número de fecha 20 de septiembre de 2001, caso: *José Antero Garfidez contra la Universidad Central de Venezuela*, Expediente Número 00-2839, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia).

Los derechos fundamentales en su totalidad, y aún separadamente, no han podido y no podrán ser derechos ilimitados, ello en razón de que el titular de esos derechos fundamentales no es un individuo aislado y soberano, sino un individuo que forzosamente ha de vivir, convivir y relacionarse socialmente, conectándose con ello las reivindicaciones indispensables de la comunidad, todo ello siempre dentro del marco constitucional.

Conforme a ello, corresponde señalar que el derecho a la Educación, como todos los derechos fundamentales, no es un derecho absoluto e ilimitado y su ejercicio implica el reconocimiento y garantía de otros derechos, sobre este particular la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia declaró mediante sentencia número 03075 de fecha 20 de diciembre de 2001 (Caso: *Lucy Núñez Burgos*) lo siguiente:

“(...) Con relación a la presunta violación del derecho a la educación, observa la Sala que dicho derecho no es absoluto, toda vez que debe ser ejercido en el marco del sistema educativo organizado por el Estado, y posteriormente por cada Institución Educativa, a través de la ley correspondiente, en este caso, la Ley de Universidades y sus Reglamentos (...)” (Resaltado de esta Corte). Por su parte la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia número 1509 de fecha 13 de agosto de 2001, (Caso: *Gian Carlo Seguro Laurentin contra la Universidad Central de Venezuela*), que el Derecho a la Educación es “(...) un derecho constitucional desarrollado por las leyes que rigen la materia, donde se establecen los requisitos que deben cumplir los estudiantes de postgrado que cursan una determinada especialidad para adquirir el título al cual aspiran (...)” (Resaltado de esta Corte).

4. *Derechos Políticos*A. *El sistema de partidos políticos y de asociación política: Financiamiento de las asociaciones políticas*

TSJ-SC (780)

8-5-2008

Magistrado Ponente: Francisco Carrasquero López

Caso: Recurso de Interpretación del artículo 67 de la Constitución interpuesto por Patria para Todos (P.P.T.) y por la Democracia Social (PO-DEMOS).

El contenido y alcance de la norma contenida en el artículo 67 de la Constitución, respecto a la proscripción de aportar fondos públicos a las asociaciones políticas, no limita que en el marco del proceso electoral y como gasto inherente a una fase esencial del mismo, el Estado (de acuerdo con el principio de legalidad presupuestaria y observando el principio de reserva legal que impera en materia de elecciones, según dispone el artículo 156.32 de la Carta Fundamental), destine fondos con el objeto de financiar el desarrollo de las campañas electorales, de los partidos y asociaciones políticas inscritos ante el ente comicial.

...la norma cuya interpretación se pretende, es del siguiente tenor:

“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 asociaciones con fines políticos no podrán contratar con entidades del sector público”.

Concretamente, la solicitud de interpretación se refiere, al alcance de la prohibición de financiamiento público de asociaciones políticas, para lo cual, es necesario hacer las siguientes consideraciones:

Esta Sala ha desarrollado de forma inveterada, que la hermenéutica constitucional, debe realizarse de un modo sistemático, donde las normas deben ser analizadas a la luz de todo el bloque de la constitucionalidad, pues tal como se desprende de la decisión N° 1581, dictada el 12 de julio de 2005 (caso: *Ángel Rafael Ávila y otros*), el Texto Fundamental “...es un conjunto sistemático de valores, principios y normas racionalmente entrelazados, informados por una filosofía política determinada, según la cual se organizan los Poderes Públicos, se atribuyen competencias a los órganos del Estado y se fijan las metas de su actuación. Por ello, ninguno de sus preceptos debe considerarse de manera aislada, ni independiente de los demás, ya que su sentido y alcance se encuentra conectado con los restantes preceptos cons-

titucionales. De este modo, la interpretación intrasistemática de la Constitución obliga a entender sus normas en armonía, sin magnificar el sentido de algunos preceptos, ni minimizar el de otros, con el propósito de compatibilizarlos positivamente para garantizar su homogeneidad, cohesión y coherencia”.

En este mismo sentido, la sentencia N° 962, dictada por la Sala el 9 de mayo de 2006 (caso: *Cervecerías Polar Los Cortijos C.A., y otros*), estableció, que “...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”.

La precitada sentencia profundizó el análisis sobre la interpretación integradora de la Constitución y, al efecto, precisó lo que a continuación se transcribe:

“...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 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”.

En el mismo orden de ideas, la sentencia N° 1307, del 28 de junio de 2006 (caso: *Narciso Cenovio Franco*), estableció que “...el ordenamiento jurídico venezolano, da cabida a la tesis según la cual, ante múltiples interpretaciones, habrá de aplicarse la que se mantenga dentro de los principios y reglas constitucionales, respetando su contenido esencial y por tanto, salvaguardando el principio general de unidad del ordenamiento, donde la Constitución tiene prevalencia”.

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*, 4° Edición, Editorial Civitas 1994, Madrid, p. 29) denomina como “fuentes significativas” del ordenamiento, esto es, el condensado de reglas superiores de la organización del Estado, que expresan la unidad del ordenamiento jurídico.

Esta fórmula interpretativa, también es recogida por Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 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, *Derecho Público Constitucional*, Editorial Reus, Madrid 1927, 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 de la voluntad jurídica del legislador, lo cual se logra mediante una reconstrucción de las circunstancias concomitantes que permiten aprehender el valor real de la norma, a través de la aplicación lógica de los principios.

En el contexto hermenéutico expuesto, lejos han quedado desde el punto de vista doctrinario, afirmaciones como las de Sartori, *Teoría de la Democracia. El Debate Contemporáneo*, Ediciones Rei, Argentina 1990, p. 19), según la cual, la democracia se agota en el proceso electoral, o el supuesto carácter elitista de la concepción según la cual, la democracia supone usos y no sólo votos.

Ciertamente, la democracia exige la celebración periódica de elecciones, como elemento legitimador del poder, y precisamente, ello, sirvió de fundamento para la constitucionalización del Poder Electoral, y de su carácter instrumental en la manifestación de soberanía popular. Sin embargo, el principio democrático, como manifestación de confianza en la sociedad y en su capacidad de autodeterminarse, es modernamente concebida como un *supra* concepto, que trasciende los meros esquemas electorales, para adentrarse en lo que Araujo Rentería *Principios de Derecho Constitucional*, McGraw-Hill Interamericana, Bogotá 1999, p. 3, califica como el poder del pueblo, pues éste es el titular del poder político.

En este sentido, se pronunció García-Pelayo, “Derecho Constitucional Comparado”, *Manuales de la Revista de Occidente*, Madrid 1951, p. 321, señalando, que el análisis de la democracia implica algo más que un puro método de formación de la voluntad del Estado, que se desarrolla desde el punto de vista de los particulares, a través de los distintos medios de participación política, dentro de los cuales guarda un papel estelar, el sufragio universal, directo y secreto.

De este modo, el maestro García Pelayo planteaba, que el origen del principio *in comento*, se encontraba en la antítesis del sistema de privilegios de *l'ancien régime*, para caracterizarse, por una voluntad y actividad estatal formada y ejercida por los mismos que están sometidos a ellas (igualdad), lo cual supone, que el pueblo dirige el poder del Estado.

De allí, que Hauriou, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Barcelona 1971, Editorial Ariel, p. 73, concibe a la democracia como una organización racional, que mediante el debate, le asigna a la comunidad política una finalidad humanista, propugnando el desarrollo del grupo social, la salvaguarda del bien común, la defensa y la protección de la persona y sus bienes.

En tal sentido se pronuncia Naranjo Díaz, *Introducción al Estudio del Derecho Constitucional*, Editorial Mobil Libros, Caracas 1996, p. 85, al atribuirle a la democracia el carácter de régimen político, en el cual, la acción de gobierno la ejerce el pueblo en su propio beneficio, y por tanto, en pro del mayor bienestar colectivo posible.

De esta forma, el principio democrático tiende a construir la vida social y política como un proceso indefinidamente abierto, donde prima por encima de todo el interés de la sociedad y el respeto a la dignidad del ser humano y a sus derechos esenciales. Es decir, el bien común es la función determinante de toda la acción de Estado democrático y es su efectividad material o finalista, la que permite evaluar si el Estado se adecua a dicho principio.

Sobre la base de la anterior consideración Calero, *Partidos Políticos y Democracia*, Barcelona 1982, Ediciones Salvat, p. 53, afirma certeramente, que la democracia supone

lucha contra la pobreza, la falta de oportunidades, el estancamiento económico y en fin, las distintas situaciones que de manera negativa afectan a la sociedad y de allí, que un Estado democrático, es aquel que con base jurídica, es capaz de adoptar las decisiones esenciales para la vida de la comunidad.

Ahora bien, el complemento constitucional en el término democracia se encuentra positivizado en el preámbulo de la Constitución, que como columna vertebral o propósito del pacto político, hace referencia, a que la democracia venezolana es de carácter participativo, lo cual, parte de una visión protagonista del pueblo y del espíritu cívico de su población.

Así, la democracia concebida por el Constituyente de 1999, parte de una base valorativa en la educación ciudadana, proclive a la participación, establecida en los artículos 62 y 70 *eiusdem*, como un derecho ciudadano; una obligación del Estado, que lo coloca en una situación jurídica en la cual debe permitir y fomentar tal participación; y finalmente, un deber de la sociedad como determinante de su propio destino, en todos los ámbitos, no sólo político, sino social, humano, cultural y familiar. Según se observa, la democracia participativa supone la armonización entre la titularidad y el ejercicio de la soberanía, pues el pueblo incide libre y directamente en los asuntos públicos, en concordancia con el principio de soberanía popular y con la noción de un Poder Público abierto o permeable a las aspiraciones populares, adaptándose a las exigencias que la propia sociedad plantea.

Ahora, parte esencial del sistema de democracia participativa, lo constituye el derecho de asociación política a que hace referencia la norma bajo análisis, pues éstas, como género asociativo que da lugar a una pluralidad de estructuras subjetivas, entre las cuales se encuentran los partidos, los grupos de electores, etc., constituyen organizaciones ciudadanas de carácter permanente, que articulan la actuación política, combaten la quietud ideológica, promueven sus ideales programáticos, suscitan la evolución y maduración ciudadana, y propugnan la conformación de nuevos actores que desde una visión particular de la política, pretenden incidir en el debate público.

Como puede observarse, las organizaciones políticas a que se refiere el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, difieren de las organizaciones clientelares, originariamente constituidas sobre la base de los “amigos políticos” y no de un programa político sistemático. Antes bien, la señalada norma constitucional, se refiere a las distintas asociaciones de electores, que se encuentran vinculadas por un ideario político determinado, que conjuntamente con las demás corrientes del pensamiento público, coadyuvan en el establecimiento de una sociedad democrática, abriendo la estructura burocrática a la participación ciudadana.

En efecto, las formulas asociativas de carácter político, son grupos sociales conformados por la integración de personas vinculadas ideológica y espiritualmente, que buscan incidir en el poder y, por ende, se erigen en voceros de los sectores sociales que los respaldan.

En el marco constitucional expuesto, resulta patente que la masa electoral es homogénea, en cuanto a que el ejercicio democrático, corresponde al pueblo jurídica y políticamente capaz, pero, por otra parte, se evidencia heterogénea, en cuanto al pluralismo político a que se refiere el artículo 2 de la Carta Magna, y cuya organización en torno a una visión política concreta, da lugar a grupos parciales dentro de la totalidad de la población políticamente hábil, y es, precisamente ésta la *ratio* del dispositivo según el cual “*No se permitirá el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado*”, pues el Poder Público se debe a toda la población y, por tanto, no debe promover a una parcialidad política, con su visión fragmentada de la realidad de la nación.

Efectivamente, dentro de los parámetros del artículo 67 de la norma *normarum*, el Estado no puede promocionar el gasto ordinario de las asociaciones políticas, pues ello, equivaldría a fomentar la visión y los objetivos particulares de una organización con intereses propios. Empero, una cosa son las finanzas internas de la organización y su gasto ordinario, y otra cosa, lo que De Esteban, *Curso de Derecho Constitucional Español II*, Madrid 1993, p. 522, concibe, como uno de los temas más conflictivos en materia electoral, a saber, el fomento económico de los procesos electorales. De allí, que tanto en los países europeos como en algunos de América Latina, se tienen mecanismos de subvención pública como apoyo de campañas electorales. La importancia de los partidos políticos y asociaciones, la transparencia de los fondos y la equidad entre candidaturas, así lo han impuesto.

Ciertamente, es necesario distinguir entre la financiación de los costos internos de una asociación política determinada (cualquiera sea su especie, verbigracia: partido, grupo electoral u otra unión concebida para la práctica política), que deben ser sostenidos por los miembros de la misma, pues su existencia obedece a la voluntad personal de los asociados, y el fomento patrimonial del proceso electoral, que encuentra en la campaña, una fase esencial, cuya finalidad es dar a conocer a los candidatos y sus programas, de manera que los electores se puedan pronunciar racionalmente y no de manera volitiva, sobre las diferentes opciones políticas, lo cual constituye en vez de un gasto, una inversión por constituir educación cívica electoral para el ejercicio del sufragio y la convivencia democrática.

De lo expuesto, se observa que la campaña electoral, no es sólo la expresión individual o asociativa del derecho a postulación de cualquier tipo de asociación política debidamente inscrita, sino que forma parte esencial de los procesos electorales, que exigen como condición primaria, que las fuerzas políticas intervengan en la contienda electoral, en una mínima paridad entre los que concurren como aspirantes a cargos de elección popular, lo cual se logra, según De Esteban (*Ob. Cit.* p. 523), a través de dos métodos:

En primer lugar, la necesidad de establecer un equilibrio económico entre actores con acceso a capitales particulares que facilitan la penetración de estos candidatos en el electorado, a través de los medios de comunicación masivos y los aspirantes sin soporte económico particular.

La referida desigualdad, no es un asunto exclusivamente relacionado con el interés particular del aspirante que ve dificultado su acceso a los electores, por carecer de los recursos necesarios para participar en una campaña electoral, que en los tiempos modernos no resulta ajena a la penetración de los medios en la sociedad y el costo que ello representa.

La segunda propuesta, a la desigualdad *in comemnto*, se refiere a la limitación económica de carácter privado y el control del Estado sobre la misma, con el fin adicional, de impedir la corrupción y la ilicitud de los fondos utilizados para las campañas.

Sobre la base de tales consideraciones, el referido autor ha señalado, que tal inconveniente se solventa a través de la financiación pública de las campañas, no en cuanto actividad de los actores políticos, sino, en cuanto a la fase fundamental del proceso electoral, cuyo desarrollo fomenta el pluralismo ideológico-político, la salvaguarda del principio de racionalidad del sufragio, la garantía de diversidad para el electorado y la exigencia de claridad económica en la obtención y gasto del presupuesto utilizado para campañas electorales.

Así, el financiamiento público de los procesos electorales y dentro de ellos, de la campaña de los aspirantes a cargos de elección popular, constituye una exigencia de control sobre los actores políticos, su presupuesto y la relación competitiva que comprenden las operaciones electorales y al mismo tiempo, una actividad inherente a un sistema electoral transparen-

te, que propugna el debate, la participación y el protagonismo del pueblo y, por ende, desarrolla el *desiderátum* del preámbulo constitucional, en cuanto al carácter participativo de la democracia venezolana.

Según se ha visto, el fomento económico del Estado a las campañas electorales se encuentra adherido al principio democrático, por cuanto garantizaría que el electorado tenga acceso a las diversas propuestas que pudieran presentarse por parte de las diferentes asociaciones políticas (no sólo los partidos) sin un respaldo económico, con lo cual, propende a la igualdad de las condiciones de penetración de los diversos candidatos.

Entonces, la norma bajo examen, responde a una visión racionalizadora del gasto público y, en concreto, se circunscribe a la imposibilidad de aportar fondos a los gastos corrientes e internos de las distintas formas de asociaciones políticas, pero en el marco de las observaciones anteriores, dicha limitación, no resulta extensiva a la campaña electoral, como etapa fundamental del proceso electoral.

Por tanto, el contenido y alcance de la norma contenida en el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, respecto a la proscripción de aportar fondos públicos a las asociaciones políticas, no limita que en el marco del proceso electoral y como gasto inherente a una fase esencial del mismo, el Estado (de acuerdo con el principio de legalidad presupuestaria y observando el principio de reserva legal que impera en materia de elecciones, según dispone el artículo 156.32 de la Carta Fundamental), destine fondos con el objeto de financiar el desarrollo de las campañas electorales, de los partidos y asociaciones políticas inscritos ante el ente comicial, en el contexto del pluralismo político como elemento esencial de la democracia participativa y racional, pero que en todo caso, requiere *ex profeso*, de regulación normativa por parte de la Asamblea Nacional, porque en esto descansa el ejercicio de la reserva legal.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Distribución vertical del Poder Público*

A. *Estado federal descentralizado*

TSJ-SC (565)

15-4-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Recurso de Interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El enfoque del estado federal descentralizado consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es el de un sistema en el cual en el marco de la estructura político-territorial del Estado venezolano, es inherente al nivel nacional la potestad de coordinación en relación a los niveles estatales y municipales del ejercicio del Poder Público, tanto en las materias de competencia concurrente como en aquellas de competencia exclusiva nacional en las que de alguna forma intervengan los Estados y los Municipios.

Véase Página 154 de esta *Revista*

B. *Competencias concurrentes. Coordinación de competencias***TSJ-SC (565)****15-4-2008**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Recurso de Interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La Sala Constitucional define qué se entiende por la voz “coordinación” en el artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Véase Página 154 de esta *Revista*2. *Régimen del Poder Público Nacional*A. *Competencias del Poder Público Nacional*a. *Seguridad y Defensa de la Nación: Régimen de las armas***TSJ-SPA (0427)****9-4-2008**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Municipio Baruta del Estado Miranda e Instituto Autónomo de Policía Municipal de Baruta vs. Ministerio del Poder Popular para la Defensa.

La Fuerza Armada Nacional es el organismo competente para reglamentar y controlar todo lo relativo a las armas que no sean de guerra.

Estando en la oportunidad de pronunciarse sobre el mérito del asunto debatido, advierte la Sala que la parte demandante solicitó la nulidad de la Resolución N° 21.171, de fecha 03 de junio de 2003, dictada por el entonces MINISTRO DE LA DEFENSA, hoy MINISTRO DEL PODER POPULAR PARA LA DEFENSA, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.704, de fecha 04 de junio de 2003, mediante la cual se dictaron las “NORMAS PARA LA ADQUISICIÓN, REGISTRO Y CONTROL DE ARMAMENTO, MUNICIONES, ACCESORIOS Y EQUIPOS DE ORDEN PÚBLICO PARA LOS ORGANOS DE SEGURIDAD CIUDADANA Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO CON FUNCIONES POLICIALES” alegando que estaba viciada por incompetencia manifiesta, y que violaba la autonomía municipal, los principios de racionalidad, proporcionalidad y adecuación, además de la reserva legal.

1. Con relación a la alegada incompetencia del Ministro de la Defensa, adujo la parte recurrente, que dicho vicio resulta del hecho de que el fundamento del acto recurrido es el artículo 324 Constitucional, el cual otorga competencia para reglamentar y controlar la fabricación, importación, exportación, almacenamiento, tránsito, registro, control, inspección, comercio, posesión y uso de armas que no sean de guerra, a la Fuerza Armada Nacional, cuyo Comandante en Jefe es el Presidente de la República y no el Ministro de la Defensa; asimismo sostuvo, que en el supuesto negado de que se tratase de un caso de delegación de la facultad de reglamentar las leyes, otorgada al Presidente en el artículo 236 *eiusdem*, el acto estaba igualmente viciado de nulidad, pues no constaba la delegación hecha al referido Ministro.

Dispone el artículo 324 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela lo siguiente:

“Artículo 324. Sólo el Estado puede poseer y usar armas de guerra. Todas las que existan, se fabriquen o se introduzcan en el país, pasarán a ser propiedad de la República sin indemnización ni proceso. La Fuerza Armada Nacional será la institución competente para reglamentar y controlar, de acuerdo con la ley respectiva la fabricación, importación, exportación, almacenamiento, tránsito, registro, control, inspección, comercio, posesión y uso de otras armas, municiones y explosivos.”

Juzga la Sala que la sola lectura de la disposición transcrita, basta para desvirtuar los inconsistentes alegatos de la parte actora respecto a la incompetencia del titular del Ministerio de la Defensa para emitir el acto impugnado.

En efecto, según la letra de dicha norma, la Fuerza Armada Nacional es el organismo competente para reglamentar y controlar todo lo relativo a las armas que no sean de guerra, tal como se hizo a través del acto impugnado, y si bien el Presidente de la República es el Comandante en Jefe de las mismas, a tenor de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 236 Constitucional y el artículo 51 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, entonces vigente, no es menos cierto que aquél imparte sus órdenes a la Fuerza Armada Nacional por órgano del Ministro de la Defensa, según lo establece el artículo 53 *eiusdem*. Así, la resolución impugnada, según puede leerse en su encabezado, fue dictada “...Por disposición del ciudadano Presidente de la República...”.

Aunado a lo anterior, y más específicamente, el numeral 4 del artículo 9° del Decreto Sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, aplicable *ratione temporis* al caso bajo examen (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.672, de fecha 15 de abril de 2003), norma reproducida en el numeral 10 del artículo 10 del vigente Decreto Sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, señalaba que era competencia del Ministro de la Defensa:

“(...) La regulación, supervisión y fiscalización de la dotación de los cuerpos de policía, de los polvorines y depósitos de explosivos, así como la fabricación, importación, exportación, registro, comercio, transporte, almacenamiento, empleo y vigilancia de armas de guerra o no(...)”(Negrillas de la Sala)

Asimismo, los artículos 62 y 64, literal “p”, de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, rezan:

“Artículo 62. El Ministro de la Defensa, en ejecución de las órdenes del Presidente de la República, será la más alta autoridad en todas las cuestiones de mando, gobierno, organización, instrucción y administración de las Fuerzas Armadas Nacionales. “

“Artículo 64. Corresponderá al Ministro de la Defensa, además de las atribuciones que le confiere la Ley Orgánica de la Administración Central a todos los Ministros, las específicamente conferidas por ella al Ministro de la Defensa, y específicamente las siguientes:

(...*omissis*...)

p) Inspeccionar en todo lo relativo a material de guerra, los cuerpos de Policía y demás organismos armados regulares no adscritos a las Fuerzas Armadas Nacionales;(...)” (Negrillas de la Sala).

Cabe destacar que los citados dispositivos legales refuerzan el planteamiento expuesto *supra*, especificando que corresponde al titular del Despacho de la Defensa regular la dotación de los cuerpos policiales.

Por los motivos expuestos, juzga la Sala que resulta improcedente el alegado vicio de incompetencia manifiesta. Así se declara.

2. En lo que respecta a la pretendida violación de la reserva legal, alegó la parte actora que el acto impugnado infringió dicho principio, en virtud de que establece penas no contempladas en ninguna disposición legal, cuando señala en el numeral 1 del Capítulo VII que “Aquellos Órganos de Seguridad Ciudadana y Cuerpos de Seguridad del Estado con Funciones Policiales, que no cumplan con las disposiciones aquí establecidas, serán objeto de la retención y/o comiso del material de armas, municiones, explosivos, accesorios y equipos de orden público que posean”.

Advierte la Sala, que el artículo 324 Constitucional *supra* transcrito otorga en forma directa a la Fuerza Armada Nacional, la cual actúa por intermedio del Ministro de la Defensa como se dejó ya sentado, la competencia para reglamentar y controlar la fabricación, importación, exportación, almacenamiento, tránsito, registro, control, inspección, comercio, posesión y uso de armas, municiones y explosivos, y en tal virtud no es menester que un texto de rango infraconstitucional reitere o respalde dicha expresa asignación competencial.

En este sentido, la previsión de las sanciones administrativas en el acto recurrido, constituye una función inherente o implícita de la potestad de control y fiscalización que en tal sentido le fue otorgada a la Fuerza Armada por el Texto Constitucional en el comentado artículo 324.

Así, la Sala en anteriores oportunidades se ha pronunciado sobre el tema de las potestades implícitas de la Administración, dejando establecido lo siguiente:

“(…) Al analizarse detenidamente el contenido del aludido principio, se evidencia la existencia de dos intereses considerados como contrapuestos en el desarrollo de la actividad administrativa: por una parte, la necesidad de salvaguardar los derechos de los administrados contra los eventuales abusos de la Administración; y por la otra, la exigencia de dotar a ésta de un margen de libertad de acción.

Así, el principio de legalidad implica la existencia de una ley (*lex scripta*), que sea anterior (*lex previa*) y que describa un supuesto de hecho determinado (*lex certa*), lo cual tiene cierta correspondencia con el principio que dispone *nullum crimen, nulla poena sine lege*, esto es, no hay delito ni pena, sin ley penal previa. Se entiende pues, que la potestad sancionatoria requiere de una normativa que faculte a la Administración para actuar y aplicar determinada sanción administrativa.

No obstante lo anterior, ha sido criterio de esta Sala que si bien es cierto que se deben evitar actuaciones arbitrarias por parte de la autoridad administrativa, pues ésta se encuentra supeditada a una serie de reglas jurídicas, no es menos cierto que tal sujeción no debe ser excesiva, al punto que se impida un normal desenvolvimiento de la actividad administrativa, lo que de igual forma causaría graves perjuicios a los administrados. De manera que no siempre pueden precisarse anticipadamente por vía general todas las situaciones jurídicas que podrían generarse en el ámbito del derecho administrativo sancionatorio, por lo que resulta necesario en algunos casos habilitar a la Administración para que a través del ejercicio de sus potestades implícitas pueda regular las sanciones a aplicar en cada caso, partiendo de los supuestos previstos en determinada ley (véase, entre otras, sentencia de esta Sala N° 1.947 de fecha 11 de diciembre de 2003, caso *Seguros La Federación, C.A.*)” (Vid. Sentencia N° 00091, de fecha 18 de enero de 2006, caso: *Ángel Guillermo Zambrano vs. Ministerio de Infraestructura*).

Conforme al criterio que antecede, debe la Sala desechar la alegada violación del principio de reserva legal y de tipicidad. Así se declara.

3. Con relación a la pretendida violación de los principios de racionalidad, proporcionalidad y adecuación, sostuvo la parte demandante, resumidamente que "...la resolución impugnada contiene una serie de limitaciones y prohibiciones que resultan completamente absurdas, irracionales, desproporcionadas e ilógicas, contrariando de esta forma los más elementales principios de racionalidad, proporcionalidad y adecuación que debe observar toda actuación administrativa..."; sustentó sus alegatos citando la disposición contenida en el literal c, del Capítulo V del acto impugnado, donde se establece que las policías municipales no podrán contar con un número mayor de escopetas al equivalente al uno por ciento (1%) por cada quinientos (500) funcionarios, lo cual en su criterio se traducirá en falta de protección a la comunidad.

De la revisión del acto impugnado advierte la Sala, que la norma invocada por la parte actora, establece restricciones en cantidad, sólo respecto a las escopetas, no obstante prevé que las Policías Municipales podrán adquirir también revólveres calibre 38, pistolas calibre 9 mm, y aún dentro del rubro de las escopetas dispone que podrán adquirirse "hasta calibre 12", lo cual implica que poseerán, con las restricciones del caso, escopetas de diferente calibre.

En este orden de ideas, al ser la restricción de las escopetas con las que pudiera contar la Policía Municipal, el único fundamento de la representación judicial de los demandantes para sustentar la pretendida violación de los principios de racionalidad, proporcionalidad y adecuación, y habiendo quedado demostrado que dichos cuerpos policiales dispondrán de otra variedad de armas con las cuales brindar protección a la comunidad, debe ser igualmente desechada la pretendida violación de los principios de racionalidad, proporcionalidad y adecuación. Así se declara.

4. Finalmente, denuncia la parte actora que la providencia administrativa atacada vulnera el principio de autonomía municipal, en razón de que, pasando por alto la facultad que poseen dichos entes políticos territoriales para invertir sus ingresos, se les impuso mediante el acto impugnado, una serie de requisitos estructurales con los cuales debían cumplir los parques de armas de las Comisaría, Sub-Comisaría y puestos, y asimismo, se les obliga a adquirir determinados tipos de armas, lo cual implica, en su criterio, una intromisión del Poder Nacional en la independencia otorgada constitucional y legalmente a los Municipios para el manejo de sus recursos.

Ya estableció la Sala que, por mandato constitucional, corresponde a la Fuerza Armada Nacional reglamentar y controlar "...la fabricación, importación, exportación, almacenamiento, tránsito, registro, control, inspección, comercio, posesión y uso..." de armas que no sean de guerra, municiones y explosivos; asimismo, quedó claramente expuesto que el acto recurrido fue dictado por el Ministro de la Defensa con base en esa potestad. Ahora bien, que las medidas adoptadas por el Ministro en la providencia administrativa recurrida, a fin de cumplir con las obligaciones impuestas por el Constituyente, impliquen una erogación de recursos municipales, en modo alguno puede considerarse como una limitación indebida de la autonomía municipal.

En efecto, es claro el Texto Constitucional cuando dispone que la autonomía municipal no es absoluta, sino que puede ser limitada; así, establece el artículo 168, lo siguiente:

"(...) 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.(...)"(Negrillas de la Sala)

Con base en los razonamientos que anteceden, y visto que el acto impugnado está basado en normas que atribúan competencia al entonces Ministro de la Defensa, hoy Ministro del Poder Popular para la Defensa, para regular la dotación de los cuerpos de policía, incluyendo las policías municipales, es claro que estamos en presencia de una de las limitaciones legales a que alude la citada norma constitucional, y en tal virtud, debe ser desestimada la pretensión de la parte actora respecto a la supuesta violación de la autonomía municipal. Así se declara.

Atendiendo a las anteriores consideraciones, resulta forzoso para la Sala declarar sin lugar el presente recurso de nulidad ejercido por el MUNICIPIO BARUTA DEL ESTADO MIRANDA y el INSTITUTO AUTÓNOMO DE POLICÍA MUNICIPAL DE BARUTA. Así se decide.

Reitera la Sala en esta oportunidad el criterio contenido en su decisión N° 00302, de fecha 11 de marzo de 2008, por la cual fue igualmente declarada la improcedencia de una pretensión de nulidad ejercida contra la referida Resolución N° 21.171, de fecha 03 de junio de 2003, dictada por el entonces MINISTRO DE LA DEFENSA, hoy MINISTRO DEL PODER POPULAR PARA LA DEFENSA, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.704, de fecha 04 de junio de 2003.

3. *El Poder Judicial*

A. *Gobierno y administración del Poder Judicial: Órganos*

TSJ-SPA (0517)

30-4-2008

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Rafaela Virginia Gutiérrez de Morales vs. Decisión Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

La Comisión Judicial cuenta con abiertas posibilidades de actuación en todo aquello que, sin ser atribución específica de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, considere el Máximo Tribunal como una tarea directa que le compete y que pueda eventualmente ser desarrollada por el cuerpo que ha sido creado para actuar en su representación, entre las cuales se encuentra, sin lugar a dudas, el tema del ingreso y permanencia de los jueces provisorios o temporales dentro del Poder Judicial.

Alegó la actora que la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia era incompetente para dejar sin efecto su designación como Jueza del Juzgado Segundo de los Municipios Tovar, Zea, Guaraque y Arzobispo Chacón de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, puesto que el referido órgano carece de la potestad para imponer sanciones contra ningún juez de la República, y menos para dejar sin efecto su designación.

Respecto al vicio de incompetencia denunciado, la Sala ha señalado que se configura cuando una autoridad administrativa determinada dicta un auto para el cual no estaba legalmente autorizada, por lo que debe quedar precisado, 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.

El Texto Constitucional de 1.961 instituyó los lineamientos generales de cada una de las ramas del Poder Público, y en concreto, estableció que el Poder Judicial lo ejercería la extinta Corte Suprema de Justicia y el resto de los tribunales de la República, dejando la dirección y vigilancia de los tribunales a cargo de un órgano administrativo distinto e independiente al Máximo Tribunal de la República, conocido como Consejo de la Judicatura y que en adelante ejercería, como así sucedió, tales funciones.

A diferencia de ello, la Constitución de 1.999 innovó al otorgarle al Tribunal Supremo de Justicia no sólo la función jurisdiccional que le es propia, sino además, la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República, e incluso, la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y del resto del Poder Judicial. Quiso de este modo el Constituyente descargar esta importante y amplia tarea en el Máximo Tribunal del País, estableciendo en el artículo 267, como un medio para conseguir tales fines, la creación de un nuevo órgano denominado Dirección Ejecutiva de la Magistratura, a través del cual se llevaría a cabo, por delegación, todo aquello que le fuera asignado.

A través de la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, publicada en *Gaceta Oficial* N° 37.014 del 15 de agosto de 2000, específicamente en su artículo 1°, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, le dio forma a este órgano de rango constitucional con la finalidad de que ejerciera las funciones de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial; pero además, en el mismo instrumento normativo, dio creación de su propio seno a **la Comisión Judicial**, órgano integrado por un magistrado de cada Sala y dependiente directamente del Tribunal Supremo de Justicia, el cual actuaría también por delegación, en todas aquellas funciones administrativas de control y supervisión conferidas, así como cualquier otra establecida en la Normativa antes señalada y que, por supuesto, no involucrase en nada la función jurisdiccional que, con base en el principio de separación de poderes, corresponde de forma exclusiva y excluyente al Tribunal Supremo de Justicia y al resto de los tribunales de la República.

Debe interpretarse entonces que paralelamente a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, nace la Comisión Judicial con el objeto de tomar parte también, mediante la figura de la delegación, en la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial que en principio corresponde asumir, por mandato constitucional, al Tribunal Supremo de Justicia en pleno. Es decir, coexisten dos órganos que cumplen funciones específicas en materia administrativa, asignadas en un principio por la Normativa publicada en el año 2000, y en la actualidad, atribuidas y modificadas algunas de ellas, por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Significa que aun cuando podría pensarse en la Comisión Judicial como un ente distinto e independiente del Máximo Tribunal de la República, es claro que no es más que la representación abreviada de la totalidad de los miembros que componen el Tribunal Supremo de Justicia, al punto que se encuentra integrada por un magistrado de cada una de las salas que conforman la máxima instancia jurisdiccional y es presidida por el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, tal como lo dispone el artículo 26 de la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, que ha servido de fundamento jurídico a este nuevo órgano.

Sin embargo, a efectos de evitar cualquier confusión, debe tenerse en claro que aun cuando la Comisión Judicial se encuentra conformada por magistrados activos de cada una de las Salas que componen la última instancia jurisdiccional, se trata de un órgano que si bien se mantiene inserto dentro del Poder Judicial, su naturaleza lo califica como un órgano que

cumple una actividad esencialmente administrativa, pues aunque dependa en forma directa del Tribunal Supremo de Justicia es evidente que sus funciones se encuentran alejadas del campo jurisdiccional y sólo se materializan en el ámbito administrativo.

En definitiva y sin menoscabo de la indiscutible participación de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, órgano de rango constitucional con carácter auxiliar en la descrita Normativa, y hoy modificada su estructura por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, al mencionar que se trata de un órgano dependiente jerárquica y funcionalmente del Tribunal Supremo de Justicia; no cabe duda de la legitimidad de la Comisión Judicial para actuar por delegación en las tareas que le sean asignadas por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, dentro del amplio espectro que conlleva la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial.

Así cuenta la Comisión Judicial con abiertas posibilidades de actuación en todo aquello que, sin ser atribución específica de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, considere el Máximo Tribunal como una tarea directa que le compete y que pueda eventualmente ser desarrollada por el cuerpo que ha sido creado para actuar en su representación, entre las cuales se encuentra, sin lugar a dudas, el tema del ingreso y permanencia de los jueces provisorios o temporales dentro del Poder Judicial.

Ahora bien, a los fines de esclarecer los límites de la competencia, particularmente en lo que se refiere a la separación de un funcionario del Poder Judicial, es básico hacer diferencia entre el retiro que se origina en una causa disciplinaria y cuando, por el contrario, tiene lugar mediante un acto de remoción, el cual es equivalente a dejar sin efecto su designación.

Es necesario precisar así que la función disciplinaria en toda su extensión, esto es, sobre jueces titulares que han alcanzado la garantía de estabilidad por haber mediado el concurso de oposición respectivo y los jueces provisorios, es dirigida hoy en forma exclusiva por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, como un órgano creado con carácter transitorio hasta tanto se cree la jurisdicción disciplinaria.

Distinto es el caso cuando está referido a la remoción directa de un funcionario de carácter provisorio o temporal, **y sin que opere alguna causa disciplinaria**, dado que tal atribución en la actualidad se encuentra a cargo de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, por delegación expresa que hiciera la Sala Plena. Vale decir, que tanta potestad tiene la Comisión Judicial para designar a los jueces, **de forma provisoria**, como para dejar sin efecto su designación, cuando así sea precisado por la mayoría de sus miembros, y siempre que no medie una causa disciplinaria que obligue a la actuación del ente encargado especialmente de aplicar las sanciones.

De este modo, y con base en los razonamientos señalados, la Sala Político-Administrativa no duda en confirmar la competencia de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia para actuar, dentro de los límites indicados, en el nombramiento y separación de los funcionarios designados con carácter provisional como ocurrió en el caso de autos, en el cual se dejó sin efecto la designación de la actora, quien ostentaba un cargo de Jueza Temporal. Así se decide.

TSJ-SPA (0504)

30-4-2008

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Jairo Addin Orozco Correa y José Joaquín Bermúdez Cuberos vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial está obligada a revisar aquellos asuntos que se enlazan de forma directa con la disciplina del Juez, entre los que se encuentran las actuaciones jurisdiccionales susceptibles de producir una vinculación directa con el catálogo de sanciones establecido en la Ley de Carrera Judicial o la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura.

.....Alegan los recurrentes, que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial no es competente por la materia para decidir e imponer una sanción contra sus representados. Asimismo, aducen que el acto recurrido efectúa un análisis sobre la legalidad de una decisión “usurpando funciones jurisdiccionales”, sin que exista norma jurídica que le atribuya tal competencia al órgano administrativo.

Ahora bien, resulta necesario traer a colación el contenido del artículo 31 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, el cual dispone:

“Artículo 31. Limitación. El juez es independiente en la interpretación de la ley y el derecho, deberá actuar imparcialmente, sin temor o favoritismo, ni obedeciendo interés sectorial alguno, clamor público o miedo de crítica.

En ningún caso podrá sancionarse disciplinariamente a un juez por sus decisiones o por los fundamentos de ellas, las que sólo serán materia de recursos procesales, salvo lo dispuesto en el ordinal 13° del Artículo 38 de esta Ley”.

La norma transcrita consagra el principio de autonomía o independencia del Juez en el ejercicio de su función jurisdiccional y proscribela posibilidad de que sea sancionado disciplinariamente, en razón de las decisiones que dicte o por los fundamentos de ellas.

En orden a lo anterior, la Sala considera imperioso señalar que el ejercicio de una actividad de tan delicada naturaleza como la del Juez, no puede llevarse a cabo sin el sometimiento a la supervisión de un órgano que controle el cumplimiento de esta labor. En el desarrollo de esta premisa, el Constituyente de 1961 dispuso en un primer momento la creación del Consejo de la Judicatura, consagrado como un órgano orientado a asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los tribunales de la República, dejándose a cargo de la respectiva Ley su organización y atribuciones. Este organismo existió hasta el momento en que entró en vigor la Constitución de 1999, hoy sustituido en sus funciones disciplinarias, por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, mientras se crea la jurisdicción especial disciplinaria.

Ahora bien, es cierto que la mayor parte de la actividad desempeñada a diario por los Jueces se desarrolla en el campo jurisdiccional, por ende susceptible, de revisión por la alzada correspondiente en la materia que ha sido sometida a su conocimiento; tal circunstancia, no es óbice para permitir la revisión de esta actividad también por parte del órgano de naturaleza administrativa, en tanto y en cuanto, se vincule tal revisión con aquellas conductas sujetas a responsabilidad disciplinaria.

En efecto, esta Sala ha precisado en anteriores oportunidades que “...en ocasiones, el examen de la disciplina de los jueces incluye la revisión de aspectos jurisdiccionales, aun cuando vinculando este examen a la idoneidad del funcionario para continuar en el ejercicio del cargo, dada la responsabilidad que supone la función de juzgar. De manera que por existir una línea divisoria muy fina entre la revisión de aspectos relacionados con la aptitud personal del juez y otros relativos al ámbito jurisdiccional, es preciso atender siempre al caso concreto, a fin de limitar el alcance del poder disciplinario de la Administración, de manera que no se invada en forma indebida el campo de actuación jurisdiccional.” (Sentencia N° 401 de fecha 18 de marzo de 2003).

Lo anterior implica que con la autonomía y el respeto debidos a la función jurisdiccional, el ente disciplinario tiene la potestad para vigilar el decoro y la disciplina de los Jueces de la República, sin entrar a examinar o intentar corregir aspectos de naturaleza jurisdiccional, que son competencia exclusiva del Poder Judicial. En este sentido, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial está obligada a revisar aquellos asuntos que se enlazan de forma directa con la disciplina del Juez, entre los que se encuentran las actuaciones jurisdiccionales susceptibles de producir una vinculación directa con el catálogo de sanciones establecido en la Ley de Carrera Judicial o la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura.

Al aplicar los anteriores razonamientos al caso concreto, la lectura del acto recurrido permite observar, que la conducta que dio lugar a la imposición de la sanción disciplinaria a los jueces recurrentes, fue la publicación de una sentencia sin que previamente se hubiese dado cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 363 del Código Orgánico Procesal Penal; esto es, sin que conste haberse dado cumplimiento a las fases de deliberación y votación del proyecto de sentencia. Este proceder a juicio de la Sala, se encuentra sujeto al control administrativo disciplinario, ya que podría eventualmente constituir un hecho susceptible de ser subsumido en las causales de responsabilidad disciplinaria, independientemente del examen jurisdiccional a la que pueda ser sometida la referida decisión, por lo que se desestima la denuncia de incompetencia de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. Así se declara.

B. *Régimen de los Jueces*

a. *Jueces Provisorios*

TSJ-SPA (0517)

30-4-2008

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Rafaela Virginia Gutiérrez de Morales vs. Decisión Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

El acto de remoción de jueces provisorios no tiene naturaleza sancionatoria.

Por otra parte denuncia la accionante que el acto recurrido fue dictado con ausencia de procedimiento, es inmotivado y atenta contra su derecho a la presunción de inocencia.

A su vez alega que su designación como Jueza del Juzgado Segundo de los Municipios Tovar, Zea, Guaraque y Arzobispo Chacón de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida en los términos reflejados en la Resolución de fecha 30 de junio de 2003, le confiere los mismos derechos y prerrogativas de los jueces titulares.

En atención a dichas denuncias, previamente advierte la Sala:

- Que según se desprende de los autos, la Comisión Judicial de este Alto Tribunal en sesión de fecha 30 de junio de 2003, acordó concederle a la accionante el traslado del cargo de Jueza Temporal del Juzgado Primero de los Municipios Tovar, Zea, Guaraque y Arzobispo Chacón de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida al cargo de Jueza Temporal del Juzgado Segundo de los Municipios Tovar, Zea, Guaraque y Arzobispo Chacón de la misma circunscripción.

- Que la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, en la sesión de fecha 21 de junio de 2005, acordó dejar sin efecto la designación de la accionante como Jueza en el Juzgado Segundo de los Municipios Tovar, Zea, Guaraque y Arzobispo Chacón de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, por las observaciones presentadas ante ese Despacho.

Ahora bien, luego de analizar el contenido del acto recurrido, concluye la Sala que en el presente caso no estamos frente a la impugnación de un acto administrativo sancionatorio, sino más bien ante un acto mediante el cual se decidió dejar sin efecto la designación de la actora en el cargo de Jueza Temporal del Juzgado Segundo de los Municipios Tovar, Zea, Guaraque y Arzobispo Chacón de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, cargo que, contrariamente a lo sostenido por la actora, no goza de estabilidad.

Efectivamente, es menester recordar que el ingreso a la carrera judicial se encuentra sometido al cumplimiento de una serie de requisitos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente en su artículo 255 *eiusdem*, lo que determina una estabilidad para el funcionario judicial, limitada por el interés general en la recta administración de justicia, tal como lo dispone expresamente el artículo 3 de la Ley de Carrera Judicial, pues se exige que los jueces en el ejercicio de sus cargos procuren un rendimiento satisfactorio.

De manera que, asumiendo que el acto cuya nulidad se solicita fue dictado por la Comisión Judicial en ejercicio de las funciones administrativas que le son inherentes, sin que se trate de un acto de naturaleza sancionatoria; estima la Sala en aplicación del criterio de la Sala Constitucional contenido en la sentencia N° 2.414 de fecha 20 de diciembre de 2007 que como lo que se persigue es la remoción de una Jueza cuyo nombramiento ha sido efectuado de forma provisional o temporal, el acto administrativo que determine su separación del cargo, no tiene que ser sometido a procedimiento administrativo alguno, por cuanto la garantía de estabilidad del juez y, por consiguiente, el derecho a ser sometido al procedimiento respectivo, se obtienen con el concurso de oposición que instituyó el Texto Constitucional en su artículo 255, como una exigencia indispensable para acceder al cargo de juez con carácter de titular o juez de carrera, estabilidad ésta que no poseen los jueces provisorios.

Caso contrario es cuando el funcionario goza de titularidad, pues en ese caso tendrá siempre el derecho a ser sometido al procedimiento administrativo correspondiente y no podrá la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia decidir su remoción en ningún caso pues, se insiste, la garantía de estabilidad se la otorga el haber resultado vencedor en el concurso de oposición previsto al efecto.

En consecuencia, la Sala observa que la situación de la abogada Rafaela Virginia Gutiérrez de Morales, se ubica en la posición de quien ha ingresado al Poder Judicial de manera temporal y provisorio, sujeta por tanto su estabilidad al concurso de oposición respectivo; por consiguiente, la acción ejercida por la recurrente carece de fundamento jurídico sustentable. Así se establece.

En tal sentido, esta Sala considera que al haber sido designada la actora sin que mediara concurso de oposición alguno, la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, que tiene entre sus funciones la de los nombramientos de los Jueces Provisorios o Temporales, también tiene la función, en caso de los antes mencionados, de dejar sin efecto sus nombramientos, sin la exigencia de someterlos a un procedimiento administrativo previo, ni la obligación de motivar o dar razones específicas y legales de su remoción.

De tal manera que en este caso, por una parte, no se le ha atribuido a la Jueza removida falta disciplinaria alguna y, por la otra, su estabilidad siempre estaría sujeta a que participara en un concurso de oposición para ganar la titularidad del cargo, circunstancia que no ha sido verificada en el presente caso. Así se declara. (Ver sentencia de esta Sala N° 00463 de fecha 21 de marzo de 2007).

Por tales razones, esta Sala desestima por infundados los argumentos expuestos por la parte recurrente y, en consecuencia, encuentra ajustado a derecho el acto administrativo emanado de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia. Así se declara.

b. *Jueces. Destitución: Abuso o exceso de autoridad*

TSJ-SPA (0504)

30-4-2008

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Jairo Addin Orozco Correa y José Joaquín Bermúdez Cuberos vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

Para que se verifique el ilícito disciplinario de abuso o exceso de autoridad, no basta constatar que se trata de un simple ejercicio de una competencia ajena, sino que será menester que el Juez vaya más allá, desplegando una conducta abusiva, desproporcionada de sus deberes legales, que ponga en evidencia su inidoneidad para ocupar el cargo de Juez.

.....En tal sentido, debe esta Sala precisar si, en el caso bajo examen, las actuaciones de los recurrentes constituyen o no un abuso o exceso de autoridad.

Así, se observa que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial consideró que los ciudadanos Jairo Addin Orozco Correa y José Joaquín Bermúdez Cuberos, ambos en su condición de Jueces Titulares integrantes de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, incurrieron en el ilícito disciplinario contenido en el numeral 16 del artículo 40 de la Ley de Carrera Judicial, *“al haber dictado y publicado una sentencia sin la firma del juez Jafeth Vicente Pons Bríñez, integrantes de dicha Corte....”*.

En cuanto a la sanción impuesta por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, observa la Sala que el numeral 16 del artículo 40 de la Ley de Carrera Judicial, dispone que sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles correspondientes, los Jueces serán destituidos de sus cargos cuando incurran en abuso o exceso de autoridad. Respecto al ilícito antes referido, la Sala ha establecido que éste se comete cuando el Juez realiza funciones no conferidas por ley, produciéndose una desmedida utilización de las atribuciones que le han sido otorgadas, traspasando, así, los límites del buen ejercicio y correcto uso de sus facultades (*vid. sentencia N° 131 del 30 de enero de 2007*).

Aplicando el criterio antes señalado al caso bajo examen, se observa, tal y como quedó demostrado en el punto anterior, que los recurrentes, Jueces Titulares integrantes de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, dictaron y publicaron una sentencia en fecha 27 de febrero de 2002 en la causa judicial identificada con el N° 1-As-354-2002, sin que conste en autos la previa deliberación de la sentencia y sus suscripción por el juez Jafeth Vicente Pons Bríñez, quien estuvo presente en la audiencia oral y pública de dicha causa, pero que para el momento de la publicación se encontraba de permiso.

Ahora bien, de la lectura del acto recurrido evidencia la Sala que el hecho imputado a los recurrentes, no es haber publicado una sentencia sin la firma del uno de los jueces, sino proceder a la publicación del fallo sin que se verificase previamente la distribución del respectivo proyecto y la audiencia para su deliberación con la presencia de todos los miembros de la Corte de Apelaciones.

En efecto, tal y como quedó establecido, al analizar la denuncia de falso supuesto de hecho, no se evidencia de la revisión de las actas que conforman el expediente administrativo ni el judicial, prueba alguna que demuestre que el juez Jafeth Vicente Pons Bríñez estuviese presente en alguna discusión previa a la aprobación del proyecto de sentencia, o que lo hubiese conocido por cualquier otro medio.

En este orden de ideas, debe traerse a colación el contenido del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 22. Corresponde al ponente pasar a los demás miembros del tribunal una minuta de los puntos que han de discutirse, y presentar un proyecto de decisión, Le corresponde también redactar la decisión adoptada; pero si el ponente no estuviere de acuerdo con el criterio de la mayoría, el presidente del tribunal designará otro.”

Por su parte, los artículos 361 y 364 del Código Orgánico Procesal Penal, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.558, Extraordinario, de fecha 14 de noviembre de 2001, vigente para la fecha en que ocurrieron los hechos, establecen lo siguiente:

“Artículo 361. Deliberación. Clausurado el debate, los jueces pasarán a deliberar en sesión secreta, en la sala destinada a tal efecto. (...).

Artículo 364. Requisitos de la Sentencia. La sentencia contendrá:

(...)

7. La firma de los jueces, pero si uno de los miembros del tribunal no pudiera suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación y votación ello se hará constar y aquella valdrá sin esa firma.” (Resaltado de la Sala).

Asimismo, el artículo 456 *eiusdem*, relativo a la audiencia de apelación, dispone lo siguiente:

“Artículo 456. Audiencia. La audiencia se celebrará con las partes que comparezcan y sus abogados, quienes debatirán oralmente sobre el fundamento del recurso.

En la audiencia, los jueces podrán interrogar al recurrente sobre las cuestiones planteadas en el recurso.

La Corte de Apelaciones resolverá, motivadamente, con la prueba que se incorpore y los testigos que se hallen presentes.

Decidirá al concluir la audiencia o, en caso de imposibilidad por la complejidad del asunto, dentro de los diez días siguientes.” (Resaltado de la Sala).

Del análisis concatenado de las normas antes transcritas, se desprende que una vez concluida la audiencia respectiva, los jueces integrantes de la Corte de Apelaciones deben retirarse a deliberar, salvo que por la complejidad del asunto deba diferirse la decisión.

En todo caso, al ponente le corresponderá distribuir entre los demás jueces, miembros del órgano colegiado, el proyecto de sentencia a los fines de que el mismo sea deliberado; finalmente, los Jueces manifestarán su aceptación o negativa a la decisión adoptada.

Una vez aprobado el proyecto de decisión la sentencia deberá contener la firma de todos los jueces, *“pero si uno de los miembros del tribunal no pudiera suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación y votación ello se hará constar y aquella valdrá sin esa firma”*.

De lo anterior se colige que será válida la sentencia en la que falte la firma de uno de los miembros del órgano colegiado, siempre y cuando el miembro ausente hubiese asistido a la deliberación y votación del proyecto.

En el caso bajo examen, como se señaló anteriormente, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial consideró que los jueces recurrentes abusaron de su autoridad, extralimitándose en el ejercicio de sus funciones al dictar y publicar una sentencia sin haber sometido el proyecto a la respectiva deliberación y votación, lo que quedó demostrado por no existir constancia alguna de que el juez, Jafeth Vicente Pons Bríñez, hubiese tenido conocimiento del proyecto presentado o hubiese estado presente en las deliberaciones y discusiones previas a su aprobación.

En este orden de ideas, debe indicarse que la función del Juez es administrar justicia dentro de los límites que en razón de la materia, cuantía y territorio, le fija el ordenamiento jurídico.

Por tal razón, para que se verifique el ilícito disciplinario de abuso o exceso de autoridad, no basta constatar que se trata de un simple ejercicio de una competencia ajena, sino que será menester que el Juez vaya más allá, desplegando una conducta abusiva, desproporcionada de sus deberes legales, que ponga en evidencia su inidoneidad para ocupar el cargo de Juez. Los ejemplos para ilustrar mejor lo que constituye dicho concepto, son el caso de un Juez civil que ordene un auto de detención o un Juez de menores que ordene el reenganche de trabajadores, etc.

De allí que, el control que se ejerza en vía disciplinaria no puede referirse exclusivamente a la incompetencia procesal, ya que el órgano disciplinario estaría violando con su aplicación, atribuciones de los organismos jurisdiccionales de alzada a los cuales compete mantener a los tribunales dentro de la esfera de sus legítimos límites operativos. (*Vid sentencia de esta Sala N° 06035 del 27 de octubre de 2005*).

En conexión con lo anterior, ocurre que en muchas ocasiones el examen de este ilícito disciplinario podría comportar necesariamente la revisión de aspectos jurisdiccionales, siempre y cuando se verifique realmente una actuación grave del Juez, que ponga en duda su idoneidad para continuar en el ejercicio del cargo, dada la responsabilidad que supone la función de juzgar. De manera que esta Sala ha señalado en muchas oportunidades, por existir una línea divisoria muy fina entre la revisión de aspectos relacionados con la aptitud personal del Juez y otros relativos al ámbito jurisdiccional, que es preciso atender siempre al caso concreto, a fin de limitar el alcance del poder disciplinario de la Administración, de manera que no se invada en forma indebida el campo de actuación jurisdiccional.

Así las cosas, con la autonomía y el respeto debidos a la función jurisdiccional, el ente disciplinario cuenta con la potestad para vigilar el decoro y la disciplina de los Jueces de la República, por lo que sin entrar a examinar o intentar corregir aspectos de naturaleza jurisdiccional, como competencia exclusiva del Poder Judicial, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial está obligada a revisar aquellos asuntos que se enlazan de forma directa con la disciplina del Juez, entre estos, las actuaciones jurisdiccionales susceptibles de producir una vinculación directa con el catálogo de sanciones establecidas en la Ley de Carrera Judicial. (*Vid sentencia de esta Sala N° 02429 de fecha 7 de noviembre de 2006*).

Siguiendo las premisas antes expuestas, y revisadas como han sido las actas que conforman el expediente (tanto el administrativo como el judicial), considera la Sala suficientemente demostrado que los recurrentes procedieron a la publicación de una sentencia sin que

previamente el ponente hubiese distribuido el respectivo proyecto de sentencia y sin haber dado cumplimiento a la fase de deliberación del proyecto, de conformidad con los artículos anteriormente transcritos. Se considera probado, además, que los recurrentes sabían que el juez Jafeth Vicente Pons Bríñez se encontraba de permiso por su asistencia a un curso en la ciudad de Caracas para la fecha en que se publicó la sentencia.

Todo lo anterior, constituye, tal y como lo dispuso el acto impugnado, una extralimitación en el ejercicio de sus funciones como Jueces integrantes de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, ya que transgredieron disposiciones legales cuyo cumplimiento materializa uno de los principios que debe guiar todo procedimiento judicial, cual es la transparencia en la decisión dictada.

En este mismo orden de ideas, de la lectura del recurso contencioso administrativo de nulidad incoado, observa la Sala que los recurrentes señalan que “*consta en un acta de fecha 19 de agosto de 2002 (...) la participación del Juez Jafeth Vicente Pons*” en la deliberación del proyecto de sentencia en la causa N° 1-As-354-2002.

Ahora bien, cursa al folio 100 de la pieza N° 1 del expediente administrativo un *Acta* de publicación de sentencia de fecha 19 de agosto de 2002, relacionada con la causa judicial No. 1-As-379-2002, en nada vinculada a la contenida en el expediente N° 1-As-354-2002 y por la cual le fue seguido el procedimiento disciplinario a los hoy recurrentes que culminó con el acto administrativo recurrido en autos. Por esta razón, se desecha su apreciación, por no resultar pertinente a los efectos de probar la asistencia del Juez Jafeth Vicente Pons Bríñez a las deliberaciones para la aprobación de la sentencia en la última de las causas nombradas.

