

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.

revista
de
derecho
público

Nº 117

Enero – Marzo 2009

Director Fundador: Allan R. Brewer-Carías
Editorial Jurídica Venezolana

SUMARIO

ESTUDIOS

Artículos

- La responsabilidad del estado en la argentina -Una reseña panorámica de sus principales cuestiones en la actualidad-*, por Claudia **CAPUTI** 7
- Libertad, Estado y Derecho Administrativo. El papel del Derecho Administrativo en la modernidad democrática*, por Armando **RODRÍGUEZ GARCÍA**..... 45

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

- Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el primer trimestre de 2009*, por Marianella **VILLEGAS SALAZAR**..... 63

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

- Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): primer trimestre de 2009*, por Mary **RAMOS FERNÁNDEZ** y Marianne-lla **VILLEGAS SALAZAR** 77

Comentarios Jurisprudenciales

- El juez constitucional como constituyente: El caso del financiamiento de las campañas electorales de los partidos políticos en Venezuela*, por Allan R. **BREWER-CARIÁS** 195

<i>El Juez Constitucional vs. La Alternabilidad Republicana (La reelección continua e indefinida)</i> , por Allan R. BREWER-CARÍAS	205
---	-----

ÍNDICE

<i>Alfabético de la jurisprudencia</i>	215
--	-----

ESTUDIOS

Artículos

La responsabilidad del estado en la argentina -Una reseña panorámica de sus principales cuestiones en la actualidad-

Claudia Caputi

*Profesora Invitada en la Universidad Católica Argentina;
Secretaría Letrada en la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*

Resumen: *Se trata de un trabajo que describe la responsabilidad patrimonial del Estado en el Derecho argentino, centrándose en aquella que opera en la órbita extracontractual. Se encara así el desafío de ilustrar al lector venezolano sobre esta trascendente cuestión, de la que se ofrece un panorama relativamente breve, mediante una reseña que se apoya en el comentario de los principales pronunciamientos judiciales, dada la ausencia de una regulación general u orgánica por parte del legislador del país austral. Así, se comentan las principales cuestiones que suscita la responsabilidad estatal por actuación contraria a Derecho, se sigue con la derivada de procederes lícitos, y luego se hace referencia a la responsabilidad por riesgo, para concluir con la referente al obrar judicial.*

- I. INTRODUCCIÓN
- II. RASGOS GENERALES DEL SISTEMA
- III. RESPONSABILIDAD POR ACTUACIÓN CONTRARIA A DERECHO
 - 1. *Daños a la vida o la integridad física.* 2. *Faltas de servicio o negligencias en general.* 3. *Negligencias en el deber de seguridad.* 4. *La responsabilidad por omisión.*
- IV. RESPONSABILIDAD POR PROCEDERES LÍCITOS
 - 1. *Regulaciones urbanísticas,* 2. *Daños por obras públicas (inundaciones por obras hidráulicas),* 3. *Intervención en la economía,* 4. *Posible responsabilidad por actividades administrativas de prevención.* 5. *El alcance de la reparación.*
- V. RESPONSABILIDAD POR INTERVENCIÓN DE COSAS
 - 1. *Las cosas en general,* 2. *Algunos supuestos específicos: el contagio de enfermedades.*
- VI. DAÑOS POR ACTIVIDAD JUDICIAL
 - 1. *Daños producidos in indicando.* 2. *Negligencias o irregularidades procesales varias.*
- VII. FUTURAS FRONTERAS Y PERSPECTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se trazará un panorama del plano extracontractual¹ de la responsabilidad patrimonial del Estado en el Derecho argentino², una de las áreas más relevantes del campo ius administrativo local. En las líneas que siguen, se pasará a realizar un estudio descriptivo³ y, en la medida de lo posible, breve⁴ del estado actual de la cuestión. El centro argumental se construirá sobre una base fáctica o casuística, y transitará sobre la identificación de aquellas cuestiones que sean más reiteradas, movilizantes o controversiales, dentro del amplio tema elegido.

Admitimos que la síntesis que se emprende implica, en buena medida, sacrificar muchos de los innumerables detalles, matices y reflexiones que pueden suscitar los fallos que habrán de repasarse⁵, pero estimamos que ello vale la pena en aras de ganar perspectiva; máxime, cuando una miríada de expresiones doctrinales se ha ocupado de tales aspectos, tanto en la bibliografía clásica⁶, como la de etapas intermedias⁷ del desarrollo de la temática, y en la producida más recientemente⁸.

-
- 1 En tres ocasiones deberemos, por excepción, acudir al auxilio de razonamientos forjados en el ámbito contractual, pero que repercuten en la órbita aquiliana, como cuando nos referimos a los casos “*Colavita*” y “*Ferreira c/Vicov*” en la Sección 3.c., “*Sánchez Granel*” en la Sección 4.d., y a los fallos sobre contagio de enfermedades en hospitales públicos mencionados en la Sección 5.
 - 2 El análisis que realizaremos queda, entonces, acotado al derecho vernáculo, por lo cual se habrá de prescindir de descripciones generales sobre sistemas extranjeros. De allí que tampoco habrán de deducirse cotejos, similitudes o diferentes matices entre los distintos países, cuestión sobre la cual existe abundante bibliografía, en Argentina y en el exterior.
 - 3 En general, no hemos tomado partido por incluir en este trabajo valoraciones u opiniones de las sentencias o situaciones que se describen, pues se ha dado más énfasis a una enunciación de las soluciones imperantes, sobre cuyos méritos o defectos los lectores sabrán juzgar con espíritu crítico. La metodología del trabajo resulta, entonces, más descriptiva que prescriptiva.
 - 4 Hasta el momento, la responsabilidad estatal en Argentina fue tratada en libros u obras de significativa extensión, o bien en artículos sobre cuestiones muy puntuales. Venimos entonces a llenar cierto vacío al intentar un trabajo de aspiración a la generalidad de la materia abordada, pero en el que se procura el mayor grado posible de síntesis.
 - 5 Los cuales, a su vez, han sido seleccionados como los más representativos, aunque bajo el criterio discrecional de la actora.
 - 6 Sin perjuicio de los materiales contenidos en obras y tratados generales sobre Derecho Administrativo y Constitucional, cabe consultar algunos específicos; sin olvidar todos los escritos sobre el tema de finales del siglo XIX y comienzos del XX (que nos excusamos de enunciar), comenzaremos citando el hito que significaron en 1959 y una década más tarde los trabajos de Gordillo, Agustín, *La responsabilidad (extracontractual) del Estado por hechos y actos de la Administración Pública*, Buenos Aires (tesis doctoral, con dirección de Manuel María Diez), y de Reiriz, M. Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Eudeba, Buenos Aires, 1969.
 - 7 Para dicho segmento, conviene consultar: Mertehikian, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2001 (disponible como *e-book* en el sitio web: www.rapidigital.com), y otros artículos como: “La responsabilidad del Estado-Administración en el derecho argentino actual”, *Revista RAP*, 340:67; Palazzo, José Luis, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1995; Bianchi, Alberto, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 1999; Tawil, Guido S., *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de Justicia*, 2ª ed., Depalma, Bs. As., 1993; Colautti, Carlos E., *Responsabilidad del Estado - Problemas Constitucionales*, Rubinzal Culzoni, 1995, Bs. As.; Reiriz, M. Graciela, “Responsabilidad del Estado”, en: AA.VV., *El derecho administrativo argentino, hoy*, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos

En cuanto a la amplitud de esta reseña, pasaremos a dejar formulados tres órdenes de precisiones, referentes a los sujetos demandados, el marco temporal abarcado, y las áreas temáticas incluidas.