Determinado lo anterior, y ante la ausencia de pruebas que demuestren que la ponencia en la causa judicial N° 1-As-354-2002 fuese distribuida, posteriormente deliberada y discutida por los tres Jueces integrantes de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, esta Sala debe desechar el alegato de falso supuesto de derecho esgrimido por los apoderados judiciales de los recurrentes, ya que estos con su actuación incurrieron en un abuso o exceso de autoridad, lo cual los hace merecedores de la máxima sanción disciplinaria, cual es la destitución.

C. *Jurisdicción y Competencia*

TSJ-SPA (0458)

16-4-2008

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Distribuidora Ferretería C.A. (DIFERCA) vs. Administración de Rentas del Municipio Miranda del Estado Zulia.

El conflicto de competencia se produce cuando el juez que notificó se declara incompetente por el territorio o por la materia, y el Tribunal que haya de suplirle se considera a su vez incompetente, siendo este último el que habrá de solicitar de oficio dicha regulación.

En primer término, pasa esta Sala a establecer su competencia para resolver el conflicto planteado y, en tal sentido, observa:

Dispone el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, lo siguiente:

“**Artículo 70.** Cuando la sentencia declare la incompetencia del Juez que previno, por razón de la materia o por el territorio en los casos indicados en el artículo 47, si el Juez o Tribunal que haya de suplirle se considerare a su vez incompetente, solicitará de oficio la regulación de la competencia”.

En igual orden de ideas, el artículo 71 *eiusdem* complementa la disposición transcrita al establecer:

“Artículo 71. La solicitud de regulación de la competencia se propondrá ante el Juez que se haya pronunciado sobre la competencia, aun en los casos de los artículos 51 y 61, expresándose las razones o fundamentos que se alegan.

El Juez remitirá inmediatamente copia de la solicitud al Tribunal Superior de la Circunscripción Judicial para que decida la regulación. En los casos del artículo 70, dicha copia se remitirá a la Corte Suprema de Justicia si no hubiere un Tribunal Superior común a ambos jueces en la Circunscripción. De la misma manera procederá cuando la incompetencia sea declarada por un Tribunal Superior (...).”

Asimismo, el numeral 51 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, prevé:

“Artículo 5. Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República:

(...)

51. Decidir los conflictos de competencia entre tribunales, sean ordinarios o especiales, cuando no exista otro tribunal superior y común a ellos en el orden jerárquico, remitiéndolo a la Sala que sea afín con la materia y naturaleza del asunto debatido”.

De las normas antes transcritas, se desprende que el conflicto de competencia se produce cuando el juez que previno se declara incompetente por el territorio o por la materia, y el Tribunal que haya de suplirle se considera a su vez incompetente, siendo este último el que habrá de solicitar de oficio dicha regulación.

Ahora bien, en el caso concreto, se observa que el conflicto negativo de competencia fue planteado, en razón de la materia, entre el entonces Juzgado Superior en lo Civil, Contencioso Administrativo, Tributario y Agrario de la Región Occidental y el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Zuliana, para conocer de la ejecución de la sentencia de fecha 15 de marzo de 1993, que declaró con lugar la acción de amparo tributario ejercida por el representante judicial de la sociedad mercantil Distribuidora Ferretera, C.A. (DIFERCA), contra la demora de la Administración de Rentas del Municipio Miranda del Estado Zulia en liquidar los impuestos por concepto de patente de industria y comercio, correspondientes al tercer y cuarto trimestre del año 1991, en recibir el pago respectivo y en expedir la solvencia relativa al caso, de conformidad con los artículos 208 y 209 del Código Orgánico Tributario de 1982, aplicable *ratione temporis*.

En tal sentido, dado que no existe un tribunal superior común a los antes señalados, y atendiendo a que la instancia superior natural competente para conocer de las decisiones dictadas por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Tributaria es esta Sala Político-Administrativa, declara su competencia para decidir sobre la solicitud de regulación formulada. Así se declara.

CSCA

3-4-2008

Juez Ponente: Alexis Crespo Daza

Caso: María Josefina Flores Sánchez y Rafael Antonio Núñez Obispo vs. El Municipio Miranda del Estado Carabobo.

No es sinónimo la falta de jurisdicción y falta de competencia ya que hay falta de jurisdicción cuando el conocimiento de una controversia no atañe al Poder Judicial por corresponderle a los órganos de la Administración Pública, a un Juez extranjero o por su sometimiento a arbitraje.

Ahora bien, observa la Sala que el juzgado remitente confunde los términos de jurisdicción y competencia, al ordenar la remisión del expediente a esta Sala a los efectos de la consulta de ley, por haber declarado ‘su falta de jurisdicción’ y al mismo tiempo considerar que la ‘competencia corresponde a la Corte en lo Contencioso Administrativo’, por lo que debe advertir al referido órgano jurisdiccional remitente, que dichos términos se refieren a supuestos distintos, resultando evidente el error cometido al declarar su ‘falta de jurisdicción’, cuando, según lo expresado a lo largo de la decisión objeto de ‘consulta’, no existe la configuración de uno de los supuestos necesarios para su procedencia.

Al respecto, esta Sala en reiterada, constante y pacífica jurisprudencia ha sostenido que existe falta de jurisdicción, cuando el conocimiento de una controversia no atañe al Poder Judicial por corresponderle a los órganos de la Administración Pública, a un Juez extranjero o por su sometimiento a arbitraje, por lo que al no encuadrar la ‘falta de jurisdicción’ señalada por el remitente en alguno de los supuestos antes mencionados, su declaratoria resulta improcedente.

Aclarado lo anterior y por cuanto el presente caso se refiere a la declinatoria de competencia del juzgado remitente y no a la falta de jurisdicción, como erróneamente lo estableció, la Sala advierte que ésta no es objeto de la consulta obligatoria prevista en el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil.

Con el objeto de salvaguardar el derecho a la defensa y debido proceso de las partes, se ordena remitir el expediente al juzgado remitente, a fin de que se verifique, previa notificación de las partes, el cumplimiento del lapso previsto en el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil”.

D. Actuaciones Judiciales

a. *Aclaratoria de sentencias: Sentencias con efectos erga omnes*

TSJ-SC (980)

17-6-2008

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Interpretación constitucional del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta. Aclaratoria.

Las presentes aclaratorias fueron solicitadas el 12 de marzo y el 26 de mayo de 2008, y versan sobre una sentencia dictada por esta Sala Constitucional. En tal virtud, resulta procedente analizar previamente lo dispuesto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, cuyo texto 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”.

Sobre el alcance de la norma precedentemente transcrita, esta Sala sostuvo en fallo aclaratorio del 26 de diciembre de 2000, caso: *Asociación Cooperativa Mixta La Salvación*, que dicha disposición “*regula todo lo concerniente a las posibles modificaciones que el juez puede hacer a su sentencia, quedando comprendidas dentro de éstas, no sólo la aclaratoria de puntos dudosos, sino también las omisiones, rectificaciones de errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos que aparecieron de manifiesto en la sentencia, así como dictar las ampliaciones a que haya lugar*”.

En lo que respecta a la oportunidad para solicitar la aclaratoria, se indicó en aquella decisión que “*la disposición comentada establece que la misma es procedente siempre que sea solicitada por alguna de las partes en el día de la publicación del fallo o en el día siguiente*”, salvo que la decisión cuya aclaratoria, ampliación o rectificación se pretende, hubiera sido dictada una vez fenecido el lapso legal para proferirla, en cuyo caso tal cómputo se efectuará a partir del día siguiente a su notificación.

En cuanto atañe a la legitimación para formular tal suerte de peticiones, la norma transcrita sólo confiere a las partes del juicio respectivo esa posibilidad; sin embargo, esta Sala ha declarado que en ciertos procesos no cabe aplicar en un sentido estricto el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, tal es aquellos en los que no existe una simple controversia entre partes perfectamente identificadas, que es el ámbito procesal al que está destinada la referida disposición.

Así lo hizo esta Sala, en primer lugar, respecto de los juicios por derechos e intereses colectivos y difusos, pues pese a que en ellos sí existe controversia, los alcances generales del fallo dictado en tal suerte de procesos inciden sobre situaciones jurídicas de sujetos que – aunque aprovechen su contenido- no participaron en modo alguno en el trámite que le dio origen. Por ello en la sentencia N° 961 del 24 de mayo de 2002, caso: *Créditos Mejicanos*, esta Sala dispuso lo siguiente:

“En los procesos surgidos de acciones por derechos o intereses difusos o colectivos, las sentencias que se dicten surten efectos a favor o en contra de todo el mundo y no sólo a favor o en contra de los que efectivamente se constituyen en partes dentro del proceso.

La situación especial que nace de estos fallos, con sus efectos directos e indirectos hacia personas que pueden no haber participado en las causas donde ellos se dictaron, y que pueden verse perjudicadas a pesar de no haber sido formalmente partes, obliga a una interpretación amplia del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, aplicable como norma general a los juicios que se instruyen conforme a las reglas de dicho Código.

Para los ajenos al proceso donde se emitió el fallo, quienes se encuentran en una concreta situación que por falta de alegatos no fue tomada en cuenta al juzgarse la pretensión, pueden surgir puntos dudosos en la sentencia referidos a su particular situación, y debido a esa posición pueden requerir de ampliaciones del fallo, ya que -repite la Sala- la especial situación de los afectados, que no se dio a conocer en autos, puede no haber sido considerada en el fallo, y por tanto no ser precisa con relación a quienes no concurrieron al juicio. Siendo ello así, considera la Sala que el lapso preclusivo para pedir las aclaraciones y ampliaciones contemplado en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, no puede aplicarse estrictamente en las causas donde se ventilan derechos e intereses difusos o colectivos, evitando así la Sala que la preclusión se convierta en un atentado a la justicia eficaz, responsable y equitativa que con relación a esos terceros les garantiza el artículo 26 constitucional. Por ello, considera la Sala que, en estos casos, no se aplica el término del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, ni para solicitar la aclaración o ampliación, ni para que el Tribunal la provea.

En estos supuestos, y casuísticamente, conforme a lo que aprecie el Tribunal como necesidad de las partes y los afectados por la sentencia, las aclaratorias y ampliaciones podrán interponerse antes que se ejecute efectivamente la sentencia. Se trata de una peculiaridad de esta

clase de procesos que incluye ampliaciones dirigidas a partes o a terceros que no asistieron al juicio, pero cuya colaboración puede, incluso, ser necesaria para que la sentencia dictada sea idónea y equitativa, y la tutela efectiva de los derechos e intereses difusos o colectivos se adapte al Estado Social de Derecho y de Justicia que impera en la República (artículo 2 constitucional).

Ahora bien, el derecho que reconoce la Sala no es un derecho que pueda ser utilizado por las personas en forma excesiva, ya que, así como la teleología del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil fue limitar el derecho a pedir la aclaratoria o la ampliación, dentro de un lapso reducido, esta necesidad de restricción de la oportunidad rige en la institución y de allí que la Sala considere que una vez efectuada la petición, ella agota el derecho, y así se declara”.

Posteriormente, y al hilo del mismo razonamiento, la Sala entendió que tal doctrina resultaba predicable respecto de las sentencias logradas con ocasión de acciones de interpretación constitucional, dada la vinculación *erga omnes* de la exégesis proferida. Así, mediante sentencia N° 1278/2005, caso: *Municipio Maracaibo del Estado Zulia*, se dispuso:

“Es evidente que son muchos los interesados en un caso así, aunque no hubieran hecho la solicitud inicial ni se hubieran jamás incorporado al proceso. El fallo, al momento de iniciar su aplicación, puede generar problemas de orden práctico que la Sala no puede ignorar. No puede, en consecuencia, limitarse las peticiones de aclaratoria y ampliación de fallos interpretativos al breve lapso previsto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil.

No se trata de una desaplicación de la norma para el caso concreto, pues no hay inconstitucionalidad del dispositivo. Simplemente, el referido artículo 252 no aplica al recurso de interpretación, en lo referido al lapso, ya que no se corresponde con la naturaleza de la acción y de las sentencias interpretativas.

Debe recordarse que el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia remite al Código de Procedimiento Civil, pero que el recurso a ese texto sólo será correcto cuando sea compatible con lo juzgado por el Alto Tribunal. Un Código pensado para regular controversias inter partes puede ser muy útil en ciertos casos en los que no existe contienda, pero ser del todo inadecuado en otros supuestos, como el de autos”.

Ya por último, se extendió la aplicabilidad de tal criterio al caso de las acciones de anulación de normas, al estimar que en estos supuestos “*la controversia tiene alcance general y, en consecuencia, la decisión (sea de desestimación de la demanda, de anulación del dispositivo o, como en el caso de autos, de interpretación constitucionalizante de la norma) tiene alcance erga omnes*” (Caso: Sc N° 1984/2007, caso: *FOGADE*).

No obstante lo dicho hasta el momento, conviene acotar que la adecuación de la figura de la aclaratoria a esta clase especial de procesos ventilados ante esta jurisdicción constitucional, si bien ha supuesto una ampliación respecto de las categorías de sujetos legitimados para intentarla, no deja de lado que para efectuar válidamente tal clase de peticiones, aquéllos han de estar investidos de un particular interés que debe ser invocado. La intensidad de ese interés exigible variará dependiendo de la naturaleza de cada caso concreto.

b. *Ejecución de sentencias y medidas*

TSJ-SC (940)

16-6-2008

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: *CELIUM, C.A. vs. Decisión Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Bancario, de Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo.*

Siendo entonces la comisión un acto potestativo del juez de la causa, debe señalarse que mientras la misma no sea acordada, el tribunal ejecutor no podrá asumir de oficio la ejecución de sentencias y medidas. La colaboración de los juzgados ejecutores de medidas, no será sólo en etapa de ejecución de sentencias, sino en cualquier estado y grado del conocimiento de la causa.

..... Existe una característica fundamental de las sentencias, según la cual, el juez tiene la posibilidad de hacer ejecutar, incluso a través de la fuerza pública (art. 528 Código de Procedimiento Civil), las decisiones que dicta.

Bajo tal premisa, el legislador de 1987 dispuso en el artículo 523 del Código de Procedimiento Civil, que “la ejecución de la sentencia o de cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, corresponderá al Tribunal que haya conocido de la causa en primera instancia”; con lo cual no debería existir duda en cuanto a que el juez de la causa puede ejecutar sus propias decisiones, sin embargo, existe la posibilidad, y así está previsto en el primer aparte del artículo 527 del Código de Procedimiento Civil, que el juez de la causa comisione “para los actos de ejecución”, a cualquier juez competente.

Conviene relatar a manera ilustrativa, que en lo atinente a la práctica de medidas preventivas y ejecutivas el extinto Consejo de la Judicatura, a través de la Resolución N° 643 del 16 de febrero de 1996, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 35.903, considerando que se encontraba facultado por la Ley Orgánica que rigió sus funciones, creó para la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, los cargos administrativos de funcionarios ejecutores de medidas judiciales preventivas y ejecutivas; con los siguientes fundamentos: Que los requerimientos de administración de justicia exigían la prestación de un servicio oportuno y eficaz; que la ejecución de medidas preventivas o ejecutivas constituye una actividad que, por su naturaleza, no exige ser practicada directamente por el Juez; que los jueces de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas deben dedicar gran parte de su tiempo a la práctica de ese tipo de medidas, desatendiendo sus actividades propiamente jurisdiccionales, lo cual produce retardos en la tramitación y decisión de las causas.

Posteriormente, la Ley Orgánica del Poder Judicial, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.262 Extraordinario, del 11 de septiembre de 1998, convirtió tales funciones administrativas en jurisdiccionales, al establecer en su artículo 70, lo siguiente:

“Artículo 70. Los jueces de municipio actuarán como jueces unipersonales.

Los juzgados de municipio serán ordinarios y especializados en ejecución de medidas.

Los juzgados ordinarios tienen competencia para:

1° Conocer en primera instancia de las causas civiles y mercantiles cuyo interés, calculado según las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, no exceda de cinco millones de bolívares.

2° Ejercer las atribuciones que les confiere la Ley de Registro Público.

3° Conocer en primera instancia de los juicios de quiebra de menor cuantía.

4° Conocer de los juicios de deslinde, de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil.

5° Recibir manifestaciones de esponsales y presenciar la celebración de matrimonios.

6° Proveer lo conducente en los interdictos prohibitivos, de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil.

7° Las demás que les señalen las leyes.

Los juzgados especializados en ejecución de medidas tienen competencia para cumplir las comisiones que le sean dadas por los tribunales de la República, de acuerdo con la ley.” (Destacados del presente fallo).

Con base en el referido artículo, el entonces Consejo de la Judicatura procedió a la creación en la estructura judicial, de cargos de jueces ejecutores de medidas en todo el territorio nacional. Por lo que respecta al Estado Carabobo -de interés al caso de autos- en *Gaceta Oficial* N° 5.370 del 9 de agosto de 1999, a través de la Resolución 107, se crearon los tribunales especializados para tal fin.

Como consecuencia de tal creación, la práctica de medidas puede, sin ningún tipo de dudas, ser llevada a cabo por los jueces ejecutores de medidas, en tanto y en cuanto hayan sido comisionados para ello.

Como puede apreciarse, de la lectura del arriba transcrito artículo 70 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se evidencia de manera alguna, que los juzgados de municipio especializados en ejecución de medidas, posean competencia exclusiva y excluyente en cuanto a la práctica de medidas se refiere, ello según lo expuesto en la parte *in fine* de dicha norma, de la cual se desprende que los tribunales de municipio especializados en ejecución de medidas, podrán hacer uso de esa competencia en tanto y en cuanto sean comisionados para ello.

En efecto, el referido artículo establece lo siguiente:

“...Los juzgados especializados en ejecución de medidas tienen competencia para cumplir las comisiones que le sean dadas por los tribunales de la República, de acuerdo con la ley”. (Destacados del presente fallo).

Siendo entonces la comisión un acto potestativo del juez de la causa, debe señalarse que mientras la misma no sea acordada, el tribunal ejecutor no podrá asumir de oficio la ejecución de sentencias y medidas.

Efectivamente, al analizar el tratamiento doctrinal hecho a la figura de la comisión, se puede apreciar su carácter potestativo, pues tal como señala el Dr. Arístides Rengel Romberg, en la página 273 del Tomo II de su Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano (segunda edición), que:

“La comisión es el acto judicial por el cual el tribunal de la causa requiere de otro, la colaboración necesaria para la práctica de diligencias de sustanciación o de ejecución en el mismo lugar del juicio o en otro distinto de él”.

Ahora bien, a los efectos prácticos y desde el punto de vista del justiciable, la ejecución de la sentencia es una función del Estado; la jurisdicción no se agota con el conocimiento y decisión de la causa, es necesario que esa tutela judicial sea efectiva, y ello implica que una vez declarado el derecho se provea lo necesario para satisfacerlo; principios estos recogidos novedosamente en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Como consecuencia de lo anterior, se observa que el juez de la causa, como juez de conocimiento, debe dar cumplimiento a ese mandato constitucional de otorgar una justicia efectiva, pero debe hacerlo además de manera expedita y sin dilaciones, es por ello que la creación de jueces ejecutores de medidas atendió entre otros motivos, a evitar retardos en la tramitación y decisión de las causas; así entonces, el estado actual de congestión de causas en los tribunales ordinarios del país, sumado a la obligación de tramitar y decidir de manera expedita, justifica y conlleva el empleo de la figura de la comisión al momento de ejecutar las decisiones.

Es necesario precisar además, que la figura de la comisión no está limitada de ninguna manera a la práctica de medidas, como pareciera desprenderse del primer aparte del artículo 70 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino que el juez executor de medidas debe prestar su apoyo al juez de la causa, y colaborar con la obtención de una justicia expedita y eficaz, dando cumplimiento estricto a cualquier comisión que le sea encomendada, tal como lo dispone la parte in fine del citado artículo, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 234 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, el hecho de que puedan comisionarse por el juez de la causa la práctica de medidas preventivas, es un indicativo claro de que la colaboración de los juzgados executores de medidas, no será sólo en etapa de ejecución de sentencias, sino en cualquier estado y grado del conocimiento de la causa.

Establecido lo anterior, esta Sala Constitucional observa que el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, tribunal que conocía la causa que por cobro de bolívares intentó Omega Industrias C.A., contra Celium C.A., y señalado como agravante, tenía competencia para practicar la medida de embargo ejecutivo, no sólo por ser el juez de la causa, sino porque en el caso en concreto, "...el Juez del Tribunal Ejecutor de Medidas de los Municipios Puerto Cabello y Juan José Mora de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, abogado RAUL RODRÍGUEZ BREA, se inhibe de practicar medidas donde aparezca como apoderada judicial la abogada ROSAURA LISETH RUIZ LÓPEZ...", tal como lo señaló el tribunal de la causa en auto del 22 de enero de 2007, cuando dispuso fijar oportunidad para continuar con la ejecución sobre bienes propiedad de la ejecutada, según se evidencia al folio 461 del anexo "1" del presente expediente.

Es decir, a diferencia de lo expresado por el a quo en el fallo apelado, sí existían razones suficientes para que el juez de la causa asumiera directamente la práctica de la medida de embargo, sin que con ello quebrantara el debido proceso de la parte accionante en amparo.

En efecto, es pertinente destacar lo expuesto por la abogada Rosaura Ruiz López, en su carácter de apoderada judicial del tercero interesado, Omega Industrias C.A., en el escrito consignado ante la Secretaría de esta Sala, contentivo de los fundamentos de la apelación ejercida, y en el cual adujo que:

"Con respecto a esta acotación realizada por el Juez Constitucional de que no consta (*sic*) en autos las razones por las cuales la Juez de Primera Instancia practicó la medida, no es cierto ya que dentro de las pruebas marcadas con la letra 'C3' se puede evidenciar desde los folios trescientos sesenta y tres (363) al trescientos ochenta y dos (382), todas las actuaciones que se llevaron a cabo y que en consecuencia se derivó (*sic*) la INHIBICIÓN del Juez Ejecutor de Medidas de los Municipios Puerto Cabello y Juan José Mora de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo...". (Negrillas del escrito).

Esta Sala, de la revisión de las actas que conforman el presente expediente pudo evidenciar que consta en acta del 17 de enero de 2006, cursante a los folios 369 y 370 del anexo "3" del presente expediente, que el abogado Raúl Rodríguez Brea, Juez Provisorio del Juzgado Ejecutor de Medidas de los Municipios Puerto Cabello y Juan José Mora de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, se inhibió de conocer "la continuación de la ejecución de la presente causa contentiva del acto de remate contra la empresa demandada Celium C.A...", y que la Jueza Accidental designada renunció a su cargo el 23 de noviembre de 2006, tal como consta al folio 453 del anexo "3" del presente expediente. Tales circunstancias justificaron que el juzgado de la causa, luego de ordenar en dos oportunidades la práctica de la medida, y ante el incumplimiento de la misma, procediera directamente a ejecutar la medida de embargo decretada, en aras de la tutela judicial efectiva y la celeridad procesal.

Como consecuencia de lo expuesto, esta Sala Constitucional considera que el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, tenía competencia como juez de la causa para practicar el embargo de acciones de Celium C.A., tal como lo hizo el 13 de febrero de 2007....

4. *El Poder Ciudadano*

Competencia de la Contraloría General de la República para imponer sanciones accesorias de suspensión del ejercicio de cargo, destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas.

Véase: Funcionarios Públicos: Responsabilidad Administrativa

Página 236 de esta *Revista*

5. *Las Competencias del Poder Público Estatal: Administración de carreteras nacionales y puertos y aeropuertos comerciales (competencia concurrente)*

TSJ-SC (565)

15-4-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Recurso de Interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La Sala Constitucional interpreta que la conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos (art. 164.10 C) es una competencia concurrente tanto del Poder Público Nacional como del Estatal.

1.- De la competencia normativa del Poder Público Nacional y Estatal respecto de las materias reguladas en el artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En atención a lo expuesto, debe citarse la norma objeto del presente recurso, a los efectos de determinar el alcance y contenido de la misma. Al respecto, el referido artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dispone que:

“(...) Artículo 164.- Es de la competencia exclusiva de los Estados:

(...)

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 (...).”

No obstante, la interpretación del alcance y sentido de la norma parcialmente transcrita, comporta su análisis concatenado con el artículo 156.26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que la materia de navegación, transporte aéreo, terrestre, marítimo, fluvial y lacustre, de carácter nacional, puertos, aeropuertos y su infraestructura, es competencia del Poder Público Nacional, en los siguientes términos:

“(...) Artículo 156.- Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(...)

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 (...).”

Desde un enfoque meramente semántico, el contenido del artículo 156.26 denota que al Poder Público Nacional, le corresponde legislar sobre la materia de navegación, transporte aéreo, terrestre, marítimo, fluvial y lacustre, de carácter nacional, puertos, aeropuertos y su infraestructura, en tanto la mencionada norma otorga al Poder Legislativo Nacional, la competencia para dictar “*el régimen*”, cuya acepción es precisamente la de un “*(...) conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o una actividad (...)*” -Caso REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 2001-.

Ahora bien, el artículo 164.10 de la Constitución atribuye al Poder Público Estatal la competencia “*exclusiva*”, relativa a “*(...) la conservación, administración y aprovechamiento (...) carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional (...)*”; es decir, a los estados le corresponde conservar, administrar y aprovechar las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial que se encuentren dentro de la jurisdicción de que se trate. Así, se presenta en principio una concurrencia de las competencias que ostentan, tanto el Poder Público Nacional como el Estatal.

Ciertamente, sobre las materias antes mencionadas ambos niveles de ejercicio del Poder Público son competentes en diversos grados sobre tales actividades, pues al legislador nacional le compete elaborar el régimen general en la materia de navegación, transporte de carácter nacional, puertos, aeropuertos y su infraestructura, regulación ésta, que incide sobre la competencia de los Estados para la conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en una relación de género a especie -vgr. La legislación en materia portuaria debe incidir no sólo sobre los puertos comerciales, sino también respecto de los puertos militares o de investigación científica, entre otros-.

Asimismo, resulta oportuno destacar que la legislación marco que norma aspectos referidos a conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, se realiza igualmente en el ejercicio de una potestad que la Constitución clara y directamente le atribuye al legislador nacional -vgr. Leyes dictadas por la Asamblea Nacional o Decretos Leyes del Presidente de la República-, toda vez que dicha potestad legislativa procedería a juicio de esta Sala, independientemente de la afirmación contenida en el artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, respecto al ejercicio de la competencia de los Estados en *coordinación* con el Ejecutivo Nacional en relación con las carreteras o autopistas nacionales y los puertos o aeropuertos de uso comercial, ya que esa coordinación que postula el Texto Constitucional, si bien es de distinto alcance y contenido, condiciona y particulariza las competencias del Ejecutivo Nacional en tales materias, como se expone *infra*.

Así pues, el artículo 156.26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, permite al legislador nacional definir el contenido de ese régimen o legislación básica en materia de navegación, transporte de carácter nacional, puertos, aeropuertos y su infraestructura y, en consecuencia, respecto a la conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial.

El fundamento de tal asignación de la legislación básica al nivel nacional del ejercicio del Poder Público, y la legislación de desarrollo de ésta al nivel estatal en los términos expuestos, viene dado por los principios de unidad, satisfacción del interés general e igualdad en la gestión de los Estados de ciertos servicios en régimen de competencia concurrente.

Ciertamente, esa homogeneidad o estandarización por normas de rango legal, que viabilizan la consecución de un funcionamiento eficaz y adecuado de la prestación de servicios y

bienes a los intereses generales de la nación, sólo es posible si el nivel nacional en ejercicio del Poder Público, determina una normativa básica que delimite la actividad que en ejecución de la competencia concurrente desplieguen los Estados.

Esa regulación, en el caso de las materias regidas por el artículo 164.10 de la Constitución, no sólo se refiere a principios o pautas generales en cuanto al funcionamiento o a la prestación igualitaria de los servicios, sino que puede incidir en la planificación de las actividades, en la organización interna del ente ejecutor, en la creación de órganos mixtos y en otros aspectos similares; ello en virtud de que el artículo 164.10 de la Constitución somete la conservación, la administración y el aprovechamiento que hagan de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial a los estados a la “*coordinación con el Ejecutivo Nacional*”.

Es decir, el régimen básico a ser dictado por el nivel nacional de ejercicio del Poder Público, conforme a la atribución que le fue conferida por el artículo 156.26 constitucional en concordancia con el artículo 164.10 *eiusdem*, permite que el legislador nacional intervenga en un mayor grado con su regulación sobre la ejecución, conservación y administración que de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial hicieren los Estados en coordinación con el Ejecutivo Nacional.

2.- Del contenido y alcance de las competencias del Poder Público Nacional y Estatal reguladas en el artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Aunado a la interpretación de las competencias referidas a la legislación básica al nivel nacional del ejercicio del Poder Público, y la legislación de desarrollo de ésta al nivel estatal en los términos expuestos, debe establecerse el alcance de las competencias del Ejecutivo Nacional respecto de la gestión -*vgr.* Conservación, administración y aprovechamiento- de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial. En tal sentido, en cuanto al aspecto relativo a la *coordinación* entre el Ejecutivo Nacional y los Estados en ejercicio de las denominadas *competencias exclusivas* de dichos entes político territoriales, la Sala advierte una aparente contradicción que debe resolverse a fin de viabilizar la gestión eficaz y eficiente de los servicios públicos de puertos y aeropuertos de uso comercial, así como de las carreteras y autopistas nacionales.

Para ello, debe referirse esta Sala a los antecedentes constitucionales de la descentralización político territorial regulada en los artículos 136.20 y 137 de la Constitución de 1961 y desarrollada por los artículos 11.3 y 11.5 la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (*Gaceta Oficial* N° 4.153 del 28 de diciembre de 1989), los cuales establecían lo siguiente:

“(...) Artículo 136°.- *Es de la competencia del Poder Nacional:*

(...)

20.- *Lo relativo al transporte terrestre, a la navegación aérea, marítima, fluvial y lacustre y a los muelles y demás obras portuarias (...)*”.

“(...) Artículo 137° *El Congreso, por el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara, podrá atribuir a los Estados o a los Municipios determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización administrativa (...)*”.

“(...) Artículo 11.- *A fin de promover la descentralización administrativa y conforme a lo dispuesto en el artículo 137 de la Constitución, se transfiere a los Estados la competencia exclusiva en las siguientes materias:*

(...)

3. La conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras, puentes y autopistas en sus territorios. Cuando se trate de vías interestadales, esta competencia se ejercerá mancomunadamente, a cuyos efectos se celebrarán los convenios respectivos;

(...)

5. La Administración y mantenimiento de puertos y aeropuertos públicos de uso comercial (...)”.

En ese marco normativo las denominadas competencias exclusivas de los Estados, relativas a las carreteras, puentes y autopistas se referían a las que se encontraban en su territorio (estadales), contraponiéndose a éstas aquellas denominadas interestadales, cuya gestión correspondía a una competencia concurrente.

Dichas normas, fueron recogidas en los ya mencionados artículos 156.26 y 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales permitieron constitucionalizar la descentralización iniciada en el año 1989 mediante la citada Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público. Por su parte, la vigente Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (*Gaceta Oficial* N° 37.753 del 14 de agosto de 2003), reprodujo en gran medida el contenido de la antes mencionada ley orgánica. En tal sentido, el artículo 11.3 de la vigente ley establece que:

“Artículo 11°. A fin de promover la descentralización administrativa y conforme a lo dispuesto en el artículo 157 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se transfiere a los estados la competencia exclusiva en las siguientes materias:

(...)

3. La conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras, puentes y autopistas en sus territorios. Cuando se trate de vías interestadales, esta competencia se ejercerá mancomunadamente, a cuyos efectos se celebrarán los convenios respectivos (...)”.

De una simple lectura, del artículo parcialmente transcrito se evidencia que reproduce a la ley de 1989, sin tomar en cuenta la “*constitucionalización*” de algunos artículos de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, como el artículo 11, referido a las competencias exclusivas de los Estados.

En tal sentido, la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público reguló un conjunto de competencias concurrentes, las cuales permiten la gestión coordinada de la República y los Estados; la posibilidad de la República de transferir esas competencias concurrentes a los Estados mediante el procedimiento establecido en la ley y, en caso de haberse verificado la transferencia de competencias, prevé la posibilidad de una reversión por parte del Ejecutivo Nacional con fundamento en razones de mérito, oportunidad y conveniencia.

En ese marco normativo, la lectura de la totalidad del artículo 164 de la Constitución, evidencia que el constituyente reconoció como competencia exclusiva de los Estados “(...) *La ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estadales (...)*” (Artículo 164.9) y, le otorgó además, la competencia de conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial conforme al contenido del artículo 164.10, conjuntamente con el Ejecutivo Nacional (y no al Poder Público Nacional, cuya competencia es de naturaleza normativa y no de gestión).

Ahora bien, esta Sala estima que los “puertos, aeropuertos, autopistas, carreteras y puentes” o “las vías terrestres estatales” a las cuales hace referencia particular la Constitución -en contraposición a las carreteras y autopistas nacionales-, son aquellas producto de las inversiones directas de los Estados para su desarrollo, ya que los mismos están obligados a invertir no menos del cincuenta por ciento de su situado constitucional en obras de infraestructura, salud, comunicaciones, educación, (Artículo de la 17 Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público). Así, “las vías terrestres estatales” son calificadas por el constituyente como una competencia exclusiva y originaria de los estados (Artículo 164.9), no sólo en virtud de su carácter regional, sino fundamentalmente debido a su origen demanial.

Por su parte, **las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial nacionales (no Estadales)** -que en la práctica son la gran mayoría, dado que históricamente los existentes en el país, han sido el resultado de la ejecución de planes de desarrollo realizados directamente por el Poder Nacional-, **son bienes y servicios cuya titularidad corresponde a la República, ya que los mismos son producto de la inversión de ese ente político territorial dado su carácter de obras y servicios de interés nacional, por lo que en caso de haber sido transferidos a los Estados pueden ser cogestionados por éstos a través de convenios, pero también reasumidos por el Poder Público Nacional mediante un procedimiento de reversión, ya que la titularidad originaria de los mismos le corresponde a la República.**

Ciertamente, ambas competencias al referirse a la gestión de servicios de transporte (terrestre y fluvial), corresponden a las actividades calificadas por el legislador como servicios públicos sujetos a reversión, tanto en la vigente como en la derogada Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (Artículos 5 y 8). Así, en el supuesto de las actividades y bienes vinculados a las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, la declaratoria del servicio público se encuentra en los artículos 106 al 109 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, el artículo 22 de la Ley General de Puertos y en lo relacionado a los aeropuertos comerciales, la misma se desprende del contenido de los artículos 44, 45 y 62 de la Ley de Aeronáutica Civil, respectivamente.

En consecuencia, cuando el artículo 164 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala que los Estados tienen *exclusividad* sobre las competencias descritas en el numeral 10 -y no así en el resto del contenido normativo del artículo *sub examine*-, debe interpretarse en el sentido que sólo los Estados como entes político territoriales pueden ser objeto de una descentralización territorial sobre dichas materias, lo cual no excluye la descentralización funcional o la cogestión, sobre bienes y servicios cuya titularidad originaria mantiene la República -vgr. El Aeropuerto de Maiquetía, administrado, conservado y aprovechado por el Poder Nacional a través de un Instituto Autónomo Nacional-.

De ello resulta pues, que deba diferenciarse entre la titularidad de tales bienes y servicios -los cuales les pertenecen a la República de forma originaria, salvo que tal condición se extinga a través de los medios legales contemplados para los actos de disposición, previo el cumplimiento de los extremos legales correspondientes- **de la gestión** -administración, conservación, y aprovechamiento-, **la cual puede estar atribuida al Poder Público Nacional a través del Ejecutivo Nacional o cualquier ente descentralizado funcionalmente, o a nivel Estatal en los mismos términos.**

En todos los casos de los puertos o aeropuertos comerciales, autopistas, carreteras y puentes nacionales o estatales, la autoridad de policía administrativa, bien la autoridad acuática, portuaria o aeronáutica podrá ejercer sus competencias de supervisión y control, por lo

que el Ejecutivo Nacional, podrá ejercer competencias exorbitantes como la intervención en aras de garantizar la continuidad, calidad, y normalidad de tales servicios; hayan sido o no, transferidos a los Estados.

Al efecto, la Sala considera pertinente reiterar como punto previo que el régimen constitucional de distribución territorial de competencias no admite una interpretación que postule una distribución de competencias formulada conforme al modelo de separación absoluta de competencias, toda vez que tal arquetipo de comprensión del ordenamiento jurídico constitucional, es refutado por el contenido del artículo 4 de la Constitución, el cual establece que la República Bolivariana de Venezuela, es un Estado “*federal descentralizado*” en los términos en ella consagrados, y que se rige por los principios de “*integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad*”, tal como se estableció en la sentencia de esta Sala N° 2.495/06, la cual si bien hace un conjunto de consideraciones relativas al artículo 164.10 constitucional, a “*(...) los solos efectos de e[s]a decisión (...)*”, desarrolla la naturaleza de nuestro sistema federal, en los siguientes términos:

“(...) la decisión constituyente contenida en el artículo 4º de texto fundamental de 1999, en el sentido de que la estructura de nuestro Estado fuese federal descentralizada, no puede leerse, sin más, como lo pretenderían implícitamente los solicitantes, como el resultado de la opción constituyente por un Estado perfectamente (o absolutamente) descentralizado (lo que es lo mismo: por el modelo de federalismo dual), pero tampoco, lo cual es más obvio, por uno perfectamente (o absolutamente) centralizado.

Tanto la tesis del federalismo cooperativo, como la kelseniana de la gama de modelos entre los extremos descentralización-centralización, rechazan la versión de un Estado en el que sus miembros tuviesen sólo competencias exclusivas y excluyentes, y en el que no se diesen relaciones de ninguna especie.

Pues, si bien es cierto que, ‘en hipótesis, cabe pensar en un régimen en el que la Constitución hubiera dividido la totalidad de las materias de gestión pública de forma neta y limpia, adjudicando bloques compactos a cada uno de los entes (...) que serán gestionados por cada uno de los entes en estricta incomunicación con los demás’ (al modo del federalismo dual), ‘un sistema tal no sería sencillo de plasmar, ni realista...’ (Caso Santamaría Pastor, J.A., Principios de Derecho Administrativo, I, pp. 182-183).

Por otra parte, hay que insistir también que si nuestra Constitución ha preferido un modelo de federalismo cooperativo, en los términos anteriormente explicados, a este modelo subyace, necesariamente, un orden de relaciones entre los diversos niveles de ejercicio del Poder Público que van, en algunas materias, desde la neta separación, hasta otros niveles en que las relaciones son o de cooperación o de supremacía.

Que tales relaciones de cooperación o de supremacía caracterizan los Estados contemporáneos, lo alcanzó a reconocer Carl Schmitt en su Teoría de la Constitución, publicada en 1928. Para Schmitt, ‘desde el punto de vista de Derecho internacional se encuentran los Estados independientes, unos frente a otros, al menos todavía hoy, como formaciones cerradas hacia fuera, impenetrables, impermeables, o (según la expresión americana, algo trivial estancados’ (pero) ‘dentro de una Federación no puede haber esa cerrada impermeabilidad’ (Caso: Teoría de la Constitución, Alianza, Madrid, 1ª edición, 1986, p 362).

La Sala conviene en que esa ‘cerrada impermeabilidad’ a que se refería Schmitt, a la luz de nuestra Constitución, no es ni posible ‘ni realista’, como acotaría Santamaría Pastor, ya que en nuestro modelo de federación descentralizada no puede haber en la relación entre la República y los Estados la impenetrabilidad e impermeabilidad que de la comunidad interestatal daba noticia el autor alemán.

Y ello es así porque, como opinaba Kelsen, ‘si la descentralización fuese tan lejos que coexistiesen varias comunidades jurídicas, varias legislaciones con ámbitos espaciales autó-

nomos de vigencia, sin que pudiese decirse que estos territorios formasen parte de una totalidad, por faltar una comunidad siquiera reflejada entre ellos, entonces parece que se habría sobrepasado el límite extremo hasta el cual era posible la descentralización' (Caso opus cit., p.215).

En nuestro caso, el Constituyente, tanto en lo general como en lo particular, rechazó una descentralización que negase la 'totalidad' estatal a la que se refirió el último texto citado; 'totalidad' en que se insertan los diversos entes político- territoriales reconocidos en la Constitución, pues, como lo advertiría Schmitt en el mismo sentido en que lo hizo Kelsen en el texto referido), 'un Estado, por el hecho de pertenecer a la Federación, queda inordinado en un sistema político total' (opus cit., p. 349).

Como lo anunciamos en el párrafo anterior, el Constituyente, tanto en lo general como en lo particular, se acercó, en cuanto a la estructura vertical de ejercicio del Poder Público, a un modelo de federación descentralizado cooperativo. En lo general, al propugnar como principios definidores de nuestro federalismo descentralizado los de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad (art. 4º); y en lo particular, al consagrar en su artículo 164.10 que el ejercicio de las competencias de los Estados en torno a los puertos de uso comercial, debía darse a través de un instrumento que garantizase la necesaria homogeneidad en la prestación de ese servicio (...).

Así, el enfoque del estado federal descentralizado consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es el de un sistema en el cual en el marco de la estructura político-territorial del Estado venezolano, es inherente al nivel nacional la potestad de coordinación en relación a los niveles estatales y municipales del ejercicio del Poder Público, tanto en las materias de competencia concurrente como en aquéllas de competencia exclusiva nacional en las que de alguna forma intervengan los Estados y los Municipios.

Respecto a tales principios en relación con las competencias concurrentes esta Sala ha afirmado que "(...) las competencias concurrentes entre los Estados y los Municipios deben estar previamente delimitadas en una ley de base nacional, y ello es así porque sólo el Órgano Legislativo Nacional tiene competencia para dictar leyes de base reguladoras (según los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad) de las competencias concurrentes, no sólo de la República con los Estados y los Municipios, sino también de las de estos últimos entre sí (...)" –Caso: Sentencia de esta Sala N° 843/2004-.

Bajo tales parámetros, la coordinación establecida por un determinado sistema estatutario de derecho público de rango legal, el cual como se afirmó es propio de la estructura descentralizada de la organización vertical del Poder Público y posibilita la realización de los principios de unidad, satisfacción del interés general e igualdad en la gestión de los Estados de ciertos servicios en régimen de competencia concurrente, comporta igualmente, una relación jurídico constitucional entre los Estados y el Ejecutivo Nacional, por lo que resulta necesario definir, bajo tales parámetros qué se entiende por la voz "coordinación" en el artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La coordinación afirma SANTAMARÍA PASTOR, "(...) supone una posición de superioridad o supremacía de unos entes respecto de los otros, que deriva de la atribución al ente superior de auténticos poderes de dirección del ente o entes sujetos a la coordinación (...)" ; por lo que, la coordinación "(...) implica un límite efectivo al ejercicio de sus competencias por parte de los entes coordinados (...)" (Caso: SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, t. I, p. 133).

La Sala por su parte, ha señalado respecto a la conceptualización de la coordinación de competencias y a las técnicas en que dicho mecanismo de integración se efectúa, lo siguiente:

“(…) ‘el término coordinación ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia constitucional (española) (...) y ha sido definido como una fórmula de fijación de mecanismos para la integración de un sistema nacional de múltiples subsistemas autonómicos’. Tales mecanismos se harían efectivos mediante ‘la determinación unilateral por el Estado (cuando la Constitución lo prevé) de técnicas que hagan posible una homogeneidad mínima, pese a la existencia de diversas competencias sobre una misma materia (sanidad, investigación, economía, hacienda)’ (Caso: López Guerra y otros, opus cit., p. 383) (...). En resumen, y a los solos efectos de esta decisión, la tarea de coordinar supone una potestad superior atribuida a los órganos centrales de un Estado determinado, que tiene como propósito integrar las tareas que sobre una misma materia les ha sido encomendadas a diversos entes, con el fin de que las mismas confluyan en un objetivo común, cual sería la prestación homogénea de un servicio o bien público (...).

(...) las técnicas en que dicho mecanismo de integración se efectúa. Algunas de ellas ya han sido mencionadas, como la inspección y la orden a que hizo alusión Kelsen en el último texto que de él se citó. A éstas habría que agregar las siguientes:

a) la planificación, es decir, ‘la tecnología permanente, ininterrumpida y reiterada del Estado y la sociedad, destinada a lograr su cambio estructural de conformidad con la Constitución de la República’ (art. 2º de la Ley Orgánica de Planificación);

b) la participación de los Estados y los Municipios en procedimientos tramitados y resueltos por la República; y

c) en virtud de la concurrencia de ciertas potestades en los tres niveles territoriales de ejercicio del Poder Público, o de potestades que en exclusiva le competan a la República, como la política comercial, le están atribuidas a los órganos centrales (explícita o implícitamente) potestades que comprenden la facultad de dictar disposiciones normativas vinculantes; de estas circunstancias también deriva la sujeción de la actividad de los Estados y de los Municipios a actos estatales como, por ejemplo, actos de homologación o registro, informes vinculantes, o incluso actos de aprobación de decisiones emanadas de las autoridades estatales o municipales (así lo ha admitido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en las sentencias núms. 71/1983, 111/1986, 149/1991 y 228/1988) (Caso: Santamaría Pastor, J.A., opus cit., pp. 551-554) (...)” –Caso: Sentencia de esta Sala Nº 2.495/06-.

Así pues, la coordinación implica la integración de órganos y entes a un objetivo, la jerarquía o superioridad del ente u órgano que coordina y la estandarización de la prestación de un servicio o bien público. En cualquier caso, la coordinación significa la satisfacción de diversos intereses públicos mediante una actuación funcionalmente coincidente de varios entes u órganos, que debe responder a los principios de eficiencia y continuidad de la prestación de un servicio o bien público.

Por lo tanto, es conforme al correspondiente régimen estatutario de derecho público, que debe determinarse el órgano u ente de la Administración Pública Nacional que ejerza las competencias de coordinación, así como el grado o intensidad del control sobre la actividad de conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras o autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial.

Ahora bien, la Sala advierte que bajo el supuesto de la norma constitucional *sub examine*, debería existir una norma general de carácter nacional que regule una determinada materia -vgr. Puertos comerciales-, un órgano o ente con competencia nacional que ejerza potestades de policía por parte del Ejecutivo Nacional -e incluso comparta responsabilidades de conservación, administración y aprovechamiento- y que los respectivos Estados hayan asumido y ejerzan de forma eficaz y continua la correspondiente competencia; sin embargo, se plantean diversos supuestos en los cuales debe dársele viabilidad a la prestación de servicios eficientes y bienes de calidad, en materia de carreteras y autopistas nacionales, así como de

puertos y aeropuertos de uso comercial, todo en tutela del interés general de la sociedad. Así, es posible que (i) la correspondiente competencia en materia de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial no la ejerzan los Estados, (ii) la ejercen parcialmente o, (iii) a pesar de haber sido transferidas el servicio prestado es deficiente o inexistente.

La primera hipótesis, se podría verificar en aquellos casos en los cuales no se produjo la correspondiente transferencia de conformidad con la Ley Orgánica para la Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público -*Vid. Gaceta Oficial* N° 4.153 del 28 de diciembre de 1989, artículo 11, ordinal 3°)- durante la vigencia de la Constitución de 1961 -*Caso: Artículos 136.21 y 137, conforme al primero era competencia del Poder Nacional, todo lo relativo a la apertura y conservación de las vías de comunicación nacionales-, el traslado de la competencia de conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, de la República a los Estados. En dicho supuesto, la República debe continuar prestando el servicio y mantenimiento de los bienes, de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, según sea el caso, lo cual genera no sólo la obligación de administrar y conservar, sino la posibilidad de aprovecharse de los mismos, en aquellos casos que exista una contraprestación por el ejercicio de tales competencias.*

No obstante, ello no resulta óbice para que los Estados puedan de conformidad con la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.753 del 14 de agosto de 2003, gestionar la respectiva transferencia de competencias.

En el segundo supuesto, los Estados que asumieron la competencia de conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, pueden ejercerla directamente o a través de los mecanismos de gestión indirecta de tales servicios y bienes -*vgr. Concesión-*, mediante su cogestión con otros órganos o entidades públicas -*vgr. La celebración de convenios interadministrativos-* u otra figura que la legislación nacional establezca al respecto, lo cual posibilita en todos los casos, que la República pudiera ejercer las competencias de conservación, administración y aprovechamiento de manera directa, conforme a la correspondiente ley y demás normas aplicables - *vgr. Convenios-*.

Finalmente, cuando a pesar de haber sido transferidas las competencias para la conservación, administración y aprovechamiento del servicio o bien, la prestación del servicio o bien por parte de los Estados es deficiente o inexistente, resulta ineludible que en estos supuestos se deba producir una intervención directa del Poder Público Nacional -sin perjuicio de su facultad de ejercer la reversión de la transferencia conforme al ordenamiento jurídico-, para garantizar la continuidad y eficiencia de las correspondientes prestaciones, ya que en el caso de las actividades y bienes vinculados a las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, se constituyen en verdaderos servicios públicos.

Así, en el supuesto de las actividades y bienes vinculados a las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, la declaratoria del servicio público se encuentra en los artículos 106 al 109 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, el artículo 22 de la Ley General de Puertos y en lo relacionado a los aeropuertos comerciales, la misma se desprende del contenido de los artículos 44, 45 y 62 de la Ley de Aeronáutica Civil, respectivamente.

Ahora bien, como se afirmó anteriormente en cada caso debe atenderse al régimen estatutario de derecho público para determinar el órgano u ente de la Administración Pública Nacional que ejerza las competencias de coordinación, así como el grado o intensidad del control sobre la actividad de conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras o autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial.

Empero, como bien afirma en su escrito la parte recurrente refiriéndose al supuesto particular de la Ley de Puertos, que en su artículo 23 califica como autoridad acuática al Instituto Nacional de Espacios Acuáticos y “(...) en su artículo 24 le atribuye en forma enunciativa un conjunto de potestades pero de naturaleza directiva y de fiscalización y no de administración, aprovechamiento o conservación (...)”, genera en esos casos o en aquellos donde la legislación nacional guarde silencio, la necesidad de “(...) determinar cómo debe intervenir el Ejecutivo Nacional con el fin de impedir daños al patrimonio de la Nación, por la inobservancia de los Estados en cuanto al ejercicio adecuado de las competencias sobre la materia que les atribuye la Constitución, y si en virtud de ello y frente a situaciones gravosas para el patrimonio de la República, puede asumir el Ejecutivo Nacional tales competencias, y en caso afirmativo, la forma como debe hacerlo sin lesionar el ordenamiento jurídico vigente (...)”.

Al respecto, se advierte que al constituirse la República Bolivariana de Venezuela como un Estado Social de Derecho y de Justicia, es inherente al ejercicio de sus potestades por cualquiera de los órganos del Poder Público, que su actuación debe velar por la protección y resguardo efectivo de los derechos de los ciudadanos, y propender y dirigir la misma no sólo en el ámbito social, sino en el aspecto económico con la finalidad de ir disminuyendo el desequilibrio existente en nuestra sociedad -Vid. Sentencia de esta Sala N° 85 del 24 de enero de 2002, caso *Asodeviprilara*-.

Tal actuación no solo se centra en el dictamen de leyes o en la resolución de conflictos por los órganos jurisdiccionales tomando en cuenta el desequilibrio actual de nuestras sociedades, sino que imponen una obligación jurídica que en determinadas ocasiones viene imbuida de un formato moral, que requiere que los órganos integrantes del Poder Público asuman roles y funciones necesarios para el desarrollo económico, social y cultural de la colectividad.

Esto viene reflejado en la obligación del Estado Venezolano de asegurar unos cometidos sociales básicos para el desarrollo del ser humano, el cual no se satisface únicamente con su sola existencia, sino que requiere de unos medios organizativos y subjetivos que aseguren su desenvolvimiento adecuado dentro de la sociedad. Dichos cometidos consagrados en nuestro Texto Constitucional en su Preámbulo, constituyen una directriz en el desarrollo de sus funciones, y surge correlativamente un deber para los órganos jurisdiccionales y muy en especial para esta Sala Constitucional en la interpretación y adecuación social y real de tales valores superiores a un fin de bienestar y progreso social.

Así pues, se aprecia que el fin último y objeto primordial del Estado (*ex* artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), es el desarrollo del ser humano y la consecución de prosperidad social, siendo éste su núcleo de protección, por lo que deben disponerse y ejecutarse todas aquellas medidas necesarias y relevantes para la propensión del mismo; en caso contrario, estaríamos afirmando la existencia y creación de un ser innatural, inocuo e ineficaz de contenido y acción.

En base a estos postulados y finalidades del Estado, los cuales son asumidos por la mayoría de las Constituciones modernas, y son concebidos no sólo como un mero número de normas rectoras de las Instituciones Políticas del Estado, sino como un conjunto efectivo de

normas jurídicas contentivas de deberes y derechos de los ciudadanos, las cuales se incorporan y confluyen en un juego de inter relación con los ciudadanos en un sistema de valores jurídicos, sociales, económicos y políticos que deben permitir su desarrollo dentro de una sociedad armónica, es que el Estado debe reinterpretar sus funciones en la búsqueda de la protección de los valores de justicia social y de dignidad humana.

En este orden de ideas, **se aprecia que las características particulares de las actividades de conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, como servicios públicos de interés nacional, permiten afirmar que la Administración disponga de un poder general implícito o de la cláusula general de orden público, para poder condicionar, limitar o intervenir los derechos y libertades constitucionalmente proclamados en orden a una hipotética articulación de los mismos con la utilidad común o general.**

Ello es posible, sobre la base de la doctrina de los poderes inherentes o implícitos en el ámbito de la actividad administrativa, la cual estima la Sala debe atender a la posibilidad del intérprete de las normas atributivas de competencia de revisar el espíritu de la norma 'atributiva', en forma tal, que permite aceptar la existencia de competencia cuando ésta sea consecuencia lógica del dispositivo legal y de la índole de la actividad principal que el órgano o ente ejerza.

Los anteriores razonamientos, sólo contrarían una concepción simple del principio de legalidad, que se restrinja a la literalidad de la exigencia que éste impone respecto a la ineludible existencia de un precepto jurídico que justifique la actuación administrativa, la cual se constituye en una "(...) exigencia [que] debe ser matizada con la doctrina de los poderes inherentes o implícitos que, por excepción, pueden inferirse por interpretación de las normas más que por su texto directo. Esta doctrina fue formulada originalmente en el Derecho público Anglosajón, tanto en el ámbito constitucional (*inherent powers* de la Federación americana, deducidos de su posición general, no mencionados en el pacto federal o Constitución y que una aplicación estricta del principio federal hubiera tenido que interpretar como no transferidos a la Unión por los Estados miembros -Enmienda X-; entre ellos está nada menos que la posición del presidente para conducir las relaciones internacionales), como el del local government (*competencias de los entes locales construida sobre el sistema de lista -y no sobre el de la cláusula general-, corregida tal lista con los implied powers*). (...) la inherencia o implicación ha de deducirse, no de ninguna imagen ideal o abstracta de unos supuestos poderes 'normales' administrativos (imagen que arruinaría la exigencia de la legalidad en su función habilitante), sino de otros poderes expresamente reconocidos por la Ley y de la posición jurídica de los administrados por la Ley y de la posición jurídica singular que ésta construye, como poderes concomitantes de tales o tal posición o, incluso, como filiales o derivados de los mismos (poderes incluidos en otros o derivados) (...)" -Vid. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Reimpresión de la octava edición, Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 440 y de DE LA CUETARA, JUAN MIGUEL, *Las Potestades Administrativas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 101-.

Ciertamente, aun cuando la competencia no esté literalmente contenida en una norma, es posible deducirla acudiendo a una interpretación finalista o sistemática de la misma, ya que si la competencia no surge en forma concreta de la disposición, en orden a materializar los fines del Estado y su cometido esencial de justicia social mediante la prestación de servicios eficientes y bienes de calidad, debe establecerse si la actuación administrativa puede derivarse como consecuencia lógica del texto de ésta.

En el caso concreto del artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al determinar el Constituyente que el desarrollo de dichas competencias debe hacerse en coordinación con el Ejecutivo Nacional, comporta una atribución de competencias múltiples, a saber:

a.- Por parte del legislador nacional la de establecer mediante leyes de base reguladoras -según los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad- de las competencias concurrentes, de la República con los Estados y los Municipios, sino también de las de estos últimos entre sí. Tal como se desprende del contenido del artículo 165, que se ubica en el Capítulo III (Del Poder Público Estatal) del Título IV (Del Poder Público) de la Constitución: “(...) Las materias objeto de competencias concurrentes serán reguladas mediante leyes de bases dictadas por el Poder Nacional, y leyes de desarrollo aprobadas por los Estados. Esta legislación estará orientada por los principios de la interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad (...). Los Estados descentralizarán y transferirán a los Municipios los servicios y competencias que gestionen y que éstos estén en capacidad de prestar, así como la administración de los respectivos recursos, dentro de las áreas de competencias concurrentes entre ambos niveles del Poder Público. Los mecanismos de transferencia estarán regulados por el ordenamiento jurídico estatal (...)”.

b.- De los Estados de ejercer conforme a la legislación base y en coordinación con el Ejecutivo Nacional la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, previa transferencia de competencias conforme al procedimiento de descentralización territorial.

c.- Sólo los Estados como entes político territoriales pueden ser objeto de una descentralización territorial sobre dichas materias.

d.- La obligación del Ejecutivo Nacional de procurar la satisfacción eficaz de las prestaciones de servicios públicos vinculados con la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, con el fin de asegurar a los usuarios y consumidores un servicio de calidad en condiciones idóneas y de respeto de los derechos constitucionales de todas las partes involucradas, por ser los medios esos servicios y bienes, fundamentales para la satisfacción de necesidades públicas de alcance e influencia en diversos aspectos de la sociedad y que pueden incidir tanto en la calidad de vida de aquélla, como en derechos concretos -vgr. Comercio, seguridad nacional, control de actividades ilícitas, entre otras-.

e.- Las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial nacionales (no Estadales), son bienes y servicios que en caso de haber sido transferidos a los Estados (descentralización funcional) pueden ser cogestionados por éstos a través de convenios, pero también revertidos, ya que la titularidad originaria de los mismos le corresponde a la República, conforme al ordenamiento jurídico vigente.

Dichos deberes y competencias son potestades ejercidas a raíz del Texto Constitucional y por lo tanto una conducta estatal típica en materia de conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como puertos y aeropuertos de uso comercial, por ser éstas de aprovechamiento general y que contribuye al desarrollo de la sociedad, pudiendo el Estado en virtud de ello, hacer uso de aquellos mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico para mantener en un momento determinado la actividad operacional de tal servicio.

Como bien afirma la doctrina “(...) el bien común, la *ratio essendi* del Estado, lleva implícita de modo prioritario la integridad prestacional que importa calidad en la gestión de los servicios públicos. Son tales prestaciones que cubren necesidades públicas o de interés comunitario, las que explicitan las funciones-fines del Estado, de ejecución *per se* (...). En nuestros días, para que exista calidad de vida los usuarios deben tener asegurado el derecho a un nivel de prestación adecuado, tendiente al mejoramiento de las condiciones de vida, con servicios públicos eficientes, cuya prestación integral y acceso universal estén garantizados por el Estado que debe, a través de las autoridades, proveer el control de la calidad, la eficiencia y la regularidad. Los servicios deben prestarse en condiciones de generalidad, uniformidad, continuidad y obligatoriedad (...)” -DROMI, ROBERTO, *Derecho Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, 10° edición, Buenos Aires, p. 187-.

Tales estándares mínimos dan continuidad y desarrollo a los principios que deben regir todo servicio público -mutabilidad, obligatoriedad, igualdad, universalidad- los cuales en el presente caso, se encuentran referidos a la utilización y eficaz desarrollo de la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial.

En función de ello, se concibe que la Administración en ejercicio de la potestad de coordinación pueda asumir directamente la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, en aras de mantener a buen resguardo los derechos de los usuarios a la prestación de un servicio público en condiciones de calidad, ya que, en virtud del carácter obligatorio en la prestación de éste, no puede el Estado permitir el cese funcional en la prestación del mismo -vgr. Servicio de salud, agua, electricidad o transporte-. Así, el Estado no debe restringirse a la prestación obligatoria en determinadas condiciones excepcionales de un servicio público, sino también puede asumir medidas extraordinarias para mantener operacionales los sistemas de diversos sectores económicos.

Se reitera, entonces que si la legislación base otorga las competencias a un determinado órgano o ente público para la intervención y asunción de competencias, corresponde a dicho órgano el ejercicio de dicha potestad, pero cuando la legislación no faculta a los órganos de policía correspondientes, para incidir en ese grado en la prestación de un servicio público, corresponde al Ejecutivo Nacional por órgano del Presidente de la República en Consejo de Ministros, decretar la intervención para asumir la prestación de servicios y bienes de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, en aquellos casos que a pesar de haber sido transferidas esas competencias, la prestación del servicio o bien por parte de los Estados es deficiente o inexistente, sobre la base de los artículos 236 y 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

3.- De la interpretación constitucional del sentido y alcance de las competencias del Poder Público Nacional y Estatal reguladas en el artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Conforme a la interpretación vinculante de esta Sala en relación con el alcance y contenido del artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, este máximo exponente de la Jurisdicción Constitucional, de oficio y por razones de orden público constitucional, advierte que el contenido de la presente decisión debe generar una necesaria revisión y modificación del ordenamiento jurídico legal vigente.

En tal sentido, para a lograr la coherencia necesaria para el correcto funcionamiento del sistema jurídico, la Sala exhorta a la Asamblea Nacional que en ejercicio de sus competencias y a los fines de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios consti-

tucionales, proceda a la revisión y correspondiente modificación de la normativa legal vinculada con la interpretación vinculante establecida en la presente decisión, en orden a establecer una regulación legal congruente con los principios constitucionales y derivada de la interpretación efectuada por esta Sala en ejercicio de sus competencias.

Ciertamente, visto el contenido de la presente decisión y dado que la interpretación de una norma constitucional no puede formularse en términos de tal forma abstractos que desconozcan la unidad del sistema normativo y su coherencia, la Sala advierte que la presente interpretación vinculante genera una necesaria revisión y modificación de gran alcance y magnitud del sistema legal vigente. De ello resulta pues, que la Sala exhorte a la revisión general de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, Ley General de Puertos y la Ley de Aeronáutica Civil, sin perjuicio de la necesaria consideración de otros textos legales para adecuar su contenido a la vigente interpretación.

Finalmente, la Sala declara resuelta la solicitud de interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en los términos expuestos y ejerciendo su labor de máxima intérprete de la Constitución ajusta las disposiciones legales antes referidas a los postulados constitucionales. Así 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:

1. La mayoría de las dudas acerca del alcance de la norma objeto de interpretación ya fueron objeto de pronunciamiento por parte de la Sala en sentencia N° 2495 del 19.12.06 (exp. N° 02-0265), que se citó, incluso, en el fallo, oportunidad en la que resolvió la materia objeto de esta sentencia –aunque limitada al servicio de puertos–, en los siguientes términos:

1.- El primero de los argumentos presentados por la parte actora se compone de las siguientes premisas: a) que las competencias que ostentan los niveles nacional y estatal de ejercicio del Poder Público, respecto al servicio de puertos, son exclusivas y excluyentes; y b) que no cabe relación alguna entre las regulaciones de dicten ambos niveles para regular la competencia que les ha sido asignada constitucionalmente en cuanto a puertos se refiere, o entre las actividades que les correspondería ejecutar con arreglo a tales regulaciones. En conclusión, según los solicitantes, el nivel nacional de ejercicio del Poder Público no sería competente para establecer parámetros a los Estados respecto a la conservación, administración o aprovechamiento de los puertos de uso comercial.

Al respecto, lo primero a destacar, es que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la materia de puertos y en cuanto a la incidencia que sobre la misma tienen tanto la República como los Estados, ha consagrado dos enunciados normativos. El primero, contenido en el artículo 156.26, establece lo siguiente:

“Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(...)

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.”

El segundo se encuentra en el artículo 164.10, que dice:

“Es de la competencia exclusiva de los Estados:

(...)

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.”

Una interpretación del primero de los enunciados citados (art. 156.26) revela que al Poder Público Nacional, y en particular al Poder Legislativo Nacional, le correspondería legislar sobre la materia de puertos, pues el mencionado precepto autoriza a dicho poder a dictar “*el régimen (...) de los puertos*”, y la primera acepción del término “régimen” que recoge el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es precisamente la de un “*conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o una actividad*”. Por tanto, al Poder Público Nacional le correspondería dictar un conjunto de normas que gobiernen o rijan la actividad portuaria o el servicio portuario.

Por su parte, el artículo 164.10 de la Constitución atribuye al Poder Público Estatal la competencia relativa a “*la conservación, administración y aprovechamiento (...) de puertos (...) en coordinación con el Ejecutivo Nacional*”; es decir, a dicho Poder le corresponde conservar, administrar y aprovechar los puertos de uso comercial que se encuentren dentro de la jurisdicción del Estado de que se trate.

De lo que se lleva dicho puede admitirse que tanto el Poder Público Nacional como el Estatal ostentan competencias en cuanto a la materia de puertos.

Se trata, entonces, de un asunto sobre el cual ambos niveles de ejercicio del Poder Público han recibido, desde un punto de vista cualitativo, potestades distintas sobre una misma actividad. Por un lado, al legislador nacional le compete elaborar el régimen general de la materia portuaria, la cual podrá incidir sobre los puertos comerciales, pesqueros, militares, deportivos o de investigación científica; a los Estados, por otro, les corresponde la conservación, administración y aprovechamiento de los puertos comerciales.

Siendo así, la materia de puertos sería objeto, propiamente, de competencias compartidas o concurrentes entre el nivel Nacional y Estatal de ejercicio del Poder Público. Nuestra Constitución utiliza para estos supuestos la expresión “competencia concurrente”. Así, en su artículo 165 se establece que “*las materias objeto de competencias concurrentes serán reguladas mediante leyes de bases dictadas por el Poder Nacional, y leyes de desarrollo aprobadas por los Estados*”.

Sin embargo, debe advertirse que la doctrina y cierta legislación extranjera utilizan la expresión “competencia compartida”, cuando no es que distinguen una competencia de otra. Ya tendrá ocasión la Sala de profundizar en este aspecto.

Así, pues, en materia de puertos (que como quedó dicho es objeto de una competencia concurrente), tanto por lo que establece el artículo 156.26 constitucional, como por lo que expresa el artículo 165 del mismo texto, le toca al Poder Público Nacional dictar el régimen o conjunto de normas básicas que regulen este servicio, y al Poder Público Estatal le corresponde, por su parte, conservar, administrar y aprovechar los puertos de uso comercial, así como también dictar una normativa que desarrolle el régimen básico que al nivel nacional le cumple dictar.

Ahora bien, cuál sería el contenido de ese régimen o legislación básica en materia de puertos.

Para dar respuesta a esta interrogante, habría que determinar la razón por la cual el legislador constituyente quiso que, en lo tocante a competencias concurrentes, la legislación básica le correspondiese dictarla a nivel nacional de ejercicio del Poder Público, y la legislación de desarrollo le fuese asignada al nivel estatal de ejercicio de dicho poder.

La Sala considera que el fundamento de tal asignación viene dado por los principios de unidad, interés general e igualdad en la gestión de los Estados de ciertos servicios en régimen de competencia concurrente.

Es decir, al Constituyente le preocupaba que los servicios a prestar por los Estados en régimen de concurrencia perdieran cierta homogeneidad en cuanto a su funcionamiento; tal homogeneidad, consideró el Constituyente, se preservaría si el nivel nacional de ejercicio del Poder Público fijase una normativa básica que delimitara la actividad que en ejecución de la competencia concurrente desplegaran los Estados.

Esa regulación, en el caso de los puertos de uso comercial, no sólo se referiría a principios o pautas generales en cuanto al funcionamiento o a la prestación igualitaria de los servicios, sino que incidiría en la planificación de las actividades, en la organización interna del ente ejecutor, en la creación de órganos mixtos y en otros aspectos similares; ello en virtud de que el artículo 164.10 de la Constitución somete la conservación, la administración y el aprovechamiento que hagan de los puertos de uso comercial los Estados a la “*coordinación con el Ejecutivo Nacional*”.

Es decir, el régimen básico a ser dictado por el nivel nacional de ejercicio del Poder Público, conforme a la atribución que le fue conferida por el artículo 156.26 constitucional en concordancia con el artículo 165 *eiusdem*, permite que el legislador nacional incida con tal regulación sobre la ejecución, conservación y administración que de los puertos de uso comercial hicieren los Estados.

Por lo tanto, la regulación contenida en la Ley General de Puertos dictada por la Asamblea Nacional, en la medida en que versa sobre la conservación, administración y aprovechamiento de los puertos de uso comercial por parte de los Estados, no es inconstitucional; por el contrario, supone el ejercicio de una potestad que la Constitución le atribuye claramente al Legislador nacional. En estos términos generales queda desechada la denuncia que, también genérica, fue planteada por el solicitante de la nulidad. Así se establece. (Subrayado añadido).

En consecuencia, por cuanto en ese fallo ya la Sala resolvió, de manera clara y suficiente, la materia objeto de esta solicitud de interpretación, lo único que correspondía, en esta ocasión, era la ratificación del criterio, que en la sentencia N° 2495/2006 se limitó al régimen de puertos, y extenderlo al de autopistas y carreteras, con la reiteración de esos principios generales que en esa oportunidad se asentaron de manera correcta, clara y precisa.

En este sentido, por cuanto en el veredicto del que se discrepa se modificó el que se estableció en esa sentencia N° 2495/2006, acerca del alcance y contenido de los artículos 164.10 y 156.16 de la Constitución, la mayoría ha debido, al menos, señalar expresamente su cambio de postura, en aras de la seguridad jurídica.

2. En todo caso, debe indicarse que la interpretación que se hizo es contraria a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Así, la reforma de 2003 de la Ley Orgánica de Descentralización, la cual preceptúa (artículo 11) la posibilidad de transferencia, de la República a los Estados, de la competencia de aprovechamiento, conservación y administración de puertos, autopistas y carreteras, no tomó en cuenta que esa competencia es, desde la Constitución de 1999, originaria y *exclusiva* de los Estados. En consecuencia, es claro que esa norma de la Ley Orgánica de Descentralización es inconstitucional o debe, en todo caso, interpretarse a la luz del artículo 164.10 de la Constitución de 1999, en el sentido de que sólo puede referirse a la transferencia de los bienes afectos al servicio que antes prestó el Poder Nacional pero no a la competencia en sí. En cambio, la mayoría declaró que esa competencia de los Estados es una competencia “transferible” de la República a aquéllos –y, por tanto, reversible-, en contra de la letra clara y expresa del artículo 164.10 constitucional.

En efecto, la interpretación que no se comparte se afincó en el supuesto de que es una competencia “rescatable” por el Poder Nacional, con fundamento en los artículos 5 y 8 de

aquella Ley Orgánica. No obstante, ha de observarse que el artículo 5 de esa Ley se refiere, entre otros, al servicio público de transporte, *que nada tiene que ver con las carreteras, autopistas o puertos*. En otras palabras, la Sala confundió el servicio público de transporte con las vías de comunicación que permiten ese transporte (autopistas, puertos), no obstante que, evidentemente, son distintos y, por ello, los artículos 5, 6 y 8 de la Ley Orgánica de Descentralización se refieren al primero y el artículo 11 *eiusdem* hace referencia al segundo.

3. En conclusión, la Sala ha debido acoger la interpretación, en un todo ajustada a derecho, que se realizó en el veredicto N° 2495/06, ratificarla y extenderla al régimen jurídico de las autopistas y carreteras, fallo que, se insiste, resolvió en forma exhaustiva y diáfana la duda jurídica del alcance recíproco de los artículos 156.16 y 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

6. *El Poder Público Municipal*

A. *Autonomía Municipal*

TSJ-SPA (0427)

9-4-2008

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Municipio Baruta del Estado Miranda e Instituto Autónomo de Policía Municipal de Baruta vs. Ministerio del Poder Popular para la Defensa.

Es claro el Texto Constitucional cuando dispone que la autonomía municipal no es absoluta, sino que puede ser limitada.

Véase Página 136 de esta *Revista*

B. *Las Contralorías Municipales: Cargo de Contralor Municipal*

TSJ-SPA (0588)

14-5-2008

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Rafael N. Sáez Álvarez vs. Contraloría General de la República

El cargo de Contralor Municipal, como manifestación del Poder Ciudadano a nivel municipal, constituye un cargo de alto nivel en un organismo no regido por la Ley del Estatuto de la Función Pública y de similar jerarquía a los cargos de libre nombramiento y remoción. Por lo tanto, la prohibición sobre el reingreso de los funcionarios jubilados por la Administración Pública no resulta aplicable para optar al cargo de Contralor Municipal.

Precisado lo anterior, corresponde a la Sala conocer el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto por el ciudadano Rafael N. Sáez Álvarez, contra el acto administrativo dictado por el Contralor General de la República, contenido en la Resolución N° 01-00-189 de fecha 21 de junio de 2006, que con base en el Informe Definitivo de Evaluación del Proceso de Selección de Contralor Municipal del Municipio Chacao decidió ordenar al Concejo Municipal del Municipio Chacao revocar el concurso público convocado para la designación del titular de la Contraloría Municipal, así como la designación del mencionado ciudadano de dicho cargo de Contralor.

En primer lugar, se observa que la razón por la cual le fue revocada la designación del recurrente como Contralor Municipal del Municipio Chacao se fundamenta en el hecho de su condición de ser jubilado, que según la Contraloría General de la República lo incapacita para optar a dicho cargo.

En efecto, la decisión objeto del presente recurso de nulidad fue adoptada con fundamento en el Informe Definitivo N° 07-02-46 del 21 de junio de 2006, emanado de la Dirección General de Control de Estados y Municipios de la Contraloría General de la República, relativo a los resultados de la evaluación practicada al concurso para la designación del titular de la Contraloría Municipal del referido Municipio, donde se concluye que el concurso celebrado para la designación del titular de la Contraloría Municipal, presenta irregularidades en cuanto a la calificación del ganador del concurso quien es jubilado de la Administración Pública, situación que estima contraria a lo establecido en la Carta Magna y las normas que regulan la administración de personal.

Ahora bien, corresponde a esta Sala determinar si el ciudadano Rafael N. Sáez Álvarez, se encontraba incapacitado para optar al cargo antes referido, de acuerdo al análisis que se efectuará sobre las normas aplicables vigentes para el momento en que participó en el concurso que al efecto se celebró en ese Municipio en el mes de noviembre de 2005, a tal efecto se observa:

1.- **Normativa aplicable a la designación del Contralor o Contralora Municipal.** Con respecto a las normas que regulaban lo referente a la designación de los Contralores Municipales, vigentes para ese momento, se observa lo siguiente:

El artículo 176 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que el Contralor o Contralora Municipal será designado o designada por el Concejo Municipal mediante concurso público, el cual debe garantizar la idoneidad y capacidad de quien sea designado o designada para el cargo, de acuerdo con las condiciones establecidas por la ley.

Por su parte, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal prevé en sus artículos 27 y 28 lo siguiente:

“Artículo 27: Todos los titulares de los órganos de control fiscal de los entes y organismos señalados en el Artículo 9, numerales 1 al 11 de esta ley serán designados mediante concurso público, con excepción del Contralor General de la República.

Los titulares así designados no podrán ser removidos, ni destituidos del cargo sin la previa autorización del Contralor General de la República, a cuyo efecto se le remitirá la información que éste requiera”

“Artículo 28: El Contralor General de la República, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley para la designación de Contralor o Contralora del estado mediante resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, reglamentará los concursos públicos para la designación de los titulares de los órganos de control fiscal de los entes y organismos señalados en el Artículo 9, numerales 1 al 11 de esta Ley”.

Asimismo, los artículos 102 y 103 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.204 del 8 de junio de 2005) aplicable *ratione temporis*, establecen los requisitos para poder optar al cargo de Contralor Municipal, así como lo concerniente a su designación; en particular, en lo relativo al mencionado concurso el artículo 103, dispone lo siguiente:

“Artículo 103: El contralor o contralora municipal será designado o designada por un período de cinco años, contados a partir de la fecha de la toma de posesión, y cesará en su cargo una vez juramentado o juramentada el nuevo o la nueva titular. Podrá ser reelegido o reelegida para un nuevo período mediante concurso público.

Será designado o designada por el respectivo Concejo Municipal, dentro de los sesenta días siguientes a su instalación, mediante concurso público, cuyas bases y organización serán determinadas en el reglamento parcial que se dicte a tal efecto...”.

El artículo 295 (contenido en el capítulo relativo a las disposiciones transitorias y finales), dispone acerca del Reglamento Parcial al cual alude la norma mencionada, lo siguiente: *“Mientras se dicta el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal sobre nombramiento de Contralores o Contraloras Municipales, el procedimiento del concurso público se regirá por el Reglamento sobre los Concursos para la designación de los titulares de las Contralorías Municipales dictado por la Contraloría General de la República”.*

De acuerdo a las disposiciones antes referidas, el Reglamento vigente para el momento de la celebración del concurso para la designación del Contralor Municipal del Municipio Chacao, que suscitó la presente controversia, es el Reglamento sobre los Concursos Públicos para la Designación de los Contralores Distritales y Municipales, y los Titulares de las Unidades de Auditoría Interna de los Órganos del Poder Público Nacional, Estatal, Distrital y Municipal y sus Entes Descentralizados (publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.311 del 11 de noviembre de 2005) dictado por el Contralor General de la República según Resolución del 4 de noviembre de 2005.

Así, conforme a lo antes señalado, corresponde al Concejo Municipal la designación del Contralor o Contralora Municipal mediante la celebración de un concurso público, cuyas bases y organización, hasta la presente fecha, han sido reglamentadas por el Contralor General de la República mediante Resolución, hasta tanto sea dictado el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

Ahora bien, el artículo 102 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal -aplicable *ratione temporis*- establece los requisitos mínimos, que deben ser considerados al momento de evaluar las credenciales de los aspirantes que participen en los aludidos concursos, los cuales se transcriben a continuación:

“Artículo 102: La Contraloría Municipal actuará bajo la responsabilidad y dirección del contralor o contralora municipal, quien deberá:

- 1. Ser de nacionalidad venezolana.*
- 2. Mayor de veinticinco años.*
- 3. No estar inhabilitado o inhabilitada para el ejercicio de la función pública.*
- 4. No tener parentesco de hasta cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad, ni sociedad de intereses con las máximas autoridades jerárquicas u otros directivos del Ejecutivo Municipal o Distrital, ni con los Miembros del Concejo Municipal o Cabildo.*
- 5. Poseer título de abogado o abogada, economista, administrador o administradora comercial, contador o contadora pública o en ciencias fiscales, expedido por una universidad venezolana o extranjera, reconocido o revalidado e inscrito en el respectivo colegio profesional.*
- 6. Poseer no menos de tres años de experiencia en materia de control fiscal.*
- 7. Ser de reconocida solvencia moral”.*

A los requisitos antes transcritos deben agregársele los establecidos en el Reglamento dictado por el Contralor General de la República, vigente para el momento en que se celebró el concurso para proveer el cargo de Contralor Municipal en el Municipio Chacao, previstos en su artículo 13 el cual establece expresamente:

“Requisitos para participar en el concurso. Para participar en el concurso los aspirantes deberán cumplir los requisitos siguientes:

1. *Tener nacionalidad venezolana.*
2. *Ser mayor de veinticinco (25) años de edad.*
3. *No estar inhabilitado para el ejercicio de la función pública.*
4. *No tener parentesco de hasta cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad, ni sociedad de intereses con las máximas autoridades jerárquicas u otros directivos del ente u organismo convocante; ni con el Alcalde o los Concejales del respectivo Distrito o Municipio, cuando se trate de los concursos celebrados para la designación de Contralores Distritales o Municipales.*
5. *Ser de reconocida solvencia moral.*
6. *Poseer título universitario en Derecho, Economía, Administración, Contaduría pública o Ciencias Fiscales, emitido por una universidad venezolana o extranjera...*
7. *Poseer al menos, título de Técnico Superior en Administración, Gerencia Pública, Contaduría o Ciencias Fiscales, expedido por una institución venezolana o extranjera....*
8. *Poseer no menos de tres (3) años de experiencia laboral en materia de control fiscal.*
9. *No estar desempeñando para el momento de la inscripción funciones como titular de un órgano de control fiscal interno o externo en entes u organismos distinto al convocante, salvo que hubiere concluido el período para el cual fue designado”.*

Dicho lo anterior, observa la Sala que de las normas aplicables para el momento en que se celebró el concurso para optar al cargo de Contralor Municipal del Municipio Chacao, del cual resultó ganador el ciudadano Rafael N. Sáez Álvarez, contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y particularmente las establecidas en el Reglamento sobre los Concursos para la Designación de los Titulares de las Contralorías Distritales y Municipales, y los Titulares de las Unidades de Auditoría Interna de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal, Distrital y Municipal y sus Entes Descentralizados, (publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.311 de fecha 11-11-2005), dictado por el Contralor General de la República, aplicable *ratione temporis*, no se desprende que estaba prevista la prohibición dirigida al personal jubilado por la Administración Pública, para participar en el referido concurso a fin de optar al cargo de Contralor Municipal del Municipio Chacao, celebrado en el mes de diciembre de 2005. Así se decide.

2.- Normativa reguladora del reingreso de los funcionarios jubilados.

Precisado lo anterior, debe esta Sala revisar las normas que regulan las limitaciones del reingreso en la función pública de los funcionarios jubilados por la Administración Pública, ya que en el presente caso, se observa que el nombramiento del ciudadano Rafael N. Sáez Álvarez, se revocó con base en lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 3.850 del 18 de julio de 1986, de los cuales, según el órgano contralor, se deriva “la prohibición expresa de la participación del personal jubilado de la Administración Pública en los concursos públicos para la designación de los titulares de los órganos de control Fiscal”.

En tal sentido, los artículos 11 y 12 de la referida ley, aplicable *ratione temporis*, establecen:

“Artículo 11. El organismo respectivo podrá autorizar la continuación en el servicio de las personas con derecho a la jubilación.

Sin embargo, el funcionario o empleado podrá continuar en el servicio activo una vez superado el límite máximo de edad establecido en el artículo 3°, salvo que se trate de los cargos de libre nombramiento y remoción previstos en los ordinales 1° y 2° del artículo 4° de la Ley de Carrera Administrativa o de cargos de similar jerarquía en los organismos no regidos por esa Ley, de cargos académicos, accidentales, docentes y asistenciales.”

Artículo 12. El jubilado no podrá reingresar al servicio de ninguno de los organismos a que se refiere el artículo 2°, salvo cuando se trate de los cargos mencionados en el artículo anterior”.

Asimismo, el artículo 13 del Reglamento de esta Ley de Jubilaciones (*Gaceta Oficial* N° 36.618 del 11 de enero de 1999), establece:

“Artículo 13. El jubilado no podrá reingresar a través de nombramiento, en ninguno de los organismos o entes a los cuales se aplica la Ley del Estatuto, salvo de que se trate de los cargos de libre nombramiento y remoción previstos en los ordinales 1° y 2° del artículo 4° de la Ley de Carrera Administrativa, o de cargos de similar jerarquía en los organismos no regidos por esa Ley, o en cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes.

El pago de la pensión de jubilación será suspendido al jubilado que reingrese a uno de los cargos a que se refiere al aparte único del artículo 11 de la Ley del Estatuto, y, mientras dure en su ejercicio, no estará obligado a aportar las cotizaciones previstas en el artículo 2° del presente Reglamento”.

Del análisis concatenado de las normas antes referidas, puede afirmarse que el legislador estableció una prohibición expresa dirigida al personal jubilado, según la cual, no podrán reingresar al ejercicio de la función pública, contemplándose excepciones al reingreso de personal jubilado para ocupar: (i) cargos de libre nombramiento y remoción, (ii) cargos de similar jerarquía en los organismos no regidos por dicha Ley, (iii) cargos académicos, accidentales, docentes o asistenciales. De lo que se extrae que los funcionarios jubilados no pueden continuar en la función pública en cargos de carrera.

En efecto, se puede concluir que la intención del legislador, por una parte, es limitar la estadía en el tiempo en los cargos ocupados por funcionarios que ya pueden optar al beneficio de la jubilación una vez alcanzados los requisitos para ello (artículo 11) y, por la otra, evitar el reingreso de funcionarios que hayan sido jubilados por la Administración Pública (artículo 12), para de esta manera asegurar el ingreso de nuevo personal calificado para el desempeño de las funciones públicas en los cargos de carrera, ya que se entiende que el funcionario jubilado ha concluido la carrera administrativa. No obstante, lo anterior tiene sus excepciones, permitiéndose su reingreso en cargos que no son de carrera, en aras de aprovechar la experiencia de estas personas jubiladas en cargos de alto nivel, entre otros.

Lo antes expuesto, queda confirmado en la sentencia de esta Sala N° 1022 de fecha 31 de julio de 2002 (caso: *Carmen Susana Urea Melchor*), en los siguientes términos:

“Respecto al segundo elemento, el sustantivo, referido a la negativa de homologación del beneficio de pensión por jubilación, se observa que el artículo 13 del Reglamento de la Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, prevé que: (...)

En efecto, la norma antes transcrita estatuye el régimen aplicable para la prestación de servicios por parte de los funcionarios que hayan obtenido el beneficio de pensión por jubilación, es decir, los supuestos por los cuales un jubilado pueda volver a prestar sus servicios en la Administración Pública.

Dicha posibilidad –que los funcionarios jubilados puedan volver a prestar funciones públicas- ha sido previsto por el legislador no sólo en acatamiento del mandato constitucional de no limitar la voluntad de todo ciudadano que desee trabajar y que se encuentre apto para ello, sino también, por la circunstancia de que, habiendo sido objeto de un beneficio por el transcurso de los años de servicio prestados, el aludido funcionario debe considerarse como un baluarte de experiencia y conocimientos que no deben desperdiciarse en áreas tan importantes como la académica, de investigación, asesoramiento o inclusive, en prestación directa de funciones específicas en donde los cánones de mayor rendimiento y capacidad sean los perseguidos.

No obstante lo anterior, dicha posibilidad en estudio –prestación de servicio por funcionarios jubilados- no escapa a determinados límites o condicionantes, como también, a otros supuestos de beneficios o reconocimientos; ello debido a que, por un lado, la capacidad física y las condiciones de jornada y función no puede equipararse a los aún activos y, por otro lado, de no ofrecerse o garantizarse algún estímulo especial, no se generaría ningún interés en los jubilados para volver a iniciar una prestación de servicio público.

En tal sentido, los requisitos para el reingreso de los funcionarios públicos que hayan obtenido una jubilación, serán los siguientes:

(i) No podrán reingresar a la Administración Pública como funcionarios públicos de carrera;

(ii) Podrán prestar servicios en entes públicos como contratados, en cargos públicos de libre nombramiento o remoción o cuya jerarquía sea equivalente, entre los que cuentan los de confianza; a cargos académicos, docentes, asistenciales o accidentales; y de elección popular;

(iii) Cuando ingresen a los cargos públicos antes referidos –distintos a la figura de contratados- deberán suspender el beneficio de pensión por jubilación, mediante la participación mutua entre el organismo que otorgó la jubilación y en el cual actualmente preste servicios;

(iv) En caso que ingresen como contratados, no están obligados a proceder a la suspensión del beneficio en la forma antes aludida;

(v) Al momento de cesar la prestación de servicios en los cargos públicos antes referidos – distintos a la figura de contratado- el funcionario jubilado podrá reactivar su beneficio de pensión por jubilación, efectuando el recálculo a que se refiere el artículo 13 del Reglamento en estudio; computándose el último salario devengado y el tiempo de servicio prestado. Este beneficio excluye a los funcionarios públicos jubilados que hayan prestado servicios en calidad de contratados.

Ahora bien, respecto de este último beneficio, debe acotarse, que el mismo encuentra su justificación legislativa en el hecho cierto, de que el Estado debe procurar algún beneficio o estímulo a los funcionarios jubilados que reingresen a la Administración con el objeto de continuar prestando labores, pues, de lo contrario, ninguno o muy pocos se atreverían a abandonar sus beneficios de jubilación y el tiempo de disfrute que ello comporta sin que a cambio –además de la vocación y la satisfacción personal por el trabajo-, no se les reconozca el nuevo tiempo de servicio y la homologación del beneficio de pensión conforme al último salario devengado. Ambos beneficios sólo para el momento en que la jubilación sea reactivada”.

De tal forma que según la normativa aplicable y atendiendo el criterio antes expuesto, la prohibición del reingreso de los funcionarios jubilados por la Administración Pública es absoluta frente a los cargos de carrera y no así frente a los que no son de esta categoría. Así, el reingreso de un jubilado a la Administración Pública es admisible en tres supuestos:

1.- En cargos de libre nombramiento y remoción, identificados en los ordinales 1° y 2° del artículo 4 de la derogada Ley de Carrera Administrativa, actualmente previstos en los artículos 20 y 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública,

2.- En cargo de similar jerarquía a estos últimos en los organismos no regidos por esa Ley;

3.- En los cargos académicos, accidentales, docentes y asistenciales.

Precisado lo anterior, pasa la Sala a determinar la naturaleza del cargo de Contralor Municipal, a los fines de establecer si dicho cargo puede ser considerado como de carrera o puede ser ubicado en alguna de las categorías de los cargos señalados como supuestos de excepción previstos en la Ley antes referida, todo ello con el objeto de verificar si el recurrente, en su condición de jubilado por la Administración Pública estaba o no legalmente impedido para optar por el cargo de Contralor Municipal.

3.- De la Naturaleza del cargo de Contralor o Contralora Municipal.

En el Informe Definitivo N° 07-02-46 de fecha 21 de junio de 2006, titulado: “*Evaluación del Proceso de Selección de Contralor Municipal del Municipio Chacao del Estado Miranda*”, emanado de la Directora General de Control de Estados y Municipios de la Contraloría General de la República, sobre el cual se fundamenta el órgano contralor para dictar el acto recurrido, se señala expresamente:

“Del análisis concatenado a las normas supra citadas puede afirmarse, que el legislador estableció una prohibición expresa dirigida al personal jubilado, según la cual, no podrán reingresar al ejercicio de la función pública, sino para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, cargos académicos, accidentales, docentes o asistenciales.

... el cargo de Contralor o Contralora Municipal es un cargo que podría definirse como sui generis, toda vez que no puede ser ubicado dentro de los funcionarios de carrera, por cuanto si bien para ejercer el mismo es previo concurso público, la estabilidad de la que gozan es especial, ya que es por un tiempo determinado, es decir de cinco (5) años, asimismo no pueden ser objeto de destitución, sin que medie la autorización del Contralor General de la República, tal como lo dispone el artículo 27 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. No obstante, tampoco puede ser considerado como un cargo de libre nombramiento y remoción, en virtud que tal como se precisara con anterioridad, no son nombrados libremente, ni destituidos ni removidos, sino que deben cumplir con los requisitos y procedimientos establecidos en la norma.

Por las razones expuestas, y en virtud que el cargo de Contralor o Contralora Municipal, no es un cargo de libre nombramiento y remoción, es por lo que se ratifica la prohibición de la participación por parte del personal jubilado en el curso para optar al cargo de Contralor o Contralora Municipal, por cuanto resultaría incompatible, ya que se entendería como una vía de reingreso a la Administración Pública, toda vez que de reingresar a los cargos de la Administración Pública, salvo que se traten de cargos de libre nombramiento y remoción, cargos académicos, accidentales, docentes o asistenciales”. (Resaltado de esta Sala).

Ahora bien, siguiendo el análisis antes transcrito, se observa que efectivamente el cargo de Contralor Municipal no puede ser considerado como de carrera, ya que tal como ha señalado la doctrina, los cargos de carrera son cargos que responden a una sujeción especial de dependencia con lo altos jerarcas del órgano de la Administración, dependencia que no solo

se vincula con el cumplimiento de un horario estricto, de forma diaria, sino con preciso apego a las directrices de un superior, es decir, efectuando una actividad subordinada para el cumplimiento de determinados fines o de un determinado servicio público. Son los llamados cargos administrativos (tecnificados) que, en esencia, deben necesariamente ser ocupados por funcionarios de carrera.

El cargo de Contralor Municipal, además de constituir un cargo del más alto nivel municipal por las funciones que ostenta, se ejerce sin sujeción jerárquica alguna, por un período determinado, (cinco años, acorde con el período constitucional de los poderes públicos municipales) y su titular no puede ser objeto de destitución sin que medie autorización del Contralor General de la República, conforme a lo previsto en el artículo 27 de la Ley que rige este organismo.

Asimismo, tampoco puede ser identificado con los cargos de libre nombramiento y remoción previstos en los artículos 20 y 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, ya que su nombramiento y remoción no se efectúa libremente, sino que deben cumplirse ciertas condiciones. Finalmente, tampoco puede ser identificado con los cargos académicos, accidentales, docentes o asistenciales.

No obstante, observa la Sala que la Contraloría General de la República, cuando hace el análisis de las normas contenidas en la Ley que regula las jubilaciones de los funcionarios públicos, omitió señalar en el referido Informe Definitivo, la excepción relativa a los “*cargos de similar jerarquía en los organismos no regidos por esa Ley*”, incluida en los artículos 11 y 12 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios y Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, por lo que resulta necesario precisar si el cargo de Contralor Municipal, encuadra en la segunda categoría de las excepciones, es decir, si es un cargo de similar jerarquía a los establecidos en los artículos 20 y 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que forme parte de algún organismo no regido por la ley que regula la carrera administrativa y a tal efecto, se observa:

1.- En lo que se refiere a la condición de “cargo de similar jerarquía a los cargos de libre nombramiento y remoción”:

La doctrina ha señalado que para su ejercicio no se requiere la exigencia de tecnicidad y que interactúan conforme a su libre arbitrio, manifestándose *con autonomía funcional y administrativa*, derivado del alto nivel de responsabilidad asignado y los funcionarios que los ocupan si bien no están exentos de un régimen jurídico especial con deberes, derechos y obligaciones, su distinción respecto a los cargos de carrera lo constituye su muy limitada estabilidad.

Ahora bien, el cargo de Contralor Municipal constituye un cargo del más alto nivel en la Contraloría Municipal, que es uno de las ramas del Poder Público Municipal, diferenciada de la Legislativa y la Ejecutiva a nivel municipal, y está consagrado en el artículo 176 de la Constitución, destacándose entre sus características, el hecho de que el nombramiento de su titular se efectúa por concurso público, quien dura en sus funciones un período acorde con el constitucional de los poderes públicos municipales, y que no puede ser removido libremente sino por los supuestos expresamente previstos.

Cabe destacar que la dirección de las Contralorías Municipales detenta un alto nivel de responsabilidad, ya que según mandato constitucional, a estos órganos le corresponde el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes municipales, así como las operaciones relativas a los mismos. Así, a nivel municipal, el Contralor Municipal representa lo que para el Poder Nacional es el Contralor General de la República.

Adicionalmente, en virtud de que las Contralorías Municipales han sido dotadas de autonomía orgánica, funcional y administrativa, conforme a lo establecido en el artículo 101 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, y 44 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, éstas no mantienen una relación jerárquica, ni tutelar con ninguno de los órganos que integran el Poder Público Municipal, ni forman parte de los poderes ejecutivo o legislativo a nivel municipal.

En consecuencia, concluye la Sala que se trata de un cargo de alto nivel y por lo tanto se asemeja jerárquicamente a los cargos regulados por la ley, denominados de libre nombramiento y remoción previstos en los artículos 20 y 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. Así se decide.

2.- Con respecto a la otra condición, referida a si este cargo se encuentra en algún organismo *no regido por la ley que regula la materia funcionarial*, esta Sala observa que la Ley del Estatuto de la Función Pública en el artículo 1° estableció que esa ley regirá las relaciones de empleo público entre funcionarios públicos y administraciones públicas nacionales, estatales y *municipales*. Igualmente, en el párrafo único, numeral 4 de su artículo 1, expresamente se excluyó de la aplicación de la Ley, a “*Los funcionarios y funcionarias públicos al servicio del Poder Ciudadano*”.

Ahora bien, a fin de aclarar la ubicación de las Contralorías Municipales, dentro del régimen constitucional del Estado venezolano y de la división del Poder Público, la Sala observa que el artículo 136 de la Constitución, consagra el principio de división y distribución del Poder Público, al establecer que éste se divide en cinco ramas de acuerdo con la especialidad de sus funciones (legislativa, judicial, ejecutiva, electoral y ciudadana) y se distribuye en tres niveles político-territoriales autónomos (nacional, estatal y el municipal).

De estas ramas en que se divide el Poder Público, los poderes ejecutivo y legislativo se encuentran atribuidos, a la República, a los Estados y a los Municipios, mientras que los poderes judicial y electoral sólo están atribuidos al Poder Nacional, ejercidos mediante los órganos especializados en dichas funciones.

Cabe señalar que conforme a lo previsto en los artículos 280 y 284 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la rama ciudadana conformada por el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República, se encuentra parcialmente centralizada, en el caso de los dos primeros órganos antes mencionados, ya que no tienen equivalente a nivel estatal o municipal; mientras que no sucede así, respecto de la función contralora, toda vez que la Constitución, en sus artículos 163 y 176, contempla en cada Estado y en cada Municipio, la existencia de una Contraloría Estatal y una Municipal, que son autónomos funcionalmente, es decir, no dependientes de los otros poderes, lo que constituye una manifestación del Poder Ciudadano a nivel político-territorial.

En consecuencia, estima la Sala que debe entenderse que el cargo de Contralor Municipal, como manifestación del Poder Ciudadano a nivel municipal, constituye un cargo de alto nivel en un organismo *no regido por la Ley del Estatuto de la Función Pública* y de similar jerarquía a los cargos de libre nombramiento y remoción. Así se decide.

Ahora bien, determinado como ha sido que el cargo de Contralor Municipal constituye un cargo que puede ser considerado como de “*similar jerarquía a los cargos de libre nombramiento y remoción en los organismos no regidos por esta ley*”, es evidente que la prohibición sobre el reingreso de los funcionarios jubilados por la Administración Pública contenida en el artículo 12 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios y Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los

Municipios, en concordancia con lo previsto en el artículo 11 *eiusdem*, así como lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento de dicha Ley, no resultaba aplicable para optar al cargo de Contralor Municipal del Municipio Chacao.

Así, de acuerdo a las consideraciones antes expuestas, esta Sala concluye que tanto el acto administrativo recurrido, como el Informe Definitivo con base en el cual el Contralor General de la República dictó el acto, adolecen del vicio de falso supuesto de derecho, al interpretar erróneamente los artículos 11 y 12 de la Ley de Jubilaciones, y excluir al recurrente de la posibilidad que la ley le reconoce de continuar prestando servicios en la función pública, en un cargo que no es de carrera. En efecto, la Resolución N° 01-00-189 del 21 de junio de 2006, dictada por el Contralor General de la República, incurrió en este vicio al haberse fundamentado en la siguiente motivación: “...del contenido de los artículos 11 y 12 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios y Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios (G.O R.B. N° 3850 del 18-07-86), existe la prohibición expresa de la participación del personal jubilado de la administración pública en los concursos públicos para la designación de los titulares de los órganos de Control Fiscal”.

En consecuencia, vista la procedencia de la denuncia de vicio de falso de derecho, resulta inoficioso pronunciarse sobre el resto de los alegatos formulados con ocasión al presente recurso de nulidad. Así se decide.

En atención a las consideraciones antes expuestas, se declara con lugar el presente recurso de nulidad y en consecuencia, se anula el acto administrativo contenido en la Resolución N° 01-00-189 de fecha 21 de junio de 2006, dictada por el Contralor General de la República, mediante el cual se ordenó revocar el concurso público convocado para la designación del titular de la Contraloría Municipal de Chacao, así como la designación del ciudadano Rafael N. Sáez Álvarez en el cargo de Contralor Municipal del Municipio Chacao, la convocatoria de un nuevo concurso para proveer dicho cargo y la imposición de multas. En consecuencia de lo anterior, se debe ordenar la reincorporación inmediata del ciudadano Rafael N. Sáez Álvarez, como Contralor Municipal del Municipio Chacao del Estado Miranda, para que concluya el período de cinco años para el cual fue designado, tomando en consideración que fue juramentado para su ejercicio en fecha 13 de diciembre de 2005; y se declara que se presumen válidos los actos dictados por las autoridades de la Contraloría Municipal del Municipio Chacao del Estado Miranda durante la vigencia de la resolución impugnada.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. Régimen de los servicios públicos: Servicio público de electricidad

TSJ-SPA (0846)

31-4-2008

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: C.A. LA ELECTRICIDAD DE CARACAS vs. (Ministro de la Producción y el Comercio) hoy Ministro del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio.

Las empresas del sector eléctrico al igual que otras empresas prestadoras de servicios públicos, están obligadas a desarrollar su actividad bajo parámetros de calidad y eficiencia que garanticen la seguridad en la utilización de la electricidad, lo cual conlleva al desarrollo de planes de contingencia y mecanismos que permitan afrontar las situaciones de riesgo que se generen en la práctica de esta actividad.

3. Alega también la recurrente la existencia de un falso supuesto de hecho y de derecho, puesto que el INDECU incurrió en una errónea calificación de los hechos y en una incorrecta aplicación del derecho, por cuanto su conducta no se encuentra tipificada en el artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario vigente para el momento en que ocurrieron los hechos.

A efectos de verificar la existencia del aludido vicio en cualquiera de sus dos modalidades, se advierte que en el caso de autos, el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) inició un procedimiento administrativo que concluyó con la imposición de una multa a la C.A. Electricidad de Caracas, por considerar ese órgano administrativo que la mencionada sociedad mercantil, como proveedor de servicios, había infringido la obligación impuesta en el artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, la cual consistía en el respeto de los términos, plazos, fechas, condiciones, modalidades, garantías, reservas o circunstancias, ofrecidas o convenidas con el consumidor o el usuario para la entrega del bien o la prestación del servicio.

Ahora bien, los artículos 15 y 95 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1995, aplicable *ratione temporis* al presente caso, prevén lo siguiente:

“Artículo 15. Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, plazos, fechas, condiciones, modalidades, garantías, reservas o circunstancias, ofrecidas o convenidas con el consumidor o el usuario para la entrega del bien o la prestación del servicio. Si el proveedor incumpliere con las obligaciones antes mencionadas, el consumidor o usuario tendrá el derecho de desistir de la compra o de la contratación del servicio, quedando el proveedor obligado a reembolsarle el pago recibido”.

“Artículo 95. Los proveedores que no respeten las estipulaciones a que se refiere el Artículo 15 serán sancionados con multa, equivalente en bolívares, de veinte (20) a dos mil (2.000) días de salario mínimo urbano”.

Como puede apreciarse, el precitado artículo 15 establece una obligación genérica exigible a todo proveedor de bienes y servicios, que consiste en el respeto de los términos, plazos, condiciones, modalidades, garantías, reservas o circunstancias, ofrecidas o convenidas con el consumidor o el usuario.

Dicha obligación general se concreta a partir del momento en que el consumidor o usuario contrata con el proveedor de un bien o servicio, de manera que el incumplimiento de esas obligaciones estipuladas en el contrato, será sancionado con la multa prevista en el precitado artículo 95 *eiusdem*.

Cabe destacar además, que el suministro de energía eléctrica es una actividad legalmente catalogada como servicio público de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.568 Extraordinario del 31 de diciembre de 2001, el cual declara como *“servicio público las actividades que constituyen el servicio eléctrico”*.

La categorización de la actividad en comento como servicio público conlleva a que la misma sea ejecutada siguiendo estándares de calidad y eficiencia que permitan garantizar la continuidad y universalidad del servicio, así como la posibilidad de que todos los ciudadanos que cumplan los requisitos que las reglas del servicio imponen, tengan acceso al mismo en condiciones de igualdad con el resto de los usuarios.

Particularmente, dada la naturaleza del servicio eléctrico, se extrae de las normas que lo rigen que la prestación de esta actividad debe desarrollarse de manera confiable, promovándose el uso eficiente y seguro de la electricidad.

De esta forma, las empresas del sector eléctrico al igual que otras empresas prestadoras de servicios públicos, están obligadas a desarrollar su actividad bajo parámetros de calidad y eficiencia que garanticen la seguridad en la utilización de la electricidad, lo cual conlleva al desarrollo de planes de contingencia y mecanismos que permitan afrontar las situaciones de riesgo que se generen en la práctica de esta actividad.

Ahora bien, en el caso bajo análisis el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario (INDECU) sancionó a la recurrente por los daños ocasionados como consecuencia de fallas eléctricas, considerando el mencionado Instituto al momento de decidir el procedimiento administrativo, que la recurrente incumplió con los deberes establecidos en el artículo 15 *eiusdem*, al causar un daño por una irregularidad en la prestación del servicio. Así las cosas, esta Sala estima que el mencionado instituto empleó las normas vigentes y perfectamente aplicables a las circunstancias fácticas probadas en el caso de autos, interpretándolas adecuadamente; motivo por el cual no existe falso supuesto de hecho ni de derecho en el acto impugnado, por lo que debe necesariamente desestimarse la denuncia en este sentido. Así se decide.

2. Expropiación

A. Ocupación temporal

TSJ-SPA (0387)

2-4-2008

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Inversiones Delca, C.A. vs. Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas.

La ocupación temporal se dirige a la realización de los estudios pertinentes a los fines de recabar datos para la formación del proyecto o para el replanteo de la obra; y no a la ejecución inmediata por razones de urgencia del proyecto de que justifica la expropiación.

Finalmente, se aprecia que la parte accionante solicita que a través del amparo cautelar se acuerde la suspensión de los efectos de la orden de ocupación temporal contenida en el Decreto impugnado, ante lo cual debe precisarse lo siguiente:

La ocupación temporal constituye una limitación al derecho de propiedad de la recurrente, cuyo fundamento legal se encuentra en el artículo 52 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social y se justifica en razón del interés general que procura la Administración con este tipo de actividad.

Sobre este particular es oportuno destacar que la ocupación temporal decretada en el acto impugnado, según lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, se dirige a la realización de los estudios pertinentes a los fines de recabar datos para la formación del proyecto o para el replanteo de la obra; y no a la ejecución inmediata por razones de urgencia del proyecto de “*Dotación de Viviendas para las Familias que Habitan en Condición de Arrendatarios en Inmuebles Ubicados en el Área Metropolitana de Caracas*” que justifica la expropiación (Ver sentencia de esta Sala N° 48 de fecha 16 de enero de 2008).

Se observa además que mediante sentencia N° 1299 de fecha 26 de julio de 2007, esta Sala solicitó al Distrito Metropolitano de Caracas información acerca de “*la vigencia y situación actual de la ocupación temporal del inmueble descrito en el artículo 1° del Decreto impugnado...*”.

En este sentido, de las actas que conforman el expediente, se desprende que mediante escrito de fecha 5 de diciembre de 2007, el abogado Igor Eduardo Acosta Herrera, actuando con el carácter de apoderado judicial del Distrito Metropolitano de Caracas, informó a esta Sala lo siguiente:

“(...) Respecto al estado actual de la medida de ocupación temporal del inmueble denominado ‘Residencias Nadar’, afectado según Decreto N° 00317 del 15 de septiembre de 2006 (...) mediante el cual se declaró la adquisición forzosa para la ejecución a cargo de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas del Proyecto de ‘DOTACIÓN DE VIVIENDAS PARA LAS FAMILIAS QUE HABITAN EN CONDICIÓN DE ARRENDATARIOS EN INMUEBLES UBICADOS EN EL ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS’; informamos a esta digna Sala, que esta Procuraduría Metropolitana no ha realizado actuación o actividad alguna respecto a la ejecución de la medida de ocupación temporal acordada en los términos del mencionado Decreto, respecto al cual se declara la adquisición forzosa del inmueble, que aun y cuando ordena la ocupación temporal en su artículo 3°, no es menos cierto que el requisito formal para materializar la medida y en consecuencia ser ejecutada por esta Procuraduría Metropolitana, es notificar expresamente al propietario u ocupantes (si los hubiere) de la necesidad del ente expropiante de proceder a la mencionada ocupación temporal, todo esto, según el artículo 54 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.

En este sentido, es importante resaltar, que el decreto expropiatorio contiene en su artículo 4° la instrucción al Procurador Metropolitano para llevar a cabo la notificación expresa de la medida de ocupación temporal, y en virtud de que dicha notificación no se llevó a cabo, mal podría aducir la actora que a través del indicado decreto se ordenó la ocupación temporal del inmueble.”.

Así, conforme a la información recibida por esta Sala, antes transcrita, el Distrito Metropolitano de Caracas, hasta la fecha, no ha realizado ningún acto de ejecución de la ocupación temporal prevista en el Decreto cuestionado. Sin embargo, esta circunstancia no obsta para que, de considerarlo pertinente, se lleven a cabo posteriormente actos de ejecución del Decreto impugnado, si a juicio del Distrito Metropolitano de Caracas resulta pertinente para el desarrollo del proyecto de *“Dotación de Viviendas para las Familias que Habitan en Condición de Arrendatarios en Inmuebles Ubicados en el Área Metropolitana de Caracas”*, todo ello en consideración de satisfacer a través de la figura de la expropiación el interés social tutelado.

En este orden de ideas, aprecia la Sala que el Decreto recurrido no estableció ningún límite a la ocupación temporal acordada; sin embargo, es necesario advertir que el antes referido artículo 52 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, protege a los administrados de perjuicios innecesarios en virtud de la actuación de la Administración, al disponer que las ocupaciones temporales allí previstas no podrán exceder de seis (6) meses, y pueden ser prorrogadas por una sola vez por el mismo lapso (Ver sentencia de esta Sala N° 48 de fecha 16 de enero de 2008).

De allí que el silencio del Decreto recurrido respecto al límite temporal de la ocupación, tampoco constituye en sí mismo una violación a los derechos de la recurrente toda vez que debe tomarse en cuenta que la mencionada medida no podría exceder del lapso y la prórroga previstos en la referida norma, esto, en resguardo de los intereses particulares que pudieran verse afectados; razón por la cual esta Sala desecha las denuncias de violación de los derechos constitucionales invocados. Así se declara.

Determinado lo anterior, concluye la Sala que no se configura el requisito del *fumus boni iuris* resultando entonces innecesario el análisis del segundo de los requisitos, esto es, el *periculum in mora*, el cual de conformidad con el criterio sostenido por esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, es determinable *“por la sola verificación del requisito anterior”*, es decir, el *fumus boni iuris*.

Con fundamento en lo expuesto, debe la Sala sin prejuzgar sobre el fondo del asunto debatido, declarar improcedente la solicitud cautelar de amparo constitucional interpuesta por la parte recurrente, relativa a que se suspendan los efectos de la adquisición forzosa decretada en el acto impugnado y de la orden de ocupación temporal contenida en aquél. Así se decide.

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Impuestos Nacionales: Impuesto sobre la Renta*

TSJ-SC (980)

17-6-2008

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Interpretación constitucional del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta. Aclaratoria.

Ahora bien, respecto a la solicitud del abogado Obdulio J. Camacho, se observa que la misma se invocó como parte interesada dada su condición de Diputado de la Asamblea Nacional por el Estado Mérida, y contribuyente bajo relación de dependencia, razón por la que dicha aclaratoria se admite y, en tal virtud, pasa la Sala a pronunciarse al respecto.

Esta Sala Constitucional en sentencia N° 301 del 27 de febrero de 2007, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.635, del 1° de marzo de 2007, interpretó constitucionalmente el sentido y alcance del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, en cual se dispuso:

“...Por tal razón, con el objeto de adecuar el régimen impositivo a la renta aplicable a las personas naturales con ocasión de los ingresos devengados a título salarial, con los presupuestos constitucionales sobre los que se funda el sistema tributario; ponderando, por una parte, el apego al principio de justicia tributaria y, por la otra, la preservación del principio de eficiencia presente en tales normas, en los términos bajo los cuales han sido definidos a lo largo de este fallo, esta Sala Constitucional modifica la preposición del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, en el siguiente sentido:

‘Artículo 31. Se consideran como enriquecimientos netos los salarios devengados en forma regular y permanente por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia. También se consideran como enriquecimientos netos los intereses provenientes de préstamos y otros créditos concedidos por las instituciones financieras constituidas en el exterior y no domiciliadas en el país, así como las participaciones gravables con impuestos proporcionales conforme a los términos de esta Ley.

A los efectos previstos en este artículo, quedan excluidos del salario las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que la Ley considere que no tienen carácter salarial’ (Subrayados de la nueva redacción)”.

Asimismo, en sentencia N° 390 del 9 de marzo de 2007, esta Sala se pronunció respecto a la aclaratoria solicitada por los sustitutos de la Procuradora General de la República, en la cual se solicitó a esta Sala “...visto que en el dispositivo de la sentencia cuya aclaratoria se solicita, no se estableció a partir de que fecha se va a aplicar este criterio establecido en la referida sentencia, a los efectos del cálculo del impuesto sobre la renta, resulta necesario, solicitar que se provea lo conducente y se subsane la omisión del dispositivo”. Y al respecto, la Sala en el punto 1 del dispositivo de dicha aclaratoria señaló:

“1.- Aclara el aspecto relacionado a la aplicación en el tiempo de la interpretación efectuada en el fallo N° 301 del 27 de febrero de 2007, lo cual fue solicitado por la abogada ALICIA MARISELA FLAMES, sustituta de la Procuradora General de la República, y por los abogados CARLOS ALBERTO PEÑA DÍAZ, GUSTAVO E. FERNÁNDEZ M., MIGDERBIS MORÁN y MARYLIN PÉREZ TERÁN, el primero en su carácter de Gerente General de

Servicios Jurídicos del SERVICIO NACIONAL INTEGRADO DE ADMINISTRACIÓN ADUANERA Y TRIBUTARIA (SENIAT) y los otros tres, como representantes judiciales de dicho organismo, señalando expresamente la misma no es aplicable al período fiscal correspondiente al año 2006 pues el mismo se inició antes de que se hiciera tal interpretación, de modo que la interpretación efectuada del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta se aplicará, a partir del ejercicio fiscal siguiente”.

No obstante la anterior decisión, observa esta Sala que aún existen dudas respecto al período fiscal al cual se debía aplicar dicha decisión si al 2007 o al 2008, ello dada la fecha en la cual se publicó el citado fallo, y a las informaciones aportadas por el Servicio de Administración Tributaria y Aduanera (SENIAT).

Pues bien, la aclaratoria dictada el 9 de marzo de 2007, dispuso que tal decisión “no es aplicable al período fiscal correspondiente al año 2006 pues el mismo se inició antes de que se hiciera tal interpretación, de modo que la interpretación efectuada del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta se aplicará, **a partir del ejercicio fiscal siguiente**”, es decir, al año 2008, ello en virtud de que para la fecha en que se dictó la sentencia y su aclaratoria ya se había iniciado el período fiscal correspondiente al año 2007.

Por tanto, la declaración del impuesto sobre la renta se efectuaría conforme lo estipula la sentencia N° 301, a partir del ejercicio fiscal correspondiente al año 2008, cuya declaración anual definitiva deberá efectuarse antes del 31 de marzo de 2009.

Por otra parte, habiéndose ya realizado la declaración del impuesto correspondiente al año 2007, los efectos del fallo 301/2007 y de la presente aclaratoria tienen que ser, necesariamente, “*ex nunc*” (es decir, hacia el futuro).