Respecto de lo primero, señalamos que va a examinarse la responsabilidad de las entidades públicas, prescindiendo de analizar en profundidad la que pueda surgir particularmente en cabeza de los funcionarios a raíz del ejercicio de sus funciones,⁹ tema de por sí controversial y fuente de diversos cuestionamientos, tanto en el sistema argentino como en el Derecho comparado. Tampoco se abordará la particular problemática de la responsabilidad suscitada por los entes descentralizados, cuya especificidad podría justificar un estudio autónomo.

Con respecto a los márgenes temporales del trabajo, vienen determinados por el hecho de que al estado de cosas que se pasará a analizar se arriba después de una evolución – desarrollada en paralelo con otros sistemas jurídicos–, en la que se superaron los tabúes primigenios que conspiraban contra la reparación patrimonial de los daños que ocasiona el ejercicio de funciones estatales. Por cierto, no se trata de un dato superfluo, pues este origen obliga a poner en perspectiva cada novedad que sucede, a efectos de sopesar avances o retrocesos. En todo caso, sin perjuicio de algunas referencias a lo largo del texto, los antecedentes históricos del tema abordado serán pasados a un segundo plano de relevancia; exhaustivas investigaciones sobre la cuestión podrán ilustrar mejor al respecto, por lo que a ellas cabe remitir¹⁰. Por consiguiente, este estudio se centrará en las cuestiones actuales que presenta la responsabilidad pública.

La limitación que se señala no es caprichosa, de modo que procuraremos una somera justificación de la misma. A tal efecto, vamos a permitirnos aquí trazar una suerte de clasifici-

Aires, 1996, p. 220 y ss.; y las compilaciones de Jornadas: AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público (Jornadas org. por la Universidad Austral, junio 2000)*, Buenos Aires, ed. RAP; y *La Responsabilidad del Estado – XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo y la Provincia de Santa Cruz*, Buenos Aires, ed. RAP, 2005, Volumen 326 de la *Revista RAP*.

- 8 Entre otros trabajos de fechas más recientes, recordamos los de: Cassagne, Juan Carlos, “Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la Actividad de la Administración”, L.L., 2005-D, 1268; Comadira, Julio R., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, segunda edición (2003), en especial los tres capítulos de la Quinta Parte, en pp. 358 y ss.; Pérez Hualde, Alejandro y Otros, *Servicios Públicos y Organismos de Control*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006 (en especial, la Parte Siete, a cargo de Ernesto N. Bustelo, sobre responsabilidad estatal y de los entes reguladores); Perrino, Pablo Esteban, “La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio”, E.D., 185-781; *Id.*, “La responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho Argentino”, *Revista RAP*, 237-9.
- 9 Más allá de que el tópico podría justificar una monografía aparte, lo cierto es que como fenómeno no ha adquirido dimensiones significativas, y carece de mayor visibilidad en la jurisprudencia. Sobre la responsabilidad personal de los funcionarios, remitimos al análisis de Agustín Gordillo, en su: *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, FDA, T. 2, 8° ed. (2006), Cap. XIX, “La responsabilidad civil de los funcionarios”.
- 10 Como guía esencial de los antecedentes argentinos, cabe consultar los trabajos de Alejandro J. Uslenghi, “Lineamientos de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita”, en: AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público (Jornadas org. por la Universidad Austral, junio 2000)*, Buenos Aires, ed. RAP, pp. 49 a 58, en especial las secciones III a VII; Juan Carlos Cassagne, “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en: AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público, op. cit.*, pp. 29 a 47; y Eduardo Mertehikian, *La responsabilidad pública, op. cit.*, Cap. IV.

cación que no es del todo usual o arraigada. Pues bien, ya señalamos lo que es un verdadero lugar común en la materia: la evolución desde una virtual negación de la responsabilidad hasta una aceptación bastante razonable en nuestros días. En este derrotero que, sin dejar de tener inspiración en la doctrina, resulta principalmente de creación pretoriana, encontramos dos clases de pronunciamientos: aquellos que serían *fundacionales*, y otros a los que consideramos *de desarrollo*. Con esta nomenclatura procuramos explicar la significación de los avances sucedidos en las áreas en que tradicionalmente se divide la responsabilidad. Bajo esta perspectiva, la primera categoría incluiría a los pronunciamientos de los años treinta, que cambiaron los paradigmas prevalecientes en pos de la admisión de la responsabilidad por actividad ilícita, tal como es aceptada actualmente¹¹; y otro tanto podría decirse de los producidos en la década del setenta en cuanto atañe a la responsabilidad derivada de obrar lícito¹². De allí en más, el camino que abrían estos fallos mostraba el desafío de solucionar los avatares de las cuestiones que empezaban a emerger, pues cabía solucionar los dilemas de segundo orden que se abrían al intérprete, aunque siempre sobre la premisa ya superada de una admisión basal de la responsabilidad. De todas maneras, el esfuerzo argumental, centrado en la justificación del abandono de los paradigmas negatorios suele ser –salvo alguna excepción¹³– mayor en los fallos fundacionales que en los de desarrollo, además de que aquéllos marcan puntos de inflexión conceptual cuyos ecos, a décadas de emitidos, aún repercuten en nuestros días.

Aceptado lo anteriormente expuesto, cabe agregar que, como sostuvimos en otra oportunidad¹⁴, hace poco más de dos décadas se empieza a producir una unificación del discurso y el razonamiento de la responsabilidad estatal, que ingresa por entonces en lo que podríamos considerar su etapa moderna. Esta homogeneidad conceptual es el factor que facilita analizar en conjunto los pronunciamientos *de desarrollo*, de allí que sobre estos modernos fallos se haya decidido centrar la presente reseña.

Por otra parte, y en cuanto a la estructuración temática del trabajo, se la focalizará en los factores que determinan más directamente la procedencia o improcedencia de las demandas de daños y perjuicios, dato que en una escala de preocupaciones de los juristas suele ocupar el nivel más elevado, cuando de responder por daños se trata. En dicha tarea se tendrá en cuenta una clásica diferenciación entre obrar ilícito y lícito¹⁵, agregando seguidamente el caso

11 Nos referimos a los casos “*Tomás Devoto*” y “*Ferrocarril Oeste*”. Tan sólo baste recordar que en esta segunda sentencia se seguía empleando la terminología típica de la hoy superada tesis de la “doble personalidad” del Estado, para tomar conciencia del estadio evolutivo en que se encontraba el Derecho Público al momento de su dictado, y la brecha conceptual que lo separa del razonamiento jurídico moderno.

12 Ello, en virtud de los casos “*Cantón*” y “*Los Pinos*”, comentados *infra*, en la Sección 4.

13 En este sentido, recordamos el caso “*Tomás Devoto*” (*Fallos*, 169:111, anotado por Rafael Bielsa) que, pese al giro que implicó, parece redactado con inadvertencia de su propia influencia en el cambio de un *statu quo* jurisprudencial. En todo caso, ello demuestra que hay ocasiones en que el observador –y no el emisor del pronunciamiento– es quien le atribuye la calidad innovadora, lo que obliga siempre a verificar el contexto que ayude a comprender las implicancias de la decisión.

14 En la Introducción a nuestro libro: *Responsabilidad del Estado – Sistematización y síntesis jurisprudencial*, Buenos Aires, Editorial RAP, 2007.

15 Enfatizamos que se trata de una distinción con arraigo en nuestras tradiciones jurídicas, si bien no por ello nos introducimos en la controversia sobre el corazón conceptual de la responsabilidad en el momento actual. Como es sabido, mucho se ha argumentado sobre el cambio de paradigma que implica abandonar la responsabilidad basada en la noción de *culpa*, para adoptar una cosmovisión resarcitoria que finque en el concepto de *daño*. Por lo que venimos expresando, consideramos que

de daños por las cosas y el supuesto especial de responsabilidad de origen judicial. De tal manera, no se efectuará un abordaje puntual centrado en la perspectiva de otras cuestiones que atañen a la cuestión elegida, como las referentes a toda la problemática general de los presupuestos y los casos en que la falta de verificación adecuada de alguno de ellos frustró la procedencia de la responsabilidad. Tampoco se profundizará, a fin de no exceder la extensión que procura darse al ensayo, el estudio puntual sobre la clases de menoscabos o lesiones que cabe reparar¹⁶, o algunas vicisitudes procesales que determinan el ejercicio de la acción, tales como la acumulación de procesos, la prescripción liberatoria, o la jurisdicción que debería intervenir. Quedará aparte también tratar lo concerniente a la responsabilidad por acto legislativo *stricto sensu*, como se explica *infra*, en la Sección 4- al referirnos a la responsabilidad por actividad lícita. Se trata en todos casos, sin dudas, de temas relevantes, pero su tratamiento particular, que ha merecido encomiables esfuerzos por parte de nuestra doctrina, requeriría de desarrollos que exceden la extensión que se pretende dar a este trabajo, diluyendo hacia caminos accesorios el tránsito sobre lo que consideramos la avenida principal de la temática que se elige.

II. RASGOS GENERALES DEL SISTEMA

La reparación de los daños atribuibles a entidades estatales, en su situación actual, presenta el rasgo de apoyarse en una base jurisprudencial, toda vez que el legislador (en las órbitas nacional y local) no ha asumido una regulación general u orgánica de la materia, sin perjuicio de que rijan ordenamientos aislados referidos a cuestiones puntuales¹⁷. Esta última circunstancia ha coincidido con la primacía que ha tenido la jurisprudencia para marcar el pulso de la responsabilidad pública, que en el Derecho argentino se muestra significativa. Inclusive, por vía jurisprudencial se ha establecido que la admisión de la responsabilidad estatal no requiere, por lo general, de una ley que la reconozca explícitamente¹⁸.

no es ésta la oportunidad para formular un análisis profundo, exhaustivo o dirimente sobre esta cuestión, que tampoco maduró lo suficiente como para justificar aseveraciones tan categóricas.

- 16 Sobre el punto, la más reciente polémica se planteó con la noción del “daño al proyecto de vida”, que en nuestro medio analizan: Jorge Mosset Iturraspe, “Daño al proyecto de vida en el proyecto de reforma de 1998 (la comprensión del daño extrapatrimonial, art. 1600 inc. b y la limitación de la responsabilidad del art. 968 inc. b)”, J.A., 2000-IV, 1238; y Oscar L. Fappiano, “Daño al Proyecto de Vida”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, ed. La Ley, año II, N° 3, junio 2000.
- 17 A lo sumo, era tradicional encontrar en las constituciones provinciales reconocimientos sobre los daños por error judicial. En la esfera nacional, una de las novedades más curiosas ha sido el art. 3° de la ley 25.873, que modifica algunos pasajes de la ley 19.798 de Telecomunicaciones, y dispone incorporar el artículo 45 *quater* a dicho ordenamiento una cláusula por la cual el Estado Nacional asume la responsabilidad por los daños derivados de la intervención de las comunicaciones y la obtención de otros datos personales provistos por los prestadores de servicios de telecomunicaciones. De todas formas, contar con regulaciones orgánicas no necesariamente implica gozar de una panacea, como lo demostramos en nuestro reciente comentario: “La responsabilidad estatal en el sistema norteamericano a la luz de los dilemas interpretativos de la ley que la regula – El fallo ‘*Ali v. Federal Bureau of Prisons*’ de la Corte Suprema de los Estados Unidos”, *Revista RAP* n.º 354 (ejemplar de mayo de 2008, en prensa).
- 18 En ese sentido, la Corte Suprema, en el caso “*Cía. Swift de La Plata*” (*Fallos*, 320:113, de 1997), sostuvo que una ley, por el sólo hecho de no contemplar en su texto el resarcimiento de los perjuicios que implique su aplicación, no deviene inconstitucional. Ello es así pues, si esos perjuicios constituyesen efectivamente un menoscabo al derecho de propiedad, para el Tribunal serían resarcibles sin necesidad de que una norma infraconstitucional reconociese la procedencia de la repara-

A su vez, en cuanto a los pilares conceptuales sobre los que reposa la responsabilidad en estudio, ésta no parece haberse desprendido del todo de algunos resabios argumentativos que la siguen conectando con el deber de responder propio del Derecho Civil. Esta circunstancia influye en lo que respecta a la inserción metodológica y científica; en efecto, en estos planos no parece haberse logrado un *quietus*. Así, el deber de reparar las consecuencias dañosas de la actividad estatal ha sido subsumido en el vasto campo del Derecho de Daños, y ha llegado a ser reivindicado por visiones privatistas, pero para los administrativistas cuenta con rasgos propios y distintivos, más allá de un sustrato conceptual común. Sin perjuicio de ello, baste con recordar que el dato más significativo que encontramos recientemente en el derecho a la reparación, es el ver coronada una evolución, por virtud de la cual es considerado ahora como revestido de jerarquía constitucional¹⁹.