Aunado a lo anterior, y visto el efecto general ocasionado por la interpretación formulada por esta Sala Constitucional, así como las confusiones generadas incluso en el órgano encargado de la recaudación (SENIAT) se estima necesario aclarar también lo siguiente:

En las consideraciones efectuadas en la sentencia N° 301 del 27 de febrero de 2007, la Sala expuso lo que sigue:

“En consideración al criterio esbozado, la Sala es de la opinión que la norma que estipula los conceptos que conforman el enriquecimiento neto de los trabajadores, puede ser interpretada conforme a los postulados constitucionales, estimando que éste sólo abarca las remuneraciones otorgadas en forma regular (*salario normal*) a que se refiere el parágrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, con ocasión de la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, excluyendo entonces de tal base los beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental, pues de lo contrario el trabajador contribuyente perdería estas percepciones –si no en su totalidad, en buena parte- sólo en el pago de impuestos”.

Estas remuneraciones que deben considerarse regulares y permanentes están claramente dispuestas en el parágrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, en el cual se señala que “*A los fines de esta Ley se entiende por salario normal, la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente por la prestación de su servicio. Quedan por tanto excluidos del mismo las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que esta Ley considere que no tienen carácter salarial. Para la estimación del salario normal ninguno de los conceptos que lo integran producirá efectos sobre sí mismo*”.

VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo: Principio de la proporcionalidad administrativa*

TSJ-SPA (0504)

30-4-2008

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Jairo Addin Orozco Correa y José Joaquín Bermúdez Cuberos vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

..... Por otra parte, denuncian los recurrentes que el acto impugnado viola el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, pues la sanción impuesta es desproporcionada e irracional “*cuando pretende aplicar unos hechos falsamente analizados en una norma jurídica y dice en forma por demás simple que la actuación de los jueces constituye un abuso de autoridad*”.

Ahora bien, en lo atinente a la denuncia de falta de proporcionalidad de la sanción impuesta, la Sala considera pertinente hacer mención al contenido del artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que dispone:

“Artículo 12. Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.”

El referido artículo establece que cuando una norma faculte a la autoridad competente para imponer una sanción, ésta tiene la obligación de hacerlo mediante la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada. (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 1666 de fecha 29 de octubre de 2003).

En el caso bajo examen, se observa que la Inspectoría General de Tribunales, luego de concluida la investigación correspondiente a la denuncia formulada contra los jueces recurrentes, presentó acusación ante la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial para solicitar la destitución de aquéllos “*de conformidad con lo establecido en el numeral 16 del artículo 40 de la Ley de Carrera Judicial*”.

Asimismo, el acto recurrido (folios 12 al 33 de la pieza principal del expediente) aplicó la sanción de destitución a los recurrentes por encontrarlos incurso en el ilícito disciplinario previsto en el numeral 16 del artículo 40 de la Ley de Carrera Judicial, el cual establece:

“Artículo 40. Sin perjuicio de las responsabilidades penal y civil a que hubieren lugar, los jueces serán destituidos de sus cargos, previo el debido proceso, por las siguientes causas:

(...)

16. Cuando incurran en abuso o exceso de autoridad.”

De la lectura del artículo antes transcrito, se desprende que el supuesto de hecho es el haber incurrido en un “abuso o exceso de autoridad”, siendo la consecuencia jurídica la imposición de la sanción de destitución. Así pues, la imposición de la referida sanción (destitución) no es de ningún modo potestativa para el órgano disciplinario, antes bien es la consecuencia de haberse verificado dentro de un procedimiento, que un Juez incurrió en abuso o exceso de autoridad. Determinado lo anterior, no encuentra esta Sala que el acto recurrido haya violado el principio de la proporcionalidad administrativa al imponer la sanción de destitución, luego de haberse verificado que la actuación de los recurrentes da lugar a la configuración del ilícito disciplinario de abuso o exceso de autoridad. Así se declara.

2. *Derecho de los Administrados: Derecho a la defensa***TSJ-SPA (0504)****30-4-2008**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Jairo Addin Orozco Correa y José Joaquín Bermúdez Cuberos vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

No puede exigírsele al Juez ni mucho menos a la autoridad administrativa, la valoración exhaustiva sobre todos y cada uno de los medios probatorios cursantes en el expediente administrativo, ya que lo relevante de un medio probatorio es el hecho capaz de probar y de guardar relación con los hechos debatidos.

.....Con respecto al alegato de silencio de pruebas en el que habría incurrido la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial; es importante destacar, que la autoridad administrativa al igual que el Juez, tiene la obligación de analizar todas las pruebas cursantes en autos, aún aquellas que a su juicio no resultaren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, a los fines de respetar el derecho a la defensa y el debido proceso del administrado.

Ahora bien, esta obligación no puede interpretarse como una obligación de apreciación en uno u otro sentido, es decir, el hecho de que la valoración que haga el juez o la autoridad administrativa sobre los medios probatorios para establecer sus conclusiones, se aparte o no coincida con la posición de alguna de las partes, no debe ser considerado como silencio de prueba.

Tampoco puede exigírsele al Juez ni mucho menos a la autoridad administrativa, la valoración exhaustiva sobre todos y cada uno de los medios probatorios cursantes en el expediente administrativo, ya que lo relevante de un medio probatorio es el hecho capaz de probar y que guarda relación con los hechos debatidos.

Así, habrá silencio de pruebas cuando el Juez en su decisión o en su caso, la autoridad administrativa, no juzgue, aprecie o valore algún medio de prueba cursante en autos, capaz de afectar la decisión. (*Vid. Sentencia de esta Sala N° 01311 de fecha 26-07-2007*).

3. *Contratos Administrativos***TSJ-SPA (0503)****30-4-2008**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Sarinomar, Asesores Administrativos, S.R.L. vs. C.A. Hidrológica De La Región Capital (Hidrocapital).

La Sala Político Administrativa reitera la jurisprudencia existente sobre los requisitos para la verificación del carácter administrativo de un contrato.

Expuestos los alegatos de las partes y revisadas las actas que conforman el expediente, pasa la Sala a pronunciarse sobre la demanda incoada y, a tal efecto, observa:

Los apoderados judiciales de la sociedad mercantil Sarinomar, Asesores Administrativos, S.R.L., demandan el cumplimiento del *Contrato de servicios N° HC-SG-SOAS-99-0001* -cuyo objeto es la prestación de servicios de carácter administrativo y secretarial, así como la restitución de su representada a la condición de contratista a fin de culminar el período con-

tratado- por considerar que la compañía anónima Hidrológica de la Región Capital (HIDROCAPITAL) incumplió las cláusulas octava y quinta del referido contrato al rescindirlo unilateralmente y al haberse negado a actualizar los montos a pagar conforme al *Índice de Precios al Consumidor* (IPC) emitido por el Banco Central de Venezuela.

Subsidiariamente, demandan la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por su representada con ocasión de la rescisión unilateral del mencionado contrato, calculados en la cantidad de Cuarenta y Nueve Millones Ochocientos Ochenta y Seis Mil Cuatrocientos Veinticuatro Bolívares con Treinta y Cinco Céntimos (Bs. 49.886.424,35), equivalentes a la porción no pagada del valor total del contrato y, asimismo, solicitan la indexación judicial.

Por su parte, la representación judicial de la compañía anónima demandada manifiesta que los representantes legales de la sociedad mercantil demandante -quienes, a su decir, eran trabajadores del Instituto Nacional de Obras Sanitarias INOS y cobran una pensión de jubilación- se confabularon con las anteriores administraciones de HIDROCAPITAL para constituir la sociedad mercantil Sarinomar, Asesores Administrativos, S.R.L. con la finalidad de suscribir un contrato y así sustraer indebidamente fondos al Estado venezolano.

Afirma la apoderada judicial de la Compañía Anónima Hidrológica de la Región Capital (HIDROCAPITAL), que su representada nada adeuda a la demandante y rechaza que ésta hubiese sido objeto de un “*incumplimiento unilateral o de una rescisión no consentida*” del *contrato de servicios N° HC-SG-SOAS-99-0001*.

Además, opone la excepción de contrato no cumplido, asegurando que los servicios prestados por la sociedad mercantil Sarinomar, Asesores Administrativos, S.R.L. eran de baja calidad y los costos onerosos. Igualmente, señala que no puede restituirse a la demandante en la condición de contratista, en razón de que el contrato quedó resuelto en enero de 2000; rechaza que el monto reclamado pueda ser reajustado y que su representada deba pagar una indemnización por concepto de daños y perjuicios a la demandante, por cuanto al no haber realizado la contratista las prestaciones a las que se obligó no puede sostener que se le haya causado daño alguno.

Asimismo, indica que la accionante no señaló de qué manera se produjeron los supuestos daños, ni el importe individual de la prestación contractual que reclama.

Conforme a lo expuesto, se observa que en el caso de autos la controversia se circunscribe a establecer si procede la demanda por cumplimiento del *contrato de servicios N° HC-SG-SOAS-990001* y la restitución de la demandante a la condición de contratista, a fin de culminar el período de labores contratado; o si procede la demanda subsidiaria de indemnización de los daños y perjuicios que aduce la actora haber sufrido como consecuencia de la rescisión del referido contrato, los cuales estima en la cantidad de Cuarenta y Nueve Millones Ochocientos Ochenta y Seis Mil Cuatrocientos Veinticuatro Bolívares con Treinta y Cinco Céntimos (Bs. 49.886.424,35).

Ante este escenario y visto que la representación judicial de la Compañía Anónima Hidrológica de la Región Capital (HIDROCAPITAL) en el escrito de contestación a la demanda impugnó y desconoció los contratos acompañados al libelo, estima la Sala necesario establecer a la luz de las previsiones contenidas en el Código Civil, específicamente, en su artículo 1.141, el cumplimiento en el asunto bajo examen de los requisitos esenciales para la existencia de cualquier contrato, a saber: el consentimiento de las partes con capacidad para obligarse, que el objeto sobre el cual verse pueda ser materia de contrato y la licitud de la causa.

Con relación al primero de los requisitos exigidos en el artículo 1.141, observa la Sala que los alegatos expuestos por las partes permiten concluir que el 18 de febrero de 1999 fue suscrito por las sociedades mercantiles en conflicto el *contrato de servicios N° HC-SG-SOAS-99-001*.

Al respecto, observa la Sala a los folios 3 al 16 de la pieza N° 2 del expediente el original del “*Dictamen Técnico Pericial*” consignado el 11 de febrero de 2003 por el ciudadano Raymond Orta Martínez, experto grafotécnico designado para practicar el cotejo de firmas, mediante el cual se estableció que la firma que aparece en el documento indubitado denominado “*Donación a la Fundación Una Mano Amiga*”, fue producida por la misma persona que identificándose como José María De Viana, en representación de la compañía anónima Hidrológica de la Región Capital (HIDROCAPITAL), suscribió con la sociedad mercantil Sarinomar, Asesores Administrativos, S.R.L. los documentos distinguidos con las letras y números *HC-GRH-SP-93-0001*, *HC-GRH-AD-94-0001*, *HC-SG-SO-95-0001*, *HC-SG-SO-96-0001*, *HC-SG-SO-98-0001*, *HC-SG-SO-97-0001*; el *contrato de reajuste del contrato N° HC-SG-SO-97-0001*; y el *contrato de servicios N° HC-SG-SOAS-99-001*, concluyendo el experto que la firma desconocida por la apoderada judicial de la demandada se corresponde, efectivamente, con la del Presidente de HIDROCAPITAL. (Destacado de la Sala).

Así pues, queda demostrado que el *contrato de servicios N° HC-SG-SOAS-99-001*, fue suscrito, ciertamente, por el ciudadano José María De Viana, titular de la cédula de identidad N° 3.978.284, en su condición de Presidente de la compañía anónima Hidrológica de la Región Capital (HIDROCAPITAL) y la ciudadana Nora Haydee González, titular de la cédula de identidad N° 3.412.054, en su carácter de Presidenta de la sociedad mercantil Sarinomar, Asesores Administrativos, S.R.L. Igualmente, se aprecia que en el transcurso del procedimiento no fue alegada ni demostrada la existencia de vicios del consentimiento que pudieran afectar la validez del contrato.

En razón de lo expuesto, debe tenerse formada la voluntad de las partes para contratar y cumplidas las formalidades necesarias para la suscripción del contrato; por lo tanto, la Sala encuentra verificado el primero de los requisitos exigidos en el artículo 1.141 del Código Civil.

Con relación al segundo requisito se observa que el objeto del contrato es la prestación de servicios de asesoría en el área secretarial, suministro y adiestramiento de personal especializado para la Presidencia y Vicepresidencia Administrativa de HIDROCAPITAL, lo que demuestra la licitud del objeto de la convención cuyo cumplimiento se demanda.

En lo que se refiere a la causa del contrato, nuestro ordenamiento jurídico exige que no sea contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público. En el caso bajo análisis, se advierte que las obligaciones contraídas por las partes no son contrarias a las mencionadas exigencias, lo cual las hace ajustadas al ordenamiento jurídico, tal como lo exige el artículo 1.157 del Código Civil; por lo tanto, se encuentra cumplido el tercer requisito establecido en el artículo 1.141 *eiusdem*, en consecuencia, se tiene por existente y válido el contrato del cual se deriva la pretensión de la parte demandante. Así se declara.

Determinado lo anterior y considerando que en el caso bajo examen, la parte actora demanda el cumplimiento del *contrato de servicios N° HC-SG-SOAS-99-001* y, subsidiariamente, la indemnización de los daños y perjuicios que afirma haber sufrido con ocasión de la rescisión unilateral del aludido contrato por parte de la Compañía Anónima Hidrológica de la Región Capital (HIDROCAPITAL); resulta necesario establecer la naturaleza del *contrato de servicios N° HC-SG-SOAS-99-001*, a los efectos de precisar si la Administración se encontraba facultada para su rescisión unilateral.

En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala han señalado como requisitos esenciales y concurrentes para considerar que un contrato tiene carácter administrativo, los siguientes: a) que una de las partes contratantes sea un ente público; b) que la finalidad del contrato debe estar vinculada a una utilidad pública o servicio público; y c) la existencia en dichos contratos de ciertas prerrogativas de la Administración consideradas como exorbitantes.

Respecto al primero de los requisitos, se observa que el contrato fue suscrito por la sociedad mercantil Sarinomar, Asesores Administrativos, S.R.L. y la compañía anónima Hidrológica de la Región Capital (HIDROCAPITAL), empresa esta última en la cual el Estado venezolano figura como único accionista según se evidencia de sus Estatutos Sociales, quedando así demostrado que una de las partes contratantes es un ente público (folios 272 al 288 de la pieza N° 1 del expediente).

En relación al segundo requisito, se observa, por una parte que el objeto de HIDROCAPITAL consiste en la administración, operación, mantenimiento, ampliación y reconstrucción de los sistemas de distribución de agua potable y de los sistemas de recolección, tratamiento y distribución de aguas residuales en la Región Capital; y, por otra parte, que la empresa demandante en ejecución del *contrato N° HC-SG-SOAS-99-001* prestó servicios de asesoría en el área secretarial, suministro y adiestramiento de personal especializado para el área de Presidencia y Vicepresidencia Administrativa de HIDROCAPITAL.

En efecto, la Administración se encuentra facultada para celebrar contratos con los particulares, delegándoles la ejecución de labores que pueden ser llevadas a cabo, en principio, por la propia Administración, tal y como se verificó en el caso bajo examen cuando HIDROCAPITAL contrató a la empresa demandante, para que esta última suministrara y adiestrara personal especializado para el área de Presidencia y Vicepresidencia de dicha empresa.

Así pues, al haber celebrado HIDROCAPITAL con la empresa demandante el contrato N° *HC-SG-SOAS-99-001* para la prestación de servicio de asesoría, suministro y adiestramiento de personal secretarial y administrativo en el área de Presidencia y Vicepresidencia de dicha empresa; y al ser el objeto de la compañía anónima Hidrológica de la Región Capital (HIDROCAPITAL) la prestación de un servicio de interés público, la finalidad del referido contrato se encuentra indiscutiblemente vinculada a la prestación de un servicio público, dándose así por cumplido el segundo de los requisitos antes enunciados.

En cuanto al tercero de los requisitos, es decir, la existencia en el contrato de ciertas prerrogativas de la Administración consideradas como exorbitantes, aprecia la Sala del análisis del *contrato de servicios N° HC-SG-SOAS-99-001*, suscrito entre la sociedad mercantil Sarinomar, Asesores Administrativos S.R.L. y la compañía anónima Hidrológica de la Región Capital (HIDROCAPITAL), que éstas no se encuentran expresamente plasmadas en su texto.

Sin embargo, con relación a las cláusulas exorbitantes, en anteriores oportunidades la Sala ha señalado que aunque éstas se encuentran presentes en los contratos administrativos conteniendo reglas propias y distintas a las del derecho común, mediante las cuales se autoriza a la Administración para rescindir unilateralmente los contratos administrativos, no necesariamente deben estar contenidas de manera expresa dentro de los contratos administrativos. *“Tales reglas reciben el nombre de cláusulas exorbitantes, las cuales pueden resultar de la previsión de una disposición legal”* (Vid. sentencia del 14 de junio de 1983, Caso: *Acción Comercial*, ratificada en sentencia N° 00820 del 31 de mayo de 2007, Caso: *Marshall & Asociados C.A. y Puerto Mar C.A. contra Gobernación del Estado Zulia* y sentencias números 00486 y 05140 de fechas 27 de marzo de 2003 y 21 de julio de 2005, respectivamente).

Así, del estudio de las actas procesales y conforme con el criterio jurisprudencial antes expuesto, debe concluir la Sala que en el contrato antes identificado se encuentran presentes las mencionadas cláusulas exorbitantes, por lo que en el caso bajo examen las características distintivas de los contratos administrativos se encuentran presentes.

Determinado lo anterior, corresponde establecer si procede la demanda por cumplimiento del *contrato de servicios N° HC-SG-SOAS-990001* y la restitución de la demandante a la condición de contratista a fin de culminar el período de labores contratado; o si procede la solicitud subsidiaria de indemnización por daños y perjuicios, calculados en la cantidad de Cuarenta y Nueve Millones Ochocientos Ochenta y Seis Mil Cuatrocientos Veinticuatro Bolívares con Treinta y Cinco Céntimos (Bs. 49.886.424,35).

En este sentido, de las actas que conforman el expediente advierte la Sala que la demandada promovió el original de una comunicación de fecha 29 de abril de 1999, suscrita por la Ingeniera Jacqueline Faria, en su condición de Presidenta de la compañía anónima Hidrológica de la Región Capital (HIDROCAPITAL), en la cual comunican a la sociedad mercantil Sarinomar, Asesores Administrativos S.R.L., su decisión de rescindir unilateralmente el *Contrato de Servicios N° HC-SG-SOAS-99-0001*.

Dicha comunicación, por emanar de HIDROCAPITAL y estar firmada por un funcionario autorizado por la ley en el marco de la prestación de un servicio público y formar parte del expediente administrativo, debe considerarse como un documento administrativo que goza de presunción de legalidad, legitimidad y veracidad.

En efecto, conforme al criterio jurisprudencial imperante sobre la materia, el documento administrativo es el que emana de un funcionario competente con arreglo a las formalidades de ley, que contiene una declaración de voluntad destinada a producir efectos jurídicos; asimilándose, en lo que atañe a su valor probatorio, a los instrumentos privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, en los términos establecidos en el artículo 1.363 del Código Civil, toda vez que hacen fe del hecho material de las declaraciones en ellos contenidas, hasta prueba en contrario. (*Vid.* Sentencias de esta Sala números 01257 y 00117 del 12 de julio de 2007 y 29 de enero de 2008, respectivamente).

De conformidad con lo expuesto, la comunicación dirigida por la compañía anónima Hidrológica de la Región Capital (HIDROCAPITAL) a la sociedad mercantil Sarinomar, Asesores Administrativos, S.R.L. en fecha 29 de abril de 1999, debe tenerse como cierta, toda vez que no consta en autos prueba alguna que desvirtúe su contenido, otorgándole la Sala valor probatorio. Así se declara.

Corresponde ahora analizar si la sociedad mercantil demandada podía rescindir de manera unilateral el *Contrato de Servicios N° HC-SG-SOAS-99-0001*.

Sobre este particular, la Sala ha precisado que “*la Administración goza de ciertas prerrogativas entre las cuales se encuentra la facultad de rescindir el contrato unilateralmente, sin que sea necesario que se configure el incumplimiento contractual de la otra parte en la relación, toda vez que constituye un derecho inherente a la función administrativa, siempre que se fundamente en razones de interés público*”. (*Vid.* Sentencias de esta Sala números 00487 y 00783 del 23 de febrero de 2006 y 7 de julio de 2004, respectivamente).

Igualmente, se ha señalado que el ejercicio de la potestad de rescisión del contrato administrativo es una manifestación del *ius imperium* que detenta el ente contratante. (*Vid.* Sentencia N° 00820 del 31 de mayo de 2007).

De acuerdo con lo señalado, el ente administrativo se encuentra facultado para rescindir de manera unilateral los contratos administrativos cuando lo considere pertinente, en resguardo de los intereses de la colectividad.

Ahora bien, queda por precisar si, efectivamente, la compañía anónima Hidrológica de la Región Capital (HIDROCAPITAL) rescindió el *Contrato de Servicios N° HC-SG-SOAS-99-0001* por razones de interés público.

Sobre este particular, como ya se señaló anteriormente, el servicio prestado por HIDROCAPITAL es de evidente interés público, siendo incuestionable que la prestación de ese fundamental servicio no pueda verse afectada por problemas en la administración de la empresa, como serían por ejemplo la deficiencia del personal secretarial en áreas claves de la organización tales como la Presidencia y Vicepresidencia de la compañía anónima Hidrológica de la Región Capital (HIDROCAPITAL), lo cual conduce a que esta Sala estime que en el caso concreto, la demandada, en resguardo de los más altos intereses colectivos, se encontraba facultada para rescindir unilateralmente el *Contrato de Servicios N° HC-SG-SOAS-99-0001*, tal como lo hizo el 29 de abril de 1999.

Determinado lo anterior, correspondería emitir un pronunciamiento con relación a la excepción de contrato no cumplido opuesta por la representación judicial de la sociedad mercantil demandada y, al respecto, se observa:

En virtud de que la controversia de autos se da en el marco de una contratación de naturaleza administrativa, no resulta necesario que se configure el incumplimiento contractual de la otra parte en la relación, para que la Administración decida rescindir unilateralmente el contrato.

Conforme a lo expuesto, la Sala debe desestimar la excepción de contrato no cumplido opuesta por la representación judicial de la parte demandada y declarar improcedente la demanda de cumplimiento del *Contrato de servicios N° HC-SG-SOAS-99-0001*, así como también la restitución de la sociedad mercantil Sarinomar, Asesores Administrativos, S.R.L. a la condición de contratista a fin de culminar el período de labores contratado. Así se declara.

Sin embargo, resulta necesario mencionar que la jurisprudencia pacífica de esta Sala ha establecido, que aún cuando la Administración pueda rescindir el contrato unilateralmente quedaría obligada a indemnizar los daños y perjuicios que pudiese ocasionar con motivo de dicha rescisión, a los fines de restaurar la “*ecuación económica que pudiese ser alterada entre las partes contratantes*”. (Vid. sentencias de esta Sala números 0611 y 00848 del 29 de abril de 2003 y 14 de julio de 2004, respectivamente).

En este sentido, se observa que los apoderados judiciales de la sociedad mercantil Sarinomar, Asesores Administrativos, S.R.L., demandaron subsidiariamente la indemnización por los daños y perjuicios que afirman sufrió su representada con ocasión de la rescisión unilateral del referido contrato, calculados en la cantidad de Cuarenta y Nueve Millones Ochocientos Ochenta y Seis Mil Cuatrocientos Veinticuatro Bolívares con Treinta y Cinco Céntimos (Bs. 49.886.424,35), *equivalentes a la porción no cancelada del valor total establecido en el contrato, y el importe correspondiente al Impuesto al Consumo Suntuario y Ventas al Mayor*.

Sobre este mismo particular se aprecia que la *Cláusula Tercera* del contrato establece que el precio total del contrato es la cantidad de Cincuenta y Un Millones Quinientos Setenta y Siete Mil Ochocientos Sesenta y Tres Bolívares con Noventa y Ocho Céntimos (Bs. 51.577.863,98).

No obstante, la accionante afirma haber recibido de la compañía anónima Hidrológica de la Región Capital (HIDROCAPITAL) la suma de Cuatro Millones Setecientos Treinta y Cuatro Mil Doscientos Veintidós Bolívares con Cincuenta Céntimos (Bs. 4.734.222,50), correspondiente al mes de marzo de 1999 y Cinco Millones Cuatrocientos Sesenta y Dos Mil Quinientos Sesenta y Cuatro Bolívares con Sesenta y Nueve Céntimos (Bs. 5.462.564,69), correspondiente al mes de abril de 1999, lo cual asciende a la cantidad de Diez Millones Ciento Noventa y Seis Mil Setecientos Ochenta y Siete Bolívares con Diecinueve Céntimos (Bs. 10.196.787,19).

En el caso bajo examen, la actora demandó la indemnización por los daños y perjuicios causados durante los meses posteriores a la rescisión del *Contrato de servicios N° HC-SG-SOAS-99-0001*, esto es, de mayo a diciembre de 1999 (ambos inclusive).

En este contexto, debe destacarse el contenido del artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, que establece:

Conforme con la disposición antes transcrita, las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho y quien solicite el cumplimiento de una obligación debe previamente probar su existencia.

En tal sentido, aprecia la Sala que la empresa Sarinomar, Asesores Administrativos, S.R.L. afirma haber sufrido daños y perjuicios como consecuencia de la rescisión del contrato, por lo que siendo ésta una reclamación de la demandante, conforme a lo establecido en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, a ella correspondía probar los argumentos de hecho en los cuales fundamentó su pretensión.

Ahora bien, de una revisión minuciosa de las actas que conforman el expediente se observa que la representación judicial de la sociedad mercantil Sarinomar, Asesores Administrativos, S.R.L., no acompañó con su demanda ni consignó en el expediente en la fase correspondiente del proceso, algún medio probatorio que permitiese a esta Sala determinar la existencia de los presuntos daños y perjuicios sufridos por su representada.

Conforme con lo expuesto, la Sala rechaza la pretensión aducida por la sociedad mercantil demandante, pues lo contrario comportaría una inobservancia a los principios del derecho procesal según a los cuales el juez debe atenerse a lo alegado y probado en autos, y declarar con lugar las demandas que conozca cuando a su juicio exista plena prueba de los hechos alegados en ella, de conformidad con lo previsto en los artículos 12 y 254 del Código de Procedimiento Civil.

En virtud de lo anterior, se declara improcedente la solicitud subsidiaria de indemnización por daños y perjuicios solicitados.

Al haber quedado desvirtuado el alegato referido a la ilegalidad de la rescisión unilateral del contrato por parte de la compañía anónima Hidrológica de la Región Capital (HIDROCAPITAL), y no haberse consignado los elementos probatorios de la existencia de los daños y perjuicios alegados, debe la Sala declarar sin lugar tanto la demanda incoada como la solicitud subsidiaria de indemnización por los daños y perjuicios. Así se declara.

VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. Órganos

A. Tribunal Supremo de Justicia: Sala Político Administrativa

TSJ-SPA (0388)

2-4-2008

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Jairo Enrique Castillo vs. Contralor General de la República.

La Sala Político Administrativa ratifica una vez mas la jurisprudencia existente referente a su competencia para conocer de los recursos de nulidad por razones de inconstitucionalidad y/o ilegalidad, que se interpusieran contra los actos dictados por los órganos que gozaban de autonomía funcional, tales como el extinto Consejo Supremo Electoral, el extinto Consejo de la Judicatura, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y, precisamente, la Contraloría General de la República, siempre que el conocimiento de los recursos contra sus actos no se encontraran atribuidos a otra autoridad conforme a la materia sustantiva tratada (por ejemplo, la materia funcional).

B. Cortes de lo Contencioso Administrativo

CSCA

3-4-2008

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: María Ana Collado Millán vs. Universidad de Carabobo

La competencia para conocer sobre los conflictos laborales de los docentes universitarios, aún en el caso de los contratados, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, ello debido a la condición inherente de servidores públicos, por cuanto desempeñan una labor fundamental y muy específica al servicio de la educación y de la comunidad. Específicamente corresponde a las Cortes de lo Contencioso Administrativo.

.....En el presente caso, la recurrente solicitó su reincorporación y el pago de los sueldos dejados de percibir, en razón de que la “Universidad de Carabobo” decidió no renovar más el contrato como docente en la referida Universidad, de allí que la controversia se encuentre referida a una relación de servicio público. (Ver Sentencia N° 6565, de fecha 15 de diciembre de 2005, dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, caso: *Miguel Antonio Ramírez Ramírez vs. Instituto Universitario de Tecnología del Oeste “Mariscal Sucre”*) ...Con fundamento a lo anterior y en el marco de la pretensión la ciudadana María Ana Collado Millán, la cual se deriva de su servicio como docente contratado de una Universidad, el conocimiento del presente recurso corresponde a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Así se decide.

Ahora bien, con fundamento en lo anterior, resulta oportuno hacer referencia a la sentencia N° 1027 dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 11 de agosto de 2004, (caso: *Nancy Leticia Ferrer Cubillán vs. Consejo de Apelaciones de la Universidad del Zulia*), mediante la cual se trató el tema de competencia con

relación a los recursos intentados por docentes universitarios contra los actos dictados por las Universidades, con ocasión a una relación laboral, dejando establecido lo siguiente:

“De allí que, mediante decisión de fecha 20 de febrero de 2003, caso: *Endy Argenis Villasmil Sotos y Otros vs. Universidad del Sur del Lago ‘Jesús María Semprúm’ (UNISUR)*, la Sala estableció que la competencia para conocer de las acciones que interpongan los Docentes Universitarios con ocasión de la relación laboral que mantienen con las Universidades, deben ser conocidas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En tal sentido, al tratarse el presente caso de un recurso de nulidad interpuesto conjuntamente con acción de amparo constitucional por una docente universitaria, contra un acto emanado del Consejo de Apelaciones de la Universidad del Zulia, con ocasión a su relación laboral, en principio, la competencia para conocer y decidir el mismo, correspondería a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, hoy de las Cortes de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con el criterio lo (*sic*) anteriormente expuesto.

(...omissis...)

Asimismo, ha establecido esta Sala que su competencia para conocer de la nulidad de los actos administrativos individuales del Poder Ejecutivo Nacional, en aras de la desconcentración de la actividad jurisdiccional de este Máximo Tribunal, se limitará a los actos administrativos individuales emanados de los órganos superiores de la Administración Pública Central, que a tenor de lo pautado en el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública son: el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, El Consejo de Ministros, los Ministros o Ministras, los Viceministros o Viceministras. Igualmente, la Sala ha sentado que le corresponde conocer de los actos emanados de las máximas autoridades de los órganos superiores de consulta de la Administración Pública Central, que según la norma citada son: la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los gabinetes sectoriales y gabinetes ministeriales.

Por tanto, no estando las autoridades de las Universidades Públicas dentro de la competencia atribuida a esta Sala, este Máximo Tribunal ratifica el criterio sentado en decisión de fecha 20 de febrero de 2003, caso: *Endy Argenis Villasmil Sotos y Otros vs. Universidad del Sur del Lago ‘Jesús María Semprúm’ (UNISUR)*, y en consecuencia, declara que corresponde a las Cortes de lo Contencioso Administrativo, la competencia para conocer del presente caso. Así se decide”. (Resaltado de la sentencia).

De todo lo antes expuesto, se desprende que la competencia para conocer de las acciones interpuestas por docentes universitarios contra las Universidades, corresponde a las Cortes de lo Contencioso Administrativo, por lo que, al tratarse el presente caso de un “recurso contencioso administrativo funcional” interpuesto por un docente universitario contratado contra una Universidad, en este caso la Universidad de Carabobo, esta Corte resulta competente para conocer de la presente causa (*Vid.* Sentencias de esta Corte N° 2007-1455, N° 2007-1797, de fechas 3 de agosto de 2007 y 24 de octubre de 2007, Casos: *Nelson José Arriojas Sterling vs. Universidad Nacional Experimental Simón Rodríguez* y *Sergio Antonio García Abreu vs. Universidad Bolivariana de Venezuela, respectivamente*). Así se decide.

Determinada la competencia, resulta necesario destacar que mediante decisión dictada por esta Corte en fecha 16 de febrero de 2006, (caso: *María Eugenia Alarcón Galleguillos*), N° 2006-00208, se estableció que el procedimiento aplicable para la sustanciación de los recursos interpuestos por docentes universitarios contra los actos dictados por la Universida-

des, es el establecido en el aparte 8 y siguientes del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, y en atención a los amplios poderes jurisdiccionales propios del juez contencioso administrativo, esta Corte podrá declarar no sólo la nulidad de los actos administrativos de efectos particulares, en los casos en que ello constituya la pretensión del actor, sino igualmente condenar al pago de dinero solicitado y ordenar, en definitiva, el restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas. En este orden de ideas, se observa que el presente asunto fue tramitado en su totalidad por la Jurisdicción Laboral, de acuerdo al procedimiento previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, siendo esto así, se debe reiterar que el procedimiento aplicable a los recursos contencioso administrativos de nulidad ejercidos por docentes universitarios contra los actos dictados por las Universidades, es el establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

Siendo este Órgano Jurisdiccional el competente para conocer del presente recurso; anula la sentencia dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo del Estado Carabobo, que declaró "(...) SIN LUGAR la presente demanda por CALIFICACIÓN DE DESPIDO (...)". Así se decide.

2. *El Contencioso Administrativo de Anulación*

A. *Cartel de emplazamiento*

TSJ-SPA ACC. (0634)

21-5-2008

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Juan Carlos Apitz y Perkins Rocha Contreras vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

La Sala Político Administrativa, analiza la jurisprudencia existente referente a los pasos a seguir para la emisión, retiro, publicación y consignación del cartel de emplazamiento de los interesados en el respectivo procedimiento.

Corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de la tempestividad del retiro, publicación y consignación del cartel de emplazamiento a los interesados, librado en el presente caso. A tal efecto, se observa:

El emplazamiento a los terceros interesados en los juicios que se tramiten ante el Máximo Tribunal de la República, está regulado por el aparte undécimo del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

“En el auto de admisión se ordenará la citación del representante del organismo o del funcionario que haya dictado el acto; al Fiscal General de la República, si éste no hubiere iniciado el juicio, el cual deberá consignar un informe hasta el vencimiento del plazo para presentar los informes; al Procurador General de la República en el caso de que la intervención de éste en el procedimiento fuere requerida por estar en juego los intereses patrimoniales de la República. Asimismo, cuando fuere procedente, en esa misma oportunidad, se podrá ordenar la citación de los interesados, por medio de carteles que se publicarán en un (1) diario de circulación nacional, para que se den por citados, en un lapso de diez (10) días hábiles siguientes: contados a partir de la publicación del cartel o de la notificación del último de los interesados. El recurrente deberá consignar un (1) ejemplar del periódico donde fue publicado el cartel, dentro de los tres (3) días siguientes a su publicación; el incumplimiento de esta obligación se entenderá que desiste del recurso, y se ordenará el archivo del expediente”.

De la norma parcialmente transcrita se desprende que esta fase procesal comprende la realización de cuatro actos esenciales, cuales son: emisión, retiro, publicación y consignación del cartel de emplazamiento. De estos cuatro, el primero es deber judicial, mientras que los tres restantes son cargas procesales del recurrente. El artículo *in commento* prevé el desistimiento tácito para el incumplimiento de la consignación dentro de los tres (3) días de la publicación, o sea, que sólo establece plazo para consignar el cartel publicado, pero no indica lapso para retirar dicho cartel una vez que ha sido emitido por el Tribunal de Sustanciación, al admitir el recurso. Esta laguna de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela fue subsanada por la Sala, acudiendo al Código de Procedimiento Civil (art. 267, 1°), por aplicación analógica de la perención breve (30 días), contenidos en dicha normativa supletoria.

En efecto, la Sala estableció, mediante sentencia N° 5481 de fecha 11 de agosto de 2005, el lapso para retirar y publicar el cartel de emplazamiento a que se refiere el artículo 21 aparte once de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

“(...) de la lectura de la norma contenida en el referido artículo 21 aparte undécimo -parte in fine- de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, constató la Sala que el legislador se limitó a establecer el lapso correspondiente para “consignar” la publicación en prensa del cartel de emplazamiento, esto es tres (3) días (de despacho), sin precisar el lapso para que la parte actora cumpla con las otras obligaciones inherentes a dicha formalidad, cuales son, su retiro y efectiva publicación, determinación que resulta de particular importancia, pues al no especificarse la oportunidad para que se verifiquen tales exigencias, el proceso queda en suspenso a espera del cumplimiento por parte del recurrente del retiro y publicación del cartel de emplazamiento, lo que podría perjudicar ostensiblemente los derechos de los terceros que se vean afectados por el acto cuya nulidad se solicite en el recurso contencioso administrativo de anulación, además de contravenir el principio de celeridad procesal y seguridad jurídica, cuya estricta observancia contribuye a ejecutar la obligación de este Máximo Tribunal de ser garante de la justicia y la tutela judicial efectiva.

Por tal razón, esta Sala, actuando como ente rector de la jurisdicción contencioso-administrativa, a fin de garantizar que el proceso contencioso administrativo se lleve a cabo de una forma expedita, clara y sin obstáculos innecesarios, en el cual se asegure el derecho a la defensa y debido proceso (artículo 49 del texto fundamental) de todos los administrados, así como el acceso a la justicia, y siendo que el Juez como director del proceso debe procurar la estabilidad de los juicios, considera la Sala en esta oportunidad, que se debe aplicar supletoriamente, por mandato del primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, el lapso de treinta (30) días continuos previstos en el artículo 267 ordinal 1° del Código de Procedimiento Civil que establece la figura de la perención breve, para que en los recursos contencioso administrativos de anulación, se cumpla con la obligación de retirar y publicar el cartel de emplazamiento al que se refiere el aparte undécimo del artículo 21 de la Ley que rige las funciones de este Máximo Tribunal.

*En efecto, dicho lapso de treinta (30) días comenzará a contarse a partir de la fecha en que sea expedido el cartel de emplazamiento, y será dentro del mismo que el recurrente deberá retirar y publicar el ejemplar del periódico donde fue publicado el referido cartel, contando luego con tres (3) días de despacho siguientes a dicha publicación para su consignación en autos; **de manera que cuando el recurrente no cumpla con la carga procesal aquí descrita procederá la declaratoria de desistimiento, la cual se verifica como una sanción para la parte actora en virtud de su inactividad en el procedimiento. Así se declara. (...)**” (Resaltado de la Sala).*

De conformidad con el fallo citado -criterio pacífico y constante, reiterado en todos los casos similares-, el lapso para retirar y publicar el cartel de emplazamiento quedó establecido jurisprudencialmente en treinta (30) días continuos a partir de la fecha de su expedición por el Juzgado de Sustanciación, lapso previsto en el ordinal 1º del artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente a los procedimientos contencioso administrativos, por remisión expresa del primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

Entonces, de los cuatro actos atinentes al cartel de emplazamiento a los terceros, se observa que la ley prevé oportunidad para el primero (emisión) y el último (consignación de la publicación), y la Sala estableció el término para el segundo y el tercero (retiro y publicación). Obviamente, por imperativo de la ley, la consignación debe hacerla el recurrente, dentro de los tres (3) días de despacho siguientes a aquél en que se haya publicado el cartel, de acuerdo al artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, que le impone al accionante la carga de consignar dicha publicación en el expediente.

En el caso bajo examen, advierte la Sala que en fecha 3 de abril de 2008 el Juzgado de Sustanciación libró el cartel de emplazamiento a los terceros interesados, y que desde el 3 de abril 2008 hasta la fecha, los recurrentes no han retirado el aludido cartel, transcurriendo largamente los treinta (30) días de los que disponía para que se hubiese verificado tal actuación. En consecuencia, debe la Sala declarar el desistimiento del recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto, como en efecto se declara.

B. Medidas cautelares

a. *Decisión por juez incompetente*

TSJ-SPA (0618)

21-5-2008

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Pirotécnica Santa Lucía C.A. vs. Decisión Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

El Juez que se declare incompetente no tiene facultad de acordar medidas cautelares.

.....Ahora bien, debe esta Sala analizar el pronunciamiento de la sentencia objeto de la presente apelación en cuanto a la admisión provisional del recurso de nulidad, la procedencia de la medida cautelar solicitada y la remisión al Juzgado declarado competente para conocer el caso.

A tal efecto, el referido fallo dispuso lo siguiente:

“(...) Ahora bien, en el presente caso se observa que se está ante un recurso de nulidad, incoado conjuntamente con medida cautelar, contra la decisión contenida en la Providencia Administrativa N° 0814 dictada el 23 de julio de 2004, por la INSPECTORÍA DEL TRABAJO EN LOS VALLES DEL TUY, por lo que en aplicación del criterio sentado por la Sala Plena del Máximo Tribunal, parcialmente transcrito, esta Corte concluye que en el caso de autos resultan competentes para conocer en primera instancia del recurso de nulidad interpuesto, los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital. Así se decide.

2.- DE LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA

El recurrente solicitó además la suspensión de los efectos del acto administrativo objeto de impugnación, por lo que se hace necesario entrar a conocer y pronunciarse respecto a dicha solicitud, observándose en relación a la misma que esta Corte Primera, en Ponencia Conjunta, dictó sentencia N° AB4120050000193 del 28 de abril de 2005, mediante la cual -previa amplias consideraciones- señaló que:

(... Omissis...)

‘3. LA CAUTELAR DICTADA POR ÓRGANO INCOMPETENTE Un juez puede decretar medidas cautelares aunque, posteriormente, decline la competencia. Esto se ve claramente cuando se constata que las medidas cautelares no constituyen un pronunciamiento sobre el fondo ni tiene porqué afectarlo (salvo sus efectos preventivos o instrumentales), y además cumplen cabal y concretamente la exigencia de tutela judicial efectiva que el artículo 26 constitucional ordena enfáticamente.

Sobre esta posibilidad, adoptada en un par de sentencia de la Corte Primera del 2000 (Caso Consorcio Maderero Forestal, COMAFOR de mayo de 2000, y la sentencia José Ángel Rodríguez de febrero de 2000), la Sala Constitucional, a pesar de que en anteriores oportunidades se había pronunciado en sentido diferente, sin embargo en sentencia N° 2001/2.723 de 18 de diciembre (Caso: Tim Internacional B.V.) ha señalado lo siguiente:

Siendo así, los amparos autónomos intentados por terceros contra las decisiones que se dicten en esos amparo conjuntos, lo lógico es que sean conocidos por los tribunales que pueden decidir las apelaciones y consultas, a fin que no se dicten sentencias contrarias o contradictorias en ese tipo de amparos, y ello es razón suficiente para que esta Sala no sea competente para conocer los amparos autónomos de partes o terceros interpuestos contra los fallos que se dicten en los amparos incoados conjuntamente con las acciones de nulidad de los actos administrativos.

Asentado lo anterior, la Sala apunta, que a pesar de ser incompetente, y de haber sostenido que los jueces que conocen del amparo autónomo y se declaren incompetentes, no pueden decretar medidas cautelares, ya que si ellos rechazan conocer la acción, mal pueden decretar aspectos accesorios de la misma, esta Sala, por considerar que la situación del llamado amparo cautelar del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales es distinta, ya que él actúa como una cautela, es aplicable a un caso como éste -con el fin de mantener la esencia de esos amparos- el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, el cual señala:

(... Omissis...)

En su dispositiva, la Sala constitucional declina la competencia para conocer del asunto a la Sala Político-Administrativa, pero también dispone:

*2. Con base a la facultad que le otorga al juez el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil que le permite decretar medidas preventivas a pesar de declararse incompetente, salvo decidir el fondo, esta Sala, tomando en cuenta a su vez, la tutoría del orden público constitucional y los daños que las medidas decretadas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo pudiera causar a los accionantes, **MANTIENE** la suspensión de las medidas acordadas en la decisión interlocutoria de esta Sala del 7 de noviembre de 2001, y en consecuencia, se mantienen suspendidas las medidas decretadas en la decisión impugnada, señaladas con los N° 3.5, 3.7 y 3.8.*

En consecuencia, continúan vigentes las medidas cautelares a que se refieren los numerales 3.1, 3.2, 3.6 y 3.9 de la sentencia impugnada en el Capítulo referente a su decisión. Consideró la Sala, entonces, que el juez que se declare incompetente puede decretar medidas cautelares para mantener la esencia de las medidas, y la finalidad de la cautela. Debe señalarse, además, que la competencia de que trata el asunto de autos es una competencia territorial donde no existe la obligación de orden público de declararla sino que opera como excepción o defensa del demandado, es decir, mientras la competencia por la mate-

ria es de orden público, la competencia territorial es disponible por las partes, pudiendo éstas mediante la figura de la sumisión expresa o tácita someterse al imperio de un tribunal diferente del llamado territorialmente a conocer del asunto (...).

Es pues, sobre la base de tales requerimientos que esta Corte pasa analizar la medida cautelar de autos y, en ese sentido se observa respecto de los requisitos de admisibilidad de la medida cautelar aquí solicitada, que la pretensión principal fue admitida en consideraciones precedentes y; en segundo lugar, que lo pedido por la parte actora en su escrito en nada afectaría los intereses generales o intereses del colectivo.

Respecto al principio de proporcionalidad, esta Corte debe realizar la correspondiente ponderación de los intereses en juego, es decir, las respectivas posiciones de los sujetos involucrados en la pretensión cautelar.

Así, en relación al trabajador, quien es el solicitante de la medida, se observa que en caso de suspenderse los efectos de la Providencia Administrativa impugnada y en el supuesto de no haberse producido aún el despido, se aplazaría su desincorporación y, en caso de haberse producido dicho despido la consecuencia sería su reincorporación a su lugar de trabajo. Pero si por el contrario, la medida cautelar no es decretada y el recurso principal resultase procedente, entonces el trabajador habrá dejado de percibir en forma periódica los salarios necesarios para su subsistencia.

En cuanto al patrono, en caso de decretarse la medida cautelar y de resultar vencido en el juicio principal quedará consolidada la posición del trabajador y continuará percibiendo su salario; en cambio, de resultar victorioso en la contienda y haberse suspendido los efectos de la Providencia Administrativa, el patrono quedará autorizado de manera definitiva para proceder al despido del trabajador.

De modo que, en el análisis del principio de proporcionalidad de la cautelar solicitada, aconseja darle entrada (admitir) la petición para examinar de seguidas, el cumplimiento de sus requisitos de procedencia.

Efectuadas las precisiones anteriores, se observa que en el caso sub iudice el recurrente solicita a través de la medida cautelar consagrada en el precitado artículo 21, aparte 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la suspensión de la Providencia Administrativa N° 0814 de fecha 23 de julio de 2004, dictada por la Inspectoría del Trabajo en los Valles del Tuy, mediante la cual se autorizó a la empresa Pirotecnia Santa Lucía, C.A. para que efectuara el despido del ciudadano Johnny José Malavé, y a tal efecto invocó como fundamento de su solicitud “el derecho al salario, a la seguridad social y el derecho al trabajo como hecho social”, y señaló que el fundado temor se identifica “en la no percepción de sus salarios y demás derechos laborales derivados de la relación laboral (...) una vez terminada la relación laboral, cesa el pago del salario, que es el único sustento de nuestro representado quien es padre de familia, con niños de edad escolar, y por ende no tener otro medio de ingreso, y que le fue arrebatado por la decisión de la Providencia Administrativa, productora de un daño a los intereses implicados en este proceso”. En este orden de ideas, esta Corte observa, tal como se indicó en el análisis de ponderación de intereses de los sujetos involucrados en el presente proceso, que negar la medida cautelar solicitada por el recurrente, significaría que el trabajador dejaría de percibir en forma periódica los salarios necesarios para su subsistencia y la de su familia, con lo cual se le estarían violando al trabajador los derechos consagrados a su favor en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Arts. 87, 89 y 91).

Por otra parte, en el caso sub examine no podría considerarse que con el otorgamiento de la medida cautelar solicitada se estaría emitiendo un pronunciamiento adelantado que incide sobre la decisión de fondo del asunto debatido, pues necesariamente para ello tiene que haber una total identidad entre los argumentos utilizados para anular la Providencia Administrativa y los esgrimidos para suspender los efectos de la misma, situación que no se verifica en el caso de autos (...).

Es pues, en virtud de las anteriores consideraciones que esta Corte debe declarar PROCEDENTE la medida cautelar de suspensión de efectos solicitada, por lo que quedan suspendidos los efectos de la Providencia Administrativa N° 0814 de fecha 23 de julio de 2004, dictada por la Inspectoría del Trabajo en los Valles del Tuy, hasta tanto sea decidida la causa principal. Así se decide (...). (sic) (Destacado del fallo)

En la decisión parcialmente transcrita, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ratificó el criterio contenido en la Ponencia Conjunta de esa Corte publicada mediante sentencia N° 2005-193 (Caso: *Proagro, C.A.*) de fecha 27 de abril de 2005, en la cual acordó analizar las medidas cautelares que cursaran ante dicho órgano jurisdiccional y hubieren sido propuestas conjuntamente con recursos de nulidad intentados contra actos administrativos emanados de la Inspectoría del Trabajo; ello a pesar de haber sido resuelto por la Sala Plena de este Máximo Tribunal el conflicto de competencia surgido entre distintas Salas, respecto a cuál era el órgano competente para conocer en primera instancia de tales acciones.

Así, en el fallo bajo análisis, la referida Corte reconoció expresamente su incompetencia para conocer la causa, de acuerdo al criterio de la Sala Plena previsto en la decisión N° 9 del 05 de abril de 2005 (Caso: *Universidad Nacional Abierta*), según el cual corresponde a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo Regionales, el conocimiento de los recursos intentados contra los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo. No obstante, de conformidad con la mencionada Ponencia Conjunta, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo pasó a resolver la medida cautelar solicitada conjuntamente con el recurso de nulidad.

Lo anteriormente descrito, a criterio de la Sala, no resulta ajustado a los principios consagrados en las normas procesales previstas en el Código de Procedimiento Civil, respecto de la competencia.

En efecto, el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, dispone lo siguiente:

“Artículo 69. La sentencia en la cual el Juez se declare incompetente, aun en los casos de los artículos 51 y 61, quedará firme si no se solicita por las partes la regulación de la competencia dentro del plazo de cinco días después de pronunciada, salvo lo indicado en el artículo siguiente para los casos de incompetencia por la materia o de la territorial prevista en el artículo 47. Habiendo quedado firme la sentencia, la causa continuará su curso ante el Juez declarado competente, en el plazo indicado en el artículo 75”.

Conforme a la norma transcrita, se observa que una vez pronunciada la falta de competencia del tribunal, y la decisión quedare firme en virtud de no interponerse contra ésta la regulación de competencia, deberá remitirse el expediente al juzgado declarado competente a los fines de que la causa continúe el curso de ley; caso contrario, esto es, en el supuesto de afirmarse la competencia y con ocasión a ello se interpusiere la regulación de competencia, la sustanciación de la causa no queda interrumpida por la impugnación efectuada, sino que por el contrario continuará el curso del proceso, tal como lo dispone la parte *in fine* del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil.

Ello ha quedado establecido así en nuestro ordenamiento jurídico, respondiendo a la más elemental lógica, ya que resulta absurdo que un juez continúe actuando en una causa luego de que ha advertido que carece de la autorización legal para ello.

De esta forma, una vez que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declaró su incompetencia para conocer de los autos, lo procedente era que ordenara la remisión inmediata del expediente al juzgado competente o, en su defecto, en caso de ser el segundo tribunal en negar su competencia, plantear el conflicto negativo ante esta Sala del Máximo Tribunal, por tratarse de la cúspide de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sobre este particular la Sala Constitucional en decisión N° 707 de fecha 10 de mayo de 2001 (caso: *José Ángel Rodríguez*), estableció:

“Una vez resuelto el conflicto de competencia planteado, esta Sala Constitucional, no puede pasar por alto el hecho de que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, admitió la acción de amparo (de conformidad con el Código de Procedimiento Civil), y decretó la medida cautelar solicitada por el accionante, para luego proceder a declararse incompetente para conocer de la acción; a pesar de saber, que al ser incompetente para conocer de la acción, también lo es para decretar la medida cautelar. De lo que se infiere que la medida cautelar decretada esté viciada de nulidad absoluta por haber sido dictada por un órgano que se declaró incompetente.

*Así mismo, debe destacar esta Sala que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, al admitir la acción de amparo propuesta de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, violentó el procedimiento especial que rige en materia de amparo constitucional, establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y en la doctrina vinculante de esta Sala (Caso: *José Armando Mejía Betancourt, del 1° de febrero de 2000*)”. (Destacado de la Sala)*

En virtud de lo anteriormente expuesto, este Alto Tribunal considera que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo efectivamente erró en la decisión apelada al resolver la medida cautelar, luego de haberse declarado incompetente para conocer de la causa principal, por cuanto la cautelar es accesoria de aquélla, subvirtiendo con ello el orden procesal preestablecido. Es por esto que la Sala revoca la sentencia N° 2005-428 dictada por la prenombrada Corte de fecha 09 de junio de 2005, en lo que respecta al pronunciamiento de la medida acordada. En consecuencia, corresponderá al tribunal declarado competente resolver la medida de suspensión de efectos solicitada, así como pronunciarse sobre el decaimiento de la acción y la perención de la instancia, pedimentos esgrimidos por el apoderado judicial de la sociedad mercantil accionante. (Ver decisiones de esta Sala N° 02808 y 00045 de fechas 12 diciembre de 2006 y 17 de enero de 2007, respectivamente). Así se declara.

Debe igualmente precisarse que el procedimiento previsto en la ponencia conjunta antes aludida, lejos de solucionar la situación e ir en pro de la celeridad procesal, crea confusión e incluso podría acarrear aún más retraso en la tramitación de la causa, por tanto, esta Sala insta a que en lo sucesivo la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se abstenga de acoger nuevamente el erróneo criterio.

b. *Suspensión de efectos: Improcedencia*

TSJ-SPA ACC (0490)

24-4-2008

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: ALIVIA STUMP.C.A. vs. Resolución 113 de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

La Sala Político-Administrativa reitera que la suspensión de efectos consagrada en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, constituye una excepción al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, a fin de evitar que se produzcan lesiones irreparables o de difícil reparación al ejecutarse la decisión definitiva, lo cual representaría un atentado al derecho fundamental de acceso a la justicia y al debido proceso.

C. *Intervención de terceros*

TSJ-SPA (0652)

27-5-2008

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Mónica Graciela Hidalgo Rodríguez y José Pacheco Montero vs. Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia.

Vista la falta de regulación expresa en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela sobre la intervención de terceros, de conformidad con el primer aparte del artículo 19 *eiusdem*, resultan aplicables al proceso contencioso administrativo de nulidad, los principios y las reglas que al respecto se encuentran contenidos en el Código de Procedimiento Civil.

Una vez expuestas las anteriores consideraciones, debe esta Sala pronunciarse sobre la adhesión formulada por la representación judicial de los ciudadanos Griselda Garrido, Nuncia Bermúdez, Sor A. Rocca, Arismar Guzmán, María G. Rodríguez, Víctor M. Ruiz, Yannina Guillen, Nathalie Granati, Betty C. Gil, Jaime Monasterios, Odelisis Tovar, Franklin Martínez y José G. Núñez, quien se limitó a expresar que sus representados son funcionarios públicos del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores adscritos a la Notaría Pública Cuarta de Puerto Ordaz en el Estado Bolívar.

En este sentido, 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 el primer aparte del artículo 19 *eiusdem*, resultan aplicables al proceso contencioso administrativo de nulidad los principios y las reglas que al respecto se encuentran contenidos en el Código de Procedimiento Civil. En tal sentido, debe la Sala atender a lo dispuesto en el artículo 370 del mencionado texto legal, 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 la precisión a la que se arrije con ella, podrá determinarse cuándo la 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 citada decisión del 26 de septiembre de 1991, 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 intervención 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, se advierte que el acto administrativo cuya nulidad se pretende posee efectos generales, motivo por el cual resulta necesario observar la disposición normativa que rige los procesos de nulidad ejercidos contra actos de efectos generales, 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 Carta Magna, 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 a quien ejerza o pretenda ejercer la acción de nulidad por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad contra un acto administrativo de efectos generales, su interés, 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 impugnarlo.

Ahora bien, 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, pueden configurarse la solicitud de adhesión interpuesta por los ciudadanos previamente identificadas.

En el caso concreto, pudo esta Sala advertir que la solicitud de adhesión al recurso de nulidad interpuesto en forma conjunta con amparo cautelar, contra el acto administrativo contenido en la Resolución N° 045, de fecha 26 de febrero de 2008, no se fundamentó en ninguna de las causales establecidas en el transcrito artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, sin embargo, al expresar que poseen la condición de funcionarios públicos del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores adscritos a la Notaría Pública Cuarta de Puerto Ordaz, este órgano jurisdiccional considera que actúan con fundamento en el ordinal 3° del mencionado artículo 370, 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 las partes intervinientes en el proceso, respecto de las relaciones jurídicas del tercero con el adversario de la parte en cuya victoria se está interesado. Así, habiéndose solicitado la nulidad de un acto 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*, debe esta Sala declarar admisibles las adhesiones al presente juicio de los ciudadanos identificados en el encabezamiento de este Capítulo, pues sus requerimientos denotan la existencia de intereses vinculados directamente con el interés jurídico objeto de controversia. Así se decide.