En cuanto a los fundamentos teóricos²⁰, vistos en una amplia perspectiva, abundan las variantes doctrinarias, aunque todas ellas parecieran terminar desembocando, de modo más o menos explícito, en los principios constitucionales esenciales, de ahí que se apele al concepto de Estado de Derecho –o a sus nociones satélites– como ideal unificador. Por lo demás, acudir a tales principios (siempre de cuño administrativista²¹ o constitucional) también significa en la actualidad procurar una sintonía con los postulados del Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia que consecuentemente viene forjando el sistema interamericano de tutela de los Derechos Humanos²², que también pasan a constituir una referencia imprescindible en la materia²³, máxime por su intensa recepción en los fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia argentina, en su integración actual.

De modo paralelo, la responsabilidad estatal ha urdido su apoyo micro-normativo²⁴ hilando más finamente, tarea en la cual se exploraron todas las posibilidades hermenéuticas,

ción. Décadas atrás, Rafael Bielsa postulaba lo contrario, al comentar el fallo “Tomás Devoto” (véase: “Responsabilidad del Estado como poder administrador”, J.A., 43-416).

- 19 Así lo explica Néstor Pedro Sagüés, en “Notas sobre la dimensión constitucional del Derecho a la reparación”, E.D., 202-843.
- 20 Sobre la cuestión, véase: Cassagne, Juan Carlos, “En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado”, E.D. 99-987, y Bonpland, Viviana M., “Responsabilidad extracontractual del Estado (Análisis exegético de las citas del codificador al artículo 1112 del Código Civil”, L.L., 1987-A, 779.
- 21 Como pone de resalto Graciela Reiriz, en “Responsabilidad del Estado”, AA.VV., *El derecho administrativo argentino, hoy, op. cit.* (en esp. pp. 224 y sgte.).
- 22 Es el pensamiento de Jorge L. Salomoni, vertido en: “Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina (Alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual)”, E.D., 186-618. Por lo demás, entendemos que dicha sintonía debe darse en los términos de la “coherencia funcional” entre el derecho internacional y el derecho del Estado, como bien ha sido planteada y analizada por Asdrúbal Aguiar Aranguren, en: “La coherencia funcional entre el derecho internacional y el derecho del Estado. Reconstrucción teórica y análisis comparado de la jurisprudencia argentina y venezolana sobre derechos humanos y crímenes de lesa humanidad”, *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, 2007, Suplemento 59 (enero/marzo de 2007), Vol. 19, pp. 13 a 66.
- 23 Sin perjuicio de la cuantiosa bibliografía que el tema ha suscitado y que nos excusamos de detallar, estimamos que resulta de indispensable consulta el exhaustivo y agudo estudio de Asdrúbal Aguiar Aranguren, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, editorial Monteávila Latinoamericana, Caracas, 1997.
- 24 Me permito la expresión, como idea contrapuesta a la del soporte basal o mayor de la responsabilidad, representado por los principios constitucionales.

y que exigió indagar sobre los alcances del art. 1112 del Código Civil argentino, norma que se refiere a los “hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones”, cuando cumplen de una manera irregular sus obligaciones legales, los que quedan comprendidos en las disposiciones del respectivo Título del Código, que es el noveno de la segunda sección²⁵, y regula las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos. En este sentido, si bien la literalidad de la citada disposición pudo llevar a parte de la doctrina a deducir que la misma sólo se aplicaba a la responsabilidad patrimonial que recae puntualmente sobre los funcionarios públicos, finalmente se consolidó el criterio según el cual este artículo regula la responsabilidad –directa– del propio Estado.

De todas maneras, más allá de brindar un soporte normativo que pondría a los jueces que lo invoquen a resguardo de la tacha de prevaricación, se torna difícil encontrar en el art. 1112 del Código Civil al motor conceptual genuino de esta responsabilidad, pues recién varias décadas después de su entrada en vigencia comenzó a ser aplicado en el campo de cuestiones que nos ocupan. Esto podría revelar una autonomía en la maduración de la responsabilidad estatal, que reviste rasgos diversos a los de la corriente principal de la responsabilidad civil, a la que no deja de recurrir para basar muchas líneas de su entramado conceptual (entre ellas, sus presupuestos: daño, relación causal e imputabilidad; o en lo atinente al alcance genérico de la reparación)²⁶.

Por lo demás, en lo que concierne a la influencia del Derecho Comparado, sin llegar a decirse que el nuestro sea un sistema volcado hacia sí mismo, sí cabe señalar que la influencia de los sistemas extranjeros se ha visto matizada y atenuada. Así, no deja de reconocerse que, tempranamente se importó el concepto de “falta de servicio”, forjado por el Consejo de Estado francés. Empero, no se delimitaron con mucha nitidez sus contornos, y tampoco las figuras satélites que operan con él, como la “falta personal”, ni la *faute lourde*. Estas precisiones forjadas en el sistema galo no se trasladaron –al menos con el grado de sofisticación que presentan en su contexto de origen– al Derecho argentino (lo cual, cabe admitir, podía ser innecesario, pues en aquel contexto condicionan la jurisdicción interviniente y otros factores únicos del aquel derecho y sólo explicables en él). Como fuese, de alguna manera el corazón conceptual de las nociones mencionadas fue genéricamente empleado, tomando una vida y desarrollos propios. Pero lo cierto es que, prácticamente, no hay demasiadas referencias en nuestro medio a la falta personal, y no se estudian por separado estos casos, más allá de alusiones puntuales²⁷. Por lo demás, son escasas las situaciones en que se condenó en forma personal a agentes y funcionarios públicos²⁸. En suma, no ha mediado un desarrollo conceptual profundo y analítico en esta materia.

25 La cual se refiere a “los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones”.

26 Tal vez ha sido Jorge L. Salomoni quien mejor lo demostró, en: “Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina...”, *op. cit.*.

27 Tema que se conecta con el antiguo dilema de la conveniencia de demandar sólo al Estado o también al funcionario cuya culpa o dolo generó el daño por cuya indemnización se reclama. Para algunas soluciones posibles, compárense los votos en el caso “Izaurralde”, citado *infra*, en la sección 3.a-).

28 En verdad, es un tanto improbable que esta culpa personal se configure realmente y que, además de ello, pueda ser debidamente acreditada en sede judicial, lo cual podría explicar la escasa casuística sobre el punto. De todas formas, percibirla en un caso concreto representa ciertas dificultades, como se explica en uno de los estudios más exhaustivos sobre estos temas (al menos, en lengua española): la obra de Luis A. Ortiz-Álvarez, *La responsabilidad civil de los funcionarios públicos*

Con respecto a las divisiones o clasificaciones que tematicen y ayuden al estudio de la cuestión que abordamos, cabe observar que dentro del ámbito extracontractual que aquí se aborda, las distinciones tradicionales remiten a la licitud o ilicitud de la conducta dañosa. No se han seguido, entonces, nomenclaturas tales como la francesa que distingue entre responsabilidad con falta o sin ella²⁹. Por cierto, no han faltado en nuestro medio voces que propiciarán este tipo de división³⁰, pero parece que no es el enfoque predominante en la bibliografía y los estudios sobre el tema.

III. RESPONSABILIDAD POR ACTUACIÓN CONTRARIA A DERECHO

Esta sección ostenta la primogenitura histórica en el desarrollo de la responsabilidad estatal, y mantiene desde entonces una preponderancia significativa en la casuística, pues el número de fallos que abarca supera cuantitativamente a los suscitados por actividad lícita o por riesgo. Adelantamos que la mayor parte de áreas que compone este grupo de casos transita por soluciones hoy bastante pacíficas y libres de mayores sobresaltos (que no sean los propios de todo sistema de reparación de daños). El punto más controversial ha eclosionado hace unos años, y viene dado por la responsabilidad por omisión, con motivo del dilema que implicaba trazar los límites de los deberes estatales.

Por lo dicho, esta parte del trabajo será estructurada tomando en cuenta la gravedad de la falta, ponderada asimismo a la luz de la entidad y significación del daño causado³¹, en una exposición decreciente de dichos factores, para desembocar en una sub-sección relativa a la problemática de la omisión.

1. Daños a la vida o la integridad física

Según un orden descendiente del factor mencionado, cabe comenzar con casos de daños a la vida o a la integridad física, supuestos que desafortunadamente han marcado su presencia

– *Alcance y sentido de la noción de falta personal y su interacción con la responsabilidad del Estado*, Editorial Sherwood, Caracas, 2002.

29 Por ejemplo, la estructuración que advertimos en varios autores galos. El Profesor René Chapus es bastante explícito en esta clasificación, como surge de su obra *Droit administratif général*, Ediciones Montchrestien, Paris, 2000, 14ª edición. En dicha obra, integrando del tomo 1, la parte sexta está dedicada a la responsabilidad pública, y se compone de cuatro capítulos, uno introductorio sobre las reglas generales, otro de “La responsabilité pour faute”, el tercero de “Les responsabilités sans faute”, y el cuarto de la responsabilidad de los agentes públicos y sus relaciones con la de la Administración. En el primer capítulo, al explicar el plan de esa sección de la obra (ver pág. 1206), se explica someramente que la responsabilidad se divide en aquella originada por falta y la que se suscita sin falta. Esta última, a su vez, se divide en: la suscitada por riesgo, y por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas. Implícitamente, siguen esta clasificación otros autores franceses: de Laubadère, André - Venecia, Jean-Claude - Gaudemet, Yves, *Traité de Droit Administratif*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence E.J.A., 1999, Tomo 1, 15ª edición (en especial, ver el Título II, cuya sección I –dedicada a la responsabilidad de la Administración, en pp. 975 y ss.– está dividida en dos subsecciones: la primera trata sobre la responsabilidad por falta, y la segunda versa sobre la responsabilidad “sans faute”, o por riesgo); con similar criterio: Rivero, Jean - Waline, Jean, *Droit Administratif*, Paris, Ediciones Dalloz (Précis), 16ª edición – 1996 (ver en esp. el Título 5, en pp. 237 y ss., donde, después de una introducción sobre la “faute de service”, se aborda “la responsabilité sans faute”, que comprende a la responsabilidad por riesgo).

30 Vgr., Graciela Reiriz, quien alude a dicha nomenclatura en: “Responsabilidad del Estado”, conferencia publicada en la obra de AA.VV., *El derecho administrativo argentino, hoy, op. cit.*

31 En buena medida, es la metodología que adopto en el libro de mi autoría: *Responsabilidad del Estado – Sistematización y síntesis jurisprudencial*, Editorial RAP, Buenos Aires, 2007.

en todas las etapas históricas de la responsabilidad pública. Por ejemplo, se ha admitido el reclamo indemnizatorio suscitado por personas asesinadas culposamente por agentes estatales –caso de una vecina que fue atrapada por el portón de acceso a un edificio gubernamental³²–, como también de damnificados por lesiones gravísimas –caso de un sujeto que fue brutalmente agredido por un agente policial ebrio³³–, y asimismo por personas que sufrieron desaparición forzosa propia o de familiares en el último gobierno de facto³⁴. Vinculado con estos ejemplos, se ha llegado a admitir la responsabilidad estatal cuando un sujeto portador de una condición clínica que lo pone en peligro de muerte termina falleciendo al ser privado de la atención que venía impuesta por los reglamentos aplicables³⁵. Sin embargo, en este último caso se mandó indemnizar la pérdida de una chance de vivir, más no estrictamente el valor vida.

Hasta aquí, los supuestos más usuales y generales, que no han suscitado mayores dilemas al momento de admitir en lo principal las demandas deducidas. A su vez, dentro de la familia de casos que involucran el fallecimiento o lesiones graves de todo tipo en las víctimas, es posible diferenciar un significativo grupo en el cual los damnificados fueron personas alojadas en prisiones o dependencias de fuerzas de seguridad. Sin perjuicio de algunos antecedentes previos³⁶, el caso que pasó a ser paradigmático de esta área jurisprudencial es “Badín”, de 1995, generado a raíz de que varios internos alojados en la cárcel bonaerense de Olmos perdieran la vida en un fatal incendio, ocurrido en el marco de un motín³⁷. El infortunado episodio dio lugar a que los causahabientes de varias víctimas demandaran por los daños a la Provincia de Buenos Aires (por ser la titular del establecimiento), la cual fue condenada a indemnizarlos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En su pronunciamiento, el Tribunal tuvo por acreditadas las faltas de las autoridades del centro carcelario³⁸, haciendo hincapié en las constancias de causas penales que revelaban irregularidades o actos de corrupción por parte de aquellas. Descartando los argumentos defensivos de la demandada, y para ratificar la negligencia en el desempeño de funciones públicas, el Máximo Tribunal también puso de resalto la desidia en la toma de medidas que hicieran segura la vida en el penal, y fundó la condena en el art. 1112 del Código Civil, sobre el cual se entiende (según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia) que cabe fundar la responsabilidad del Estado por las faltas u omisiones de sus agentes³⁹.

32 Causa “Socolosky, Hugo Raúl y otro c/ Secretaría de Inteligencia del Estado y otro s/daños y perjuicios”, Sala III de la Cám.Nac.Apel. Civ. y Com. Fed. (2003), *Revista RAP*, 307-118.