Voto Concurrente del Magistrado Levis Ignacio Zerpa

El **Magistrado LEVIS IGNACIO ZERPA** consigna su voto concurrente y no asume, en su totalidad, los motivos de la decisión que antecede, en virtud de que el fallo omite ciertos aspectos y trata otros de manera desacertada.

En primer lugar, en cuanto a los que omite, la sentencia no indica que los motivos en ella expresados, no son más que la reiteración de un criterio ya establecido por esta Sala en sentencia número **00353 de fecha 23-03-2008**, en la cual se analizó el mismo problema judicial. En este sentido, la Sala tomó, en esta decisión, **los mismos argumentos de la indicada sentencia número 00353**, pero no señala en forma expresa los datos de la misma, cuya fundamentación fue reproducida casi en su totalidad.

En segundo lugar, en cuanto a los aspectos que trata, quien suscribe considera, respecto al punto de la legitimación de los terceros y, en general, que no es necesario citar en las decisiones de esta Sala, salvo antecedentes muy puntuales o excepcionales, sentencias o criterios dictados antes de la entrada en vigor de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), en virtud de que la mayoría de los criterios jurisprudenciales anteriores a esa data, han sido revisados y modificados por esta Sala a la luz del Texto Constitucional vigente, el cual se constituye como norma suprema y como fundamento del ordenamiento jurídico al cual todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público estamos sujetos (Arts. 7, 334 y 335 de la CRBV).

Queda así expresado el criterio de quien suscribe el presente voto concurrente.

3. *El Contencioso Administrativo de Anulación y Amparo***TSJ-SPA (0652)****27-5-2008**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Mónica Graciela Hidalgo Rodríguez y José Pacheco Montero vs. Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia.

En el caso en que la acción de amparo constitucional sea interpuesta en su modalidad de medida cautelar, debe el juez preservar su carácter excepcional y sólo podrá acordarla cuando exista esa presunción grave de violación o amenaza de violación directa de garantías y derechos constitucionales, sin que sea necesario analizar previamente el cumplimiento o no de normas de rango legal o sub-legal para, posteriormente, determinar que de ese desconocimiento de normas de carácter infraconstitucional quebranta -en forma mediata- derechos constitucionales

A los fines de atender las denuncias precedentemente citadas, esta Sala observa en primer lugar, que la mayoría de los alegatos expuestos están dirigidos a cuestionar la actuación del Ministro del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, argumentando al efecto, que *“obró fuera del ámbito de su competencia” “usurpó las expresas facultades del ciudadano Presidente de la República”, “de la lectura de las disposiciones transitorias de la Ley de Registro Público y del Notariado (...) en ninguna de ellas se faculta al Ministro a decidir en cuanto a las remuneraciones de los empleados, inclusive la misma Ley de Registro Público y del Notariado en su artículo 13 deja muy claramente establecido que las remuneraciones de los Registradores o Registradoras, notarios o notarias, será fijado mediante Decreto, dictado por el Presidente de la República y refiere que debe ser de conformidad con la Ley del Estatuto Público”*; lo cual a criterio de quien recurre transgrede los artículos 25, 137 y 138 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela .

Al respecto, debe precisar esta Sala que el amparo constitucional no es la vía idónea para lograr una tutela cautelar en el presente caso, pues sería necesario el examen de normas de rango infraconstitucional, en virtud de que los accionantes aluden a las disposiciones legales establecidas en la Ley de Registro Público y del Notariado, específicamente a lo previsto en el artículo 13 del mencionado texto legal; lo cual según ha establecido en innumerables oportunidades la jurisprudencia de este Alto Tribunal, le está vedado al juez constitucional en esta etapa cautelar, toda vez que en estos casos debe bastar la confrontación del acto o actuación atacada por vía de amparo con el texto constitucional para así determinar la violación denunciada.

En efecto, en el caso en que la acción de amparo constitucional sea interpuesta en su modalidad de medida cautelar, debe el juez preservar su carácter excepcional y sólo podrá acordarla cuando exista esa presunción grave de violación o amenaza de violación directa de garantías y derechos constitucionales, sin que sea necesario analizar previamente el cumplimiento o no de normas de rango legal o sub-legal para, posteriormente, determinar que de ese desconocimiento de normas de carácter infraconstitucional quebranta -en forma mediata- derechos constitucionales.

Por el contrario, cuando la violación o amenaza de violación de derechos o garantías fundamentales se produzca no en forma “inmediata” sino de manera “mediata” como consecuencia de infracciones a disposiciones legales o sublegales, el ordenamiento jurídico venezolano también ha previsto una herramienta de protección ante las actuaciones que afecten tales derechos.

Es así, que para los casos donde lo denunciado sea la violación directa de normas legales o sublegales e “indirecta” de normas constitucionales, existe la medida de suspensión de efectos del acto impugnado prevista en el aparte veintiuno del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia así como las medidas cautelares contempladas en el aparte once del artículo 19 *eiusdem*.

En concatenación con lo anterior, se observa con respecto a las demás denuncias que la parte actora se limitó a indicar que la Resolución impugnada viola los artículos 144 y 147 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, transcribiendo su contenido y relacionando dichos preceptos con lo establecido en normas legales como lo son la Ley Orgánica de la Administración Pública, la Ley del Estatuto de la Función Pública y la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, pues argumenta que con la actuación del Ministro del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia se transgredió “*el principio de legalidad administrativa*” consagrado en los artículos 4 y 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, se violentaron las “*expresas responsabilidades que la Ley del Estatuto de la Función Pública en sus artículos 7, 13, 54, 55 y 57 le asigna al Ministerio de Planificación y Desarrollo*” y los artículos 1 y 43 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario; por lo que debe la Sala reiterar que la determinación de las violaciones denunciadas implican la revisión minuciosa de disposiciones legales, lo cual excede a la revisión en materia constitucional.

Por lo tanto se concluye que cuando para establecer la existencia de una violación de orden constitucional se hace necesario el examen de normas de rango infraconstitucional, el mismo corresponderá a la etapa de decisión sobre el recurso de nulidad que es la acción principal en estos casos.

En relación a que el acto impugnado se dictó en contravención al principio de sujeción a la Constitución de conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 7; se observa que tal afirmación, en la forma general en la que fue planteada, no demuestra la violación de derechos constitucionales a ser protegidos por esta vía especial de amparo, sino que debe ser analizado igualmente al momento de que la Sala se pronuncie acerca del fondo de la controversia, ya que, conforme al criterio sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, si bien la sujeción a la Constitución está prevista como una garantía para salvaguardar los derechos de los administrados frente a la Administración Pública, ello no obsta para que ésta tenga un margen de libertad de acción, es decir, la sujeción constitucional no puede ser excesiva de tal manera que impida el normal desenvolvimiento de la actividad administrativa, debiendo entenderse que el adoptar determinadas medidas no siempre puede precisarse por vía general y de manera anticipada, sino en el momento específico en que cada caso concreto se presente. Así se declara.

En efecto, la Sala Constitucional ha expresado lo siguiente:

“(...) la Sala considera que sobre el principio de la legalidad, doctrinariamente se ha venido admitiendo que el mismo comporta un doble significado, a saber: la sumisión de los actos estatales a las disposiciones emanadas de los cuerpos legislativos en forma de ley; además, el sometimiento de todos los actos singulares, individuales y concretos, provenientes de una autoridad pública, a las normas generales y abstractas, previamente establecidas, sean o no de origen legislativo, e inclusive provenientes de esa misma autoridad.

De acuerdo a lo indicado, la legalidad representa la conformidad con el derecho, en otros términos, la regularidad jurídica de las actuaciones de todos los órganos del Estado.

Al analizarse detenidamente el contenido del principio de la legalidad, se evidencia la existencia de dos intereses considerados como contrapuestos en el desarrollo de la actividad administrativa: por una parte, la necesidad de salvaguardar los derechos de los administrados contra los eventuales abusos de la Administración; y por la otra, la exigencia de dotar a ésta de un margen de libertad de acción.

En este sentido, si bien es cierto que se debe evitar la posibilidad que se produzcan actuaciones arbitrarias por parte de la autoridad administrativa, siendo para ello preciso que ésta se encuentre supeditada a una serie de reglas jurídicas, no es menos cierto que tal sujeción no debe ser excesiva, al punto que se impida un normal desenvolvimiento de la actividad administrativa, lo que de igual forma causaría perjuicios a los administrados. De manera que se entiende que la oportunidad de adoptar determinadas medidas no siempre puede precisarse por vía general anticipadamente, sino en el momento específico en que cada caso concreto se presente”. (Ver Sentencia N° 488 del 30-03-04).

A su vez debe advertirse que los accionantes alegan que los daños que se le estarían causando con la Resolución cuestionada, se traducen en la imposibilidad de pagar los créditos concedidos de acuerdo con la Ley de Especial de Deudor Hipotecario de Vivienda, lo cual trae como consecuencia la inmediata exigibilidad por parte de la Institución Financiera y *“afectaría gravemente la estabilidad económica y bienestar social de nosotros los trabajadores al servicio de Registro y Notarías”*; al respecto se observa, que de las actas procesales sólo se evidencia que los recurrentes adquirieron un inmueble bajo un contrato de *“préstamo a interés para adquisición de vivienda principal garantizado con hipoteca inmobiliaria convencional de primer grado”*, sin poder verificarse de tales documentos el ajuste sufrido en sus salarios y el presunto daño alegado, toda vez que los accionantes no demostraron cuanto es su salario, y en qué proporción afectaría la nueva escala salarial el cumplimiento de los compromisos de pago adquiridos.

Aunado a lo anterior, no puede constatar esta Sala, por qué el ajuste salarial les afecta su bienestar social, o por qué ese salario no es justo, toda vez que del escrito recursivo y de los documentos aportados no se pueden verificar los cargos ocupados por los actores, el salario que devengaban y los grados o los niveles en los que fueron insertados sus cargos de acuerdo a la Escala General de Sueldos; por lo que se ve impedida la Sala de analizar el ajuste indicado y el presunto daño alegado.

En consecuencia, en esta etapa del procedimiento la Sala no encuentra pruebas de una violación flagrante de los derechos denunciados, por lo que será al momento de decidir el fondo de la controversia cuando se podrá analizar la alegada diferencia sufrida en los salarios debido al ajuste efectuado. Por tanto, se declara improcedente la medida cautelar de amparo. Así se decide.

4. *El Contencioso Administrativo por Abstención o Carencia*

TSJ-SE (52)

15-4-2008

Magistrado Ponente: Juan José Nuñez Calderón

Caso: Franco Manuel Casella Lovaton y Otros vs. Consejo Nacional Electoral.

El recurso contencioso electoral por abstención o carencia, a tenor de lo establecido en los artículos 236 y siguientes de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, constituye el mecanismo procesal idóneo para impugnar en sede jurisdiccional omisiones o carencias de naturaleza electoral cuyo cumplimiento corresponde a la Administración Electoral por mandato legal.

...El recurso contencioso electoral por abstención o carencia, a tenor de lo establecido en los artículos 236 y siguientes de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, constituye el mecanismo procesal idóneo para impugnar en sede jurisdiccional omisiones o carencias de naturaleza electoral cuyo cumplimiento corresponde a la Administración Electoral por mandato legal.

De allí que, la pretensión del recurrente, al interponer la referida acción, siempre deberá estar orientada a que se le ordene a la Administración cumplir con una conducta o acto que, a manera de obligación, le ha impuesto la legislación y que ha omitido o se ha negado a cumplirla ante una petición; de modo que su procedencia está sujeta a que se haya configurado una “omisión”, “inactividad” o “negativa” frente a alguna solicitud que se formule a la Administración por su falta de respuesta, vulnerado con ello el derecho de petición que consagra el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los términos siguientes: *“Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo”*.

Tal obligación encuentra fundamento en la previsión contenida en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en el que se establece el deber de la Administración de *“...resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieren para no hacerlo”*.

En tal sentido, cabe señalar que conforme a lo previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, aplicable de modo supletorio por remisión expresa del artículo 233 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, *“[a] falta de disposición expresa toda petición, representación o solicitud de naturaleza administrativa dirigida por los particulares a los órganos de la Administración Pública y que no requiera sustanciación, deberá ser resuelta dentro de los veinte (20) días siguientes a su presentación o a la fecha posterior en que el interesado hubiere cumplido los requisitos legales exigidos”* (corchete de la Sala).

Así pues, se aprecia que la Administración Electoral dispone de veinte (20) días hábiles, contados a partir de la solicitud presentada por los recurrentes en fecha 20 de septiembre de 2007, a objeto de que se pronunciara sobre cuáles son los lineamientos y el procedimiento a seguir para activar una Asamblea Nacional Constituyente, toda vez que el órgano rector del Poder Electoral tiene el deber de darle respuesta tramitándola y decidiéndola, de manera adecuada y oportuna, garantizando en todo momento el respeto del derecho de petición.

No obstante, evidencia la Sala que en el caso bajo análisis, hasta la presente fecha, cuando ha transcurrido un poco más de seis (6) meses desde la formulación de dicha solicitud, el referido Órgano Electoral no ha emitido un pronunciamiento al respecto, limitándose la representación judicial del Consejo Nacional Electoral a señalar que *“[r]esulta evidente según sus propios dichos que los hoy recurrentes introdujeron un escrito ante el Consejo Nacional Electoral, del cual no es posible establecer si se trata de una ‘solicitud’ (de primer grado), o si por el contrario se trata de una actuación dentro de ‘un recurso de reconsideración’ (de segundo grado); siendo que de este último además sólo se hace una mención genérica, por lo cual no es posible establecer de qué recurso, por ante cual (sic) autoridad, bajo cuales circunstancias se trata, a los fines de establecer que (sic) es lo que se requiere de la Administración Electoral, si es que se trata de la Administración Electoral a quien se refiere respecto al conocimiento ‘de un recurso de reconsideración’ ...”* (corchetes de la Sala).

Al respecto, debe advertir esta Sala que resulta claro que el objeto del recurso de reconsideración interpuesto en fecha 08 de octubre de 2007 no era otro que ratificar o reiterar la solicitud original efectuada ante el Consejo Nacional Electoral el 20 de septiembre de 2007, respecto a cuáles son los lineamientos y el procedimiento a seguir para activar una Asamblea Nacional Constituyente, principalmente, en virtud de que no existe un acto administrativo expreso ni tácito que pudiera ser impugnado a través del mencionado “recurso de reconside-

ración”, de allí que juzgue este órgano jurisdiccional que el error en la calificación de la segunda petición, por parte de los recurrentes, no es óbice para que la Administración Electoral cumpla su obligación legal de dar respuesta.

En vista de lo expuesto, concluye esta Sala que el Consejo Nacional Electoral al no responder a los ciudadanos Franco Manuel Casella Lovaton, Pedro Alberto Montoya Gavidia, Osman José Hutson Rosas, Nelson Ramirez Zabala y Victor Manuel Rocha Laporta, ya identificados, acerca de la solicitud de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, formulada el 20 de septiembre de 2007, les ha lesionado su esfera jurídica subjetiva, puesto que vulneró el derecho de petición y oportuna respuesta, previsto en el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

Así las cosas, a los fines garantizar el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada, se ordena al Consejo Nacional Electoral que en un lapso no mayor de diez (10) días hábiles de la Administración siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a pronunciarse sobre los lineamientos y el procedimiento a seguir para activar una Asamblea Nacional Constituyente, formulada por los ciudadanos Franco Manuel Casella Lovaton, Pedro Alberto Montoya Gavidia, Osman José Hutson Rosas, Nelson Ramirez Zabala y Victor Manuel Rocha Laporta, en 20 de septiembre de 2007. Así se decide.

5. *El Contencioso Administrativo de Interpretación*

A. *Competencia*

TSJ-SPA (0609)

14-5-2008

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Juan Carlos Ramírez Paisano. Recurso de Interpretación.

La Sala Político Administrativa reitera que el recurso de interpretación debe ser conocido por la Sala afín con la materia debatida.

Corresponde a esta Sala pronunciarse previamente acerca de la competencia que le fuere declinada para conocer del recurso de interpretación interpuesto, para lo cual observa:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé en su artículo 262, la creación del Tribunal Supremo de Justicia y de las Salas que lo integran. Asimismo, otorga en forma expresa ciertas competencias a sus distintas Salas, las cuales están obligadas a conocer y decidir todos aquellos casos que cursaban por ante la 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 de cada una de las Salas (véase decisión de esta Sala del 17 de enero del año 2000, caso: *José Ramírez Córdoba vs. Consejo Nacional Electoral*).

En este sentido, el numeral 6 del artículo 266 de la Constitución dispone la atribución del Tribunal Supremo de Justicia para: “Conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley”. Igualmente, señala que dicha atribución será ejercida por las diversas Salas conforme a lo previsto en la Constitución y la ley.

Así, puede inferirse del citado precepto constitucional, que al no indicarse específicamente a cuál de las Salas corresponde conocer sobre el recurso de interpretación de textos legales, la intención del constituyente fue ampliar el criterio atributivo que había adoptado el legislador en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (ordinal 24° artículo 42, en concordancia con el artículo 43), que reservaba la decisión en esta materia a la Sala Político-Administrativa.

En orden a lo anterior, este Tribunal Supremo de Justicia, particularmente en Sala Constitucional y en Sala Político-Administrativa, en atención a los aludidos numeral 6 y aparte único del artículo 266 de nuestra Constitución, en concordancia con el artículo 262 *eiusdem*, a través de su jurisprudencia venía precisando que “*como quiera que la creación de nuevas Salas es reveladora del ánimo de especializar sus funciones con respecto a las áreas que constituyen su ámbito de competencia, debe entenderse que la intención del constituyente es que dicho mecanismo, dirigido a resolver las consultas que se formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, lo conozca y resuelva la Sala cuya competencia sea afín con la materia del caso concreto*”.

Ahora bien, en fecha 20 de mayo de 2004, entró en vigencia la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en *Gaceta Oficial* N° 37.942 de la misma fecha, la cual estableció en su artículo 5 un nuevo régimen de competencias que inciden en el funcionamiento de las Salas que conforman este Máximo Tribunal, en el ejercicio de su labor jurisdiccional.

El artículo 5 del mencionado texto legal, específicamente en el numeral 52, señala la competencia de este Tribunal Supremo de Justicia para: “*Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere*”. En tal sentido, el primer aparte del mismo artículo 5 en su parte *in fine* dispone: “*En los casos previstos en los numerales 47 al 52 su conocimiento corresponderá a la Sala afín con la materia debatida*”.

De lo antes expuesto se desprende, en cuanto al recurso de interpretación, que la Ley que regula las funciones de este Tribunal Supremo de Justicia, atiende escrupulosamente a lo dispuesto en el numeral 6 y aparte único del artículo 266 de nuestra Carta Fundamental y acoge absolutamente la mencionada interpretación que del mismo venía haciendo este Tribunal Supremo de Justicia a través de su jurisprudencia, es decir, que el recurso de interpretación debe ser conocido por la *Sala afín con la materia debatida*.

En el caso de autos, se observa que el solicitante interpuso un recurso de interpretación acerca del contenido y alcance del artículo 74 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, norma que, tal como lo señaló la Sala Constitucional en la decisión del 19 de octubre de 2007 (por la que declinó la competencia en esta Sala para conocer del asunto), involucra una potestad de la Superintendencia de Seguros, organismo administrativo encargado de la inspección, supervisión, vigilancia y fiscalización de la actividad aseguradora; por lo que la materia a tratar reviste un carácter afín con las competencias atribuidas a esta Sala Político-Administrativa, razón por la cual se declara competente para conocer del recurso de interpretación interpuesto. Así se decide.

B. Admisibilidad

TSJ-SPA (0609)

14-5-2008

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Juan Carlos Ramírez Paisano. Recurso de Interpretación

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ratifica la jurisprudencia existente referente a los supuestos de admisibilidad del Recurso de Interpretación.

Declarada la competencia de esta Sala para conocer del recurso interpuesto, se observa:

Tal como antes se indicó, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 5, aparte 52, establece que es competencia de este Máximo Tribunal conocer de los recursos de interpretación de leyes, observándose que en el mismo numeral están dispuestos expresamente algunos supuestos de admisibilidad de tales recursos, los cuales son:

a) Que la interpretación solicitada verse sobre un texto legal.

b) Que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere.

En este orden de ideas se aprecia, que tales exigencias para la admisión y tramitación de los recursos de interpretación de la ley, ya habían sido desarrolladas por la jurisprudencia de esta Sala, estableciéndose incluso otras que resultan igualmente necesarias para su admisión.

Así, en sentencia N° 708 de fecha 22 de mayo de 2002, refiriéndose a los requisitos para la admisión del recurso de interpretación, y con el fin de preservar la uniformidad de la interpretación de las leyes y la jurisprudencia, señaló que para la admisibilidad del referido recurso serán exigibles concurrentemente los siguientes:

1.- Legitimación para recurrir.

2.- Que la interpretación solicitada verse sobre un texto legal, aun cuando el mismo no establezca expresamente la posibilidad de interpretación de sus normas.

3.- Que se precise el motivo de la interpretación.

4.- Que la Sala no se haya pronunciado con anterioridad sobre el punto requerido y, de haberlo hecho, que no sea necesario modificar el criterio sostenido.

5.- Que el recurso de interpretación no persiga sustituir los recursos procesales existentes, u obtener una declaratoria con carácter de condena o constitutiva.

6.- Que no se acumule a la pretensión otro recurso o acción de naturaleza diferente, o acciones incompatibles, excluyentes o contradictorias.

7.- Que el objeto de la interpretación no sea obtener una opinión previa del órgano jurisdiccional para la solución de un caso concreto que esté siendo conocido por otro órgano jurisdiccional, bien sea entre particulares o entre éstos y los órganos públicos.

De tal manera que deberán examinarse para la admisión del recurso de interpretación de la ley, no sólo los requisitos establecidos en el artículo 5 numeral 52, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, sino también todos los requisitos establecidos por vía jurisprudencial, antes señalados, toda vez que además de contener supuestos generales de admisión para el ejercicio de cualquier acción que se presente ante este Tribunal Supremo de Justicia, regula de una forma idónea los requisitos esenciales para la posterior interpretación de la ley.

Conforme a lo antes expuesto, pasa esta Sala a revisar el cumplimiento de los requisitos necesarios para la procedencia de este especial recurso, para lo cual observa:

El primero de los extremos exigidos está referido a la legitimación para recurrir. En el presente caso se observa que las personas naturales argumentaron actuar en su condición de Productores de Seguros autorizados por la Superintendencia de Seguros y la Federación de Productores de Seguros de Venezuela fundamentó su actuación en el hecho de que es una agrupación gremial que *“concentra y representa 19 Colegios Regionales de Productores de Seguros en todo el territorio nacional”*.

De allí que preliminarmente y sin prejuzgar sobre el mérito de la interpretación solicitada, los recurrentes poseen la legitimidad exigida para interponer el presente recurso, la cual deviene de su condición de productores de seguros, regidos por la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, por lo que esta Sala considera cumplido el primero de los requisitos señalados.

Con relación al requisito según el cual la interpretación solicitada deba estar referida a un texto legal, se observa que la solicitud en cuestión recae sobre el artículo 74 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, quedando por tanto satisfecho el segundo requisito.

En cuanto al requisito de determinar el motivo del presente recurso, se advierte que los solicitantes exponen la necesidad de obtener de esta Sala una interpretación en relación a “*si las instituciones financieras regidas por el Decretos con Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras PUEDEN O NO VENDER PÓLIZAS O ACTUAR COMO INTERMEDIARIOS DE SEGUROS, a la luz de los postulados y prohibiciones de la vigente Ley de Empresa de Seguros y Reaseguros*”; toda vez que el segundo aparte del artículo 74 de la referida Ley establece “*la posibilidad que las aseguradoras puedan pagar algún estipendio a los bancos, previa autorización de la Superintendencia de Seguros*”, sin embargo en opinión de los recurrentes, ello contraviene el artículo 133 del texto legal en estudio. En consecuencia, al precisarse claramente el motivo de la interpretación solicitada, la Sala estima satisfecho este requerimiento.

Respecto a los requisitos establecidos en los puntos 4, 5, 6 y 7 antes señalados, advierte la Sala, que esta Máxima Instancia no se ha pronunciado con antelación sobre el punto requerido, ni se observa que con su solicitud los interesados persigan sustituir los recursos procesales existentes u obtener de la Sala una declaratoria de condena o constitutiva de algún derecho. Finalmente, tampoco se evidencia que al recurso de interpretación se hayan acumulado acciones incompatibles o excluyentes, ni formulado posiciones contradictorias, ni pretendido obtener una opinión previa de este Tribunal para la solución de un caso concreto que esté siendo conocido por otro órgano jurisdiccional.

En razón de lo anterior, verificado como ha sido el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos tanto por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela como por vía jurisprudencial, esta Sala admite el recurso de interpretación del artículo 74 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros cuanto ha lugar en derecho. Así se declara.

En este sentido, con el objeto de garantizar el derecho a la defensa y al debido proceso, previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala, en ausencia de un procedimiento específico para la tramitación de lo solicitado, conforme con la facultad establecida en el párrafo segundo del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, ordena tramitar el presente recurso como un asunto de mero derecho, por lo que estima procedente la publicación de un cartel de emplazamiento con el objeto de que los interesados manifiesten por escrito lo que estimen conveniente en este asunto, dentro de los treinta (30) días continuos a su publicación. En este sentido, se ordena la notificación de las ciudadanas, Procuradora General de la República, Fiscal General de la República, Defensora del Pueblo y los ciudadanos Contralor General de la República y Superintendente de Seguros.

A los fines de dar cumplimiento a lo ordenado, remítase el expediente al Juzgado de Sustanciación para la práctica de las notificaciones acordadas, y transcurridos como sean los treinta (30) días continuos para que los interesados manifiesten lo que estimen conveniente, se remitirá nuevamente el expediente a la Sala para la fijación del acto de informes orales. En

esta oportunidad los solicitantes expondrán sus alegatos sobre el recurso de interpretación solicitado, luego de lo cual se pasarán los autos a la Magistrada ponente a los fines de la decisión correspondiente. Así se declara.

6. *El Contencioso Administrativo Especial*

A. *El Contencioso Administrativo Funcionarial*

a. *Admisibilidad: Inaplicabilidad del antejuicio administrativo*

CSCA

3-4-2008

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Florencio Antonio Chirinos Gutiérrez

El cumplimiento del requisito del antejuicio administrativo previsto en el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, no resulta aplicable en los casos relativos a los recursos contencioso administrativos funcionariales incoados contra la República.

Esta Corte considera pertinente apuntar sobre el alegato explanado por la sustituta de la Procuradora General de la República respecto al agotamiento del procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, previsto en los artículos 54 al 60 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República resuelto como punto previo por el Juzgado a quo quien señaló que tal requisito no es exigible por tratarse de una relación de carácter funcionarial.

En este sentido cabe señalar que efectivamente el cumplimiento del requisito del antejuicio administrativo previsto en el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, no resulta aplicable en los casos relativos a los recursos contencioso administrativos funcionariales incoados contra la República como es el caso de autos, criterio que ha sido pacífico y reiterado, tal como lo estableció esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia N° 2006-00169 del 14 de febrero de 2006, caso: *Antonio José Fuentes García vs. Ministerio de Educación Superior*, en la cual planteó lo siguiente:

“[...] el antejuicio administrativo debe agotarse en las demandas de contenido patrimonial, constituyendo, como ya se dijo, una condición de admisibilidad para la interposición de demandas patrimoniales contra la República, sin embargo, en el presente caso, la pretensión de la parte actora va dirigida a restablecer una situación jurídica presuntamente afectada, derivada del marco de una relación funcionarial entre el querellante y la Administración.

[...omissis...]

Con fundamento en lo expuesto, visto que en el caso de autos la controversia suscitada se dio en el marco de una relación funcionarial, se entiende, en virtud de las normas recogidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, que estas deben dirimirse a través del ejercicio del recurso contencioso administrativo funcionarial (Querella) prevista en el Título VIII de la mencionada Ley, por lo que la prerrogativa del agotamiento de la vía administrativa, contenido en el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, no le resulta aplicable, siendo que el procedimiento previsto en la citada norma constituye un requisito previo para las demandas patrimoniales que se intenten contra la República, los Estados o los Municipios u otras personas jurídicas públicas y, no un requisito de admisibilidad de recursos o querellas de naturaleza funcionarial [...].” (Resaltado de esta Alzada). Así, toda vez que resulta evidente la relación de empleo público que existía entre el querellante y el Ministerio querellado, y que el antejuicio administrativo antes mencionado constituye un re-

quisito previo para las demandas de contenido patrimonial que se intenten contra la República, y no un requisito de admisibilidad de recursos o querellas funcionariales, cuya naturaleza, más que un índole patrimonial comporta un carácter social, el cual, en el presente caso, recubre el derecho constitucional del funcionario de recibir en tiempo oportuno el pago de las prestaciones sociales correspondientes al momento de ponerle fin a la relación de empleo público existente entre él y el organismo querellado, en consecuencia, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo considera ajustado a derecho lo determinado por el a quo, ya que no constituía un requisito previo u obligatorio el agotamiento del antejuicio administrativo establecido en los artículos 54 al 60 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Así se decide.

b. *Lapso de Caducidad*

CSCA

3-4-2008

Juez Ponente: Alexis Crespo Daza

Caso: Nestor Luis Prado Pérez vs. El Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS).

La caducidad establecida para el ejercicio de los recursos contencioso-funcionariales, es un lapso procesal, establecido en las leyes y aplicado jurisdiccionalmente, resultando no una “formalidad” que pueda ser desaplicada con base en el artículo 257 de la Constitución, pues es necesaria a tomar en cuenta para el ejercicio de la acción, ya que su carácter de lapso procesal implica que no admite paralización, detención, interrupción ni suspensión, sino que el mismo transcurre fatalmente, y su vencimiento, por tanto, ocasiona la extinción del derecho que se pretende hacer valer, y por ende, la acción ha de ser interpuesta antes de su vencimiento.

VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de Inconstitucionalidad*

A. *Admisibilidad: Inepta acumulación de acciones*

TSJ-SC (629)

29-4-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Impugnación del artículo 84.7 de la Ley de Registro Público y del Notariado y Acción de Inconstitucionalidad por Omisión del Legislador.

La Sala Constitucional declara inadmisibile por inepta acumulación de pretensiones la acción de inconstitucionalidad de una norma y la acción de inconstitucionalidad por omisión del legislador.

Efectuado el anterior pronunciamiento, esta Sala pasa a revisar los presupuestos procesales de admisibilidad de los recursos interpuestos y, para ello, observa:

En el presente caso, los actores esgrimen ante esta Sala pretensiones procesales bien diferenciadas: (i) solicitan la declaratoria jurisdiccional de nulidad por motivos de inconstitucionalidad parcial de la norma contenida en el artículo 84, numeral 7 de la Ley de Registro Público y del Notariado, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.833, Extraordinario, del 22 de diciembre de 2006, al infringir –en su criterio– el contenido del artículo 156, numeral 14 de la Constitución de la República Bolivariana de

Venezuela y (ii) exigen a esta Sala que declare inconstitucional la presunta omisión imputada al Órgano Legislativo Nacional en adoptar medidas eficaces que garanticen la operatividad del artículo 156, numeral 14 de la Carta Fundamental, en lo concerniente al ingreso a los municipios de la recaudación por concepto del “*impuesto sobre transacciones inmobiliarias*” que ha querido regularse en el artículo 84, numeral 7, de la Ley de Registro Público y del Notariado.

Así, los actores reconocen que la acumulación de los medios procesales antes descritos es posible, pues “(...) *cómo habrían de serlo si deben regirse ambas por el mismo procedimiento (...)*”. Por otra parte, sostienen la existencia de una doble inconstitucionalidad que amerita la incoación conjunta de tales acciones, “(...) *tanto la inconstitucionalidad ‘activa’ por haberse dispuesto en la Ley de Registro Público y del Notariado, que lo recaudado por un impuesto que recae sobre transacciones inmobiliarias debe ser destinado al Servicio Autónomo de Registros y Notarías, en lugar de a los municipios, como manda el Artículo 156.14 de la Constitución, como la inconstitucionalidad ‘pasiva’, por haberse omitido dictar la norma que era necesaria para cumplir el cometido constitucional de incrementar los recursos que recibirían los Municipios, en concreto, la asignación a los Municipios del monto de la recaudación por el impuesto creado en el referido Artículo 84.7 de la Ley de Registro Público y del Notariado, a fin de acercar recursos al nivel (sic) político territorial de gobierno más cercano al individuo, a saber el Municipal y así lograr la consecución de un sistema tributario que procure la justa distribución de las cargas públicas, como manda el Artículo 316 de la Constitución de la República (sic)*”.

Si bien resulta incuestionable el aserto efectuado por los actores, respecto del *iter* procedimental aplicable para la tramitación de ambas acciones de inconstitucionalidad, de carácter popular, es el de las demandas de anulación de actos estatales establecido en la sentencia N° 1.645 del 19 de agosto de 2004 (caso: “*Constitución Federal del Estado Falcón*”), la Sala considera que en razón de su objeto específico de control y por los efectos de la sentencia que se dicta en cada caso, no es viable la resolución conjunta, ejercida principalmente o por vía subsidiaria, de los recursos procesales interpuestos en el presente caso.

En líneas generales, en el supuesto que esta Sala declarara con lugar la pretensión de anulación de la norma contenida en el artículo 84, numeral 7, de la Ley de Registro Público y del Notariado, la consecuencia jurídica inmediata de tal pronunciamiento, en ejercicio de la competencia que ostenta la Sala para ejercer el control concentrado de la constitucionalidad de la ley (*ex* artículo 336, numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), en un sentido objetivo, es la invalidez de la norma legal impugnada por contravenir principios, valores y normas consagrados en el Texto Constitucional, cuyos efectos serán de aplicación general y publicados en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, y en la *Gaceta Oficial del Estado o Municipio* según corresponda (*ex* artículo 5, párrafo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia).

En el caso de la acción de inconstitucionalidad ejercida contra la inercia de un órgano legislativo nacional, estatal o municipal, el control jurisdiccional, en principio, consiste en decretar la inconstitucionalidad, no de un acto, sino de la conducta negativa, de la inercia o inactividad en que haya incurrido algún órgano del poder legislativo al no adecuar su conducta, en absoluto o parcialmente, al cumplimiento de una obligación suya de dictar una norma o una medida indispensable (lo que implica la eficacia limitada del precepto constitucional) para garantizar el cumplimiento de la Constitución.

De acuerdo con la norma, el efecto de la declaratoria (y de la sentencia que la contenga) es el establecimiento de un plazo para corregir la inconstitucionalidad declarada. Podrá el

juzgador, “*de ser necesario*”, establecer “*los lineamientos de su corrección*” (Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.556 del 9 de julio de 2002, caso: “*Alfonso Alborno Niño y Gloria de Vicentini*”).

En razón del contenido de la decisión que deberá dictarse en cada caso, la Sala considera que podría crearse una situación de inseguridad jurídica al determinarse, de ser el caso, la nulidad de una norma legal -que en este caso es el artículo 84, numeral 7 de la Ley de Registro Público y del Notariado que establece el cobro de tasas por concepto de derecho de procesamiento de documentos de venta, constitución de hipotecas, cesiones, dación o aceptación en pago, permutas, adjudicaciones de bienes inmuebles en remate judicial, particiones de herencias, de sociedades o de compañías, y “*cualquier otro contrato o transacción en que la prestación consista (sic) como*” arrendamientos, rentas vitalicias, censos, servidumbres y otros semejantes, aportaciones de bienes inmuebles, muebles u otros derechos para la formación de sociedades- y, en el mismo fallo, establecer los lineamientos que deben adoptarse para la corrección de alguna omisión en que haya incurrido la Asamblea Nacional que sea contraria a la Constitución, concretamente a dictar la legislación relativa a la creación y organización de impuestos territoriales o sobre predios rurales y sobre transacciones inmobiliarias, cuya recaudación y control corresponda a los municipios, establecido en el numeral 14 del artículo 156 constitucional.

En ese sentido, esta Sala determinó, en un caso análogo, la inviabilidad de la acumulación de tales medios procesales para ser resueltos en un solo fallo, pese a la identidad de su tramitación procedimental, en los siguientes términos:

“(…) observa esta Sala que la competencia para conocer y resolver el conocimiento de todos los actos impugnados, bien por ser una competencia atribuida directamente en el artículo 336 de la Constitución, y en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, o, indirectamente, por conexidad, corresponde a esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

De igual manera, el procedimiento por medio del cual se tramitaron las acciones de nulidad al momento de su interposición, era conforme a lo preceptuado en la hoy derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia pero vigente para la fecha, en la sección ‘De los juicios de nulidad de los actos de efectos generales’, artículos 112 y siguientes; actualmente con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dichas acciones de nulidad igualmente se tramitan conforme al procedimiento de actos de efectos generales contemplado en el artículo 21, en sus apartes undécimo al decimotavo, ambos inclusive.

Respecto al procedimiento pautado para tramitar la inconstitucionalidad por omisión de la Asamblea Nacional solicitada, tenemos que esta Sala Constitucional en sentencia N° 1556/02, fijó el procedimiento necesario para hacer efectiva la disposición constitucional, ello ante la falta de normativa legal que regule este aspecto, y decidió que ‘mientras no se haya establecido por ley el procedimiento propio de la acción de inconstitucionalidad de la omisión del órgano legislativo en el cumplimiento de una obligación constitucional, se le aplicará a tal pretensión el procedimiento previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para los juicios de nulidad de los actos de efectos generales -provenientes de su naturaleza-’.

Es decir, que esta acción por inconstitucionalidad se tramita al igual que las acciones de nulidad propuestas conforme al procedimiento contra actos de efectos generales, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

En cuanto a la conformidad de las pretensiones entre sí, tenemos que la consecuencia jurídica de una declaratoria con lugar de las nulidades referidas en los puntos i), ii) y iii), sería la nulidad de los instrumentos impugnados, es decir, que se tendrán como no válidos, no ejecutables, no suscritos.

No obstante, el resultado de declarar con lugar la omisión, sería ordenar al organismo, en este caso a la Asamblea Nacional, cumpla con el deber constitucional previsto en el artículo 154 de la Constitución, a saber, someter a aprobación el Convenio Integral de Cooperación entre la República de Cuba y la República Bolivariana de Venezuela, suscrito el 30 de octubre de 2000.

De ello, concluimos que efectivamente las acciones propuestas en el presente caso, específicamente las relativas a la nulidad respecto a la omisión, son excluyentes entre sí, en virtud de que las resultas de una para con la otra, no se ajustan a la obligación que tiene el dispositivo de un fallo de resolver en un solo sentido; aparte de que dichas acciones no se pueden ventilar en un solo proceso, porque la consecuencia jurídica llevaría por direcciones distintas un mismo asunto, y se crearía una inseguridad jurídica respecto a la resolución del mismo a, saber, el citado Convenio Integral de Cooperación entre la República de Cuba y la República Bolivariana de Venezuela, suscrito el 30 de octubre de 2000.” (Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.802 del 24 de agosto de 2004, Caso: “Felipe Mujica y Leopoldo Puchi”, destacado de este fallo).

La anterior circunstancia constituye, en criterio de la Sala, una inepta acumulación de acciones que como causal de inadmisibilidad de las demandas, recursos o solicitudes interpuestas ante esta Sala, conforme a la regla procesal contenida en el párrafo quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, impide darle entrada a la demanda interpuesta en los términos planteados por los actores. Así, dispone la mencionada norma:

“(…) se declarará inadmisibile 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 recurso 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).

Sobre la base de la norma antes transcrita, concluye la Sala que, en virtud del objeto de control de cada medio procesal ejercido ante la jurisdicción constitucional y de los efectos del pronunciamiento jurisdiccional que debe dictarse en cada caso, la demanda interpuesta por los abogados Adriana Vigilanza García y Carlos Vecchio contentiva del “(…) **RECURSO DE NULIDAD PARCIAL POR INCONSTITUCIONALIDAD (también parcial) DEL ARTÍCULO 84.7 DE LA LEY DE REGISTRO PÚBLICO Y DEL NOTARIADO** publicada en Gaceta Oficial (sic) N° 5.833 de fecha 22 de diciembre de 2006 (...), con base a lo establecido en el artículo 336, numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, conjuntamente con **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN DEL LEGISLADOR**, con fundamento en el Artículo 336, numeral 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...)”, deviene inadmisibile por inepta acumulación de acciones, conforme lo establecido en el párrafo quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide.

En virtud del pronunciamiento que precede, esta Sala considera inoficioso examinar la procedencia de la petición cautelar innominada formulada por los actores, al ser ésta de carácter accesorio respecto de las acciones populares que fungen como causas principales. Así se declara.

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 y, en consecuencia, salva su voto por las siguientes razones:

La sentencia que precede declaró la inadmisión la demanda de nulidad que se intentó contra el artículo 84, cardinal 7, de la Ley de Registro Público y del Notariado y que se acumuló a la pretensión de inconstitucionalidad por omisión del legislador porque no hubo “*la norma que era necesaria para cumplir el cometido constitucional [artículo 156.14 de la Constitución] de incrementar los recursos que recibirían los Municipios, en concreto, la asignación a los Municipios del monto de la recaudación por el impuesto creado en el referido artículo 84.7 de la Ley de Registro Público y del Notariado*”.

La mayoría que decidió fundamentó su fallo de inadmisión en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, porque consideraron que se verificó una inepta acumulación de “*acciones*” (*sic*). Ahora bien, este salvante considera que no existe, en el caso de autos, una inepta acumulación ni de “*acciones*” ni de pretensiones, por las siguientes razones:

Así, y en primer lugar, tal como lo afirma el veredicto que precede, los procedimientos para la tramitación de la demanda de nulidad y de la demanda de inconstitucionalidad por omisión son iguales, de manera que no existe incompatibilidad de procedimientos.

En segundo lugar, el contenido de ambas pretensiones –que es lo que, en definitiva, importa para la determinación de la compatibilidad o incompatibilidad de dos pretensiones- son complementarias e, incluso, una es consecuencia de la otra: la primera, es la nulidad del artículo 84, cardinal 7, de la Ley de Registro Público y del Notariado porque dispone que la recaudación del impuesto a las transacciones inmobiliarias será destinado al Servicio Autónomo de Registros y Notarías y no a los Municipios, y la segunda es la inconstitucionalidad por omisión de la Asamblea Nacional, porque no ha determinado, por vía legal, que ese impuesto se destine a los entes municipales.

De allí que son compatibles una y otra o si se quiere, la segunda es accesoria y consecencial de la primera, pues si la razón de la eventual inconstitucionalidad de la norma que se impugnó es que la misma destina el impuesto a un servicio autónomo nacional y no a los Municipios, el efecto directo y necesario de esa eventual declaratoria de inconstitucionalidad sería el exhorto a la Asamblea Nacional a que legisle con apego a la Constitución, exhorto que es, precisamente, la pretensión frente a la omisión que fue denunciada. Incluso, aunque la parte demandante no hubiera delatado esa omisión legislativa, si se declarase en la sentencia definitiva la nulidad de la norma que se impugnó, la Sala estaría en el deber de exhortar a la Asamblea Nacional para que legisle conforme a la Constitución, tal como lo hizo en reciente decisión N° 565/08 (caso interpretación artículo 164.10 de la Constitución).

Asimismo, y por argumento en contrario, si la Sala concluyese en la definitiva que la norma objeto de pretensión de nulidad no es inconstitucional y, por ende, desechase tal pretensión, ello llevaría como consecuencia inmediata la desestimación, también, de la pretensión de inconstitucionalidad por omisión. De allí que, se insiste, se trata de pretensiones consecuenciales, complementarias y accesorias pues una sigue la suerte de la otra, mas no incompatibles.

El precedente de esta Sala que se citó en el veredicto del que se disiente (N° 1907/13-8-02) tenía circunstancias de hecho y de derecho muy distintas y allí sí eran incompatibles las pretensiones: se solicitaba la nulidad de un convenio porque faltaba un requisito de validez del mismo, como era su aprobación por parte de la Asamblea Nacional, pero a la vez se pedía

que la Asamblea Nacional cumpliera con ese requisito de aprobación del convenio, lo que es ciertamente incompatible, pues o se pretende la nulidad del convenio o se pretende su “convalidación” mediante el cumplimiento con el requisito faltante. Además, en ese precedente no se estableció con carácter general que en cualquier caso son incompatibles las pretensiones de nulidad y de inconstitucionalidad por omisión, lo que se determinó es que en el caso concreto su acumulación era inepta.

En definitiva, quien difiere considera que en el caso de autos no había una inepta acumulación ni de acciones ni de pretensiones y, en consecuencia, mal pudo declararse la inadmisión de la demanda con fundamento en esa causal de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Queda así expresado el criterio del Magistrado que rinde este voto salvado.

B. *Medidas cautelares*

TSJ-SC (635)

21-4-2008

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Impugnación de varios artículos del Código Penal y de la Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

El poder cautelar del juez constitucional puede ser ejercido en el marco de los procesos de nulidad de actos de naturaleza legislativa, con la finalidad de dictar las medidas que resulten vitales para asegurar la efectividad de una eventual decisión de fondo.

Por último, la parte actora solicitó medida cautelar innominada de conformidad con lo previsto en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, a los fines de evitar la violación de los derechos constitucionales denunciados por los actos de efectos generales recurridos, mientras se dicta la sentencia definitiva que decida el recurso interpuesto.

En este orden de ideas, pasa la Sala a realizar el análisis del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, como requisitos de procedencia para el otorgamiento del amparo cautelar solicitado:

En cuanto al *fumus boni iuris* (presunción de buen derecho), debe precisarse que el mismo se configura cuando el juzgador evidencia que el derecho respecto del cual se solicita la protección cautelar tiene apariencia de conformidad a derecho, sin incurrir con ello en un estudio detallado y profundo de lo que constituye el *thema decidendum*.

Ha sido criterio reiterado y pacífico de esta Sala que el poder cautelar del juez constitucional puede ser ejercido en el marco de los procesos de nulidad de actos de naturaleza legislativa, con la finalidad de dictar las medidas que resulten vitales para asegurar la efectividad de una eventual decisión de fondo.

En este orden de ideas, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece, de manera expresa, ese derecho a la tutela cautelar que se traduce en garantía del derecho a la tutela judicial efectiva y que postula la existencia de un poder cautelar general en el marco de los procesos que se sustancien de conformidad con esa Ley. Así se desprende del contenido del artículo 19, párrafo 11 *eiusdem*, que dispone:

“En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar, y el Tribunal Supremo de Justicia podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estimen pertinen-

tes para resguardar la apariencia de buen derecho invocada y garantizar los resultados del juicio, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva". (Negrillas de la Sala).

En sentencias números 523 (caso: *Alexis Viera Brandt*), 1293 (caso: *Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas*) y 2733 (caso: *Cámara de Transporte del Centro "Catacentro"*), dictadas el 8 de junio de 2000, 13 de junio de 2002 y 30 de noviembre de 2004, respectivamente, se asentó que la procedencia frente a una solicitud de medida cautelar, depende fundamentalmente de que se verifiquen ciertos requisitos, tales como la apariencia de buen derecho *-fumus boni iuris-*, el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo *-periculum in mora-* y que, adicionalmente, se ponderen los intereses en conflicto.

Precisado lo anterior, debe analizarse en primer término, la concurrencia de los elementos previstos en la Ley, los cuales determinan, tal como antes se refirió, la procedencia de las medidas cautelares. En primer lugar, el *fumus boni iuris*, con el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenazas de violación, que emana de los argumentos de inconstitucionalidad formulados; y, en segundo lugar, el *periculum in mora*, elemento éste determinado por la sola verificación del requisito anterior, pues la circunstancia de que exista presunción grave de violación de un derecho constitucional, el cual por su naturaleza debe ser restituido de forma inmediata, conduce a la convicción de que debe preservarse *ipso facto* la actualidad de ese derecho, ante el riesgo inminente de causar un perjuicio irreparable en la definitiva a la parte que alega la lesión.

Así las cosas, al proceder la inaplicación cuando un interés de orden jurídico lo justifique, con base en el imperio del derecho y la justicia, el cual rige no sólo a favor del Estado sino también en beneficio de los particulares, esta Sala debe llevar a cabo la verificación de si en el presente caso concurren los extremos de procedencia de las medidas cautelares ya referidos –el peligro en la mora "*periculum in mora*" y la presunción de buen derecho "*fumus boni iuris*"– (vid. sentencia N° 756, del 5 de mayo de 2005, caso: *Defensor del Pueblo*).

A mayor abundamiento, sobre la necesidad de la verificación de tales requisitos a los efectos de la procedencia de toda medida cautelar, esta Sala estableció en sentencia N° 269, del 16 de marzo de 2005 (caso: *Código del Cuerpo de Seguridad y Orden Público del Estado Aragua*), lo siguiente:

"...Tal como pacíficamente sostuvo esta Sala, el poder cautelar general del juez constitucional puede ejercerse en el marco de los procesos de nulidad de actos de naturaleza legislativa, con el objeto de dictar las medidas que resulten necesarias para el aseguramiento de la eficacia de la sentencia definitiva; medidas cuya procedencia, según se expuso -entre otras muchas- en sentencias de 8-6-00, Caso: Alexis Viera Brandt, y de 13-6-02, Caso: Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas, depende, fundamentalmente, del cumplimiento de los requisitos que establece la Ley adjetiva, y, concretamente los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil.

La novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia recogió, de manera expresa, ese derecho a la tutela cautelar, que es garantía del derecho a la tutela judicial eficaz y postuló la existencia de un poder cautelar general en el marco de los procesos que se sustancien de conformidad con esa Ley. Así, se lee en el artículo 19, parágrafo 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia lo siguiente:

'En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar, y el Tribunal Supremo de Justicia podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estimen pertinen-

tes para resguardar la apariencia de buen derecho invocada y garantizar las resultas del juicio, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva’.

La norma hace suyo el primero de los requisitos de procedencia propios de toda medida cautelar: la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris). Además, y aunque no lo establezca con la misma claridad, exige el segundo de los requisitos inmanentes a toda medida cautelar, como lo es la verificación del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (periculum in mora), desde que dispone que la cautela no tiene otra finalidad que la garantía de las resultas del juicio. No podría entenderse de otra manera, pues la exigencia de ambos requisitos es consustancial a la naturaleza jurídica de toda medida cautelar, tanto así que si el legislador prescindiera de alguno de tales supuestos, estaría desnaturalizando la esencia misma de las medidas cautelares (CALAMANDREI, PIERO, Providencias Cautelares, traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1984, pp. 69 y ss.).

De allí que puede afirmarse que el juez dictará la medida preventiva cuando exista presunción del derecho que se reclama (fumus boni iuris) y riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo, esto es, de que no sean plenamente ejecutables las resultas del juicio (periculum in mora), ya que, en función a la tutela judicial efectiva, las medidas cautelares, en este ámbito, no son meramente discrecionales de los jueces, sino que, una vez que se verifique el cumplimiento de los requisitos que establece la norma para su otorgamiento, el órgano jurisdiccional debe acordarlas.

En definitiva, el otorgamiento de una medida cautelar sin que se cumplan los requisitos de procedencia violaría flagrantemente el derecho a la tutela judicial eficaz de la contraparte de quien solicitó la medida y no cumplió con sus requisitos; y, al contrario, negarle tutela cautelar, a quien cumple plenamente con dichas exigencias, implicaría una violación a ese mismo derecho fundamental, uno de cuyos atributos esenciales es el derecho a la ejecución eficaz del fallo, lo cual sólo se consigue, en la mayoría de los casos, a través de la tutela cautelar (Caso GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, El derecho a la tutela jurisdiccional, segunda edición, Civitas, Madrid, 1989, pp. 227 y ss.). Asunto distinto es que en la ponderación del cumplimiento de los supuestos que se reclaman para la tutela cautelar, el juez tenga una amplia facultad de valoración que lo lleve a la conclusión de que, efectivamente, existen condiciones suficientes para el pronunciamiento de la medida.

Tales extremos deben cumplirse de manera concurrente, por lo que si falta alguno de estos elementos, el juez no podría decretar la cautela. En este orden de ideas, debe agregarse que, en materia de Derecho Público y más concretamente en el ámbito de la jurisdicción constitucional, donde necesariamente están en juego intereses generales, el juez también deberá realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión a los intereses generales en un caso concreto...”.

Precisado lo anterior, esta Sala observa que el contenido de las disposiciones impugnadas ostenta una incuestionable vinculación con el aspecto adjetivo del derecho penal, por lo que a primera vista pareciera existir un error del legislador al ubicar los párrafos únicos de los artículos cuestionados en instrumentos normativos (Código Penal y en la Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas), que por su naturaleza jurídica están destinados exclusivamente a establecer los tipos o modalidades delictivas, sin hacer ninguna consideración de índole procesal.

Ahora bien, como quiera que el Código Orgánico Procesal Penal contiene disposiciones que regulan la materia objeto del presente recurso, y en atención a que esta norma adjetiva es ley superior y especial en relación al Código Penal sustantivo, y a la Ley Orgánica contra el

Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, esta Sala, mientras procede al examen de los dispositivos cuestionados a la luz del texto constitucional, el bien común y la paz social, con fundamento en el artículo 19, párrafo nueve de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, **SUSPENDE** la aplicación de los párrafos únicos de los artículos 374, 375, 406, 456, 457, 458, 459, párrafo cuarto del artículo 460, 470 *in fine*, todos del Código Penal, así como el último aparte de los artículos 31 y 32 de la Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, hasta tanto se dicte la sentencia definitiva en el presente caso. Como consecuencia de ello, **ORDENA** se aplique en forma estricta la disposición contenida en el artículo 500 del Código Orgánico Procesal Penal.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado que suscribe, Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz, manifiesta su conformidad con la parte dispositiva del fallo que antecede; no obstante, discrepa parcialmente de la motivación del mismo, razón por la cual, de conformidad con el artículo 62 del Reglamento Interno del Tribunal Supremo de Justicia, expide voto concurrente con base en las siguientes consideraciones:

1. Quien suscribe estima que fue conforme a derecho la medida cautelar de suspensión de aplicación de las disposiciones legales que fueron enumeradas en la presente decisión sobre la base de la satisfacción de los requisitos que, en doctrina, son identificados como *fumus boni iuris y periculum in mora*; en el primer caso, en relación con el posible pronunciamiento respecto de la preeminencia de una ley orgánica sobre una ordinaria, para la decisión definitiva sobre la nulidad que se ha solicitado.

2. Ahora bien, discrepa quien concurre de la fundamentación adicional, para el decreto de la predicha medida cautelar, en la ubicación, de las normas cuya suspensión se decretó, en una ley “*sustantiva*”, cuando, por razón de su naturaleza, aquéllas habían debido ser incluidas en una ley “*adjetiva*” o procesal, la cual es una afirmación que carece de sustento en esta etapa del proceso ya que no deriva del examen sumario que a ella corresponde.

Por el contrario, ese examen preliminar indicaría lo contrario, es decir, que, salvo el análisis que del punto hará la Sala en la oportunidad de la decisión de la causa, después de la sustanciación correspondiente, no surge de bulto, ni hay aún elementos de convicción en autos que permitan el arribo a la convicción, ni siquiera, preliminar, de que pueda derivar algún perjuicio para los justiciables del supuesto error en la ubicación legislativa de las reglas adjetivas cuya nulidad se pretende.

Queda en estos términos expresado el criterio del Magistrado concurrente.

La Presidenta,

TSJ-SC (802)

14-5-2008

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación de los artículos 22, 33, 34, 35, 36, y 37 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

Corresponde a la Sala el pronunciamiento relativo a la procedencia de la petición de amparo cautelar que se planteó con la pretensión de Nulidad por Inconstitucionalidad de los artículos 22, 33, 34, 35, 36, y 37 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos y del acto mediante el cual la Asamblea Nacional aprobó un Modelo de Contrato para las Empresas Mixtas entre la Corporación Venezolana del Petróleo S.A. y las Empresas Privadas.

En concreto, la parte actora solicita la suspensión de los efectos del modelo de contrato marco que rige la constitución de empresas mixtas en la industria petrolera, aprobado por la Asamblea Nacional, así como de los contratos suscritos con base en dicho modelo.

Los solicitantes alegan que las normas impugnadas violan los principios de soberanía, libre determinación y Estado Social consagrados en la Constitución; y siendo que el Modelo de Contrato para la Empresas Mixtas es un acto de ejecución de aquéllas normas, estaría también viciado de nulidad.

Al respecto, la Sala estima que la medida de suspensión de efectos solicitada no puede ser acordada en razón que no surgen elementos de convicción suficientes que justifiquen su otorgamiento.

En consecuencia, la Sala niega el mandamiento de amparo cautelar que fue solicitado. Así se decide.

Voto concurrente del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado que suscribe concurre con la mayoría respecto del fallo que antecede por las siguientes razones:

La representación judicial de la parte actora interpuso pretensión de nulidad por inconstitucionalidad de los artículos 22, 33, 34, 35, 36 y 37 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos y del acto mediante el cual la Asamblea Nacional aprobó un Modelo de Contrato para las Empresas Mixtas entre la Corporación Venezolana del Petróleo S.A. y las Empresas Privadas, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 38.410 del 31 de marzo de 2006, a lo cual se acumuló amparo cautelar contra el último de los actos que resultaron impugnados.

Por su parte, el acto decisorio que fue validado en la presente sentencia admitió la demanda de nulidad por inconstitucionalidad que fue interpuesto y negó la medida cautelar que fue solicitada, porque, según el criterio mayoritario:

Los solicitantes alegan que las normas impugnadas violan los principios de soberanía, libre determinación y Estado Social consagrados en la Constitución.

Al respecto, la Sala estima que la medida de suspensión de efectos solicitada no puede ser acordada en razón de que no surgen elementos de convicción suficientes que justifiquen su otorgamiento.