33 CSJN, *Fallos*, 322:2002 (1999), “Izaurrealde, Roque Rafael c/Provincia de Buenos Aires y otro”.

34 CSJN, *Fallos*, 322:1888 (1999), “Tarnopolsky, Daniel c/Estado Nacional y otros”; E.D., 186-153.

35 Causa “Colado c/Mrrio. del Interior - P.F.A.”, Cám.Nac.Apel. Civ. y Com.Fed., 2004.

36 V.gr., el caso “*Morales c/Provincia de Buenos Aires*”, CSJN, 1992.

37 CSJN, *Fallos*, 318:2002 (1995); L.L. 1996-C. 584, con comentario de Jorge Bustamante Alsina, “Responsabilidad del Estado por la muerte de internos en una cárcel al incendiarse ésta”.

38 La Corte Suprema aprovechó la ocasión para recordar los principios constitucionales que exigen que las cárceles procuren principalmente la seguridad y no el castigo de los detenidos, aspiración de arduo cumplimiento práctico. Asimismo, se invocaron las disposiciones que reconocen la indemnización a los damnificados indirectos, tales como aquellos familiares de las víctimas que tuvieran vocación hereditaria; V.gr., los arts. 1078, 1084 y 1085 del Código Civil.

39 Se trata del art. 1112 del citado código, invocado conjuntamente con el art. 1068 del mismo.

Con el correr del tiempo, esta familia de casos se incrementó con otros trágicos incidentes, que suscitaron los pleitos respectivos⁴⁰, en los cuales el común denominador terminó siendo la procedencia de los reclamos indemnizatorios. En suma, no se produjeron mayores dificultades jurídicas en el reconocimiento de la responsabilidad por la deficiente guardia y cuidado de los detenidos.

2. *Faltas de servicio o negligencias en general*

Revelando una menor gravedad, ya fuese en la entidad de los daños producidos, o en las negligencias causantes de los mismos, podría identificarse otro grupo de causas que presentan una serie de faltas de servicio o negligencias de índole genérica. De nuevo, esta serie de casos exige tener en cuenta un *desideratum* –bien que realista– sobre el desempeño de las funciones públicas, que permita deducir cuándo éstas no fueron prestadas adecuadamente⁴¹.

A modo de ejemplo, y por la trascendencia que adquirió, recordaremos un caso originado por una equivocación en el envío de un órgano que imposibilitó a un paciente recibir un trasplante de riñón, con los trastornos esperables sobre su salud. El hecho suscitó un pronunciamiento de la Cámara Federal de Mar del Plata⁴², que fue modificado parcialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2004⁴³; esto último, en sentido favorable al organismo estatal codemandado, cuya responsabilidad en los hechos quedó descartada⁴⁴. Quedaron patentes, entonces, las diferentes apreciaciones sobre la valoración de las diligencias que deben adoptar las autoridades públicas, en aras de medir si se habían cumplido debidamente los deberes a su cargo.

40 Entre otros: “Avinceto, Elba R. c/Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y/o quien resulte responsable”, Cám. Apel. Concepción del Uruguay, Sala Civ. y Com., 12-6-1997, J.A., 1998-II, 247; y de la CSJN: “Vergnano de Rodríguez”, *Fallos*, 325:1277 (2002); “Gothelf”, *Fallos*, 326:1269 (2003); y “Manzoni, Juan Carlos y López, Norma María c/Gobierno de la Provincia de Jujuy”, Expte. M. 3084 XXXVIII, sent. del 23/12/2004, publicada en www.csjn.gov.ar.

41 Ciertamente, se trata de una valoración en concreto y según lo que prudentemente se juzgue. Así, en el caso de reclamos originados en demoras de trámites o procedimientos administrativos, éstos suelen ser desestimados por basarse en postulaciones poco realistas sobre la manera en que puede desempeñarse la Administración. Dos recordados ejemplos en tal sentido, son los casos “Wellcome” y “Odol”, en los cuales las demandas terminaron siendo rechazadas (*vide*: “Wellcome Argentina Limited c/Estado Nacional”, Cám.Nac.Apel.Cont.Adm.Fed., Sala I, de 1995, L.L., 1996-A, 600, con comentario de Julio Rodolfo Comadira y Fabián Omar Canda, “Responsabilidad del Estado por omisión”; y CSJN, “Odol S.A. c/Gobierno Nacional”, *Fallos*, 304:651, de 1982, J.A. 1983-I, 469, E.D., 100-199, L.L., 1983-A, 503). En el primer caso, se consideró que el retardo de pocas semanas para dictar una resolución administrativa no constituía un cumplimiento irregular de la función pública; mientras que en “Odol” se entendió que el interesado debió haber intimado o interpelado a la Administración para que otorgara una autorización administrativa, y al no haberlo hecho había consentido la demora suscitada.

42 Causa “D. F. c/Aerolíneas Argentinas”, de 1998. La cámara había condenado al INCUCAI, a Aerolíneas Argentinas y a la citada en garantía, al pago de \$ 1.200.000.

43 Causa homónima a la citada anteriormente, sentencia del 29 de abril de 2004, publicada en *Revista RAP*, 312-166; E.D., 209-509 y J.A., 2004-III, 216, con nota a fallo de Hiruela, Omar F. e Hiruela de Fernández, María del Pilar, “El INCUCAI y el transporte de los órganos”.

44 Para resolver del modo indicado el Máximo Tribunal señaló que el INCUCAI –autoridad pública encargada de los trasplantes– no había incurrido en negligencia alguna, y rechazó que debiera (como propiciaba el actor) enviar funcionarios acompañando las cajas con órganos para trasplante. Concluyó entonces que sólo la empresa transportista (en el caso, *Aerolíneas Argentinas*) resultaba responsable por los daños irrogados al actor.

Otra causa muy recordada se suscitó por la negligencia de las dependencias públicas nacionales y provinciales encargadas de gestionar la emisión y entrega al interesado de un documento nacional de identidad⁴⁵. Dicha falta de servicio, típica de las estructuras burocráticas complejas, hizo posible que al fallar la debida custodia del mencionado documento, terceros delincuentes obtuvieran su posesión para terminar realizando varios actos jurídicos (entre otros, la apertura de cuentas bancarias) asumiendo la identidad del afectado, lo que acarreó a este diversos perjuicios. Entre muchas otras situaciones adversas, el verdadero titular de la identificación sufrió una temporaria imposibilidad para mantener cuentas bancarias o tarjetas de crédito, bajo la imputación de haber emitido cheques sin fondos; se trató de una falsa sustitución de identidad que, como suele suceder, tardó en ser advertida y resuelta por las autoridades, y que hizo procedente el pago de una reparación por los daños producidos.