Ahora bien, quien suscribe el presente voto, aún cuando comparte la improcedencia de la medida cautelar que fue peticionada, considera que el razonamiento que fue dado para la fundamentación de la improcedencia de la referida medida, atenta ineludiblemente contra el derecho a la tutela judicial eficaz y al debido proceso de la parte actora, toda vez que no fueron expuestas las razones de hecho y derecho que llevaron a la Sala a tal declaratoria.

Al respecto, es preciso el recordatorio de que cuando un Juez, mediante decreto, acuerda o niega medidas cautelares, cualesquiera que sean (nominadas o innominadas), realiza una actividad de juzgamiento que la doctrina y la jurisprudencia nacional han calificado como discrecional, lo cual no significa arbitrariedad o autonomía absoluta del criterio que sea plasmado en la decisión, pues el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil establece la ineludible verificación por parte del juez de los requisitos para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, entre ellos, el *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, con lo que garantiza la legitimidad de la medida y evitando la arbitrariedad en su otorgamiento.

Recuérdese que es jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Civil, tanto de la extinta Corte Suprema de Justicia como del actual Tribunal Supremo de Justicia, la cual ha

hecho suya esta Sala Constitucional en sentencias N° 1222/06-07-01, caso: *Distribuciones Importaciones Cosbell C.A.*; 324/09-03-04, caso: *Inversiones La Suprema C.A.* y 891/13-05-04, caso: *Inmobiliaria Diamante S.A.*, que los requisitos intrínsecos de la sentencia, que indica el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, entre los cuales se halla el de la motivación, son de estricto orden público; en consecuencia, el juez se encuentra constreñido a su cumplimiento.

2. *Recurso de Interpretación Constitucional*

TSJ-SC (780)

8-5-2008

Magistrado Ponente: Francisco Carrasqueño Lopez

Caso: Recurso de Interpretación del artículo 67 de la Constitución interpuesto por Patria para Todos (P.P.T.) y por la Democracia Social (PO-DEMOS).

Los Tribunales Constitucionales tienen la facultad de establecer vinculatoriamente el recto significado de lo legislado. Pero no sólo esa doctrina es obligante; también lo es aquella que surja de la interpretación que de la Constitución realice la Sala respecto a un caso concreto y de donde haya surgido un particular modo de conducirse o actuar conforme con un valor, principio o regla contenido en el orden normativo constitucional.

El poder de garantía constitucional que le ha sido atribuido a esta Sala, implica dar solución a dudas respecto al alcance y contenido de una norma integrante del 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.

Su fin es esclarecedor y completivo y, en este estricto sentido, judicialmente creador; en ningún caso legislativo. Consiste primordialmente en una mera declaración, con efectos vinculantes sobre el núcleo mínimo de la norma estudiada o sobre su "intención" (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 profusamente la sentencia N° 1347/2000, caso: *Ricardo Combellas* (respecto al artículo 188.3 de la Constitución).

La doctrina que de su ejercicio derive es, naturalmente, vinculante, ya que, los Tribunales Constitucionales tienen la facultad de establecer vinculatoriamente el recto significado de lo legislado. Pero no sólo esa doctrina es obligante; también lo es aquella que surja de la interpretación que de la Constitución realice la Sala respecto a un caso concreto y de donde haya surgido un particular modo de conducirse o actuar conforme con un valor, principio o regla contenido en el orden normativo constitucional. Es bueno advertir que tal vinculación arropará sólo a los casos similares al que dio lugar al precedente. Decir esto, pretende despejar de antemano alguna duda que pudiera surgir en cuanto al alcance de la vinculación de la función interpretativa que toca desplegar a la Sala conforme al artículo 335 de la Carta Fundamental, en el sentido de asociar erróneamente sus efectos a un ámbito que sólo abarque la desnuda y abstracta interpretación de un precepto constitucional.

A. *Sentencia: Aclaratoria*

TSJ-SC (980)

17-6-2008

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Interpretación constitucional del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta. Aclaratoria.

La adecuación de la figura de la aclaratoria a los procesos ventilados ante esta jurisdicción constitucional, si bien ha supuesto una ampliación respecto de las categorías de sujetos legitimados para intentarla, no deja de lado que para efectuar válidamente tal clase de peticiones, aquéllos han de estar investidos de un particular interés que debe ser invocado.

Las presentes aclaratorias fueron solicitadas el 12 de marzo y el 26 de mayo de 2008, y versan sobre una sentencia dictada por esta Sala Constitucional.

En tal virtud, resulta procedente analizar previamente lo dispuesto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, cuyo texto 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”.

Sobre el alcance de la norma precedentemente transcrita, esta Sala sostuvo en fallo aclaratorio del 26 de diciembre de 2000, caso: *Asociación Cooperativa Mixta La Salvación*, que dicha disposición “*regula todo lo concerniente a las posibles modificaciones que el juez puede hacer a su sentencia, quedando comprendidas dentro de éstas, no sólo la aclaratoria de puntos dudosos, sino también las omisiones, rectificaciones de errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos que aparecieron de manifiesto en la sentencia, así como dictar las ampliaciones a que haya lugar*”.

En lo que respecta a la oportunidad para solicitar la aclaratoria, se indicó en aquella decisión que “la disposición comentada establece que la misma es procedente siempre que sea solicitada por alguna de las partes en el día de la publicación del fallo o en el día siguiente”, salvo que la decisión cuya aclaratoria, ampliación o rectificación se pretende, hubiera sido dictada una vez fenecido el lapso legal para proferirla, en cuyo caso tal cómputo se efectuará a partir del día siguiente a su notificación.

En cuanto atañe a la legitimación para formular tal suerte de peticiones, la norma transcrita sólo confiere a las partes del juicio respectivo esa posibilidad; sin embargo, esta Sala ha declarado que en ciertos procesos no cabe aplicar en un sentido estricto el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, tal es aquellos en los que no existe una simple controversia entre partes perfectamente identificadas, que es el ámbito procesal al que está destinada la referida disposición.

Así lo hizo esta Sala, en primer lugar, respecto de los juicios por derechos e intereses colectivos y difusos, pues pese a que en ellos sí existe controversia, los alcances generales del fallo dictado en tal suerte de procesos inciden sobre situaciones jurídicas de sujetos que

-aunque aprovechen su contenido- no participaron en modo alguno en el trámite que le dio origen. Por ello en la sentencia N° 961 del 24 de mayo de 2002, caso: *Créditos Mexicanos*, esta Sala dispuso lo siguiente:

“En los procesos surgidos de acciones por derechos o intereses difusos o colectivos, las sentencias que se dicten surten efectos a favor o en contra de todo el mundo y no sólo a favor o en contra de los que efectivamente se constituyen en partes dentro del proceso.

La situación especial que nace de estos fallos, con sus efectos directos e indirectos hacia personas que pueden no haber participado en las causas donde ellos se dictaron, y que pueden verse perjudicadas a pesar de no haber sido formalmente partes, obliga a una interpretación amplia del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, aplicable como norma general a los juicios que se instruyen conforme a las reglas de dicho Código.

Para los ajenos al proceso donde se emitió el fallo, quienes se encuentran en una concreta situación que por falta de alegatos no fue tomada en cuenta al juzgarse la pretensión, pueden surgir puntos dudosos en la sentencia referidos a su particular situación, y debido a esa posición pueden requerir de ampliaciones del fallo, ya que -repite la Sala- la especial situación de los afectados, que no se dio a conocer en autos, puede no haber sido considerada en el fallo, y por tanto no ser precisa con relación a quienes no concurrieron al juicio. Siendo ello así, considera la Sala que el lapso preclusivo para pedir las aclaraciones y ampliaciones contemplado en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, no puede aplicarse estrictamente en las causas donde se ventilan derechos e intereses difusos o colectivos, evitando así la Sala que la preclusión se convierta en un atentado a la justicia eficaz, responsable y equitativa que con relación a esos terceros les garantiza el artículo 26 constitucional. Por ello, considera la Sala que, en estos casos, no se aplica el término del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, ni para solicitar la aclaración o ampliación, ni para que el Tribunal la provea.

En estos supuestos, y casuísticamente, conforme a lo que aprecie el Tribunal como necesidad de las partes y los afectados por la sentencia, las aclaratorias y ampliaciones podrán interponerse antes que se ejecute efectivamente la sentencia. Se trata de una peculiaridad de esta clase de procesos que incluye ampliaciones dirigidas a partes o a terceros que no asistieron al juicio, pero cuya colaboración puede, incluso, ser necesaria para que la sentencia dictada sea idónea y equitativa, y la tutela efectiva de los derechos e intereses difusos o colectivos se adapte al Estado Social de Derecho y de Justicia que impera en la República (artículo 2 constitucional).

Ahora bien, el derecho que reconoce la Sala no es un derecho que pueda ser utilizado por las personas en forma excesiva, ya que, así como la teleología del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil fue limitar el derecho a pedir la aclaratoria o la ampliación, dentro de un lapso reducido, esta necesidad de restricción de la oportunidad rige en la institución y de allí que la Sala considere que una vez efectuada la petición, ella agota el derecho, y así se declara”.

Posteriormente, y al hilo del mismo razonamiento, la Sala entendió que tal doctrina resultaba predicable respecto de las sentencias logradas con ocasión de acciones de interpretación constitucional, dada la vinculación *erga omnes* de la exégesis proferida.

Así, mediante sentencia N° 1278/2005, caso: *Municipio Maracaibo del Estado Zulia*, se dispuso:

“Es evidente que son muchos los interesados en un caso así, aunque no hubieran hecho la solicitud inicial ni se hubieran jamás incorporado al proceso. El fallo, al momento de iniciar su aplicación, puede generar problemas de orden práctico que la Sala no puede ignorar. No puede, en consecuencia, limitarse las peticiones de aclaratoria y ampliación de fallos interpretativos al breve lapso previsto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil.

No se trata de una desaplicación de la norma para el caso concreto, pues no hay inconstitucionalidad del dispositivo. Simplemente, el referido artículo 252 no aplica al recurso de interpretación, en lo referido al lapso, ya que no se corresponde con la naturaleza de la acción y de las sentencias interpretativas.

Debe recordarse que el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia remite al Código de Procedimiento Civil, pero que el recurso a ese texto sólo será correcto cuando sea compatible con lo juzgado por el Alto Tribunal. Un Código pensado para regular controversias inter partes puede ser muy útil en ciertos casos en los que no existe contienda, pero ser del todo inadecuado en otros supuestos, como el de autos”.

Ya por último, se extendió la aplicabilidad de tal criterio al caso de las acciones de anulación de normas, al estimar que en estos supuestos *“la controversia tiene alcance general y, en consecuencia, la decisión (sea de desestimación de la demanda, de anulación del dispositivo o, como en el caso de autos, de interpretación constitucionalizante de la norma) tiene alcance erga omnes”* (Caso Sc N° 1984/2007, caso: *FOGADE*).

No obstante lo dicho hasta el momento, conviene acotar que la adecuación de la figura de la aclaratoria a esta clase especial de procesos ventilados ante esta jurisdicción constitucional, si bien ha supuesto una ampliación respecto de las categorías de sujetos legitimados para intentarla, no deja de lado que para efectuar válidamente tal clase de peticiones, aquéllos han de estar investidos de un particular interés que debe ser invocado. La intensidad de ese interés exigible variará dependiendo de la naturaleza de cada caso concreto.

En el caso de autos, el abogado Carlos César Moreno Behermint, cuando solicitó la aclaratoria no invocó condición alguna que permita ponderar su interés en el asunto, se limitó simplemente a interrogar a la Sala respecto del ejercicio fiscal a partir del cual tal interpretación sería aplicada, sin precisar bajo qué título se encuentra afectado por aquel dictamen (por ejemplo, ser contribuyente o responsable de dicho tributo). Ello así, en atención a la inexistencia de interés para procurar una aclaratoria de esta Sala, debe declararse inadmisibles las peticiones estudiadas. Así se decide.

3. *Revisión de Sentencias en materia constitucional*

TSJ-SC (633)

21-4-2008

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Miguel Ángel Carriles Cannizzaro (Revisión de Sentencia de la Sala de Casación Civil).

La Sala Constitucional reitera que posee facultad de desestimación de cualquier solicitud de revisión de sentencia sin ningún tipo de motivación.

...En el caso que hoy nos ocupa se pretende la revisión del fallo que emitió la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia el 6 de febrero de 2006, mediante el cual se declaró sin lugar el recurso de casación interpuesto contra la decisión del 5 de diciembre de 2003 que dictó el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Es necesaria la aclaratoria de que esta Sala, al momento de la ejecución de su potestad de revisión de sentencias definitivamente firmes, está obligada, de acuerdo con una interpretación uniforme de la Constitución y en consideración a la garantía de la cosa juzgada, a guardar la máxima prudencia en cuanto a la admisión y procedencia de solicitudes que pretendan la revisión de sentencias que han adquirido el carácter de cosa juzgada judicial; de allí

que posea la facultad de desestimación de cualquier solicitud de revisión, sin ningún tipo de motivación, cuando, en su criterio, compruebe que la revisión que se solicita, en nada contribuye a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales, en virtud del carácter excepcional y limitado que posee la revisión.

En el caso *sub júdice*, el solicitante persigue un nuevo juzgamiento, mediante alegación de unas supuestas infracciones legales y constitucionales que, a su juicio, se produjeron con ocasión de la sentencia bajo revisión dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en el procedimiento de nulidad de asamblea que fue incoado por el hoy solicitante contra la sociedad mercantil El Mundo C.A. Ahora bien, a criterio de esta Sala, la sentencia impugnada no incurrió en el vicio delatado, pues se evidencia que la misma analizó detalladamente las circunstancias por las cuales consideró que en el asunto debatido no existió violación de ninguna disposición legal al respecto.

Al respecto, observa esta Sala que la decisión cuya revisión se planteó no contraría ningún principio constitucional, ni criterios vinculantes fijados por esta Sala, además de que tampoco produjo un grotesco error de interpretación de la norma constitucional.....

.....Ahora bien, la Sala observa que en el fallo que recayó en el caso *Corpoturismo*, del 6 de febrero de 2001, se estableció que:

“...esta Sala puede en cualquier caso desestimar la revisión, (...) sin motivación alguna, cuando en su criterio, constate que la decisión que ha de revisarse, en nada contribuya a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales...”.

Es por todo lo que antes fue expuesto y en virtud de que esta Sala considera que la revisión de la citada sentencia no contribuiría con la uniformidad jurisprudencial, que debe declararse que no ha lugar la revisión que ha sido pretendida. Así se decide.

4. *Acción de Amparo Constitucional*

A. *Objeto: Amparo contra normas*

TSJ-SC (551)

9-4-2008

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Impugnación de los artículos 14, 19 y 20 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre Alcohol y Especies Alcohólicas (Francisco Dorta A. Sucesores, C.A. y otros).

Siempre que se trate de un amparo ejercido contra normas, sea este autónomo o de naturaleza cautelar, es menester, en cada caso, determinar el grado de aplicación que la norma impugnada posee, a fin de establecer si ésta es o no autoaplicativa. Por cuanto, si no posee dicha cualidad, no será susceptible de impugnación por vía de amparo, en virtud de su incapacidad de incidir, por sí sola, en la esfera jurídico subjetiva del accionante.

Al respecto, advierte esta Sala que en el presente caso, se impugnan las normas contenidas en los artículos 14, 19 y 20 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre Alcohol y Especies Alcohólicas, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.852 Extraordinario, el 5 de octubre de 2007, cuya aplicación por parte del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), a decir de los accionantes, viola su derecho a la libertad económi-

ca, el principio de legalidad tributaria y de certeza jurídica del tributo, consagrados en los artículos 112 y 317 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como los tratados internacionales referidos a tratos discriminatorios suscritos en esta materia, previsto en el artículo 153 *eiusdem*.

Con respecto a la tutela cautelar solicitada, es menester señalar que esta Sala, en diversas oportunidades (*Vid.* sentencias del 28 de julio del 2000, caso: *Braulio Sánchez Martínez*; 31 de octubre del 2000, caso: *Ivanis Inversiones S.R.L.*; 2 de marzo de 2001, caso: *Fanny Alicia Silva Atacho y otros*; 10 de agosto de 2001, caso: *Elken Asa*; 24 de abril del 2002, caso: *Noris Vivas De Pirone*; 5 de junio del 2003, caso: *Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas*, entre otras), ha precisado que la modalidad de amparo constitucional prevista en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, no puede estar dirigida contra el precepto que contiene la norma impugnada, sino contra los actos que apliquen la misma, toda vez que las normas no son capaces de incidir, por sí solas, en la esfera jurídica concreta de un sujeto determinado y, en consecuencia, lesionar directamente sus derechos y garantías constitucionales.

Así pues, las normas, por su carácter general, abstracto y de aplicación indefinida, requieren de un acto de ejecución que las relacione con una situación jurídica concreta del accionante, pues, en definitiva, será éste, y no la propia norma, el que puede causar una lesión particular a los derechos constitucionales de una persona. Por ello, es preciso deslindar el objeto de la acción de nulidad ejercido contra la norma, de la acción de amparo cautelar que se ejerce conjuntamente con la pretensión de nulidad, ya que la norma impugnada no es el objeto del amparo, sino la restitución de la situación jurídica subjetiva infringida por la aplicación particular de los preceptos legales impugnados.

Solamente cuando se trata de amparo ejercido contra normas autoaplicativas, es decir, aquellas cuya sola promulgación implica una obligatoriedad efectiva y actual para los sujetos previstos en ella, es que se considera que ésta, por sí misma, puede constituirse en lesión directa de la esfera de los derechos constitucionales de los individuos a los que va dirigida.

En virtud de ello, siempre que se trate de un amparo ejercido contra norma, sea este autónomo o de naturaleza cautelar, es menester, en cada caso, determinar el grado de aplicación que la norma impugnada posee, a fin de establecer si ésta es o no autoaplicativa. Por cuanto, si no posee dicha cualidad, no será susceptible de impugnación por vía de amparo, en virtud de su incapacidad de incidir, por sí sola, en la esfera jurídica subjetiva del accionante.

Al respecto, la Sala observa el contenido de los artículos 14, 19 y 20 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre Alcohol Especies Alcohólicas.....

.....Ahora bien, los preceptos legales transcritos se limitan a establecer una serie de mandatos al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) en relación con la imposición del impuesto al alcohol etílico y otras especies alcohólicas, por lo cual, las normas impugnadas no pueden ser consideradas como autoaplicativas, por cuanto requieren de actos posteriores para determinar, en cada caso, el impuesto que efectivamente debe pagarse, los cuales deben ser dictados por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT). Por lo tanto, siendo ello así, y visto que los accionantes no especificaron cuál es el acto de ejecución de las normas impugnadas, emanado de la Administración Tributaria, que de manera directa e inmediata lesiona su esfera jurídica subjetiva, esta Sala juzga improcedente la pretensión de amparo constitucional que los accionantes ejercieron, conjuntamente con la acción de nulidad por inconstitucionalidad; y así se decide.

IX. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. *Régimen legal estatutario: Ordenanzas Municipales Regulatoras de la Función Pública. Ámbito de Aplicación*

CSCA

13-5-2008

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Perla Unzueta Hernando vs. La Contraloría del Municipio Chacao del Estado Miranda.

Las ordenanzas municipales regulatoras de la función pública, mantienen su vigencia en todo aquello que no colida con la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Así pues, bajo las premisas anteriores es dable afirmar que la vigente Ley del Estatuto de la Función Pública puede ser catalogada como una Ley Base, a ser desarrollada por otros cuerpos normativos, entre ellos los de rango estatal o municipal en ejercicio de la competencia normativa que la propia Constitución les reconoce.

En tercer lugar, corresponde ahora efectuar una breve revisión de las propias normas de la Ley del Estatuto de la Función Pública, partiendo de lo preceptuando en los artículos 1 y 2 de dicho texto legal, los cuales consagran lo siguiente:

“Artículo 1º: la presente Ley regirá las relaciones de empleo público entre los funcionarios y funcionarias públicos y las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales ...*omissis*...”. (Negrillas de esta Corte)

“Artículo 2: La normas a que se refieren en general a la Administración Pública, o expresamente a los Estados y Municipios, serán de obligatorio cumplimiento por éstos...”.

De la conexión de los artículos que preceden, surge nuevamente que la Ley del Estatuto de la Función Pública, tuvo como objeto establecer un marco legal general aplicable a los funcionarios públicos a nivel nacional, estatal y municipal, haciendo inclusive la distinción, en cuanto a su aplicación, entre las diferentes entidades político territoriales, diferenciación ésta que carecería de sentido si se estima que la ley es la única normativa reguladora de la materia.

Asimismo, vale la pena destacar la simetría existente entre el encabezado del artículo 2 parcialmente transcrito y el mismo artículo 2 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, el cual expresa que “Las disposiciones de la presente ley serán aplicables a la Administración Pública Nacional. Los principios y normas que se refieran en general a la Administración Pública, o expresamente a los estados, distritos metropolitanos y municipios serán de obligatoria observancia para éstos...”, siendo que sobre esta última ley no existe duda que establece los principios y bases que rigen la organización y el funcionamiento de la Administración Pública y que sólo se aplicará de forma obligatoria a las entidades políticos territoriales distintas a la República en los casos en que los principios y normas se refieran a ellas de manera expresa; así, en materia funcional, debe entenderse en similar sentido la voluntad del legislador en cuanto a prescribir unas normas de obligatoria observancia y otras que se constituyan en una suerte de lineamientos generales a ser seguidos en las normativas estatales y municipales.

En este mismo orden argumentativo, debe resaltarse que al examinar la ley encontramos una serie de distinciones, que como antes se dijo, no tendrán razón de ser, si estamos hablando que siempre y en todo caso se aplica por igual y como una única normativa en todos los

niveles del Poder Público en su división vertical. Asimismo, se destaca que el propio legislador en algunos casos se refirió exclusivamente a la Función Pública Nacional, excluyendo el ámbito estatal y municipal. A este respecto, se puede mencionar a título ejemplificativo, los casos siguientes:

1. De acuerdo a lo previsto en el artículo 2, sólo en el supuesto de que una norma de la ley se refiera a la Administración Pública en términos generales o aluda de manera precisa a estados y municipios es que será de obligatorio cumplimiento para éstos; de manera que no toda la normativa regirá indefectiblemente a dichas entidades político territoriales.

2. Conforme con el artículo 5, la competencia para la gestión pública, cuando se trate de órganos colegiados, deja a salvo lo que dispongan las leyes u ordenanzas respectivas.

3. El Capítulo II del Título II de la ley, se denomina “ÓRGANOS DE DIRECCIÓN Y DE GESTIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA NACIONAL”, de lo que se evidencia que regula sólo al Poder Público Nacional; entonces, cabe preguntarse ¿como esta materia no está prevista en la Ley del Estatuto carecerá de regulación a nivel estatal y municipal? Evidentemente que no.

4. El artículo 10 que se enmarca en el Capítulo V que se denomina “Oficinas de Recursos Humanos”, prescribe que serán atribuciones de las oficinas de recursos humanos de los órganos y entes de la Administración Pública Nacional las allí señaladas, no refiriéndose por tanto a tales dependencias en los casos de los estados y municipios; ello así, habría que hacerse la misma pregunta anterior: ¿es que entonces dichas oficinas de recursos humanos no se les puede, por ley estatal u ordenanza municipal, establecer su marco de actuación?

5. De acuerdo con el numeral 11, del artículo 20, en lo que se refiere a la administración central de cada estado y municipio, califica sólo dos tipos de cargos como de alto nivel: los directores generales sectoriales de las gobernaciones y los directores de las alcaldías, dejando abierta la posibilidad (al establecer y otros cargos de la misma jerarquía) que mediante las correspondientes legislaciones se determinen el resto de los cargos de alto nivel. Luego, si la Ley del Estatuto fuese la única normativa reguladora de la materia, tal opción no hubiese sido dispuesta por el propio legislador.

En cuarto lugar, vale la pena señalar que al revisar la disposición derogatoria única de la ley bajo análisis, se observa que en la misma se derogan expresamente los instrumentos normativos siguientes: I) Ley de Carrera Administrativa del 3 de septiembre de 1970, reformada el 13 de mayo de 1975; II) Decreto N° 211 del 2 de julio de 1974; III) Reglamento sobre los Sindicatos de Funcionarios Públicos dictado mediante Decreto N° 585 del 28 de abril de 1971; estableciendo, posteriormente una derogatoria general de la manera que a continuación se indica: “cualesquiera otras disposiciones que colidan con la presente ley”, no pudiendo, aseverarse, que por esto último ya se tengan derogadas las normativas estatales y municipales sobre la materia, pues, tal situación se encuentra supeditada a que vulneren lo dispuesto en la ley.

Así las cosas, considera esta Corte que no existe disposición constitucional ni legal de la cual se extraiga de manera clara que todas y cada una de las ordenanzas municipales se encuentran derogadas, más lo que sí se encuentra definido es que existe un marco general regulador previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública, cuya normativa en su esencia y principios no puede ser contradicha por las previsiones de las ordenanzas de función pública.

Luego, este Órgano Jurisdiccional no puede pasar por alto que si bien es cierto que las ordenanzas municipales que regulan el tema de la función pública, mantienen su vigencia en todo aquello que no colida con la Ley del Estatuto de la Función Pública, y por lo tanto pue-

den ser perfectamente aplicadas por los órganos administrativos municipales, no es menos cierto que cada caso debe ser estudiado de manera individual, a los efectos de determinar mediante un análisis detenido del caso concreto, si se está en presencia o no de una contradicción con la referida Ley del Estatuto de la Función Pública.

En este sentido, se ha pronunciado recientemente, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en sentencia N° 414 del 9 de abril de 2008, caso: *Instituto Nacional del Menor (INAM)*, la cual estableció lo siguiente:

“Conforme a lo dispuesto en la norma antes transcrita, con la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública quedaron expresamente derogados, los siguientes instrumentos legales:

1.- La Ley de Carrera Administrativa del 3 de septiembre de 1970, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 1.428 Extraordinario de fecha 4 de septiembre de 1970, reformada por el Decreto N° 914 del 13 de mayo de 1975, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 1.745 Extraordinario del 23 de mayo de 1975;

2.- El Decreto N° 211 del 2 de julio de 1974, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 30.438 de fecha 2 de julio de 1974;

3.- El Reglamento sobre Sindicatos de Funcionarios Públicos dictado mediante Decreto N° 585 del 28 de abril de 1971, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 29.497 del 30 de abril de 1971.

De lo anterior se extrae, que entre las derogatorias expresas establecidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, antes mencionadas, no se encuentra la del Decreto N° 1.879 de fecha 16 de diciembre de 1987, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 33.870 del 18 de ese mismo mes y año, mediante el cual se declaran de confianza los cargos del Instituto Nacional del Menor, que por la índole de sus funciones comprenden actividades de asistencia, protección, educación y tratamiento a los niños, niñas y adolescentes.

Sin embargo, observa la Sala que la parte in fine de la señalada Disposición Derogatoria Única establece, con su entrada en vigencia, la derogación de ‘cualesquiera otras disposiciones que colidan con la presente Ley’; por lo que en el caso de autos se debe verificar, dentro del marco de nuestro ordenamiento constitucional y legal, si el Decreto N° 1.879 de fecha 16 de diciembre de 1987, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 33.870 del 18 de ese mismo mes y año, objeto de examen, contraría o no lo dispuesto en la mencionada Ley”.

2. Derechos: Estabilidad

TSJ-SPA (0626)

21-5-2008

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: María Altagracia Ariza J. y María Carolina Mendez Fuentes vs. *Asamblea Nacional*.

La garantía de estabilidad de los funcionarios se alcanza con el concurso de oposición que actualmente se encuentra consagrado en el Texto Constitucional como una exigencia *sine qua non* para acceder a cargos de carrera en condición de titularidad; por lo que la estabilidad no constituye *per se* un derecho del cual se es titular, sino

que se trata más bien de una expectativa de derecho de obtener esa condición y de mantenerla, siempre que se de fiel cumplimiento a las exigencias constitucionales y legales requeridas para ello.

Con el propósito de evitar una lesión irreparable o de difícil reparación en el orden constitucional al ejecutarse una eventual decisión anulatoria del acto recurrido, la cual podría constituir una violación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pasa esta Sala a revisar, en el caso de autos, los requisitos de procedencia de la medida cautelar de amparo constitucional solicitada.

En tal sentido, debe analizarse, en primer término, el requisito de la presunción de buen derecho o *fumus boni iuris* con el objeto de concretar la existencia de una presunción grave de violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales invocados por la parte actora como conculcados, para lo cual deberá atenderse no a un simple alegato de perjuicio sino a la efectiva argumentación y acreditación de hechos concretos que lleven a presumir seriamente la denunciada transgresión.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la existencia del peligro en la mora o *periculum in mora*, éste no requiere de análisis, pues es determinable por la sola verificación del extremo anterior, según jurisprudencia de esta Sala; toda vez que la circunstancia de que exista una presunción grave de violación de un derecho o garantía de orden constitucional, o su limitación fuera de los parámetros permitidos por el Texto Constitucional, habrá de conducir a la preservación, *in limine*, de su pleno ejercicio, dada la naturaleza de los intereses debatidos en tales casos y el riesgo inminente de causar un perjuicio irreparable a la parte presuntamente afectada en sus derechos.

En el caso bajo análisis, el aludido amparo cautelar se dirige contra el Concurso de Oposición de Cargos ocupados en la Asamblea Nacional, convocado y ejecutado por la Presidenta de dicho órgano, y celebrado, a decir de las recurrentes, los días 29 y 30 de septiembre de 2007, por haber infringido, en criterio de los apoderados actores, el principio de irretroactividad de la ley, los derechos a la igualdad y a la estabilidad laboral, así como la prohibición de discriminación laboral consagrada en el artículo 89 numeral 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido, apuntó la representación en juicio de las actoras, que el referido Concurso implicó: a. La aplicación retroactiva del Estatuto Funcionario de la Asamblea Nacional y su Reglamento; b. Una lesión a la estabilidad laboral de aquéllas, quienes ocuparon, a su decir, cargos permanentes al servicio de la Asamblea Nacional durante ocho (8) años; c. Un trato discriminatorio frente a las recurrentes, por cuanto su situación era distinta de los concursantes que no habían laborado en el referido organismo.

Al respecto observa esta Sala que los alegatos referidos a la trasgresión de los derechos a la estabilidad laboral, igualdad y no discriminación, parten del “status laboral” que los apoderados actores atribuyen a las recurrentes al afirmar a lo largo del escrito recursivo, que se trataba de funcionarias con cargos de carácter permanente al servicio de la Asamblea Nacional, con derechos adquiridos.

En efecto, afirma la representación actora lo siguiente:

“(...) la condición de las recurrentes era, antes de la vigencia de la ley del Estatuto de la Función Pública, la de funcionarias contratadas. Ergo, eran funcionarias de hecho, asimiladas a los funcionarios de carrera legislativa.

Posteriormente, a partir del día 16 de octubre de 2000, tras una serie de evaluaciones esa relación funcional encubierta se definió en una relación funcional patente mediante el reconocimiento expreso de su condición de funcionarias al servicio de la Asamblea Nacional, con cargos de carácter permanente y con la asunción de derechos y obligaciones inherentes a los cargos que ocupaban y las funciones que desempeñaban, conforme al Manual de Cargos.” (Resaltado de la parte).

Como puede apreciarse de la cita y, en general, de lo dicho por los propios apoderados recurrentes, las ciudadanas María Altagracia Ariza Jackson y María Carolina Méndez Fuentes, aparentemente no ingresaron al órgano legislativo mediante concurso sino por contrato, seguido luego de una serie de evaluaciones internas que, a juicio de aquéllos, se tradujo en un “reconocimiento” de su condición de funcionarias al servicio de la Asamblea Nacional, lo que lleva a presumir que no tenían el carácter de funcionarias públicas de carrera al momento de celebrarse el concurso cuestionado.

En este sentido, resulta de interés destacar lo dispuesto en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual es del tenor siguiente:

“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.”

Asimismo, debe la Sala resaltar que la garantía de estabilidad de los funcionarios se alcanza con el concurso de oposición que actualmente se encuentra consagrado en el Texto Constitucional como una exigencia *sine qua non* para acceder a cargos de carrera en condición de titularidad; por lo que la estabilidad no constituye *per se* un derecho del cual se es titular, sino que se trata más bien de una expectativa de derecho de obtener esa condición y de mantenerla, siempre que se de fiel cumplimiento a las exigencias constitucionales y legales requeridas para ello.

Por ende, lo expuesto en el escrito libelar y las consideraciones que anteceden, permiten a esta Sala presumir: (i) que el ingreso de las recurrentes al órgano legislativo nacional no estuvo precedido de un concurso, por lo que no gozaban del carácter de funcionarias públicas de carrera y, (ii) que con la convocatoria y ejecución del cuestionado concurso público la Asamblea Nacional no habría hecho sino dar cumplimiento al Texto Constitucional, permitiendo a las justiciables presentar las evaluaciones correspondientes a fin de optar a los cargos dentro del seno de la Asamblea, y concediéndoles además una ventaja puntual en consideración al tiempo de servicio; todo lo cual impide deducir una presunción favorable a las actoras respecto a sus denuncias de violación a la estabilidad e igualdad y no discriminación laboral.

Por otra parte y en cuanto concierne al alegato de infracción del artículo 24 constitucional, por haberse aplicado retroactivamente, a través del concurso en referencia, el Estatuto Funcional de la Asamblea Nacional y su Reglamento, considera la Sala necesario reiterar en esta oportunidad, el criterio según el cual dicha garantía está referida a la prohibición de aplicar una normativa nueva a situaciones de hecho nacidas con anterioridad a su vigencia, de forma que la disposición novedosa resulta ineficaz para regular situaciones fácticas consolidadas en el pasado, permitiéndose la retroactividad de la norma sólo como defensa o garantía de la libertad del ciudadano.

En el caso de autos, la supuesta violación de la garantía de irretroactividad de la ley, de acuerdo con los alegatos de la parte accionante, vendría dada por la aplicación del Estatuto Funcionarial de la Asamblea Nacional dictado el 26 de diciembre de 2002 y su Reglamento publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.725 del 13 de julio de 2007 (que constituyeron la base normativa del aludido concurso), a la situación jurídica que vinculaba a las ciudadanas María Altagracia Ariza Jackson y María Carolina Méndez Fuentes con la precitada Asamblea; siendo que éstas “habían prestado sus servicios al extinto Congreso de la República como a la Asamblea Nacional, durante un período de ocho años”.

De tal manera que la invocada violación del principio de irretroactividad de la ley, parece venir soportada en una apreciación de la parte actora, conforme a la cual la situación existente entre las recurrentes y el órgano legislativo nacional no podía, en forma alguna, modificarse con posterioridad, en virtud del tiempo en que habían venido desempeñando sus respectivos cargos en el seno de la Asamblea Nacional.

Así se desprende además de lo expuesto en el capítulo referido a la pretensión de amparo cautelar, donde al momento de fundamentar el requisito del *fumus boni iuris* la representación actora sostuvo que “a pesar de mantener una permanencia o estatus laboral de personal fijo al servicio de la Asamblea Nacional, durante ocho (8) años, con derechos laborales immanentes al cargo, el susodicho Concurso (...) vino a concretar la aplicación retroactiva del Estatuto (...) y su Reglamento (...) para degradar la condición laboral de las funcionarias”. (Subrayado de las partes).

Visto lo anterior, considera la Sala que el referido argumento de violación del artículo 24 constitucional, se encuentra soportado en una supuesta inalterabilidad de la relación existente entre las recurrentes y el órgano legislativo, que vendría dada, a juicio de la parte actora, por el hecho de que su situación dentro de la Asamblea Nacional implicaba un “*status de personal fijo*” que impedía a aquélla conminarlas a participar en el concurso para permanecer en sus respectivos cargos.

Siendo ello así, resulta necesario reiterar lo expuesto en párrafos precedentes en torno a que:

1. Las ciudadanas María Altagracia Ariza Jackson y María Carolina Méndez Fuentes, aparentemente no tenían el carácter de funcionarias públicas de carrera al momento de celebrarse el cuestionado concurso. Determinar lo contrario ameritaría una confrontación probatoria ajena a la naturaleza del amparo cautelar, referido única y exclusivamente al análisis de violaciones de índole constitucional tan evidentes, que del examen previo de los alegatos y documentos que obren en el expediente surja en el juez la convicción de que existe una presunción grave de violación o amenaza de violación a derechos de ese rango.

2. Es el propio Texto Constitucional el que consagra el ingreso a la carrera mediante concurso, encontrándose supeditada la garantía de estabilidad a dicha forma de ingreso.

Por las razones que anteceden, se desestima la denuncia de violación del principio de irretroactividad de la ley. Así se declara.

En virtud de lo expuesto, concluye esta Sala que no existen en autos elementos que permitan dar por satisfecho el requisito referido a la presunción de buen derecho, circunstancia que lleva a declarar la improcedencia del amparo cautelar incoado. Así se decide.

3. *Funcionarios jubilados: Reingreso a la función pública*

TSJ-SPA (0588)

14-5-2008

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Rafael N. Sáez Álvarez vs. Contraloría General de la República.

La prohibición del reingreso de los funcionarios jubilados por la Administración Pública es absoluta frente a los cargos de carrera y no así frente a los que no son de esta categoría.

Véase 173 Página de esta *Revista*4. *Responsabilidad Administrativa: Sanciones accesorias*

TSJ-SPA (0492)

24-4-2008

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Gerardo William Méndez Guerrero vs. Contraloría General de la República.

Conforme a la potestad que le fue otorgada por el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el Contralor está facultado para que de manera exclusiva y excluyente, de acuerdo a la entidad o gravedad del asunto y “...sin que medie ningún otro procedimiento...” imponga las sanciones accesorias de suspensión del ejercicio de cargo, destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas a aquellas personas que les fue declarada su responsabilidad administrativa en virtud de un procedimiento administrativo.

Con el propósito de evitar una lesión irreparable o de difícil reparación en el orden constitucional al ejecutarse una eventual decisión anulatoria del acto recurrido, pudiendo ello constituir un atentado al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; pasa esta Sala a revisar los requisitos de procedencia de la medida cautelar de amparo constitucional solicitada por el actor.

En tal sentido, debe analizarse el *fumus boni iuris*, con el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenazas de violación del derecho o derechos constitucionales alegados por la parte quejosa, para lo cual es necesario no un simple alegato de perjuicio, sino la argumentación y la acreditación de hechos concretos de los cuales nazca la convicción de violación a los derechos constitucionales del accionante. En cuanto al *periculum in mora*, se reitera que en estos casos es determinable por la sola verificación del extremo anterior, pues la circunstancia de que exista una presunción grave de violación de un derecho de orden constitucional o su limitación fuera de los parámetros permitidos en el Texto Fundamental, conduce a la convicción de que por la naturaleza de los intereses debatidos debe preservarse *in limine* su ejercicio pleno, ante el riesgo inminente de causar un perjuicio irreparable en la definitiva a la parte que alega la violación.

Denuncia el recurrente en el presente caso, que la resolución recurrida lesiona sus derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso, al libre desenvolvimiento de la personalidad y “...a la función pública y la carrera administrativa...”, en razón de lo cual solicitó que fuese decretado mandamiento de amparo constitucional sobre los mismos.

1. Con relación a la pretendida violación del derecho a la defensa y al debido proceso arguyó el recurrente que la Administración dictó el acto “*in audita parte*”, sin mediar procedimiento, como *inconstitucionalmente* establece el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Respecto a la aplicación por parte del Contralor General de la República de las sanciones previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, esta Sala ha señalado lo siguiente:

“... la imposición de las sanciones disciplinarias a que se refiere la nombrada disposición, requiere como único presupuesto la declaratoria de responsabilidad administrativa. Es decir, dichas sanciones, aparte de la pecuniaria, son consecuencias jurídicas que, según la Ley, derivan de la declaratoria de responsabilidad administrativa, ‘sin que medie ningún otro procedimiento’, porque se erigen como actos-consecuencias, que resultan de un procedimiento o iter previo, preparatorio y necesario para su aplicación, el de la determinación de la responsabilidad administrativa, que es en el que se comprueba el ilícito administrativo y se determina dicha responsabilidad.

Así que, iniciar un nuevo procedimiento administrativo para la imposición de las sanciones que nos ocupan sería un contrasentido, pues además de que se iniciaría con base en los mismos hechos, se desnaturalizaría el tratamiento de la sanción como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad.

En tal sentido, las medidas de suspensión sin goce de sueldo, destitución e inhabilitación a que se refiere el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, viene precedida de un procedimiento previo, por lo que es dable afirmar que la relación entre la decisión de responsabilidad administrativa y las medidas disciplinarias en cuestión es de causa y efecto; de allí que el procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa es el procedimiento que motiva las sanciones disciplinarias previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.” (Sentencia N° 868 del 21 de julio de 2004).

En el caso que nos ocupa se observa que el Contralor General de la República en el acto administrativo impugnado, por el cual impuso al recurrente la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el período de dos (2) años, actuó, en principio, conforme a la potestad que le fue otorgada por el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el cual lo faculta para que de manera exclusiva y excluyente, de acuerdo a la entidad o gravedad del asunto y “...sin que medie ningún otro procedimiento...” imponga las sanciones accesorias de suspensión del ejercicio de cargo, destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas a aquellas personas que, como el actor, les fue declarada su responsabilidad administrativa en virtud de un procedimiento administrativo, conforme lo señala expresamente el accionante en su recurso. (Vid. Sentencia N° 01327 de fecha 25 de julio de 2007, caso: *José Goncalvez Moreno*)

Por tal razón, considera la Sala que del examen preliminar de las actuaciones no se desprende la violación al recurrente de su derecho a la de defensa y al debido proceso, por cuanto la Administración procedió, en principio, conforme al procedimiento legalmente establecido del cual formó parte el recurrente. Así se declara.

2. En lo que respecta al denunciado atropello del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, alegó el actor en su libelo:

“(...)El acto del Contralor General de la República, aquí impugnado, aborta el desarrollo y desenvolvimiento de mi personalidad, es decir, mi libertad para llegar a ocupar cargos públicos y de elección popular a los que aspiro, como en concreto lo hago como precandidato a la Gobernación del Estado Táchira para las próximas elecciones. Además, es notorio que coarta, violentamente, el trazado de mi vida profesional y como hombre al servicio de los intereses de mi Estado y me expone al desprecio público. (...)”

Para la Sala, el hecho de que el acto administrativo impugnado le haya impuesto al recurrente la sanción de inhabilitación para el ejercicio de las funciones públicas por un período de dos (2) años, no es más que el efecto de aplicar una previsión legal vigente en nuestro ordenamiento jurídico, que necesariamente debe ser acatada por el órgano contralor, en virtud de la gravedad de la irregularidad cometida, la cual ocasionó la declaratoria de la responsabilidad administrativa, razón por la que resulta infundado el presente alegato. Así se declara.

3. Finalmente, el recurrente denunció la supuesta violación de su derecho constitucional “...a la función pública y carrera administrativa...”, como sigue:

“(...)esta actitud del Contralor General de la República lesiona directamente el contenido del artículo 145 de la Constitución que establece:

‘Los funcionarios públicos y funcionarias públicas están a servicio del Estado y no de parcialidad alguna. Su nombramiento y remoción no podrán estar determinados por la afiliación u orientación política...’.

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal en el artículo 25 señala los principios que regirán el Sistema Nacional de Control Fiscal, y en el punto 2 se establece con toda rotundidad ‘el apoliticismo partidista de la gestión fiscalizadora en todos los estratos y niveles del control fiscal’. Abortar estos derechos a través del abuso de poder, como el caso presente, es un atentado ilegítimo a la normalidad institucional.”

De los alegatos expuestos se evidencia que el actor se limitó a invocar la presunta violación de su derecho “...a la función pública y carrera administrativa...”, y asomó la idea de que la sanción que le fuera impuesta estuvo relacionada con su ideología política, no obstante, no concretó en qué consistió la denunciada violación, ni por qué tenía un matiz político.

Además, cabe reiterar respecto al pretendido atropello, que el acto impugnado fue dictado en ejercicio de la potestad sancionatoria del Contralor General de la República, con arreglo a la normativa aplicable, y por tal razón, debe la Sala desestimar la denunciada violación constitucional. Así se declara.

TSJ-SPA (0742)

19-6-2008

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Sergio Octavio Pérez Moreno vs. Contraloría General de la República.

Corresponde a esta Sala pronunciarse acerca del recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto y, en tal sentido, debe señalarse que en el escrito recursivo se imputa a la Resolución emanada del Contralor General de la República la violación del derecho a la defensa y al debido proceso del accionante por cuanto “no tuvo oportunidad de defensa, acceso y control del procedimiento mediante el cual le fue impuesta la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas”.

Al respecto, se observa que en forma reiterada esta Sala ha sostenido que el debido proceso previsto en el artículo 49 del Texto Fundamental, dentro del cual se encuentran contenidos -entre otros- el derecho a la defensa (numeral 1), es un derecho aplicable a todas las

actuaciones judiciales y administrativas, teniendo su fundamento en el principio de igualdad ante la Ley, en función del cual las partes deben tener las mismas oportunidades, tanto en la defensa de sus respectivos derechos como en la producción de las pruebas destinadas a acreditarlos.

Asimismo, se ha precisado que se trata de un derecho complejo que encierra dentro de sí, 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 ejercer los recursos legalmente establecidos, a que la decisión sea adoptada por un órgano competente, independiente e imparcial, a obtener una resolución de fondo fundada en derecho, a un proceso sin dilaciones indebidas, a la ejecución de las decisiones, entre otros, que se vienen configurando a través de la jurisprudencia. Todos estos derechos se desprenden de la interpretación de los ocho numerales que consagra el artículo 49 de la Carta Fundamental. (*Vid.* Sentencia N° 1.976 del 5 de diciembre de 2007, caso *Rosalba Gil Pacheco contra Contralor General de la República*).

Ahora bien, el accionante imputa al Contralor General de la República la violación de tales derechos por cuanto no le notificó la apertura del procedimiento dirigido a la imposición de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, a fin de defenderse y ejercer control sobre dicho procedimiento.

A fin de resolver la mencionada denuncia, debe advertirse que tanto el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, como en la actualidad el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, permiten al Contralor General de la República acordar las sanciones allí previstas “de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento”, como consecuencia de la responsabilidad administrativa declarada por el órgano competente, previa sustanciación del procedimiento establecido en la ley para la determinación de dicha responsabilidad, sin que sea necesaria la apertura de un nuevo procedimiento.

En este sentido debe señalarse que de la revisión del expediente administrativo relacionado con el presente caso, se observa que mediante auto de fecha 2 de diciembre de 2004, suscrito por la Directora General (E) de la Dirección General de Auditoría Interna del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, se declaró firme el acto mediante el cual se determinó la responsabilidad administrativa del recurrente Sergio Octavio Pérez Moreno al haber vencido el lapso para la interposición del recurso de reconsideración contra la referida decisión. (Folio 29 del expediente administrativo).

Asimismo, consta oficio N° DGAI-DPE 1668 de fecha 16 de agosto de 2005, suscrito por la Directora General (E) de la Dirección General de Auditoría Interna del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, anexo al cual remitió al Contralor General de la República “Auto Decisorio de: Responsabilidad Administrativa y del Recurso de Reconsideración de fechas 21-10-04 y 17-06-05 (...) recaídos en el Expediente N° 98, sustanciado por la División de Procedimientos Especiales (anteriormente Averiguaciones Administrativas), adscrita a la Dirección General de Auditoría Interna del I.V.S.S., con ocasión de irregularidades administrativas ocurridas en el centro Ambulatorio “DRA. BÉLGICA TOVAR DE HERRERA”, en Tocuyito, Edo. Carabobo, dependencia del Instituto (...). En el primer Auto se declara Responsabilidad Administrativa sobre los ciudadanos SERGIO OCTAVIO PÉREZ MORENO y LAURA ROSA BARRIOS ACOSTA (...) estamos remitiendo Auto que declaró firmeza de Responsabilidad Administrativa (...)”. (Folio 27 del expediente administrativo).

De lo anterior se desprende que en el presente caso fue declarada la responsabilidad administrativa del accionante por la Directora General de la Dirección General de Auditoría Interna del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, y una vez firme dicho acto, el Contralor General de la República impuso la sanción de inhabilitación aquí cuestionada.

A los fines de analizar si con su actuación dicho funcionario violó el derecho a la defensa del recurrente, debe atenderse a lo dispuesto en el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República del año 1995, el cual reza lo siguiente:

“Artículo 122. Una vez firme la decisión de responsabilidad en vía administrativa y sin perjuicio del recurso jurisdiccional que pueda interponerse contra esa decisión, la Contraloría remitirá el auto correspondiente y demás documentos al organismo donde ocurrieron los hechos irregulares o en el cual esté prestando servicios el funcionario, para que la máxima autoridad jerárquica, en el término de treinta (30) días continuos, le imponga, sin otro procedimiento, la sanción de destitución.

El Contralor General de la República o la máxima autoridad del respectivo organismo, de acuerdo a la gravedad de la falta y al monto de los perjuicios causados, podrá imponer, además, la inhabilitación para el ejercicio de la función pública por un período no mayor de tres (3) años.

Si el declarado responsable, se ha separado de la función pública, el Contralor podrá aplicar la sanción de inhabilitación, hasta por un período igual al señalado en este Artículo.

La decisión que imponga la inhabilitación también será remitida a la Oficina Central de Personal de la Presidencia de la República para que surta los efectos correspondientes y sea incorporada al expediente respectivo en el registro que dicha Oficina llevará de los funcionarios y empleados públicos a que se contrae el Artículo 84 de esta Ley.”

Igualmente, resulta oportuno referirse a lo previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal en su artículo 105, el cual dispone:

“Artículo 105. La declaratoria de responsabilidad administrativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 91 y 92 de esta Ley, será sancionada con la multa prevista en el artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado.

Corresponderá al Contralor General de la República de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad; e imponer, atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años, en cuyo caso deberá remitir la información pertinente a la dependencia responsable de la administración de los recursos humanos del ente u organismo en el que ocurrieron los hechos para que realice los trámites pertinentes.

(Omissis)”.

De las normas transcritas, constata este Alto Tribunal que el Contralor General de la República sí se encontraba facultado para dictar el acto recurrido, sin que mediara ningún otro procedimiento, por cuanto la Resolución impugnada tuvo como fundamento la declaratoria de responsabilidad administrativa, decisión previa para la cual fue abierto y tramitado un procedimiento, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 115 y siguientes de la hoy derogada

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, vigente para la fecha de inicio de la averiguación administrativa. Lo anterior lleva a la Sala a desechar el alegato de violación del derecho a la defensa y al debido proceso denunciado por el accionante. Así se decide.

Corresponde ahora determinar si, como lo sostiene el recurrente, el acto impugnado resulta violatorio del derecho a la defensa y al debido proceso, al contrariar lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 49 Constitucional, por haberse aplicado dos (2) sanciones por una misma actividad, a saber, una multa y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas.

Al respecto, esta Sala ratifica que las sanciones previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, anteriormente tipificadas en el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, “son consecuencias jurídicas que, según la Ley, derivan de la declaratoria de responsabilidad administrativa, ‘sin que medie ningún otro procedimiento’, porque se erigen como actos-consecuencias, que resultan de un procedimiento o iter previo, preparatorio y necesario para su aplicación, el de la determinación de la responsabilidad administrativa, que es en el que se comprueba el ilícito administrativo y se determina dicha responsabilidad.” (Vid., entre otras, Sentencias N° 868 del 21 de julio de 2004 y 1.234 del 17 de mayo de 2006).

Así, en el presente caso debe concluirse que tanto la Dirección de Auditoría Interna del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales al imponer la multa por la cantidad de Bs. 910.200,00, como el Contralor General de la República al sancionar al recurrente con la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un período de dos (2) años, actuaron conforme a una expresa potestad otorgada por el ordenamiento jurídico, en función de la cual, por una parte, perfectamente pueden concurrir ambas sanciones y, por la otra, no se requiere de un nuevo procedimiento para aplicar la segunda de ellas.

En consecuencia, la aplicación de las analizadas sanciones para el mismo supuesto no supone violación alguna al derecho o garantía del “*non bis in idem*”, por lo que se desestima la denuncia del recurrente sobre ese aspecto. Así se declara.

Con relación al vicio de falso supuesto de hecho denunciado debe la Sala una vez más reiterar que éste se patentiza de dos maneras, a saber: cuando la Administración, al dictar un acto administrativo, fundamenta su decisión en hechos inexistentes, falsos o no relacionados con el o los asuntos objeto de decisión, incurriendo así en falso supuesto de hecho. Por el contrario, cuando los hechos que dan origen a la decisión administrativa existen, se corresponden con lo acontecido y son verdaderos, pero la Administración al dictar el acto los subsume en una norma errónea o inexistente en el universo normativo para fundamentar su decisión, lo cual incide decisivamente en la esfera de los derechos subjetivos del administrado, se está en presencia de un falso supuesto de derecho que acarrearía la anulabilidad del acto.

Expuesto lo anterior, debe señalarse que la representación judicial del recurrente denuncia la existencia del apuntado vicio, indicando únicamente que “[e]n el caso concreto el Ciudadano Contralor General de la República al sancionar el acto cuestionado, incurre en este vicio”.

Ahora bien, la generalidad e imprecisión con la que fue planteada la denuncia en cuestión impide precisar cómo el Contralor General de la República al dictar el acto cuestionado fundamentó su decisión en hechos inexistentes, falsos o no relacionados con el o los asuntos objeto de decisión, lo que obliga a la Sala a desechar la denuncia. Así se decide.

Analizadas las anteriores denuncias, debe la Sala decidir acerca del alegato de desviación de poder en el cual afirma el accionante incurrió el Contralor General de la República al dictar la Resolución impugnada por ser “(...) manifiestamente incompetente y discrecional en la toma de decisiones, pues no estaba facultado por la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República vigente para el momento [en] que ocurrieron los hechos objeto de la investigación.”

Al respecto, se observa que la jurisprudencia de esta Sala ha definido la desviación de poder como aquel vicio en que incurre la autoridad administrativa cuando, si bien ha respetado las formalidades externas para la emisión del acto, no ha atendido a la finalidad que habilita el ejercicio de la potestad pública. En tal sentido, se ha precisado que se trata de un vicio de estricta legalidad que supone el control del cumplimiento del fin que señala la correspondiente norma habilitante. No se examina, por consiguiente, la moralidad del funcionario o de la Administración, sino la legalidad que debe enmarcar toda actuación administrativa conforme a los principios ordenadores de nuestro sistema de derecho. (*Vid.* Sentencia N° 1.383 del 1° de agosto de 2007, caso: *Reyes Mariana Morales de Silva contra Contralor General de la República*).

Con relación a la prueba del alegado vicio, se requiere de una investigación profunda basada en los hechos concretos que revelan las verdaderas intenciones que dieron lugar al acto administrativo dictado por el funcionario competente, de manera que no basta la simple manifestación hecha por el accionante sobre la supuesta desviación de poder (*Vid.* Sentencia N° 1.448 12 de julio de 2001 caso: *Mercedes Arcadia Montilla contra Consejo de la Judicatura*).

Ahora bien, la aplicación de la anterior doctrina al caso concreto conduce necesariamente a desechar el referido alegato, toda vez que como se ha apuntado, no basta la simple manifestación hecha sobre la supuesta desviación de poder. Adicionalmente, debe señalarse que aun cuando la representación judicial denunció el vicio de “desviación de poder”, de la lectura del escrito recursivo se desprende que basó su apreciación en consideraciones alusivas a la competencia o no del funcionario actuante, la cual como se indicó anteriormente, si se encuentra atribuida al Contralor General de la República. Ello así, se desestima el alegato por infundado. Así se declara.

Finalmente, corresponde a la Sala pronunciarse acerca del vicio de aplicación retroactiva de la norma contenida en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, retroactividad que en el entender de la parte accionante se manifiesta al haber aplicado la referida disposición legal “(...) vigente a partir 1° de enero de 2002 a situaciones o hechos que ocurrieron en el año 1998 (...)”.

En cuanto a la aplicación retroactiva de la Ley cabe advertir que el principio de irretroactividad excluye la aplicación de normas desfavorables e implica que la norma sancionadora sólo surta eficacia para situaciones ocurridas con posterioridad a su vigencia.

El artículo 105 del mencionado texto legal autoriza al Contralor General de la República para imponer la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años, en tanto que el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establecía el límite máximo de la referida sanción en tres (3) años. Ello así, corresponde determinar si, en el presente caso, se aplicó retroactivamente una norma desfavorable al recurrente. Para ello debe atenderse a lo señalado en el acto mediante el cual se impuso la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, la cual es del tenor siguiente:

“CONSIDERANDO

Que el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, establecía: ‘El Contralor General de la República o la máxima autoridad del respectivo organismo de acuerdo a la gravedad de la falta y al monto de los perjuicios causados, podrá imponer, además, la inhabilitación para el ejercicio de la función pública por un período no mayor de tres (3) años’.

CONSIDERANDO

Que el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, vigente a partir del 1° de enero de 2002, establece que: ‘... Corresponderá al Contralor General de la República de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable (...) e imponer, atendiendo a la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años...’

CONSIDERANDO

Que mediante auto decisorio de fecha 21 de octubre de 2004 (...) se declaró la responsabilidad administrativa del ciudadano SERGIO OCTAVIO PÉREZ MORENO (...) incurriendo con su conducta ya descrita (...) en los supuestos de hecho generadores de responsabilidad administrativa preceptuados en el artículo 113, numerales 1 y 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Tipificación jurídica que permanece en la nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal en los numerales 1 y 21 del artículo 91.

RESUELVE

De conformidad con lo establecido en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, vigente a partir del 1° de enero de 2002, en concordancia con lo previsto en el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República derogada, imponer al ciudadano SERGIO OCTAVIO PÉREZ MORENO (...) la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un período de dos (02) años, contados a partir de la presente Resolución”. (Destacado de la Resolución citada).

De lo anterior resulta claro para la Sala, que la sanción de inhabilitación fue impuesta por el lapso de dos (2) años y con fundamento en el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República aplicable *ratione temporis*. Sobre la base de lo expuesto, mal puede denunciarse que el Contralor General de la República incurrió en violación del principio de irretroactividad de la ley sancionatoria al dictar el acto impugnado, motivo por el cual se desestima el alegato esgrimido por la representación judicial del recurrente. Así se decide.

TSJ-SPA (0642)**22-5-2008**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Controversia administrativa en el Municipio Río Negro del Estado Amazonas.

El Contralor General de la República es el ente encargado de imponer la sanción de inhabilitación, al tiempo que se prevé como único presupuesto necesario para acordar dicha sanción la previa declaratoria de responsabilidad administrativa del funcionario, la cual se obtiene luego de la sustanciación de un procedimiento administrativo en el cual deberán lógicamente respetarse las garantías constitucionales del administrado.

Tal como se desprende de la parte narrativa de la presente decisión, el accionante pretende se decrete medida cautelar innominada con la finalidad de que sean inhabilitados preventivamente los ciudadanos Luis Alirio Avaristo, así como Mirla Escobar de Da Silva y Jorge López. El primero de ellos, en su carácter de Alcalde del Municipio Río Negro y los segundos como concejales de la Cámara Municipal del referido ente político territorial. Igualmente, solicita que por esta vía se “...declare al ciudadano Richart Camico, antes identificado, como Alcalde interino del Municipio Río Negro...” (sic).

Fundamentó lo anterior, en la dualidad de funciones que estaría presentándose en relación a la persona llamada a ejercer el cargo de Alcalde Interino de dicho Municipio, así como a los supuestos actos fraudulentos que el ciudadano Luis Alirio Avaristo, estaría cometiendo en complicidad con los referidos concejales.

Ahora bien, en cuanto a la procedencia de la pretensión cautelar formulada en tales términos, debe la Sala realizar algunas consideraciones respecto al procedimiento previsto en la ley para la declaratoria de inhabilitación de los funcionarios públicos en general.

De esta forma se aprecia, que el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional del Control Fiscal, vigente a partir del 1° de enero de 2002, consagra como atribución del Contralor General de la República, la atinente a la imposición de sanciones administrativas, tales como, las inhabilitaciones de los funcionarios por los periodos ahí establecidos.

Respecto al ejercicio de dicha atribución ha interpretado la Sala en jurisprudencia sobre el tema lo siguiente:

“...la imposición de las sanciones disciplinarias a que se refiere la nombrada disposición [artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional del Control Fiscal], requiere como único presupuesto la declaratoria de responsabilidad administrativa.

Es decir, dichas sanciones, aparte de la pecuniaria, son consecuencias jurídicas que, según la Ley, derivan de la declaratoria de responsabilidad administrativa, ‘sin que medie ningún otro procedimiento’, porque se erigen como actos-consecuencias, que resultan de un procedimiento o iter previo, preparatorio y necesario para su aplicación, el de la determinación de la responsabilidad administrativa, que es en el que se comprueba el ilícito administrativo y se determina dicha responsabilidad.

Así que, iniciar un nuevo procedimiento administrativo para la imposición de las sanciones que nos ocupan sería un contrasentido, pues además de que se iniciaría con base en los mismos hechos, se desnaturalizaría el tratamiento de la sanción como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad.

En tal sentido, las medidas de suspensión sin goce de sueldo, destitución e inhabilitación a que se refiere el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, viene precedida de un procedimiento previo, por lo que es dable afirmar que la relación entre la decisión de responsabilidad administrativa y las medidas disciplinarias en cuestión es de causa y efecto; de allí que el procedimiento de

determinación de responsabilidad administrativa es el procedimiento que motiva las sanciones disciplinarias previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal...". (Sentencia N° 00868 del 21 de julio de 2004).

Como puede apreciarse de la anterior transcripción, el Contralor General de la República es el ente encargado de imponer la sanción de inhabilitación, al tiempo que se prevé como único presupuesto necesario para acordar dicha sanción la previa declaratoria de responsabilidad administrativa del funcionario, la cual se obtiene luego de la sustanciación de un procedimiento administrativo en el cual deberán lógicamente respetarse las garantías constitucionales del administrado.

Comentarios Jurisprudenciales

LA SALA CONSTITUCIONAL COMO PODER CONSTITUYENTE: LA MODIFICACIÓN DE LA FORMA FEDERAL DEL ESTADO Y DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DIVISIÓN TERRITORIAL DEL PODER PÚBLICO

Allan R. Brewer-Carías

Resumen: *En este comentario se analiza la sentencia de la sala Constitucional de 15-04-08 en la cual al interpretar el artículo 164,10 de la Constitución, concluyó modificando su contenido, convirtiendo la competencia exclusiva que tienen los Estados en materia de conservación, administración y mantenimiento de la infraestructura nacional de vialidad y transporte, en una competencia concurrente con el Poder Nacional, que este puede incluso intervenir y “reasumir.”*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de nuevo, y con la impunidad que le garantiza el ser el más alto Tribunal de la República y “máximo y último intérprete de la Constitución” (art. 335), ha usurpado la voluntad popular y el poder constituyente que corresponde al pueblo, y ha “modificado” la Constitución, cambiando la forma federal del Estado, al trastocar el sistema de distribución territorial de competencias entre el Poder Nacional y los Estados de la federación en materia de infraestructura para la circulación y transporte, “nacionalizando”(centralizando), contra lo que expresamente dispone la Constitución, competencias atribuidas en forma exclusiva a los Estados.

El artículo 164,10 de la Constitución asigna competencia *exclusiva* a los Estados, en materia de “La conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Poder Nacional.” Sin embargo, la Sala Constitucional, en sentencia N° 565 de 15 de abril de 2008¹, dictada con motivo de decidir un recurso autónomo de interpretación de dicho artículo formulado por el Procurador General de la República, pura y simplemente “modificó” el contenido de esta norma constitucional y dispuso, como interpretación vinculante de la misma, que esa “competencia exclusiva” *no es tal competencia exclusiva*, sino una competencia concurrente y que, incluso, el Poder Nacional podía revertir a su favor la materia “descentralizada” eliminando toda competencia de los Estados.

La Sala Constitucional, en efecto, decidió que la Administración Nacional “en ejercicio de la potestad de coordinación pueda asumir directamente la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial,” y que “corresponde al Ejecutivo Nacional por órgano del Presidente de la República en Consejo de Ministros, decretar la intervención para asumir la prestación

¹ Cfr. Sentencia de la Sala Constitucional , N° 565 , caso *Procuradora General de la República*, recurso de interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de 1999 de fecha 15 de Abril de 2008, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/565-150408-07-1108.htm>

de servicios y bienes de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial,” en aquellos casos que la prestación del servicio “por parte de los Estados es deficiente o inexistente.”

Esa decisión del Juez Constitucional, más que una “interpretación” de la Constitución lo que contiene es una ilegítima “mutación” de la misma, que responde a la tendencia centralizante del régimen autoritario al cual sirve la Sala, y que constituye una usurpación de la soberanía popular a quien está reservado el poder constituyente.

I. EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS DEL PODER PÚBLICO EN LA “FEDERACIÓN DESCENTRALIZA” VENEZOLANA

Conforme se declara en el artículo 4 de la Constitución de 1999, “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.” Sin embargo, dicha declaración, en realidad, encubre un Estado federal centralizado, ya que la misma se contradice en muchas regulaciones que establece la propia Constitución.”²

Pero en todo caso, y a pesar de esas contradicciones, en la conformación del Estado con forma federal, se puede identificar al menos un núcleo esencial de la misma en la Constitución, que es expreso y que no puede cambiarse sino mediante una reforma constitucional, el cual se refiere, precisamente, al sistema de “distribución” del Poder Público que regula el artículo 136 “entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional,” el cual se materializa en la distribución de una serie de competencias entre los tres niveles territoriales.

Esa asignación de competencias, ciertamente tiene un acentuado desbalance, primero, por el conjunto de competencias que se asignan a favor del Poder Nacional (artículo 156) y, segundo, por las que se asignan a favor del Poder Municipal (artículos 178, 179), las cuales, comparadas con las competencias que se asignan al Poder Estatal, en cambio, muestran una lista bien exigua (artículo 164). En efecto, esta distribución de competencias además de referirse a *atribuciones* asignadas a los órganos de los tres niveles territoriales, enumera las *materias* sobre las cuales se ejercen esas atribuciones en los tres niveles territoriales.³

En esta forma, el artículo 156 de la Constitución enumera como de la “competencia del Poder Público Nacional...” un conjunto de *materias*, muchas de las cuales son de carácter exclusivo, como por ejemplo, la relativa a “La política y la actuación internacional de la República” (arts. 156,1; 152; 154); y otras de carácter concurrente con otros niveles territo-

2 Véase nuestros estudios sobre el tema, elaborados apenas la Constitución fue sancionada: Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 2001; “El Estado federal descentralizado y la centralización de la federación en Venezuela. Situación y perspectiva de una contradicción constitucional” en Diego Valadés y José María Serna de la Garza (Coordinadores), *Federalismo y regionalismo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 229, México 2005, pp. 717-750

3 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el régimen de distribución de competencias del Poder Público en la Constitución de 1999” en Fernando Parra Aranguren y Armando Rodríguez García Editores, *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, con ocasión del Vigésimo Aniversario del Curso de Especialización en Derecho Administrativo, Tomo I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 2, Caracas 2001, pp. 107-136.

riales. En relación con los Estados, el artículo 164 de la Constitución, además de un conjunto de atribuciones, también define unas *materias* que califica como de la “competencia exclusiva de los Estados”, entre las cuales está, por ejemplo, “la ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estatales” (ord. 9); y la “la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial...” (ord. 10).

En cuanto a los Municipios, en el artículo 178 se regula “la competencia del Municipio” traducida en un conjunto de *materias* que son de ejercicio exclusivo sólo en los aspectos que estrictamente conciernen a la vida local.

II. EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EXCLUSIVAS EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURA

Ahora bien, específicamente, en materia de infraestructura para la circulación y el transporte, la Constitución establece el siguiente sistema de distribución de competencias:

1. *Las materias de competencia exclusiva del Poder Nacional*

El artículo 156 de la Constitución atribuye al Poder nacional en materia de infraestructura para la circulación y el transporte, las siguientes competencias exclusivas entre los tres niveles territoriales:

A. *La ordenación normativa de las obras de infraestructura*

Corresponde en forma exclusiva al Poder Nacional *regular* el sistema normativo de las obras de infraestructura, para lo cual el artículo 156,19 le asigna competencia para “el establecimiento, coordinación y unificación de *normas* y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo.” Además, corresponde al Poder Nacional la competencia exclusiva para establecer “el *régimen...* de los puertos⁴, aeropuertos y su infraestructura” (art. 156,26).

B. *Las obras públicas nacionales*

En materia de obras públicas, la Constitución asigna competencia exclusiva al Poder Nacional, en materia de “obras públicas de interés nacional” (art. 156,20), por lo que la competencia en materia de obras públicas estatales y municipales corresponde, respectivamente, a los Estados y Municipios.

C. *La vialidad nacional*

Conforme al artículo 156,27, corresponde en forma exclusiva al Poder Nacional “el sistema de vialidad y de ferrocarriles nacionales⁵. Esta norma no reserva al Poder Nacional la vialidad, sino el *sistema* (se entiende, nacional) de vialidad nacional. Por ello, los Estados y Municipios, tienen competencia en materia de vialidad estatal y municipal, sometidos a las normas establecidas en materia de ingeniería por el Poder Nacional (art. 156,19).

4 Véase Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley General de Puertos en *G.O.* N° 37.589 del 11 de diciembre de 2002. Decreto N° 1.380 con Fuerza de Ley General de Marinas y Actividades Conexas en *G.O.* N° 37.321 del 9 de noviembre de 2001. Véase en general, sobre los puertos: Ricardo Baroni Uzcátegui, “Las competencias portuarias a la luz de la Constitución de 1999” en *DOCUMENTUM. Revista Marítima Venezolana de Investigación y Postgrado*, Vol. 3, N° 2 (mayo-diciembre). Caracas, 2000, pp. 191-206.

5 Véase Decreto N° 1.445, con fuerza de Ley de Sistema de Transporte Ferroviario Nacional en *G.O.* N° 37.313 del 30 de octubre de 2001.

D. *El transporte nacional*

El artículo 156,26 de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Poder Nacional, en materia de “El régimen de la navegación y del transporte aéreo, terrestre⁶, marítimo fluvial y lacustre, de carácter *nacional*...” Además, como se dijo, el artículo 156,27, atribuye al Poder Nacional competencia en materia de “ferrocarriles nacionales”⁷.

En consecuencia, también puede haber transporte estatal y municipal, cuyo régimen compete a Estados y Municipios. Sin embargo, sólo compete al Poder Nacional “las políticas nacionales y la legislación en materia naviera” (art. 156,23), lo que no excluye que pueda haber políticas estatales y municipales en esa materia.

E. *La competencia en materia de legislación general*

De acuerdo con el artículo 156,32, el Poder Nacional además de las competencias legislativas que tiene respecto de las materias que se le atribuyen, tiene la competencia exclusiva general respecto de la legislación en las “todas las materias de la competencia nacional.”(art. 156,32)

2. *Las materias de la competencia exclusiva del poder público estatal*

Al contrario de lo que sucede con el artículo 156 de la Constitución relativo a las materias de la competencia del Poder Nacional (algunas de las cuales son exclusivas y otras no), el artículo 164 de la Constitución sólo regula competencias *exclusiva* de los Estados, las cuales sin dejar de ser “exclusivas”, están reguladas como una exclusividad parcial, pues otros aspectos de las mismas materias se asignan a otros órganos del Poder Público.

A. *Las obras públicas estatales*

Al atribuirse al Poder Nacional competencia exclusiva en materia de obras públicas nacionales (art. 156,20), corresponde a los Estados la competencia exclusiva en materia de obras públicas estatales, con sujeción a las normas sobre ingeniería establecidas por el Poder nacional (art. 156,19).

B. *La vialidad estatal*

El artículo 164,9 de la Constitución atribuye a los Estados competencia exclusiva en materia de “La ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estatales”. Estas vías terrestres estatales son “las que conforman la red vial dentro del territorio de cada Estado, con exclusión de las vías de comunicación nacionales que se encuentren en el mismo y de las vías urbanas municipales”, tal como las definió el artículo 6 del Reglamento Parcial N° 7 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, en materia de vialidad terrestre⁸; siendo vías de comunicación nacionales, “las carreteras que atraviesan un Estado y salgan de sus límites” (art. 4,1).

6 Véase Decreto N° 1.535 con Fuerza de Ley de Tránsito y Transporte Terrestre en *G.O.* N° 37.332 del 26 de noviembre de 2001.

7 Véase Decreto N° 1.445, con fuerza de Ley de Sistema de Transporte Ferroviario Nacional en *G.O.* N° 37.313 del 30 de octubre de 2001.

8 Véase en *G.O.* N° 35.327 de 28-10-93.

La precisión del ámbito de la materia objeto de esta competencia exclusiva es importante, ya que el artículo 156 asigna al Poder Nacional competencia en cuanto al “sistema de vialidad y de ferrocarriles nacionales” (ord. 27); y el artículo 178,2 atribuye a los Municipios competencia en materia de “vialidad urbana”.

C. *La administración de la vialidad nacional*

Siguiendo la decisión adoptada por la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989⁹ (art. 11,3), que tenía rango constitucional,¹⁰ el artículo 164,10 de la Constitución, constitucionalizando esa materia, como se ha dicho, asignó competencia exclusiva a los Estados, en materia de “La conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales... en coordinación con el Poder Nacional.”

Esta competencia, sin embargo, está sujeta al ejercicio de la competencia nacional en materia de “sistema de vialidad y ferrocarriles nacionales” (art. 156,27) y además, la deben ejercer los Estados sujetos a “la coordinación con el Poder Nacional,” que éste debe regular.

D. *Administración de puertos y aeropuertos comerciales*

La Constitución, también siguiendo la política de descentralización de competencias efectuada a favor de los Estados por el artículo 11,5 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989, constitucionalizó la previsión legal, e igualmente asignó competencia exclusiva a los Estados en materia de “la conservación, administración y aprovechamiento de... puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Poder Nacional”¹¹ (art. 164,10).

En esta materia, sin embargo, la competencia exclusiva estatal es de ejercicio parcial, pues el Poder Nacional tiene competencia en materia de “el régimen de... los puertos, aeropuertos y su infraestructura” (art. 156,26) y, en todo caso, la competencia exclusiva estatal debe ejercerse “en coordinación con el Poder Nacional” conforme al régimen que se establezca en la legislación nacional.

3. *Las materias de la competencia exclusiva del Poder Municipal en cuanto concierne a la vida local*

El artículo 178 de la Constitución contiene una larga enumeración de materias que se atribuyen a los Municipios, pero en la mayoría de los casos no son materias de la competencia exclusiva de los mismos. Lo que es exclusivo de los Municipios es “el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigne esta Constitución y las leyes nacionales, *en cuanto concierne a la vida local*”, es decir, los aspectos de esas materias que “*conciernen a la vida local*”, pero las materias, en sí mismas, abarcan competencias atribuidas concurrentemente al Poder Nacional y al Poder Estatal.

9 Véase en *G.O.* N° 37.753 del 14-08-2003.

10 V. Carlos Ayala Corao, “Naturaleza y alcance de la descentralización estatal” en Allan R. Brewer-Carías et al., *Leyes para la Descentralización Política de la Federación*, Caracas 1994, pp. 99 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Caracas 1999, pp. 122 y ss.

11 *Cfr.* Sentencia de la Sala Constitucional, N° 2495, caso *Estado Carabobo vs Decreto 1.436 con Fuerza de Ley General de Puertos* de fecha 19 de Diciembre de 2006, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/2495-191206-02-0265.htm>

Entre esas materias asignadas a los Municipios en el artículo 178 están, precisamente, las siguientes referidas a infraestructura: la ordenación territorial y urbanística (ord. 1); arquitectura civil, nomenclatura y ornato público; vialidad urbana (ord. 2); circulación y ordenación del tránsito de vehículos y personas por vías municipales (ord. 2); servicios de transporte público urbano de pasajeros (ord. 2). A este listado debe agregarse la competencia municipal en materia de “obras públicas municipales” dado que el artículo 156,20 atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva sólo en materia de obras públicas *nacionales*.

4. *El contraste del régimen constitucional de intervención del Poder Nacional en materia de competencias concurrentes*

Aparte de las competencias exclusivas de los tres niveles territoriales del Poder Público, la gran mayoría de las materias referidas a las competencias que en los artículos 156, 164 y 178 se distribuyen entre los mismos, en realidad, son materias de la competencia concurrente entre la República, los Estados y los Municipios, o entre la República y los Municipios o entre la República y los Estados, quedando su precisión, en ausencia de una “enumeración” constitucional (como las relativas a la salud, educación, servicios sociales, ordenación del territorio, medio ambiente, promoción de la agricultura, ganadería, industria y comercio, defensa civil, promoción de la ciencia y la tecnología, deporte y servicios públicos)¹², a lo que disponga la ley nacional.

En todo caso, son estas materias de competencias concurrentes las que conforme al artículo 165 de la Constitución deben ser reguladas mediante *leyes de bases*¹³ dictadas por el Poder Nacional y, además por *leyes de desarrollo* que deben sancionar los Consejos Legislativos de los Estados.

Lo importante a destacar aquí es que estas *leyes de base* no pueden referirse a las materias de la competencia exclusiva, global o parcial, que se asignan a los Estados indicadas en el artículo 164, sino sólo a las materias de la competencia *concurrente*. Además, esas leyes, en todo caso, conforme al artículo 206 de la Constitución, durante el proceso de su discusión, deben obligatoriamente someterse a consulta de los Estados, a través de los Consejos Legislativos.

III. LA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN 2007 PARA NACIONALIZAR LA COMPETENCIA DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN Y CONSERVACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA VIAL NACIONAL

La forma federal del Estado y la distribución territorial de competencias establecidas en los artículos 156 y 164 de la Constitución, a la cual nos hemos referido, fue uno de los temas a los que se refirió la reforma constitucional que, a iniciativa del Presidente de la República, se pretendió aprobar durante el año 2007, y que fue rechazada por el pueblo en referendo de 2 de diciembre de 2007. Con la misma expresamente se buscaba modificar el mencionado sistema, centralizando aún más al Estado.

12 Ello sin embargo, no se hizo. Por ello nuestro voto salvado al respecto. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, (18 octubre-30 noviembre de 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 193 y 194.

13 Cuya noción estaba en el proyecto de Constitución discutido en la Asamblea (art. 203), pero fue eliminado. Véase en general, Véase José Peña Solís, “Dos nuevos tipos de leyes en la Constitución de 1999: leyes habilitantes y leyes de bases”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*, N° 119, Caracas, 2000, pp. 79-123.

En efecto, tanto en las *Propuestas de Reforma Constitucional* que formuló la Comisión Presidencial para la Reforma Constitucional en junio de 2007,¹⁴ como en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional* presentado por el Presidente de la República el 15 de agosto de 2007 ante la Asamblea Nacional¹⁵ y que la misma sancionó en noviembre de 2007, en relación con la distribución de competencias públicas entre los tres niveles territoriales de gobierno, por una parte, se buscaba terminar de centralizar materialmente todas las competencias del Poder Público en el nivel nacional, mediante la asignación de nuevas competencias al Poder Nacional, centralizándose las competencias que se atribuyen en la Constitución a los Estados, que se buscaban eliminar; y por la otra, se pretendía terminar de vaciar a los Estados y Municipios de las competencias que le quedan en la Constitución, mediante la obligación que se les imponía de transferir sus competencias a los Consejos Comunales, con lo que en definitiva hubieran quedado como entequejas vacías.¹⁶

En cuanto a la centralización de competencias en el nivel nacional en particular se buscaba atribuir al Poder Nacional, en el artículo 156,27, es decir, se pretendió “nacionalizar” la competencia que el artículo 164,10 de la Constitución de 1999 atribuye a los Estados en materia de la conservación, administración y aprovechamiento de autopistas y carreteras nacionales, lo que hubiera implicado la modificación de los ordinales 9 y 10 del artículo 164 de la Constitución, que como se ha visto, asignan competencia a los Estados en materia de “la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional.”¹⁷

Ahora bien, dicha reforma constitucional propuesta fue rechazada expresa y abrumadoramente por el pueblo en el referendo de diciembre de 2007, por lo que la competencia de los Estados establecida en el referido artículo 164,10 de la Constitución, quedó sin modificación. Sin embargo, en fraude a la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo se encargó de efectuar dicha modificación, al usurpar ilegítimamente la voluntad popular, incluso contrariándola y pasó a mutar el contenido y sentido de la norma, vía interpretación, pretendiendo hacer lo que no se pudo lograr en la consulta popular. No sólo se trata de una modificación constitucional ilegítima e inconstitucional, sino hecha en fraude a la Constitución, es decir, del procedimiento de revisión de la misma, defraudando a la vez la voluntad popular.

14 El documento circuló en junio de 2007 con el título “Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “Modificaciones propuestas”. El texto completo fue publicado como Proyecto de Reforma Constitucional. Versión atribuida al Consejo Presidencial para la reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Editorial Atenea, Caracas, 1 de julio de 2007.

15 Véase el documento Proyecto de Exposición de Motivos para la Reforma Constitucional, Presidencia de la República, Proyecto Reforma Constitucional. Propuesta del presidente Hugo Chávez Agosto 2007; y la publicación: Proyecto de Reforma Constitucional. Elaborado por el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías Editorial Atenea, Caracas agosto 2007, p. 19.

16 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la Consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista*. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007, Colección Textos Legislativos, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 41 ss.

17 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al Proyecto Inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de Noviembre de 2007)*, Colección Textos Legislativos, N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 72 ss.

IV. LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN FORMULADA POR EL EJECUTIVO NACIONAL ANTE LA SALA CONSTITUCIONAL

En efecto, como se dijo, la Procuraduría General de la República, el 26 de julio de 2007, interpuso un recurso de interpretación ante la Sala Constitucional de la norma contenida en el numeral 10 del artículo 164 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referido al tema de la “coordinación con el Ejecutivo Nacional de la competencia exclusiva atribuida a los Estados para conservar, administrar y aprovechar las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos.” El recurso se fundamentó en “la incertidumbre jurídica en cuanto al alcance y límites de su competencia” que existía en el Ministerio de Infraestructura, el cual “sin invadir las competencias atribuidas a los Estados,” consideraba que el precepto mencionado “no es lo suficientemente claro para lograr establecer de una forma eficiente y precisa el ámbito y forma de actuación del Ejecutivo Nacional, respecto a la coordinación con los Estados de la administración, conservación y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial.”¹⁸

En definitiva, la interpretación del artículo 164,10 de la Constitución se solicitó, dada “la ambigüedad que envuelve a la naturaleza de la relación de coordinación entre los estados y el Ejecutivo Nacional, respecto a las potestades de administración, conservación y aprovechamiento, genera numerosos inconvenientes de orden interpretativo en la diaria gestión del Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura”, con el objeto de que la Sala estableciera con claridad lo siguiente:

“1.- Naturaleza jurídico-constitucional de la relación de coordinación que vincula la competencia de los estados con el Ejecutivo Nacional; y [el] (...) 2. Ámbito de actuación del Ejecutivo Nacional en cuanto a la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en virtud de la relación de coordinación que vincula la competencia de los estados con el Ejecutivo Nacional...”

La solicitud de interpretación, por tanto, se hizo respetando la competencia exclusiva de los Estados, sin intención de invadirla, referida al alcance de la “coordinación” que corresponde al Ejecutivo nacional. El resultado, sin embargo, fue distinto, pues la Sala de oficio reformó la Constitución, y pura y simplemente, eliminó la competencia exclusiva de los Estados en la materia, y la convirtió en una competencia concurrente sujeta a la técnica puntual de “descentralización” que puede ser intervenida, revertida y reasumida por el Poder Nacional.

V. LA ARGUMENTACIÓN MALABARISTA DE LA SALA CONSTITUCIONAL PARA RESOLVER LA SUPUESTA “CONFUSIÓN” CONSTITUCIONAL

Para efectuar esa ilegítima modificación de la Constitución, la Sala comenzó por afirmar que la redacción del artículo 164.10 constitucional resultaba “confusa, en lo relativo a la *coordinación* entre el Ejecutivo Nacional y los Estados en ejercicio de las *denominadas* com-

18 La situación concreta que originó la consulta, según se narra en la sentencia, se refería “a la coordinación con el Estado Trujillo de la administración, conservación y aprovechamiento del Puerto La Ceiba, ubicado en el Municipio La Ceiba de dicho estado, cuya propiedad pertenece a la República y que en fecha 19 de noviembre de 1990, fue dado en concesión por el extinto Instituto Nacional de Puertos a la sociedad mercantil Suramericana de Puertos, C.A., por un lapso de veinte años.” *Cfr.* Sentencia de la Sala Constitucional, N° 565, caso *Procuradora General de la República*, recurso de interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de 1999 de fecha 15 de Abril de 2008, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/565-150408-071108.htm>

petencias exclusivas de dichos entes político territoriales,” lo cual supuestamente generaba “una aparente antinomia que debe resolverse a fin de viabilizar la gestión eficaz y eficiente de los servicios públicos de puertos y aeropuertos de uso comercial, así como de las carreteras y autopistas nacionales.”

Para resolver la confusión, la Sala Constitucional se refirió a “la competencia *normativa* del Poder Público Nacional y Estatal respecto de las materias reguladas en el artículo 164.10 de la Constitución,” indicando que la interpretación del alcance y sentido de dicha norma, exigía un “análisis concatenado” con el artículo 156.26 de la Constitución, pues “la materia de navegación, transporte aéreo, terrestre, marítimo, fluvial y lacustre, de carácter nacional, puertos, aeropuertos y su infraestructura, es competencia del Poder Público Nacional;” según el cual, “al Poder Público Nacional, le corresponde legislar” sobre dichas materias desde el momento que dicha norma “otorga al Poder Legislativo Nacional, la competencia para dictar *el régimen*”, cuya acepción es precisamente la de un “conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o una actividad.”

En cuanto al artículo 164.10 de la Constitución, la Sala estimó que la misma atribuye al Poder Público Estatal la competencia “*exclusiva*”, de “conservar, administrar y aprovechar las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial que se encuentren dentro de la jurisdicción de que se trate.” De esta concurrencia de competencias que ostentan tanto el Poder Público Nacional como el Estatal, dedujo la Sala que en la materia, el Poder nacional y los Estados tienen competencia “en diversos grados ... pues al legislador nacional le compete elaborar el régimen general” de las mismas, y a los Estados les compete “la conservación, administración y aprovechamiento” de dicha infraestructura.

En otras palabras, la Sala Constitucional estimó que conforme al artículo 156.26 de la Constitución, compete al legislador nacional no solo “definir el contenido de ese régimen o legislación básica en materia de navegación, transporte de carácter nacional, puertos, aeropuertos y su infraestructura” sino en consecuencia, *regular* “la conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial.”

Ello sin embargo, es contrario a la Constitución, pues en la materia de conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, el artículo 164,10 no estableció una materia de “competencia concurrente” sino de competencia *exclusiva* de los Estados, por lo que en la materia, es falso que haya una “asignación de la *legislación básica* al nivel nacional del ejercicio del Poder Público, y la *legislación de desarrollo* de ésta al nivel estatal”, que sólo existe, constitucionalmente, en materias de competencia *concurrente* y no en los casos de competencias exclusivas.

La Sala, en efecto, erradamente dijo:

“Ciertamente, esa homogeneidad o estandarización por normas de rango legal, que viabilizan la consecución de un funcionamiento eficaz y adecuado de la prestación de servicios y bienes a los intereses generales de la nación, sólo es posible si el nivel nacional en ejercicio del Poder Público, determina una normativa básica que delimite la actividad que en ejecución de la competencia *concurrente* desplieguen los Estados.”

Es decir, la Sala Constitucional desconoció el carácter de competencia exclusiva de los Estados en esta materia, y la trastocó, contrario a la Constitución, en competencia concurrente, reconociéndole entonces al Poder nacional poderes que no tiene en la Constitución como fijar los “principios o pautas generales en cuanto al funcionamiento o a la prestación igualitaria de los servicios, sino que puede incidir en la planificación de las actividades, en la organi-

zación interna del ente ejecutor, en la creación de órganos mixtos y en otros aspectos similares;” y todo ello, porque el artículo 164.10 de la Constitución somete la conservación, la administración y el aprovechamiento que hagan de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial a los estados a la “*coordinación con el Ejecutivo Nacional*”. De ello, concluyó la Sala que las normas constitucionales supuestamente permiten “que el legislador nacional intervenga en un mayor grado con su regulación sobre la ejecución, conservación y administración que de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial hicieren los Estados en coordinación con el Ejecutivo Nacional,” lo cual no tiene asidero constitucional alguno.

De lo anterior, la Sala volvió a referirse, en su sentencia, a la existencia de una “aparente contradicción” entre “la *coordinación* entre el Ejecutivo Nacional y los Estados en ejercicio de las *denominadas competencias exclusivas* de dichos entes político territoriales,” y para resolverla, se refirió a “los antecedentes constitucionales de la descentralización político territorial regulada en los artículos 136.20 y 137 de la Constitución de 1961 y desarrollada por los artículos 11.3 y 11.5 la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público” de 1989. Sin embargo, la Sala pasó por alto que en la materia, la norma del artículo 11,3 de la mencionada Ley Orgánica de Descentralización que se refería a la “transferencia” a los Estados de la competencia exclusiva en la “la conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras, puentes y autopistas en sus territorios”, había quedado tácitamente derogada con la previsión de la Constitución de 1999 (art. 164,10); y más bien se refirió a la reforma parcial de dicha Ley de 2003, que reprodujo las disposiciones de la de 1989 sin que el Legislador hubiera tenido el cuidado de adaptarla a la nueva Constitución, particularmente en cuanto al cambio de naturaleza de la competencia, que en lugar de ser concurrente pasó a ser exclusiva de los Estados.

En tal sentido la Sala expresó erradamente, como si la Constitución de 1999 nada hubiera cambiado y la Ley de Descentralización de 1989 reformada en 2003 hubiera seguido íntegramente en vigencia, que:

“En tal sentido, la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público reguló un conjunto de competencias concurrentes, las cuales permiten la gestión coordinada de la República y los Estados; la posibilidad de la República de transferir esas competencias concurrentes a los Estados mediante el procedimiento establecido en la ley y, en caso de haberse verificado la transferencia de competencias, prevé la posibilidad de una reversión por parte del Ejecutivo Nacional con fundamento en razones de mérito, oportunidad y conveniencia.

De estas normas de la Ley Orgánica, la Sala pasó a argumentar sobre las competencias exclusivas de los Estados sobre las “vías terrestres estatales” (artículo 164,9) y trastocó el sentido de la norma constitucional del artículo 164,10 al indicar que lo que regulaba era “la competencia de conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial conforme al contenido del artículo 164.10, *conjuntamente con el Ejecutivo Nacional* (y no al Poder Público Nacional, cuya competencia es de naturaleza normativa y no de gestión)”, lo que no está establecido en la Constitución. Una cosa es una competencia exclusiva de los Estados que deben ejercer en coordinación con el Ejecutivo Nacional, y otra cosa en el ejercicio conjunto de competencias entre los Estados y el Ejecutivo Nacional, lo que no está regulado en la Constitución.

De esta falsedad, la Sala pasó a referirse a otro tema relativo al origen de las inversiones y a la naturaleza de los bienes de la infraestructura vial resultante de las mismas, señalando que en materia de construcción de “puentes y vías terrestres estatales” los mismos son de competencia exclusiva y originaria de los Estados no sólo en virtud de su carácter regional,

sino fundamentalmente debido a su origen demanial; y que en cuanto a las “carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial nacionales (no Estadales)”, resultado de la “ejecución de planes de desarrollo realizados directamente por el Poder Nacional”, la Sala los consideró como “bienes y servicios cuya titularidad corresponde a la República, ya que los mismos son producto de la inversión de ese ente político territorial dado su carácter de obras y servicios de interés nacional.” Hasta aquí la Sala Constitucional no hizo otra cosa que parafrasear, en algunos casos erradamente, la Constitución, pero para llegar a una conclusión falsa: que como las carreteras y puentes nacionales son bienes de la República, lo que es obvio, “en caso de haber sido transferidos a los Estados *pueden ser cogestionados por éstos a través de convenios, pero también reasumidos por el Poder Público Nacional mediante un procedimiento de reversión, ya que la titularidad originaria de los mismos le corresponde a la República.*”

Simplemente, para argumentar en esta forma, la Sala Constitucional se olvidó que fue la propia Constitución de 1999 la que declaró como competencia *exclusiva* de los Estados, la “conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial,” independientemente y sin desconocer que se trate de bienes nacionales; y ninguna importancia tiene el que se pueda calificar como servicio público la gestión de esas competencias, en los términos de los artículos 106 al 109 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, del artículo 22 de la Ley General de Puertos y en lo relacionado a los aeropuertos comerciales, y de los artículos 44, 45 y 62 de la Ley de Aeronáutica Civil. La verdad es que esas citas legales son inocuas y en nada influye el que se trate de actividades de servicio público a los efectos de la competencia exclusiva de los Estados.

Y de esta referencia a los servicios públicos, de la nada, la Sala concluyó afirmando, lapidariamente, que:

“cuando el artículo 164 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala que los Estados tienen *exclusividad* sobre las competencias descritas en el numeral 10 -y no así en el resto del contenido normativo del artículo *sub examine*-, debe interpretarse en el sentido que sólo los Estados como entes político territoriales *pueden ser objeto de una descentralización territorial sobre dichas materias*, lo cual no excluye la descentralización funcional o la cogestión, sobre bienes y servicios cuya titularidad originaria mantiene la República.”

Es decir, la Sala se olvidó que no fue la Ley de Descentralización de 1989 ni su reforma de 2003 la que “descentralizó” en los Estados la competencia mencionada, sino que fue la propia Constitución de 1999, directamente, la que constitucionalizó la transferencia de competencia que se había efectuado en 1989, calificándola ahora como “competencia exclusiva” de los Estados.

Como tal, la misma ni es una competencia de ejercicio “conjunto” con órganos del Poder Nacional, ni estos pueden “reasumirla” en forma alguna; y el hecho de que los puertos o aeropuertos comerciales, autopistas, carreteras y puentes sean “nacionales”, en tanto bienes públicos, no autoriza en forma alguna como lo afirmó la Sala, que “Ejecutivo Nacional, podrá ejercer competencias exorbitantes como la *intervención* en aras de garantizar la continuidad, calidad, y normalidad de tales servicios; hayan sido o no, transferidos a los Estados.”

Después de estas afirmaciones sin asidero constitucional, la Sala Constitucional pasó a analizar teóricamente el tema de la distribución territorial de competencias en la Constitución en el sentido de que no puede ser interpretada en el sentido de postular “una distribución de competencias formulada conforme al modelo de separación absoluta de competencias,” la

cual consideró incompatible con el sistema federal venezolano el cual consideró, citando una anterior sentencia de la Sala N° 2.495/06, que seguía el “modelo de federación descentralizado cooperativo.”¹⁹

En este contexto, la Sala pasó entonces a analizar el sentido de voz “*coordinación*” en el artículo 164.10 de la Constitución, considerando que “implica la integración de órganos y entes a un objetivo, la jerarquía o superioridad del ente u órgano que coordina y la estandarización de la prestación de un servicio o bien público.”

Después de este argumento, que nada agrega, la Sala Constitucional pasó inmediatamente a “mutar” o modificar la Constitución en la materia de la competencia exclusiva de los Estados en la “conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial”, distinguiendo las situaciones que pudieron haber resultado de la ejecución de la Ley de Descentralización de 1998, y que en todo caso no era procedente hacer, pues la Constitución de 1999 derogó en la materia, la norma de aquella Ley.

En efecto, la Sala pasó a hacer una distinción inexistente después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, entre: (i) que la “competencia en materia de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial no la ejerzan los Estados;” (ii) que la ejerzan “parcialmente” o, (iii) que “a pesar de haber sido transferidas el servicio prestado es deficiente o inexistente.”

Esta distinción no es posible hacerla después de que la Constitución de 1999 entró en vigencia, en la cual se asignó a los Estados competencia exclusiva en la materia, independientemente de que algunos no la hubieran asumido.

Por tanto, en cuanto a la primera hipótesis, es falso que después de 1999, la mismo pudiera existir, y menos que conforme lo decidió la Sala Constitucional, en caso de que no se hubiese producido conforme a la Ley de Descentralización de 1989 y durante la vigencia de la Constitución de 1961 “la correspondiente transferencia”, después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, corresponda entonces a la República continuar:

“prestando el servicio y mantenimiento de los bienes, de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, según sea el caso, lo cual genera no sólo la obligación de administrar y conservar, sino la posibilidad de aprovecharse de los mismos, en aquellos casos que exista una contraprestación por el ejercicio de tales competencias.”

Esto no es más que una burda e ilegítima modificación del artículo 164,10 de la Constitución de 1999 que al contrario, sin distingo alguno atribuye esa materia a la competencia “exclusiva” de los Estados, sin perjuicio de que en la ejecución de la misma deba haber una coordinación con el Ejecutivo Nacional.

Es también igualmente falsa la segunda hipótesis que distinguió la Sala, referida a los casos en los cuales los Estados hubieran asumido conforme a la Ley de Descentralización de 1989, la competencia de conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, y que en la misma pudiera suceder que conforme a supuestos “convenios interadministrativos”, “la República pudiera ejercer las competencias de conservación, administración y aprovechamiento de manera directa, conforme a la correspondiente ley y demás normas aplicables.” Ello simplemente sería violatorio de la Constitución.

19 Cfr. Sentencia de la Sala Constitucional, N° 2495, caso *Estado Carabobo vs. Decreto 1.436 con Fuerza de Ley General de Puertos* de fecha 19 de Diciembre de 2006, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/2495-191206-02-0265.htm>

En cuanto a la tercera hipótesis, cuando se hubiera producido la transferencia a los Estados de las competencias para la conservación, administración y aprovechamiento del servicio o bien, es falso que en caso de que “la prestación del servicio o bien por parte de los Estados es deficiente o inexistente, resulta ineludible que en estos supuestos se deba producir una *intervención* directa del Poder Público Nacional; y menos que “la Administración disponga de un *poder general implícito* o de la cláusula general de orden público, para poder condicionar, limitar o intervenir los derechos y libertades constitucionalmente proclamados en orden a una hipotética articulación de los mismos con la utilidad común o general.”

No sólo ello es contrario a la garantía de la reserva legal, sino que no está regulado en la Constitución, y además, fue el artículo 164 de la misma y no la ley de 1989 el que definió la distribución de competencias, no disponiendo nada sobre la supuesta prestación deficiente del servicio y la potestad del Poder Nacional de “intervenir” el servicio, lo cual, por lo demás, no hay forma cómo la Sala pueda convertirlo en algún “poder implícito” de la República para desconocer el principio de legalidad que exige que las competencias estén consagrada en norma expresa.

Y menos puede argumentar la Sala que en estos caso, pudiera el Ejecutivo Nacional, supuestamente tener “facultad de ejercer la *reversión* de la transferencia conforme al ordenamiento jurídico”, ya que la tal “transferencia” si se produjo fue por la Constitución de 1999 y no por alguna Ley o convenio.

VI. LA ILEGITIMA “MUTACIÓN” DE LA CONSTITUCIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL

Después de todos los argumentos y malabarismos interpretativos realizados por la Sala Constitucional, antes analizados, la misma pasó a modificar el artículo 164,10 de la Constitución que atribuye a los Estados *competencia exclusiva* en materia de “la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de los puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Poder Nacional,” y en su lugar dispuso como interpretación vinculante de dicha norma, que la misma no dice lo que dice, sino que lo que dice lo contrario:

a.- Que *no se trata de una competencia exclusiva*, sino de una *competencia concurrente* sobre la cual el legislador nacional debe “establecer mediante *leyes de base* reguladoras... de las *competencias concurrentes*, de la República con los Estados y los Municipios, sino también de las de estos últimos entre sí.”

b.- Que los Estados *no tienen la competencia exclusiva que la Constitución les asigna* sino que lo que pueden es “ejercer *conforme a la legislación base* y en coordinación con el Ejecutivo Nacional la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, *previa transferencia de competencias conforme al procedimiento de descentralización territorial*.”

c.- Que, por tanto, la Constitución no ha dispuesto distribución de competencias alguna en esta materia a favor de los Estados, sino que estos pueden sólo ser destinatarios “de una descentralización territorial” en la materia. Por ello, la Sala fue terminante en afirmar que “Sólo los Estados como entes político territoriales pueden ser objeto de una descentralización territorial sobre dichas materias.”

d.- Que los Estados no tienen la competencia exclusiva que les asigna la Constitución, en materia de carreteras y autopistas nacionales, así como de los puertos y aeropuertos de uso comercial nacionales (no Estadales), que son bienes y servicios nacionales; y que sólo en

caso de sean “transferidos a los Estados (descentralización funcional) pueden ser cogestionados por éstos a través de convenios, pero también *revertidos*, ya que la titularidad originaria de los mismos le corresponde a la República, conforme al ordenamiento jurídico vigente.” Sin embargo, de acuerdo con la Sala Constitucional, en estos casos, “se concibe que la Administración en ejercicio de la potestad de coordinación pueda *asumir directamente* la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, en aras de mantener a buen resguardo los derechos de los usuarios a la prestación de un servicio público en condiciones de calidad.”

En estos casos, sin base constitucional o legal alguna, la Sala Constitucional dispuso que “corresponde al Ejecutivo Nacional por órgano del Presidente de la República en Consejo de Ministros, decretar la intervención para asumir la prestación de servicios y bienes de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, en aquellos casos que a pesar de haber sido transferidas esas competencias, la prestación del servicio o bien por parte de los Estados es deficiente o inexistente, sobre la base de los artículos 236 y 164.10 de la Constitución.”

Después de una ilegítima “modificación constitucional” de esta naturaleza, realizada mediante interpretación vinculante, que trastocó el orden jurídico o, como lo dijo la propia Sala, la misma “genera una necesaria revisión y modificación de gran alcance y magnitud del sistema legal vigente.” Por supuesto, después de lo que hizo, la Sala Constitucional no pudo concluir en otra forma que no fuera advirtiendo “de oficio y por razones de orden público constitucional, ... que el contenido de la presente decisión debe generar una necesaria revisión y modificación del ordenamiento jurídico legal vigente,” para lo cual exhortó a la Asamblea Nacional que “proceda a la revisión y correspondiente modificación de la normativa legal vinculada con la interpretación vinculante establecida en la presente decisión²⁰, en orden a establecer una regulación legal congruente con los principios constitucionales y derivada de la interpretación efectuada por esta Sala en ejercicio de sus competencias.” Es decir, la Sala conminó al legislador a legislar en contra de la Constitución de 1999, y conforme a una ilegítima modificación constitucional de la misma impuesta por la propia Sala.

De nuevo, con esta sentencia, la Sala Constitucional de Venezuela pone en evidencia el peligro que representa para el Estado constitucional de derecho y para la legitimidad de la justicia constitucional, que el órgano encargado de ejercerla sea un órgano sometido al Poder, instrumento del autoritarismo. Los ciudadanos, el pueblo, en casos como este, quedan inermes, pues se les modifica su Constitución sin su participación, y sin seguirse el procedimiento prescrito en la misma, y no tienen vías para exigir el control de los actos ilegítimos contrarios a ella. La verdad es que no les queda otra vía que su desconocimiento conforme al artículo 350 constitucional. El guardián de la Constitución, convertido en instrumento del autoritarismo, simplemente no es controlable en su poder omnímodo, ya que sus sentencias son irrevisables. Por ello, de nuevo, en esta materia, la pregunta de siempre *Quis Custodiet Ipsos Custodes?*, queda sin respuesta.²¹

20 De ello resulta según la sentencia: “la necesaria revisión general de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, Ley General de Puertos y la Ley de Aeronáutica Civil, sin perjuicio de la necesaria consideración de otros textos legales para adecuar su contenido a la vigente interpretación.”

21 Véase Allan R. Brewer-Carías, “*Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación*”, en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27.

REELECCIÓN INDEFINIDA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Manuel Rojas Pérez
*Profesor de Derecho Administrativo y
Contencioso Administrativo*

Resumen: *Este artículo hace un breve análisis de la visión de la Sala Constitucional sobre la inclusión de la reelección indefinida en la Constitución, ya que pareciera que este órgano jurisdiccional, sin decirlo expresamente, deja las puertas abiertas para tal figura.*

La Sala Constitucional, mediante sentencia número 700, del 29 de abril de 2008, declaró inadmisibles un recurso de interpretación por medio de la cual el solicitante solicitaba a esa Sala Constitucional interpretara de cara a la Constitución: “... si una eventual enmienda o reforma constitucional que tenga por objeto modificar el artículo 230 de la Constitución para restablecer la reelección indefinida o continua es contraria o no al principio fundamental establecido en el artículo 6 de la Constitución referido a que el gobierno de Venezuela es y será siempre un ‘gobierno alternativo’, por una parte y por la otra, si mediante el procedimiento de enmienda o reforma constitucional se puede o no, alterar o modificar el mencionado principio constitucional...”. Pretendemos aquí hacer un muy breve resumen del fallo, y hacer unas concisas observaciones.

A pesar que la decisión de la Sala fue inadmitir la pretensión del solicitante, la sentencia que comentaremos anuncia importantes tópicos sobre la visión de ese órgano jurisdiccional, en cuanto a la posibilidad de establecer la figura de la reelección indefinida, asunto que, como es sabido, fue rechazado el 2 de diciembre de 2007 en el referendo para la aprobación de reforma constitucional presentado por el presidente de la República.

I. LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

El solicitante, abogado Luis Hueck Henríquez, solicitó se interpretaran dos elementos: (i) en primer lugar, si es contrario al artículo 6 de la Carta Magna, que establece el carácter alternativo del gobierno de Venezuela, la realización de una enmienda o reforma constitucional para implementar la reelección indefinida, y (ii); en todo caso, si mediante el procedimiento de enmienda o reforma se puede alterar tal norma.

II. LA VISIÓN DE LA REELECCIÓN INDEFINIDA SEGÚN LA SALA CONSTITUCIONAL

La Sala Constitucional al entrar a conocer sobre la admisibilidad de la solicitud de interpretación constitucional verificó que no puede afirmarse que la reelección sea un principio incompatible con la democracia. En ese sentido la Sala afirmó –refiriéndose a la figura general de la reelección, y no a la indefinida o continua– que, la reelección puede ser una herramienta de utilidad que garantice la continuidad en el desarrollo de las iniciativas que benefician a la sociedad. Asimismo, estableció que esta figura sirve para que los ciudadanos manifiesten directamente su censura por un gobierno que considere no ha realizado sus acciones.

Con esta afirmación, puede verse que la posición de la Sala Constitucional es la de aprobar la figura de la reelección como principio anclado en el sistema democrático. Sin embargo, toda vez que la interpretación solicitada refería específicamente a la “reelección indefinida”, pudiera interpretarse que la Sala Constitucional en verdad se refirió a ésta última, la cual, como se sabe, no se encuentra consagrada en la Constitución de 1999.

Para llegar a la conclusión antes señalada, la Sala se basó en su propia doctrina, particularmente en las sentencias números 2413 y 1974 del 2008, mediante la cual se señaló, y así la citó la Sala: que “...*aquellos cargos de elección popular en los cuales el Constituyente haya establecido límites para la reelección, éstos pueden perfectamente ser revisados, modificados o eliminados, a través de los mecanismos de reforma constitucional previstos en la Constitución de 1999...*”.

De modo tal, la Sala es de la opinión que la reelección no supone un cambio de régimen o forma de Estado, y muy por el contrario, reafirma y fortalece los mecanismos de participación dentro del Estado Democrático, Social de Derecho y Justicia, ampliando y dando progresividad dicha figura al derecho de elección de los ciudadanos, optimizando a su vez los mecanismos de control por parte de la sociedad respecto a sus gobernantes, haciéndolos examinadores y juzgadores directos de la administración que pretenda reelegirse, y por lo mismo, constituiría un “...*verdadero acto de soberanía y de ejercicio directo de la controlaría social...*”.

Por estas razones, la Sala Constitucional inadmitió la solicitud de reelección indefinida, ya que dicho órgano entendió que la Sala ya habría resuelto la duda alegada mediante las sentencias números 1488, 2413 y 1974 del 2008, persistiendo en ella el criterio de interpretación asentado, esto es, sobre la posibilidad de concebir a la reelección (se insiste, en términos generales) como un mecanismo que no solo se apega a los principios constitucionales, sino que además fortalece a la democracia.

III. EL VOTO SALVADO

Ante esta decisión, el magistrado Pedro Rondón Haaz salvó su voto, ya que consideró que la solicitud no era inadmisibile, toda vez que la Sala “...*no se ha pronunciado acerca de la duda concreta...*” es decir, si es posible a través de enmienda o reforma constitucional la modificación del artículo 230 de la Constitución para el establecimiento de la posibilidad de reelección indefinida al cargo de presidente de la República.

Señala el voto salvado que el *thema decidendum* es diferente al que fue objeto de las sentencias en las que el fallo alega que se habría interpretado la situación de cara al marco constitucional, ya que esos fallos se refirieron al alcance del artículo 230 de la Constitución, y la solicitud de interpretación fue la reelección indefinida se puede establecer la posibilidad de reelección indefinida.

IV. NUESTRAS OBSERVACIONES

Como bien advirtió el voto salvado, la Sala Constitucional en verdad no resolvió la hipótesis del solicitante de la interpretación. Muy por el contrario, la pregunta sobre si por medio de enmienda o reforma se puede establecer la figura de la reelección indefinida, simplemente no fue contestada.

La Sala en la sentencia bajo análisis, se limitó a determinar el alcance de la figura de la reelección de los cargos de elección popular, sin entrar a considerar (i) la constitucionalidad o no de la aplicación de reelecciones indefinidas, y (ii) cual sería el mecanismo constitucional de aplicación de la misma.

Debió la Sala Constitucional entrar a determinar si la reforma o enmienda constitucional son factibles a los efectos de incorporar al sistema constitucional la figura de la reelección indefinida. No limitarse a establecer las bondades de la reelección.

Y aquí va nuestra segunda crítica al fallo, y en general, al tratamiento que la Sala ha dado al caso. La solicitud de interpretación tiene como fin la figura de la reelección indefinida. Sin embargo, la Sala solo analizó la reelección, sin determinar su aspecto limitado o indefinido.

La crítica que hacemos va en el sentido que no era necesario que la Sala Constitucional hiciera tal análisis y defensa de la reelección, ya que esta figura está consagrada en la Constitución en su artículo 230.

En todo caso, y siendo que la pretensión del solicitante se refería a la reelección indefinida, en verdad la Sala Constitucional quiso referirse a ella. Y en tal sentido, pareciera dejar la puerta abierta a la posibilidad de incorporar al ámbito constitucional la posibilidad de reelegir indefinidamente los cargos de elección popular. Decimos esto desde que la Sala afirma que la reelección es una herramienta útil que garantiza la continuidad de las políticas públicas “...*que beneficien a la sociedad...*”.

Sin embargo, estamos en terreno de las hipótesis, las cuales desde un aspecto científico no son las más acertadas. Sin embargo, la ambigüedad del fallo nos hace concluir que la intención de la Sala Constitucional es dejar la puerta abierta a la reelección indefinida, aun cuando la misma fue rechazada por el pueblo el 2 de diciembre de 2007 mediante referendo.

DE CÓMO LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL
EN VENEZUELA, NO SÓLO LEGISLA DE OFICIO,
SINO SUBREPTICIAMENTE MODIFICA LAS REFORMAS
LEGALES QUE “SANCIONA”, A ESPALDAS DE LAS PARTES
EN EL PROCESO: EL CASO DE LA ACLARATORIA
DE LA SENTENCIA DE REFORMA DE LA
LEY DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE 2007

Allan R. Brewer-Carías

Resumen: *Se trata de un análisis de la forma cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia “modificó” su sentencia N° 980-08 de 17 de junio de 2008, de aclaratoria de la sentencia N° 390 de 9 de marzo de 2007, en la cual, a su vez, se aclaró el sentido de la sentencia N° 301 de 27 de febrero de 2007, mediante la cual la Sala Constitucional reformó, de oficio, el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta.*

I. LA “REFORMA” DE LA LEY DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA POR LA SALA CONSTITUCIONAL, SUS VICIOS Y CARENCIAS, Y LA ACLARATORIA SOBRE EL EJERCICIO FISCAL A PARTIR DEL CUAL DEBÍA APLICARSE (2007)

El 27 de febrero de 2007, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo dictó sentencia N° 301¹ (Caso: *Adriana Vigilancia y Carlos A. Vecchio*), y luego de declarar *inadmisible* una acción popular de inconstitucionalidad que había sido intentada seis años antes, en 2001, por dos destacados abogados tributaristas Adriana Vigilancia García y Carlos A. Vecchio, de oficio pasó a “reformar” el artículo 31 de dicha Ley, que no había sido impugnado, y ni siquiera había sido mencionado en el juicio.²

El artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta sancionada por la Asamblea Nacional, tenía el siguiente texto:

“Artículo 31. Se consideran como enriquecimientos netos los sueldos, salarios, emolumentos, dietas, pensiones, obviaciones y demás remuneraciones similares, distintas de los viáticos, obtenidos por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia.

1 Expediente N° 01-2862. Véase en *Gaceta Oficial* N° 38.635 de fecha 01-03-2007.

2 Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional como legislador positivo de oficio en materia tributaria. La legitimación activa en la acción popular y la impugnación de leyes derogadas”, en *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 565 ss.

También se consideran como enriquecimientos netos los intereses provenientes de préstamos y otros créditos concedidos por las instituciones financieras constituidas en el exterior y no domiciliadas en el país, así como las participaciones gravables con impuestos proporcionales conforme a los términos de esta ley”.

En su sentencia, la Sala Constitucional modificó la preposición de dicha norma, disponiendo que en consecuencia la misma quedaba con el siguiente nuevo texto o texto reformado:

“Artículo 31. Se consideran como enriquecimientos netos los salarios devengados en forma regular y permanente por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia. También se consideran como enriquecimientos netos los intereses provenientes de préstamos y otros créditos concedidos por las instituciones financieras constituidas en el exterior y no domiciliadas en el país, así como las participaciones gravables con impuestos proporcionales conforme a los términos de esta Ley.

A los efectos previstos en este artículo, quedan excluidos del salario las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que la Ley considere que no tienen carácter salarial.” (Subrayados de la nueva redacción)”.

Sobre esta sentencia dijimos, al comentarla en 2007, que con la misma la Sala había procedido

“a legislar en la oscuridad del Palacio de Justicia, sólo tenuemente iluminado por el bello vitral que en él se exhibe, sin que nadie se enterara, en sigilo, a espaldas de las partes del proceso, de la colectividad de contribuyentes en general, y de toda otra persona que hubiera podido tener interés y que la Sala estaba obligada a convocar.