Por cierto, el ámbito genérico de faltas administrativas de menor significación, que suelen ir de la mano de mayor levedad en los daños sufridos, conforma una nutrida jurisprudencia. Así, fue merced al incendio accidental de un campo atribuido a negligencia de empleados del servicio público de telegrafía, que se pasó a admitir la responsabilidad por acto ilícito, al suscitarse el *leading case* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Tomás Devoto c/Gobierno Nacional”⁴⁶. Más allá de que puedan contarse precedentes anteriores que admitían la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de negligencias, lo cierto es que fue este caso el que parece haber instalado una sensación de ruptura del tabú que conspiraba contra el derecho a la reparación.

Paralelamente, una cuantiosa subespecie dentro de las negligencias, bien que de más leve entidad en la falta y en los daños inferidos, viene dada por casos de quienes resultaron afectados por errores registrales, situación que incluye las inexactitudes en certificados emitidos por registros públicos, de los que dependen operaciones o actuaciones posteriores que, al desbaratarse, menoscaban derechos⁴⁷. La jurisprudencia de la Corte Suprema, emitida principalmente por medio de su instancia originaria⁴⁸, da cuenta de numerosos casos de este tipo, suscitados principalmente por equivocaciones del registro de la propiedad inmueble bonae-

45 CSJN, “Serradilla, Raúl Alberto c/Provincia de Mendoza y otro s/daños y perjuicios”, sentencia del 12 de junio de 2007.

46 CSJN, “Sociedad Anónima Tomás Devoto y Compañía c/Gobierno Nacional, por daños y perjuicios”, *Fallos*, 169:111 (1933); J.A., 43-416, con comentario de Rafael Bielsa, “Responsabilidad del Estado como poder administrador”. Sobre este pronunciamiento, véase también: Juan Carlos Cassagne, “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema” (reproducido en su obra *Derecho Administrativo*) y Alejandro J. Uslenghi, “Lineamientos de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita”, ambos en: AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público (Jornadas org. por la Universidad Austral)*, op. cit., pp. 29 y 49, respectivamente. El Máximo Tribunal condenó al demandado a resarcir los daños ocasionados por el incendio accidental de un campo, cuyo origen se debía a chispas salidas de un brasero encendido por empleados del servicio estatal de telegrafía, que se encontraban realizando reparaciones.

47 Además de los mencionados en el texto, cabe recordar los casos de la CSJN: “Brumeco S.A.”, *Fallos*, 313:907 (1990); y “Terrabón SACIFA”, *Fallos*, 320:1571 (1997).

48 En lo futuro, estos litigios deberían ser dirimidos en la jurisdicción local, por imperio de la doctrina “Barreto”, merced a la cual la Corte Suprema ha racionalizado su competencia originaria, redefiniendo el concepto de “causa civil”. Véase, al respecto, el fallo del 21 de marzo de 2006, *in re*: “Barreto, Alberto Damián y otra c/Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios” (*Fallos*, 329:759).

rense⁴⁹ las cuales, por ejemplo, derivaban en la frustración de operaciones de compraventa, al verificarse en determinado momento que quien vendía una propiedad no era su verdadero dueño.

Prueba de la asiduidad de estos supuestos es que justamente a raíz de errores en inscripciones inmobiliarias llegaron a marcarse hitos en la evolución conceptual de la materia. Así, un importante punto de partida data nada menos que de 1938, con el *leading case* “Ferrocarril Oeste c/Provincia de Buenos Aires”⁵⁰, de rasgos “fundacionales”, para emplear la nomenclatura propuesta *supra*, en la Introducción.

Medio siglo más tarde, se suscitó el otro caso paradigmático de error registral que, como se ha adelantado, resulta descollante por el progreso conceptual que implicó: el caso “Vadell”⁵¹. La Corte Suprema tuvo por probada la falta de servicio del Registro de Propiedad bonaerense y, entre sus muchos aspectos, lo destacable de la sentencia es que se expresó que no se la basaba en el art. 1113 del Código Civil –tal como se hacía en pronunciamientos anteriores–, sino en el art. 1112 de dicho ordenamiento. Para así resolver, se interpretó que estaba en juego una responsabilidad directa, y no la indirecta que respecto de los dependientes prevé el art. 1113 citado. De este modo, si bien no se alteraron radicalmente las probabilidades de procedencia de estos reclamos –que ya se venían admitiendo–, se efectuó una interesante calibración conceptual, al afianzarse la teoría del órgano, por la cual lo obrado por los agentes del Estado se imputa a éste mismo, de modo que aquellos no son representantes ni terceros respecto de la entidad pública en la que se desempeñan. La distinción facilita la

49 No obstante, también cabe incluir en este grupo de casos algunos por errores de otros registros públicos, como el que suscitó una causa que involucró a la Inspección General de Justicia: “Ferrocarril S.R.L. c/Ministerio de Justicia de la Nación”, sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V (1999), L.L., 2000-B, 659 y L.L., 2000-C, 108; E.D., 190-248.

50 CSJN, “Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/indemnización de daños y perjuicios”, *Fallos*, 182:5; y L.L., 12-122, con comentario de Alberto G. Spota, “La responsabilidad aquiliana de la Administración Pública”. En este caso el propietario de un campo lo había vendido y, extrañamente, cuatro años más tarde volvió a enajenarlo, esta vez al Ferrocarril Oeste. Los adquirentes de la primera operación, prevalecieron en la demanda que dedujeron contra el ferrocarril por reivindicación. Pero como éste necesitaba el inmueble, llegó a un acuerdo por el cual volvió a comprarlo, pagando el precio correspondiente, más las costas del juicio. A results de lo expuesto, el Ferrocarril demandó a la Provincia de Buenos Aires, en el entendimiento de que la confusión (que lo había llevado a pagar dos veces el precio de un terreno) obedecía a una certificación y anotación erróneas del registro inmobiliario provincial. La Corte Suprema, al hacer lugar a la demanda de daños y perjuicios, pronunció lo que hoy se considera la partida de nacimiento y definición jurisprudenciales de la “falta de servicio”, el principal factor de atribución de responsabilidad estatal. En tan sentido, se sostuvo que “...quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución”. En este fallo se realiza la primera invocación del art. 1112 del Código Civil para fundar la responsabilidad del Estado, la cual se hizo junto con el art. 1113 de dicho ordenamiento.

51 CSJN, “Vadell, Jorge Fernando c/Buenos Aires, Provincia de”, *Fallos*, 306:2030 (1984), y E.D., 114-215. El litigio se originó debido a una cadena de errores de registro, merced a la cual el actor tenía inscripto a su nombre un terreno en la Provincia de Buenos Aires, pero en realidad el inmueble no le pertenecía. El hecho puede explicarse en que la inscripción del problemático lote se refería a una unidad inexistente (la mitad N.O. de una manzana, que en realidad sólo contaba con lotes S.O. y N.E.), lo que suscitó transmisiones paralelas y superpuestas sobre una misma fracción de campo. Como fuera, el supuesto titular vendió el bien, pero terminó derrotado en el juicio al que lo llevó su comprador, agraviado por no haberse podido hacer de la propiedad.

reparación a los damnificados por el obrar estatal, y no se trata de una especulación meramente teórica, pues acarrea consecuencias prácticas en el ejercicio de la acción⁵². Surge así una responsabilidad directa, a lo que se suma el ser objetiva, por entrar en juego el factor falta de servicio (aclaramos, no obstante, que la calificación como objetiva o subjetiva –bien que con particularidades respecto de la culpa civil común– de la “falta de servicio” ha dado lugar a profusas controversias doctrinales, cuya elucidación excedería el propósito de este trabajo).