Los vicios en los que ha incurrido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en esta sentencia-reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, constituyen la negación de las bases del Estado democrático de derecho, atentando en forma inexcusable contra la majestad y prestigio de dicho Tribunal y de la Jurisdicción Constitucional que, al contrario, debería ser la garantía última de aquél.”³

Dentro del cúmulo de vicios y errores que contenía la sentencia, uno que resultaba de bulto era que al tratarse de una inconstitucional “reforma” de la Ley que en usurpación de funciones hacía el juez constitucional, nada sin embargo indicaba en la misma sobre la entrada en vigencia de la reforma, es decir, si se aplicaba al ejercicio fiscal de 2006 o de 2007.

Esta carencia de la irregular “reforma” legal, motivó que los representantes tanto de la Procuraduría General de la República como del servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria SENIAT), solicitaran aclaratoria de la sentencia en relación a sus efectos en el tiempo, y como resultado, la Sala Constitucional mediante sentencia N° 390 de 9 de marzo de 2007, aclaró “en aras de la certeza jurídica que debe a los justiciables y a la administración tributaria”, que la reforma legal efectuada en el fallo N° 301 del 27 de febrero de 2007, “no es aplicable al período fiscal correspondiente al año 2006 pues el mismo se inició antes de que se hiciera tal interpretación”, siendo sólo aplicable, “a partir del ejercicio fiscal siguiente, de acuerdo a lo establecido en la normativa del Código Orgánico Tributario vigente y la legislación sobre impuesto sobre la renta, la cual no ha sido modificada.” Dejó claramente sentado la Sala, entonces, que los efectos de la reforma legal que había “sancionado” no se aplicaban al ejercicio fiscal de 2006, sino al ejercicio fiscal siguientes, es decir, el de 2007.

3 *Idem*, pp. 591-592.

Las dudas originadas por tan irregular reforma legal, tanto en los contribuyentes y en la propia Administración tributaria, motivó que con posterioridad a la sentencia y su aclaratoria persistieron, otros contribuyentes distintos a quienes habían sido parte en el proceso judicial, en los primeros meses de 2008 procedieran a solicitar nuevas aclaratorias, precisamente “respecto del ejercicio fiscal a partir del cual debe aplicarse el contenido de la referida sentencia”, informándose que el “SENIAT en su portal fiscal había informado durante el año 2007 y comienzos del 2008 que debería incluirse todo lo devengado por el contribuyente (ingresos fijos + ingresos accidentales o eventuales), para la declaración del Ejercicio Fiscal año 2007, y todos los contribuyentes declararon y pagaron como estipulo el SENIAT”. En definitiva, se solicitó a la Sala que aclarase “cuándo, en realidad, se aplica dicha reforma, 2007 o 2008.”

La Sala Constitucional dictó sentencia N° 980-08 en fecha 17 de junio de 2008⁴, “aclarando” nuevamente la sentencia de 27 de febrero de 2007, para ello, sin embargo, tuvo que previamente dilucidar el tema de la legitimación activa para la formulación de solicitudes de aclaratoria de sentencias, ya que las mismas de acuerdo con lo establecido en el artículo 252 del Código de procedimiento Civil, sólo pueden formularla las partes en el juicio respectivo.

II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LAS SOLICITUDES DE ACLARATORIAS DE SENTENCIAS CON EFECTOS *ERGA OMNES*

En efecto, habiéndose solicitado diversas aclaratorias por contribuyentes que no fueron parte en el juicio en el cual se dictó la sentencia “reformatoria”, la Sala, en su sentencia N° 980-08 de 17 de junio de 2008, se refirió a este tema, recordando que en muchos fallos precedentes, había resuelto que dicha norma se debía aplicar en sentido estricto sólo en aquellos juicios “en los que no existe una simple controversia entre partes perfectamente identificadas.” En consecuencia, en los juicios en los cuales las sentencias dictadas tienen efectos *erga omnes*, la Sala consideró que la norma no tenía aplicación.

En primer lugar, se refirió la Sala a los juicios por derechos e intereses colectivos y difusos, en los cuales a pesar de que en ellos sí existe controversia, la Sala ha considerado que los alcances generales del fallo dictado en esos procesos inciden sobre situaciones jurídicas de sujetos que no participaron en modo alguno en el trámite que le dio origen.

Citó así, la Sala, su sentencia N° 961 del 24 de mayo de 2002 (caso: *Créditos Mejicanos*) en la cual consideró que por cuanto en ese tipo de procesos surgidos de acciones por derechos o intereses difusos o colectivos, “las sentencias que se dicten surten efectos a favor o en contra de todo el mundo y no sólo a favor o en contra de los que efectivamente se constituyen en partes dentro del proceso”, el artículo 252 del Código no se aplica “ni para solicitar la aclaración o ampliación, ni para que el Tribunal la provea,” agregando que:

“Se trata de una peculiaridad de esta clase de procesos que incluye ampliaciones dirigidas a partes o a terceros que no asistieron al juicio, pero cuya colaboración puede, incluso, ser necesaria para que la sentencia dictada sea idónea y equitativa, y la tutela efectiva de los derechos e intereses difusos o colectivos se adapte al Estado Social de Derecho y de Justicia que impera en la República (artículo 2 constitucional).”

En segundo lugar, la sala también se refirió a las sentencias logradas con ocasión de acciones de interpretación constitucional, respecto de las cuales citando su sentencia N° 1278/2005 (caso: *Municipio Maracaibo del Estado Zulia*), consideró que en esos procesos no

4 Exp. N° 01-2862.

puede “limitarse las peticiones de aclaratoria y ampliación de fallos interpretativos al breve lapso previsto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil,” considerando que dicho artículo “no aplica al recurso de interpretación.”

En tercer lugar, la sala se refirió también al caso de las acciones de anulación de normas, al estimar que en estos supuestos “la controversia tiene alcance general y, en consecuencia, la decisión (sea de desestimación de la demanda, de anulación del dispositivo o, como en el caso de autos, de interpretación constitucionalizante de la norma) tiene alcance *erga omnes*” (Caso: *Sc N° 1984/2007*, caso: *FOGADE*).

III. LA RATIFICACIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA APLICACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA “REFORMA” LEGAL QUE “SANCIONÓ” EN 2007, PARA EL EJERCICIO FISCAL 2007

Resuelto el tema de la legitimación activa para admitir una de las aclaratorias solicitadas, la formulada por una persona natural que se declaró “contribuyente”, la Sala Constitucional hizo mención expresa en la sentencia N° 980-08 de 17 de junio de 2008, a su sentencia aclaratoria anterior N° 390 del 9 de marzo de 2007, en la cual dispuso que en la sentencia inicial de N° 301 de 27 de Febrero de 2007, se señaló expresamente que la misma:

“no es aplicable al período fiscal correspondiente al año 2006 pues el mismo se inició antes de que se hiciera tal interpretación, de modo que la interpretación efectuada del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta se aplicará, a partir del ejercicio fiscal siguiente”.

El ejercicio fiscal siguiente al de 2006, sin duda era el de 2007. No hay forma temporal para que pueda pensarse que el ejercicio fiscal siguiente al de 2006 es el de 2008 u otro distinto al de 2007.

Sin embargo, a pesar de esta precisión, la Sala Constitucional en su sentencia N° 980-08 del 17 de junio de 2008, reconoció que “aún existen dudas respecto al período fiscal al cual se debía aplicar dicha decisión si al 2007 o al 2008, ello dada la fecha en la cual se publicó el citado fallo, y a las informaciones aportadas por el Servicio de Administración Tributaria y Aduanera (SENIAT)”, concluyendo con el siguiente dispositivo:

“Pues bien, la aclaratoria dictada el 9 de marzo de 2007, dispuso que tal decisión “no es aplicable al período fiscal correspondiente al año 2006 pues el mismo se inició antes de que se hiciera tal interpretación, de modo que la interpretación efectuada del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta se aplicará, **a partir del ejercicio fiscal siguiente**”, es decir, al año 2007, ello en virtud de que para la fecha en que se dictó la sentencia y su aclaratoria –año 2007-, ya se había iniciado el proceso de declaración definitiva del impuesto sobre la renta correspondiente al año 2006, el cual culminó el 31 de enero de 2007.

Por tanto, la declaración del impuesto sobre la renta se efectuaría conforme lo estipula la sentencia N° 301, a partir del ejercicio fiscal correspondiente al año 2007, cuya declaración anual definitiva se efectuó hasta el 31 de marzo de 2008.” (negritas en el original) (cursivas añadido)

Por ello, en la parte dispositiva del fallo, se resolvió expresamente:

“SEGUNDO: **ADMITE** la solicitud de aclaratoria presentada por el abogado Obdulio J. Camacho y **ACLARA** que la interpretación constitucional efectuada en la sentencia N° 301 del 27 de febrero de 2007, se aplica a partir del ejercicio fiscal correspondiente al año 2007, cuya declaración definitiva se efectuó hasta el 31 de marzo de 2008.” (cursiva agregada)

La Sala, por otra parte, procedió a considerar que “visto el efecto general ocasionado por la interpretación formulada por esta Sala Constitucional, así como las confusiones generadas incluso en el órgano encargado de la recaudación (SENIAT) se estima necesario aclarar también lo siguiente, partiendo de que en las consideraciones efectuadas en la sentencia N° 301 del 27 de febrero de 2007, la Sala expuso lo que sigue:

“En consideración al criterio esbozado, la Sala es de la opinión que la norma que estipula los conceptos que conforman el enriquecimiento neto de los trabajadores, puede ser interpretada conforme a los postulados constitucionales, estimando que éste sólo abarca las remuneraciones otorgadas en forma regular (salario normal) a que se refiere el parágrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, con ocasión de la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, excluyendo entonces de tal base los beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental, pues de lo contrario el trabajador contribuyente perdería estas percepciones -si no en su totalidad, en buena parte- sólo en el pago de impuestos”.

En vista de ese contenido del fallo del 27 febrero de 2007, la Sala entonces en su sentencia aclaratoria N° 980-08 de 17 de junio de 2008 decidió en cuanto a las remuneraciones que deben considerarse regulares y permanentes, lo siguiente:

“Estas remuneraciones que deben considerarse regulares y permanentes están claramente dispuestas en el párrafo cuarto del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, en el cual se señala que “cuando el patrono o el trabajador estén obligados a cancelar una contribución, tasa o impuesto, se calculará considerando el salario normal correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquél en que se causó”. Esa norma precisa que la regularidad y permanencia debe evaluarse en un período específico de tiempo: MENSUAL. Así pues, son regulares y permanentes las remuneraciones que recibe el trabajador con regularidad mensual.”

III. LA MODIFICACIÓN SUBREPTICIA DE LA SENTENCIA ACLARATORIA N° 980-08 DE 17 DE JUNIO DE 2008, DISPONIÉNDOSE, SIN QUE SE SEPA POR QUIEN, QUE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DE “REFORMA” LEGAL DE 2007, EN LUGAR COMENZAR A APLICARSE A PARTIR DEL EJERCICIO FISCAL 2007, SE APLICARÁN A PARTIR DEL EJERCICIO FISCAL 2008

La sentencia N° 980-08 antes mencionada de la Sala Constitucional de fecha 17 de junio de 2008, de nueva aclaratoria a la sentencia N° 301 de 27 de febrero de 2007, fue publicada en el portal <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/980-170608-01-2862.htm> del Tribunal Supremo de Justicia.

Una semana después, el 25 de junio de 2008, el diario *El Universal* de Caracas, publicó una reseña con el título “SENIAT objeta sentencia divulgada por el TSJ”⁵, en la cual se dio cuenta que el Director de esa Superintendencia había indicado a través de un “Comunicado”, que eran “falsas las informaciones que señalan que, según reciente decisión del Tribunal Supremo de Justicia, la declaración del Impuesto sobre la Renta correspondiente al ejercicio fiscal 2007 debió calcularse sobre el salario normal y no a partir de todos los ingresos percibidos en ese lapso,” precisando que “la decisión del Tribunal Supremo de Justicia que modifica los ingresos a ser considerados en la declaración y pago del ISLR fue emitida en febrero de 2007, por lo cual la normativa vigente establece que comienza a regir el primer día del año fiscal 2008.”

5 http://www.eluniversal.com/2008/06/25/eco_ava_seniat-objeta-senten_25A1723679.shtml

Para fundamentar la “falsedad” alegada, el Comunicado del SENIAT indicó que “la su- puesta ponencia del magistrado Francisco Carrasquero del pasado 17 de junio no ha sido publicada por el TSJ, por cuanto carece de toda veracidad lo difundido a través de un diario de circulación nacional,” agregando lo siguiente:

“Esta decisión no ha sido publicada en *Gaceta Oficial*, por cuanto no puede hacerse de conocimiento público ni considerarse sentencia firme. El proyecto no ha sido publicado por el TSJ, por lo que no es veraz la información publicada por el diario *El Universal* sobre la declaración estimada de los ingresos para el pago del Impuesto sobre la Renta (ISLR) del ejercicio fiscal del año 2007”, recalcó.

“Esta información se coló de manera malintencionada, lo que podría generar una matriz de opinión contraria y confusa entre los contribuyentes, advirtió.”

El resultado de este Comunicado del SENIAT, como lo informó el mismo diario *El Universal*, en la reseña del de 25 de junio de 2008, fue que a pesar de que la decisión mencionada de la Sala Constitucional del 17 de junio de 2008, sí había sido publicada en la página web del propio TSJ, el día de “ayer [24-06-08], tras la aclaratoria del SENIAT, ya no se encontraba en el sitio en Internet del máximo tribunal. No obstante, en la tarde de ayer sí seguía disponible en el *site* del TSJ, específicamente en el aparte sobre la cuenta de la Sala Constitucional, la referencia a la sentencia.” Se decía, además, que el SENIAT hacía “es- fuerzos con el máximo tribunal del país para expresar lo más claramente posible los ingresos que serán calculados para la declaración de rentas correspondiente al ejercicio fiscal 2008, a ser cancelado hasta el 31 de marzo de 2009”.

El lamentable resultado de ese “esfuerzo” del Poder Ejecutivo fue que el texto de la sen- tencia N° 980-08 del 17 de junio de 2008, después publicado y luego retirado del portal del Tribunal Supremo, fue alterado, cambiándose por otro texto y, además, cambiándose inclu- so el sentido de la anterior sentencia de 27 de febrero de 2007, a la cual se refirió la aclarato- ria de 9 de marzo de 2007, que se cita en la nueva sentencia.

En efecto, el párrafo antes transcrito de la sentencia N° 980-08 de 17 de junio de 2008 en el cual se precisa que “**el ejercicio fiscal siguiente**” a partir del cual se aplica la sentencia de 27 de febrero de 2007, **es el año 2007**, fue cambiado en el nuevo texto de la sentencia que aparece en el mismo portal del Tribunal Supremo, indicándose ahora que “**el ejercicio fiscal siguiente**” a partir del cual se aplica la sentencia de 27 de febrero de 2007, es “**el año 2008**”. El párrafo reza ahora así:

“Pues bien, la aclaratoria dictada el 9 de marzo de 2007, dispuso que tal decisión “no es apli- cable al período fiscal correspondiente al año 2006 pues el mismo se inició antes de que se hiciera tal interpretación, de modo que la interpretación efectuada del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta se aplicará, **a partir del ejercicio fiscal siguiente**”, *es decir, al año 2008*, ello en virtud de que para la fecha en que se dictó la sentencia y su aclaratoria *ya se había iniciado el periodo fiscal correspondiente al año 2007. Por tanto, la declaración del impuesto sobre la renta se efectuaría conforme lo estipula la sentencia N° 301, a partir del ejercicio fiscal correspondiente al año 2008, cuya declaración anual definitiva deberá efectuarse antes del 31 de marzo de 2009.*

Por otra parte, habiéndose ya realizado la declaración del impuesto correspondiente al año 2007, los efectos del fallo 301/2007 y de la presente aclaratoria tienen que ser, necesaria- mente, “ex nunc” (es decir, hacia el futuro).” (negrita en el original) (en cursiva lo que fue al- terado en la nueva publicación de la sentencia)

La consecuencia de esta alteración fue, también, la alteración efectuada en la sentencia, en la parte dispositiva, así:

“SEGUNDO: ADMITE la solicitud de aclaratoria presentada por el abogado Obdulio J. Camacho y ACLARA que la interpretación constitucional efectuada en la sentencia N° 301 del 27 de febrero de 2007, se aplica a partir del ejercicio fiscal correspondiente al año 2008, cuya declaración definitiva se efectuará hasta el 31 de marzo de 2009.” (cursivas agregadas)

Con esta insólita “alteración” de la sentencia aclaratoria N° 980-08 del 17 de junio de 2008, la Sala Constitucional no sólo modificó de nuevo, de oficio, subrepticia e impunemente su sentencia original de esa misma fecha, sino que por esa vía, incluso, modificó lo que decidió en la sentencia aclaratoria del 9 de marzo de 2007, respecto de lo resuelto en la sentencia N° 301 de 27 de febrero de 2007.

Pero las alteraciones a la sentencia no se quedaron allí, sino que se refirieron al tema decidido en el fallo del 27 febrero de 2007, de manera que la Sala también cambió el párrafo de la sentencia sobre la materia de remuneraciones que deben considerarse regulares y permanentes, por el siguiente:

“Estas remuneraciones que deben considerarse regulares y permanentes están claramente dispuestas en el párrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, en el cual se señala que “A los fines de esta Ley se entiende por salario normal, la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente por la prestación de su servicio. Quedan por tanto excluidos del mismo las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que esta Ley considere que no tienen carácter salarial. Para la estimación del salario normal ninguno de los conceptos que lo integran producirá efectos sobre sí mismo”. (En cursiva los cambios efectuados).

La consecuencia de esta nueva decisión fue la “eliminación” del texto de la sentencia original, del dispositivo TERCERO que decía:

“TERCERO: Se ACLARA que a los efectos del artículo 31 de la Ley de Impuestos sobre la Renta, “son regulares y permanentes las remuneraciones por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, las que se ocasionan con regularidad mensual” (subrayado en el original).

Uno de los principios más fundamentales del procedimiento judicial es el establecido en el mismo artículo 252 del Código de Procedimiento Civil que regula las aclaratorias de sentencias, en el cual se expresa terminantemente que “después de pronunciada la sentencia definitiva ... no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronunciado.”

Lamentablemente, en este caso, no sólo el Tribunal Supremo de Justicia, una semana después de dictada, reformó el texto de la sentencia N° 980-08 del 17 de junio de 2008, sino que ello lo hizo subrepticamente, sin dictar nueva sentencia, mediante una simple “corrección” del texto que fue publicado en la página web del Tribunal.

Además, en esta reforma de la sentencia se modificó lo establecido en otra sentencia anterior de 2007 en la cual el propio Tribunal Supremo de Justicia había “reformado” la Ley de Impuesto sobre la Renta. Por ello, en definitiva, la subrepticia reforma de la sentencia en junio de 2008, también violó el artículo 218 de la Constitución que exige expresamente que “las leyes se derogan por otras leyes,” que en este irregular caso, sólo podría ser por otra sentencia del juez constitucional, lo que por supuesto era imposible por prohibirlo el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil. Era más fácil proceder a modificar el texto de la sentencia en la página web, y en lugar del original poner otro !!

BIBLIOGRAFÍA

Referencia bibliográfica

*Palabras en el Acto de Presentación del libro
La Ciudad Ordenada
de Allan R. Brewer-Carías
en la Real Academia de Legislación y
Jurisprudencia de Madrid, 11 de junio 2008*

Eduardo García de Enterría y
Tomás Ramón Fernández

*Académicos de número de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid
Allan R. Brewer-Carías*

SUMARIO

- I. PALABRAS DEL PROFESOR EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
- II. PALABRAS DEL PROFESOR TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ
- III. PALABRAS DEL PROFESOR ALLAN R. BREWER-CARÍAS

I. PALABRAS DEL PROFESOR EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

Es un honor para esta Real Academia presentar el impresionante y formidable libro que ha escrito Allan R. Brewer-Carías, *La Ciudad Ordenada*.

Brewer-Carías es un Profesor de Derecho Administrativo venezolano, hoy en exilio político, en Nueva York, por razón del peculiar régimen de gobierno que ha instalado en su país el singular dictador Chávez.

Brewer es bastante más joven que los administrativistas españoles que en 1950 nos lanzamos a la magnífica aventura que ha sido la *Revista de Administración Pública*, pero ha estado directamente vinculado a nuestro grupo desde que comenzó a estudiar Derecho Administrativo. Así resulta de los índices de la propia Revista, en la que comienza a publicar artículos hace ya más de 40 años, en el número 43, cuando tenía escasos 25 años, pasando a ser uno más entre los colaboradores habituales de la misma.

No es extraño este vínculo temprano, porque Brewer ha trabajado con quien fue nuestro compañero de esta Real Academia, Sebastián Martín Retortillo, que enseñó en la Universidad Central de Venezuela y su Instituto de Derecho Público dos cursos completos. También Brewer es deudor en su formación de otro iuspublicista y politólogo español ilustre, Manuel García Pelayo, que enseñó muchos años en dicha Universidad y se convirtió en un venezolano tras su matrimonio con una discípula suya venezolana, Chelita, aún en activo en el campo de la historia de las ideas políticas.

Pero su personalidad trasciende en mucho de esta conexión con los administrativistas españoles, pues se trata, a juicio de muchos, y desde luego del mío, de la primera figura del Derecho Público, y en concreto del Derecho Administrativo hispanoamericano. Es, con mucho, el autor más fecundo entre los administrativistas hispanoamericanos, fecundidad que está jalonada por una serie de obras fundamentales que no sólo han cambiado en su totalidad el Derecho Público venezolano, sino que están en la vanguardia de todo el Derecho Público de aquel continente.

Me permito recordar que Venezuela es uno de los países hispanoamericanos que acusa quizás el mayor tiempo histórico de gobiernos dictatoriales de su historia. La democracia verdadera no se instaló hasta la segunda mitad del siglo XX, y no había alcanzado, me parece 50 años cuando ha venido a romperla de nuevo en 1998 el tirano Chávez. En 1958, en efecto, con el llamado “Pacto de Punto Fijo”, que suscribieron todos los líderes de los partidos democráticos hasta entonces clandestinos (estamos aún al final de la dictadura de Pérez Jiménez, que, por cierto, se exilia a España, donde morirá): fueron Rómulo Betancourt del Partido Social Demócrata, Rafael Caldera del demócrata cristiano, y Jóvito Villalba del partido democrático y liberal, que se conciertan para establecer la democracia en Venezuela, con elecciones libres y la construcción de un Estado de Derecho. Ese pacto inauguró, en efecto, la mejor época democrática, lo cual dura hasta 1998, cuando es elegido Presidente el populista Hugo Chávez. Entonces se dicta una nueva Constitución, llamada bolivariana, pero que, menos retóricamente, lo que hace es instaurar un régimen autoritario de concentración del poder, centralizado (desmontando el federalismo tradicional) y militarista autoritario. El pueblo venezolano rechazó, sin embargo, en 2007, en referéndum convocado por Chávez, el intento de éste de hacer vitalicio su poder, lo que sólo aprobó el 30% del cuerpo electoral.

Brewer-Carías participó de forma resuelta contra estos proyectos chavistas, lo que le llevaría, finalmente, a la necesidad de exiliarse, acogiéndose a la hospitalidad norteamericana, donde la prestigiosa Columbia University le hace Profesor Adjunto, allí ejerce hoy su docencia, dando cursos, por cierto en inglés.

Con un curriculum de este calibre, se comprende que Brewer haya reunido un impresionante conjunto de reconocimientos, como los doctorados honoris causa (entre ellos en nuestras Universidades Carlos III en 1996 y Granada en 1986). Su *Libro Homenaje*, que se editó en España por Cívitas en 2003, tiene 145 contribuciones y tres nutridos volúmenes. Sólo enumerar sus publicaciones requeriría más tiempo del que disponemos. En grueso, ha publicado unos 120 libros (alguno con varios tomos). Sus obras más relevantes: *Instituciones políticas y constitucionales* -7 tomos-, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano, Principios fundamentales del Derecho Público (Derecho Constitucional y Derecho Administrativo)*, *Derecho Administrativo*, 2 tomos, etc.

Su distanciamiento con el régimen “bolivariano-chavista” desde sus orígenes lo lleva también a libros abierta y duramente críticos, como *Hacia la consolidación de un Estado socialista centralizado, policial y militarista*, 2007; *La reforma constitucional de 2007, Crónica de la “In”Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, 2007 y tantos y tantos trabajos más.

Sus obras se publican en general en Caracas, aun ahora. Sin embargo, su oposición frontal al régimen imperante le ha terminado forzando al exilio y comienza a publicar ya en Bogotá, en México, en París, en Cambridge (*Judicial Review in Comparative Law*), en Guayaquil, en México, Costa Rica, en España, como el libro que hoy presentamos.

Para nosotros los administrativistas españoles, que mantenemos con él una relación fraternal, es el más sólido, el más importante, el más entusiasta iuspublicista de toda Hispanoamérica.

La calidad de jurista de este hombre, a la que esta Real Academia, acaba de designar “miembro honorario” (como había hecho antes la Real Academia granadina y otras muchas instituciones latinoamericanas), se manifiesta en toda su fuerza y esplendor en el formidable libro cuya presentación es el objeto de este acto, *La Ciudad Ordenada*, donde acierta a conjugar una sorprendente y apurada calidad de historiador del régimen indiano anterior a la independencia, así como su condición de urbanista del mundo actual, las dos cosas de absoluto primer orden.

Pero de esta obra va a hablar en particular nuestro colega el Prof. Tomás Ramón Fernández, a quien cedo inmediatamente la palabra.

Diré, para concluir, que es un honor para la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación española poder tener entre nosotros tan formidable personalidad y presentar esta obra capital del urbanismo histórico y moderno que es *La Ciudad Ordenada*, que pienso que quizás sea el libro más trabajado y preparado por el Prof. Brewer entre toda su impresionante producción bibliográfica.

II. PALABRAS DEL PROFESOR TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ

UN LIBRO ENVIDIABLE: *LA CIUDAD ORDENADA*, DE A.R. BREWER-CARÍAS. THOMSON-ARANZADI, 2008

1. Es para mí una gran satisfacción presentar aquí públicamente esta obra del Prof. Brewer-Carías. Una satisfacción doble, por el autor y por la obra misma. Por el autor, porque me une a él y a Beatriz, su esposa, una estrecha amistad desde hace más de treinta años. De su mano hice mi personal descubrimiento de América en un viaje a Caracas del que guardo un recuerdo imborrable porque coincidió con nuestra transición política y, en concreto, con aquellos Pactos de La Moncloa que pusieron freno a un proceso de inflación galopante que, de haber continuado, hubiera hecho imposible la pacífica restauración de la democracia. Por esos Pactos, tan cruciales que acababan de firmarse cuando llegué a Caracas me preguntaron con avidez, sentados ambos, a mi derecha uno y a mi izquierda otro, en el mismo sofá, dos ilustrísimos juristas transterrados a resultas de la guerra civil, Manuel García Pelayo y el Dr. Moles Caubet, menos conocido entre nosotros, pero respetadísimo en Venezuela como maestro de todos los administrativistas de aquel país, como Randy Brewer se complace en proclamar en una nota de la obra que ahora nos reúne.

Mi satisfacción por presentarla a Uds. está, como podrán comprobar, más que justificada. Es un libro envidiable en el sentido más estricto de la palabra. Uno de esos libros que a cualquiera de nosotros y, desde luego, a mí nos hubiera gustado escribir.

Se trata, en efecto, de un libro que acredita a su autor, sin necesidad de apelar a su densa biografía, como lo que es por encima de todo: un profesor universitario. Y un profesor excepcional, además, porque sólo un profesor universitario de esa categoría es capaz de escribir un libro de este porte por puro capricho, por el puro placer de saber y de comunicar a los demás lo aprendido. Sólo un profesor de ese nivel es capaz de mantener durante tanto tiempo la tensión precisa para llevar a término una obra tan ambiciosa y de tan extraordinaria envergadura.

2. Porque este libro tiene, ciertamente, una larga historia. Es fruto de un trabajo de muchas horas durante muchos años sostenido con particular empeño, sin conformarse nunca, a

pesar de que los resultados obtenidos le permitieron al autor, hace ya doce años, ofrecer una primera versión que otros muchos, la mayoría me atrevería a decir, hubiera estado dispuesto a dar por definitiva con legítimo y justificado orgullo, además.

En 1.996, en efecto, con motivo de su investidura como doctor honoris causa por la Universidad Carlos III, el Instituto Pascual Madoz de dicha Universidad, dirigido por nuestro compañero el Prof. Parejo Alfonso, publicó con este mismo título lo que, ya que estamos hablando de la ciudad y de su ordenación, podríamos llamar el Avance de este Plan General que ahora, doce años después, ha visto la luz. Un Avance singularmente preciso y acabamos en lo que a la “parte general” de la obra respecta, que limitaba, sin embargo, a Venezuela su “parte especial”.

Aquella versión primera de La Ciudad Ordenada era ya en sí misma más que suficiente para mostrar cómo surgió esa ciudad hispanoamericana que asombra todavía hoy por la regularidad y el orden de su trazado, pero su autor no se conformó con ello y prolongó durante años su esfuerzo hasta completar la “parte especial” y dar así testimonio de la expansión de ese tipo de ciudad por todas las regiones de la América que habla español, desde California y Florida hasta la Patagonia.

3. Porque de esto exactamente trata el libro, como su título y, sobre todo, su expresivo subtítulo explican cumplidamente: La ciudad ordenada. Estudio sobre “el orden que se ha de tener en descubrir y poblar” o sobre el trazado regular de la ciudad hispanoamericana. Una historia del doblamiento a través de la fundación ordenada de ciudades.

Las dos cosas a las que el subtítulo hace referencia están estrechamente vinculadas entre sí. El doblamiento era, como Brewer muestra, el único título jurídico que podía legitimar el señorío real sobre los territorios que se iban descubriendo y era también una obligación contractual de los adelantados, alcaldes mayores y corregidores a quienes se daba licencia real (hoy diríamos concesión) para “descubrir y poblar” una región determinada.

La preocupación por el orden, que es la otra clave, tiene su base cultural en el Renacimiento y sus puntos de apoyo en la aparición de la obra de *Eiximenis* en 1.340, en el descubrimiento de la de Vitruvio en 1.416 y en la edición al final del siglo XV de esta obra capital y de la igualmente importante de León B. Alberti, a todas las cuales dedica Brewer una cuidadosa atención.

De esa preocupación por el orden da fé la experiencia inmediatamente anterior del poblamiento del archipiélago canario, auténtico “ensayo con todo” de lo que veinte años después empezaría a repetirse al otro lado del océano. La ciudad de San Cristóbal de La Laguna es un buen ejemplo de esa ciudad ordenada, de trama octogonal, que colmará luego el continente americano hasta convertirse en uno de sus signos distintivos, como subraya con acierto Gómez de Llarena, uno de los prologuistas de la obra.

Una sabia preocupación esta del orden de la estructura urbana, que luce ya en las Instrucciones a Pedrarias Dávila de 1.513 y reproducen la Real Cédula de Población otorgada a los que hicieran descubrimientos en Tierra Firme de 1.521 y la Instrucción de 1.523 para el gobierno de la Nueva España. En todas ellas se recomienda vivamente, al hacer referencia al reparto de solares, “que el pueblo parezca ordenado, así en el lugar que se dejase para plaza, como el lugar en el que hubiese iglesia, como en el orden que tuvieren las calles porque en los lugares que de nuevo se facen dando la orden en el comienzo sin ningún trabajo ni costa quedan ordenados e los otros jamás se ordenan”.

Al amparo de estas tempranas Instrucciones, medio siglo antes, por lo tanto, de que se estableciera una disciplina jurídica general propiamente dicha con las Ordenanzas del Descu-

brimiento, nueva población y pacificación dadas por Felipe II en 1.573, que Brewer analiza minuciosamente, se fundaron 250 ciudades, a las que se añadirían luego otras 1.000, ni más ni menos.

4. Es realmente asombroso. Asombro es literalmente la sensación que produce la lectura de la obra de Randy Brewer, no porque no tuviéramos noticia de lo que el libro con tanto cuidado y tanto cariño estudia, sino porque no habíamos acertado a dar a esta increíble empresa de civilización la enorme importancia que realmente tiene. “América ha sido la obra histórica más importante y el título de mayor orgullo con el cual España ha contribuido a la civilización occidental”, dice rotundamente el autor con la autoridad que le da el ser americano, un americano conocido y respetado en todo el continente.

Es asombroso, repito, porque a finales del siglo XV América era mucho más desconocida que lo que hoy pueda serlo para nosotros el planeta Marte. Valga como prueba el recuerdo del conmovedor verso de Camoens que aparece grabado en la base del monumento del cabo Roca, el *finis terrae* de la época: *onde a terra se acaba e o mar começa*.

A ese mundo absolutamente ignorado y apenas intuido comenzaron a llegar en frágiles navíos, en los que nadie se aventuraría hoy a alejarse de la costa, algunos puñados de personas y, nada más llegar, se pusieron a fundar ciudades, no meros refugios, de forma sistemática, a partir de la nada y según reglas precisas, que establecieron *ad hoc* para el caso. Sólo conocían –y mal– la costa a la que acababan de llegar. No sabían que podía haber más allá. Para ellos “un pueblo era un punto, dos un camino y con tres ya existía un territorio hispanoamericano”, como acierta a observar Federico Vegas, otro de los prologuistas de la obra.

Lo hicieron en la mayor parte de los casos (la Nueva España es la excepción) desde la nada, con un orden riguroso, aunque también flexible, centrado en asegurar lo esencial, esto es: una elección correcta del lugar, un reparto equitativo de los solares (“según las calidades de las personas y lo que cada uno hubiere servido ...de manera que a todos quede de lo bueno y de lo malo y de lo mediano y de lo menos bueno”), la obligación de construir y de residir para poder consolidar la propiedad del terreno recibido, el orden de la construcción (“a cordel y regla, comenzando por la plaza mayor y desde allí sacando las calles a las puertas y caminos principales y dejando compás abierto, que aunque la población vaya en gran crecimiento se pueda siempre proseguir en la misma forma”).

Y un orden, que, sobre todo, se respetó siempre, lo que resulta no menos asombroso. Ese respeto permitió, por ejemplo, reconstruir o, mejor dicho, reproducir con total exactitud aquellas ciudades que, por una razón u otra hubieron de ser abandonadas. A mí me impresionó en extremo ver sobre el terreno en uno de mis viajes a Argentina el emplazamiento inicial de la ciudad de Santafé, que fue fundada en 1.573 en Cayartá, a ochenta kilómetros de distancia de su actual ubicación. Un siglo después de su fundación la ciudad “fue abandonada” por el río, que cambió su curso privándola así de su vía de comunicación con el mundo y de la única salida para sus productos y haciéndola inviable, en una palabra. La ciudad se “trasladó” solar por solar y casa por casa a su emplazamiento actual, de forma que no sólo la iglesia, el Ayuntamiento y los demás edificios públicos conservaron en la nueva Santafé la posición relativa que tenían en la primitiva ciudad, sino también los propios vecinos, cada uno de los cuales recibió un solar idéntico en extensión y situación a aquél en el que habían levantado la casa que se vieron compelidos a abandonar.

En las ruinas de la ciudad vieja, que se conservan como monumento nacional, pueden verse los planos que permitieron el “transplante” con los nombres y apellidos de cada vecino en el solar correspondiente.

Un orden que ha perdurado, pues, hasta nuestros días. Intacto en todo el continente, hasta la década de “los treinta” del pasado siglo, aproximadamente, época en la que, por influencia norteamericana, la ciudad, hasta entonces compacta, se desparrama sin orden alguno sin otra guía que el trazado de las autopistas; mutilado, en mayor o menor medida, en abierta pugna con el caso circundante, en muchos casos hasta hoy mismo. Anthony Brewer-Carías, hermano del autor, así lo subraya con pena en el caso de Caracas. Hay otros ejemplos más consoladores como el de Quito, en el que la ciudad antigua se mantiene en buen estado, en llamativo contraste con la ciudad (¿) nueva, cuyas construcciones se despliegan por el valle a lo largo de varios kilómetros sin orden visible alguno.

Ese orden, intacto o, incluso, mutilado, ha convertido la ciudad latinoamericana en una auténtica seña de identidad del continente, al lado de la lengua, como subraya en su prólogo Gómez de Llarena. Los latinoamericanos –dice- compartimos la misma ciudad porque en cualquier de ellas las dimensiones y la geometría son las mismas. No tenemos necesidad –añade- de cambiar el paso.

Estas afirmaciones podrán parecer exageradas a más de uno. Yo puedo decir que no lo son. Basta tomar el ferry en Buenos Aires para cruzar al lado oriental del inmenso mar de agua dulce, como hicimos una vez el autor y yo mismo en compañía de nuestro común amigo Alejandro Nieto, para comprobar hasta qué punto son exactas. Y es que cuando uno llega a Colonia de Sacramento uno se da cuenta sin necesidad de que nadie se lo diga de que ésta no es una ciudad hispanoamericana, aunque, obviamente, tenga un aire familiar para nosotros como portuguesa que es.

Un orden, en fin, que todavía hoy constituye una referencia insustituible para corregir nuestros propios errores, porque nosotros también nos hemos olvidado de él.

Supimos observarlo, ciertamente, al poner en marcha la política de ensanche a mediados del siglo XIX cuando las ciudades españolas saltaron, por fin, sobre sus antiguas cercas o murallas medievales. Hoy esos ensanches, ejemplo igualmente de ciudad ordenada, forman el nuevo centro y el espacio urbano más valorado de nuestras ciudades.

Nunca podrán jugar ese papel, sin embargo, esos nuevos trozos de ciudad, en manzana abierta, que se han construido en los últimos cincuenta años, a los que necesariamente hay que ir en automóvil y en los que uno no puede encontrar nunca a nadie, porque esos trozos de ciudad no están hechos ni son aptos para eso tan importante que se llama convivir.

No quiero alargarme más. Ya lo he hecho probablemente demasiado. Termino, pues, dando las gracias a mi fraternal amigo Randy Brewer por haber dedicado tantas horas durante tantos días a lo largo de tantos años para escribir este libro tan hermoso. Y, por supuesto, a Beatriz, que ha acompañado con paciencia tan largo empeño.

A ambos les felicito muy cordialmente. Y también a la editorial, que puede presumir a partir de ahora de haber “traído al mundo” un libro de auténtico lujo.

III. PALABRAS DEL PROFESOR ALLAN R. BREWER-CARIÁS

Que más podría yo expresar esta noche, tanto en mi propio nombre como en el de Beatriz –porque esta obra, como lo digo en su introducción, es de ella y fue dedicada a ella-; que más podría expresar –digo-, si no es mi más profundo agradecimiento a todos los entrañables amigos aquí presentes por tantas manifestaciones de amistad, afecto y solidaridad, a toda prueba, que hemos recibido de todos, invariablemente, a través de los años?

Y hoy, en particular, para comenzar por donde debemos, debo expresar mi agradecimiento al Presidente de esta docta Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Landelino Lavilla Alsina, y a todos sus miembros, no sólo por la amable hospitalidad al haber acordado que la presentación de esta obra se realizase en su sede, sino por el sorpresivo e inmerecido honor que me han hecho al haberme elegido Miembro de Honor de la misma; altísimo honor, que agradezco sinceramente, y que ahora comparto por Venezuela, nada menos que con uno de los actuales Jueces de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, mi apreciado amigo Gonzalo Parra Aranguren, destacadísimo especialista venezolano en derecho internacional privado.

Pero, además, y por sobre todo, mi agradecimiento muy especial a Eduardo García de Enterría, y a Amparo, no sólo por su amistad y por las muy generosas palabras de presentación de Eduardo, sino porque sin duda, a él, a su afecto y a su amistad, se debe todo este acto. También, mi muy especial agradecimiento a mi querido amigo Tomás Ramón Fernández, no sólo por sus también generosas palabras de presentación de la obra, las cuales es claro que se deben más a la afectuosa amistad de tantos años que tenemos, que a los solos méritos de la misma.

Lo que ellos han expresado, en todo caso, es eso, una muestra más de la entrañable red de amistad académica y personal que desde hace más de cuatro décadas hemos venido tejendo entre España y Latinoamérica, entre quienes nos dedicamos al derecho público y, en particular, al derecho administrativo, y que en buena parte ha girado en torno a Eduardo García de Enterría, y en torno a otros destacados administrativistas amigos, como Jesús González Pérez y el recordado Fernando Garrido Falla.

Pero en un acto como este no puedo dejar de recordar cuál fue mi primer encuentro directo con los profesores españoles, y en particular de la entonces naciente Escuela de Enterría. Ello fue en Caracas en 1964, cuando nuestro recordado amigo Sebastián Martín Retortillo fue a pasar una especie de año sabático en el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, que en ese entonces ya dirigía un apreciadísimo profesor catalán, Antonio Moles Caubet, con quien nos formamos todos los administrativistas venezolanos. Nuestro querido Chano, por tanto, no estuvo, como muchos creen, en el Instituto de Estudios Políticos que en ese momento dirigía Manuel García Pelayo, donde en cambio sí trabajaban otros dos jóvenes profesores españoles, Francisco Rubio Llorente y Pedro Bravo. Fue en el Instituto de Derecho Público donde Chano reunió a los entonces jóvenes profesores que conformábamos su planta de investigadores, todos recién llegados de postgrados en Francia e Italia (recuerden que en esos años no había postgrados especializados en España) y allí dirigió un Seminario sobre Expropiación, al cual gustosamente asistí.

Dos años después, en 1966, hace exactamente cuarenta y dos años querido Eduardo, con ocasión de un viaje académico Europa, de paso por Madrid, te llamé por teléfono, me presenté y me recibiste como siempre lo has hecho con los visitantes de ultramar. Lo cierto es que desde entonces se estableció una relación de amistad que se ha acrecentado, pues además se fue extendiendo a medida que su Escuela fue creciendo. Así, luego de ese primer encuentro, además de con Chano y Tere, fuimos conociendo y estableciendo amistad con cada uno de sus primeros discípulos, entre ellos a Alejandro Nieto, Lorenzo Martín Retortillo, Ramón Martín Mateo, Ramón Parada Vásquez, Tomás Ramón Fernández, Jesús Leguina, Rafael Gómez Ferrer, Juan Santamaría, y a los alumnos de los alumnos, comenzando por Luis Cosculluela Montaner y Luciano Parejo Alfonso, entre otros, y luego a los discípulos de éstos, dándose inicio a una relación académica que perdura y que se acrecienta, muestra de lo cual es este acto de presentación de una obra muy querida para mi.

Ahora, como todo libro, este, por supuesto tiene su historia, que ha sido larga. No hay libro sin una historia propia, y menos cuando se trata de exponer la historia de la ciudad colonial hispanoamericana como he tratado de hacer o, si se quiere, de exponer un esbozo de la historia de la formación territorial de la América hispana a través de la fundación regular y ordenada de ciudades. Lo cierto es que ese proceso condujo a la implantación de un particular modelo urbano de ciudad, –la *Ciudad Ordenada*- americana, que fue concebido especialmente por la Corona española para América, y que no formaba parte de la práctica usual en la Península en el arte de configurar ciudades.

Esa ciudad ordenada, que generalizó la utilización de la retícula urbana en la historia del urbanismo, y todo lo que la rodeó, configuró una parte fundamental de las instituciones de nuestros países, es decir, de las instituciones indianas concebidas por la Corona y su Consejo de Indias para aquellas nuestras Indias. Por ello es que su implantación solo puede explicarse por la detallada y necesaria regulación jurídica que se estableció y que culminó, como todo el derecho indiano, en esa monumental obra que fue la Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias, que Carlos II mandó a publicar en 1680. Sin ese régimen jurídico es simplemente imposible imaginar siquiera, que un modelo de ciudad cualquiera se hubiese podido implantar con tanta y pasmosa regularidad en todo el vasto Continente americano como ocurrió desde los inicios de la conquista, desde el norte con San Agustín de La Florida hasta las tierras australes, que por extremas fueron la Nueva Extremadura.

Esta importante Recopilación, que dio origen al proceso de formación del derecho en nuestros países latinoamericanos, sin embargo, para el asombro de todos hace demasiados años que cayó en el olvido tanto aquí en la Península, como allá en América, por supuesto, por diversas razones. En España, porque si bien aquí se concibieron sus normas, las mismas nunca tuvieron aplicación en estas tierras pues se trataba de un derecho hecho sólo y exclusivamente para América, por lo que una vez que las Colonias se perdieron a comienzos del siglo XIX, los tres monumentales tomos de la Recopilación quedaron abandonados, solos, en los estantes de las bibliotecas de los historiadores de América; y en América Latina, porque si bien contenía el derecho que se aplicaba en nuestros países hasta bien entrado el siglo XIX cuando el derecho comenzó a estructurarse con el moderno proceso de codificación, ya desde la Independencia, pretendimos desligarnos de todo lo español y enterrar el derecho que se había concebido para el Nuevo Mundo, quedando los tomos también abandonados en los estantes de algunos archivos históricos.

En todo caso, para mi, el descubrimiento de dicha Recopilación fue el origen remoto de este libro, y no precisamente por haberme topado con ella de la mano de algún jurista o historiador del derecho, ya que lamentablemente en las Facultades de Derecho de Venezuela, desde hace demasiadas décadas no existe asignatura alguna relacionada con la historia del derecho, y menos con la del derecho indiano.

Por ello, no es de extrañar tanto intento necio de tratar de enterrar y olvidar la historia como los que hemos presenciado en mi país bajo el actual régimen autoritario que padecemos; y que en medio de tanta ignorancia de la historia de nuestras instituciones, ahora incluso se haya oficialmente sustituido la celebración del “Día de la Hispanidad” por uno llamado de la “Resistencia Indígena”; y que, por ejemplo, la estatua de Cristóbal Colón que en ciudades como Nueva York, donde ahora Beatriz y yo residimos forzosamente, preside con todo respeto la entrada del Central Park; en Caracas, en cambio, hace pocos años, haya sido demolida y arrastrada por las calles por turbas aupadas desde el poder!!

Mi encuentro con la Recopilación de las Leyes de los Reynos de Indias, en realidad, se produjo como consecuencia de una agradable conversación que tuve hace veinte con unos queridos amigos arquitectos –quienes precisamente son los que prologan la obra-, los cuales

con motivo de la constatación en el campo de la forma urbana regular de todas las ciudades hispanoamericanas –la forma reticular, a veces cuadrangular, con la plaza en el centro y al este de la misma, la Iglesia, y en su entorno los edificios públicos de gobierno-, me refirieron que la fuente de todo ello era precisamente la Recopilación de 1680, recalcándome el hecho de que la implantación del modelo urbano no había sido producto de alguna buena práctica colonizadora, sino de la aplicación estricta de normas jurídicas que emanaron de la Corona española, que incluso preveían la pena de muerte para quien se le ocurriera fundar una ciudad sin licencia real.

Y así fue, por referencias de arquitectos, como me puse a estudiar esa monumental Recopilación –sólo comparable con los Códigos Romanos, y con a las Recopilaciones de las leyes del reino de Castilla-, para terminar constatando, contrario a la creencia general, que el régimen jurídico de la ciudad ordenada americana en realidad no se había establecido en dicha Recopilación, sino cien años antes, en la también monumental “Ordenanzas de Descubrimiento, Nueva Población y Pacificación de las Indias” dadas por Felipe II en 1573, en el Bosque de Segovia, las cuales sin duda fueron el primer código urbanístico en la historia universal. Esas Ordenanzas, como lo dice la frase con la que se inician, tuvieron por objeto disponer “el orden que se ha de tener en descubrir y poblar”, aún cuando, en realidad, para esa fecha, ese orden ya se había implantado en todas las ciudades que se habían fundado con anterioridad, desde 1508 cuando se reconstruyó Santo Domingo en La Hispaniola.

Ese riquísimo estatuto urbanístico que era parte de un ambicioso proyecto de Código general para las Indias que ideó el Presidente del Consejo de Indias Juan de Ovando, fue el resultado de un proceso normativo que desde 1513 se había venido estableciendo por aproximaciones sucesivas, en distintas Capitulaciones, Reales Cédulas e Instrucciones dirigidas a los Adelantados. Por ello, no era el inicio de una regulación, sino hasta cierto punto la culminación de un proceso, por lo que la investigación tuvo entonces que dirigirla al estudio de todas esas dispersas fuentes coloniales. En la tarea de búsqueda de esos textos no puedo dejar de recordar aquí la ayuda que en su momento recibí de mi querido amigo Luciano Parejo Alfonso, quien es, sin duda, uno de los grandes pilares de las relaciones jurídicas contemporáneas con los administrativistas españoles y latinoamericanos. Su interés por la obra, además, hizo posible que una primera fase de la investigación se publicara en 1996, bajo sus auspicios y con su Prólogo, con el sello editorial de la Universidad Carlos III de Madrid.

La década que siguió a aquella publicación fue de continuación de la investigación, particularmente destinada a destacar las fuentes del modelo urbano utilizado, que habían brotado con el Renacimiento y que como proceso coetáneo con el Descubrimiento, permitieron a la Corona Española elaborar las Instrucciones para América teniendo como fuente directa, a la vista, entre otros, nada menos que el libro de Marco Vitruvio Pollino, *De Architectura Libri Decem*, escrito en la época de Augusto, cuyo manuscrito descubierto en 1416, se publicó a partir de 1486 y llegó a ser considerado simplemente como “el libro de la Arquitectura”; y el libro de León Battista Alberti, *De Re Aedificatoria*, el cual si bien lo terminó de escribir en 1452, fue editado por primera vez un año antes que el de Vitruvio, en 1485. Fue a través de esos textos, que los escribanos del Consejo de Indias pudieron disponer de todas las fuentes romanas y griegas relativas al orden en la arquitectura, plasmándolas textualmente en las Instrucciones. Por supuesto, para desentrañar todo ese proceso me tuve que sumergir en una abundantísima bibliografía existente en la materia, obra de historiadores y urbanistas, y ningún lugar mejor para ello que la biblioteca del antiguo Instituto de Estudios de Administración Local, para lo cual tuve la suerte de contar con la invaluable colaboración de mis amigos Enrique Orduña y Gregorio Burgueño.

La culminación de la investigación fue posible al haber podido dedicar dos años a reestudiar y ordenar todos los materiales que había recopilado durante más de quince años de trabajo intermitente, y ello ocurrió entre 2002 y 2004, cuando estuve como Visiting Scholar en la Universidad de Columbia de Nueva York, no en su Facultad de Derecho –donde ahora estoy-, sino en la Facultad de Arquitectura y Diseño Urbano. Luego vino el complejo proceso de sacar la primera edición, en Caracas, en cuyo diseño gráfico tuve el privilegio de participar personalmente durante casi un año seguido, pues el conocimiento de memoria que ya tenía sobre todos los planos de las ciudades americanas, imponía que fuera yo mismo el que indicase dónde y cómo debía ir cada plano en el libro.

Esa edición de Caracas, lamentablemente, por los problemas de toda índole que azotan a mi país, no pudo circular fuera de nuestras fronteras, y fue de nuevo por la suerte de tener amigos, cuando finalmente terminó siendo realidad lo que había sido sólo un bien lejano sueño para este latinoamericano, y era que esta obra circulara en España. Y todo sucedió gracias a que yo le había hecho enviar un ejemplar del libro a mi querido amigo Jaime Orlando Santofimio, Jefe del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, donde desde hace años doy un curso sobre el tema de la formación jurídica de la ciudad colonial americana. Ese libro, que Jaime Orlando conserva en su casa, fue visto y hojeado casualmente, cuando estuvo de paso por Bogotá en actividades académicas, por mi también querido amigo Santiago González-Varas Ibáñez, profesor de derecho administrativo en Alicante. Santiago debió haber quedado en cierta forma sorprendido con la obra, pues me pidió información para saber donde lo podía conseguir, de manera que le hice enviar desde Caracas un ejemplar a Alicante, comentándole entonces sobre la situación de confinamiento que el libro tenía en Caracas y sobre mi interés en que el mismo pudiera circular en España. Inmediatamente le plantó el tema a su amigo –ahora también mi amigo- Carlos Ochoa, de la Editorial Thomson-Aranzadi, en Navarra, y al poco tiempo éste me escribía diciéndome textualmente que había “enseñado el libro y [que había] gustado muchísimo a sus colegas”.

Era más que suficiente. De allí en adelante el libro entró en el espiral editorial de Thomson-Aranzadi, ahora además Reuter, empresa a la cual agradezco una vez más su apoyo y entusiasmo sin lo cual no estaríamos aquí hoy. Y aquí están hoy, casualmente presentes, porque la vida lo ha querido así, precisamente todos los que provocaron esta edición, algunos sin saberlo: Jaime Orlando Santofimio, Santiago González-Varas y Carlos Ortega, a quienes de nuevo agradezco su presencia.

Este viaje a España, por otra parte, lo motivó la invitación que recibí para dictar una conferencia, precisamente mañana, en Cádiz, en un importante Simposio sobre la Constitución de 1812. Ello coincidió con la noticia de que el libro estaba a punto de salir de las prensas, lo que me motivó a preguntarle a Eduardo García de Enterría, quien además era, junto con Luciano, los únicos que tenían un ejemplar de la edición de Caracas, sobre la posibilidad de presentar el libro en Madrid, y ello fue lo que determinó que se hiciese la presentación de la obra aquí, con la anuencia de los miembros de esta Corporación, a quienes agradezco nuevamente no sólo su hospitalidad, sino el honor que me han conferido. Eduardo, además, para mi completo beneplácito le pidió a Tomás Ramón Fernández que hiciese la Presentación de la obra, la cual hemos escuchado, y por la cual de nuevo le expreso todo mi agradecimiento.

Todo, por tanto, ha quedado entre amigos, lo que confirma la razón que tenía Aristóteles, cuando expresó hace algunos buenos siglos, simplemente, que lo más importante en la vida son los amigos.

Gracias de nuevo a Beatriz por todo su apoyo, a Eduardo y Amparo por su afecto, y a todos ustedes, queridos amigos, por haber estado aquí esta noche.

INDÍCE

ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

-A-

- Acción de Amparo. 228
 - Objeto. Amparo contra normas. 228
- Acción de Inconstitucionalidad. 214
 - Admisibilidad. Inepta acumulación de acciones. 214
 - Medidas Cautelares. 219

-C-

- Contencioso Administrativa. 193
 - Cartel de Emplazamiento. 195
 - Intervención de terceros. 202
 - Medidas Cautelares. Decisión por juez incompetente. 197
 - Órganos. 193
 - Suspensión de efectos. Improcedencia. 201
- Contencioso Administrativo de Anulación y Amparo. 205
- Contencioso Administrativo de Interpretación. 209
 - Admisibilidad. 210
 - Competencia. 209
- Contencioso Administrativo Especial. 213
- Contencioso Administrativo Funcionario. 213
 - Admisibilidad. Inaplicabilidad del antejuicio administrativo. 213
 - Lapso de Caducidad. 214
- Contencioso Administrativo por Abstención o Carencia. 207
- Contralorías Municipales. Cargo de Contralor Municipal. 170
- Contratos administrativos. 186
- Cortes de lo Contencioso Administrativo. 193

-D-

- Derecho de los Administrados. Derecho a la defensa. 186

- Derechos Culturales y Educativos. Derecho a la Educación. 126
- Derechos Humanos. Delitos. 117
 - Obligación del Estado de investigar, sancionar e indemnizar a las víctimas. 117
- Derechos individuales. Derecho a la protección del Honor. 124
- Derechos Políticos. 127
 - Sistema de partidos políticos y de asociación política. Financiamiento. 127

-E-

- Expropiación. 181
 - Ocupación temporal. 181

-F-

- Funcionarios Jubilados. Reingreso a la función pública. 236
- Funcionarios Públicos. 230
 - Derechos. Estabilidad. 232
 - Régimen legal estatutario. Ordenanzas Municipales Reguladoras de la Función Pública. 230

-G-

- Garantías Constitucionales. 117
 - Garantía de igualdad y no discriminación. 120
 - Garantía del debido proceso. 121
- Garantías judiciales. Derecho a la Tutela Judicial efectiva. 118

-I-

- Impuestos Nacionales. Impuestos sobre la Renta. 183

-J-

Jueces. 143
 - Destitución. Abuso o exceso de autoridad. 143
 - Régimen. 141
 Jueces Provisorios. 141
 Jurisdicción y Competencia. 146

-L-

Leyes de Bases. Definición. 97

-O-

Ordenamiento Jurídico. 97

-P-

Poder Ciudadano. 154
 Poder Judicial. 137
 - Gobierno y administración. Órganos. 137
 Poder Público. 132
 Poder Público. Distribución vertical. 132
 - Competencias concurrentes. 133
 - Estado federal descentralizado. 132
 Poder Público Estatal. 154
 - Competencias. 154
 - Administración de carreteras nacionales, puertos y aeropuertos comerciales. 154
 Poder Público Municipal. 170
 -Autonomía Municipal. 170
 -Las Contralorías Municipales. Cargo de Contralor Municipal. 170
 Poder Público Nacional. 133
 -Competencia. 133

-Seguridad y defensa de la Nación: Régimen de las armas. 133
 -Régimen. 133

Principio fundamental de Estado. Sistema democrático: Reelección de cargos públicos. (reelección indefinida). 92

Principio *non bis in idem*. 122

Procedimiento Administrativo. 185

Procedimiento Administrativo. Principio de la proporcionalidad administrativa. 185

-R-

Recurso de Interpretación Constitucional. 224

- Sentencia. Aclaratoria. 225

Responsabilidad Administrativa. Sanciones accesorias. 236

Responsabilidad Patrimonial del Estado. 101

-S-

Sentencias. Aclaratoria. 148, 225

Sentencias. Ejecución y medidas. 150

Sentencias. Revisión en materia constitucional. 227

Servicios Públicos. Régimen. 179

- Servicio público de electricidad. 179

-T-

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa. 193

Tutela Judicial Efectiva. 118