Por lo demás, si bien en la actualidad ha sido superada, cabe destacar que una situación que afloró asiduamente en la familia de causas suscitadas por errores registrales consistió en la ausencia de daño resarcible. Esto condujo en muchos casos al rechazo de la demanda, si bien no por razones idénticas⁵³. Así, en ocasiones se hacía notar que un deudor contaba con bienes alternativos, lo cual disipaba el daño derivado de la frustración de una garantía⁵⁴ (posibilitada por un informe incorrecto), mientras que en otros se evidenciaba un conflicto de titularidades sobre un mismo bien, situación que podía conducir a su eventual pérdida, supuesto que por no estar efectivizado y depender de otra acción judicial, tornaba conjetural cualquier daño que se alegase. En todo caso, a partir del caso “Brumeco S.A.”⁵⁵, la Corte Suprema prácticamente abandonó aquella línea jurisprudencial restrictiva, ya que pasó a considerar que la mera frustración de una garantía, en tanto derivase del obrar anormal o defectuoso de los funcionarios del Registro, bastaba para hacer nacer la responsabilidad estatal.

3. *Negligencias en el deber de seguridad*

Integrando los supuestos de faltas o negligencias, es posible identificar un conjunto de casos cuyo común denominador radicaba en ponerse en tela de juicio el desempeño del deber de seguridad. En esta serie de casos, los damnificados aducen que sufrieron daños que fueron posibles por inacción o negligencia de fuerzas policiales o de seguridad que, de haber obrado correctamente, habrían debido impedir los hechos dañosos. El paradigma que prevalece en este campo es que el deber en cuestión impone a la Administración Pública obligaciones de medios y no de resultados, de modo que si se implementaron medidas razonables y suficientes según las circunstancias, los siniestros que ocurran no comprometen la responsabilidad estatal.

En este grupo de casos se destaca uno que sienta los lineamientos generales, adversos mayormente a la procedencia de reclamos reparatorios: “Zacarías c/Provincia de Córdoba”⁵⁶, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1998⁵⁷. Este arquetípico caso se

52 Así lo destaca Eduardo Merteikian, en *La responsabilidad pública*, op. cit. en la nota al pie número. 6, p. 58, punto e).

53 Esta situación fue advertida en su momento por Merteikian, en su obra *La responsabilidad pública*, cit., pp. 126 y sgtes.

54 La falta imputable al registro provincial consistía, en estos casos, en no haber informado que sobre determinado bien se había inscripto un gravamen que impedía su libre disposición.

55 *Fallos*, 313:907, de septiembre de 1990.

56 Fallo de la CSJN, en el caso caratulado: “Zacarías, Claudio H. c/Córdoba, Provincia de y otros s/sumario”, *Fallos*, 321:1124, con comentarios de Trigo Represas, Félix, “El caso Zacarías: un fallo con importantes aportaciones, pero no obstante deficitario”, J.A., 1999-I, 380; y de Bustamante Alsina, Jorge, “¿Es responsable la Asociación del Fútbol Argentino por los daños que se generan en ocasión de las competencias que organizan sus entidades afiliadas?”, L.L. 1998-C, 317.

57 Más recientemente, el tipo de análisis hecho en “Zacarías”, consistente en pasar revista de los medios implementados por la autoridad administrativa en aras de evitar daños, volvió a realizarse,

originó cuando un jugador de fútbol quedó gravemente lesionado minutos antes de un partido, por la explosión de una bomba de estruendo en las cercanías del vestuario en el que se encontraba. La mayoría de la Corte Suprema limitó la condena al club organizador del partido⁵⁸, rechazando la demanda contra las restantes co-demandadas: la municipalidad y la provincia donde había sucedido el siniestro. En cuanto a la primera, se tuvo en cuenta que no estaba a su cargo el deber de seguridad en el estadio; y en lo atinente a la provincia, se consideró que ésta –sobre la cual pesaba el deber de seguridad del evento– había implementado medidas suficientes para resguardar la seguridad durante el partido, toda vez que parecía razonable y suficiente el despliegue de efectivos policiales realizado. Lo interesante de esto último fue el minucioso repaso de la disposición de medios materiales y humanos que, como se señaló, fue considerado como adecuado para las características del evento.

Esta línea jurisprudencial se ha visto ratificada por la actual integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como lo atestiguan los casos “Mosca, Hugo Arnaldo c/Provincia de Buenos Aires y otros”⁵⁹, atinente a daños producidos en el marco de un encuentro futbolístico, y “Juárez, Carlos Arturo y otra c/ Estado Nacional – Ministerio del Interior”⁶⁰, que versaba sobre un ataque de manifestantes realizado contra la vivienda de un senador nacional⁶¹.

si bien con resultado positivo para el damnificado, en el caso “Coco, Fabián A. c/Provincia de Buenos Aires” (CSJN, Fallos, 327:2722, de 2004). En este caso, la Prefectura Naval Argentina fue condenada a indemnizar al actor por daños sufridos por éste al viajar en un bote que no estaba habilitado para la aeronavegación, y además carecía de avisos o señales que alertaran sobre el riesgo que implicaba la hélice descubierta que lo propulsaba (que causó lesiones severas en la mano del demandante). Por tal motivo, se interpretó que la responsabilidad de la Prefectura surgía de su omisión en el deber de seguridad.

- 58 Entre otros motivos, se tuvo en cuenta que dicho club había permitido su “barra brava” colocara el artefacto explosivo. Ahora bien, en un voto concurrente, los jueces Moliné O’Connor y Vázquez invocaron la ley 23.814, sobre la cual desarrollaron diversas consideraciones. Por su parte, el juez Nazareno, en disidencia parcial, juzgó que la demanda también tenía que ser admitida respecto de la co-demandada Asociación de Fútbol Argentino (A.F.A.).
- 59 CSJN, expediente M.802. XXXV, “Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios”, sentencia del 6 de marzo de 2007, disponible en el sitio web: www.csjn.gov.ar. En lo que interesa al tema que comentamos –responsabilidad derivada del cumplimiento de la función de seguridad–, cabe remitir a la lectura del considerando sexto del voto de la mayoría, en el que se termina descartando la responsabilidad de la provincia por el desempeño de sus agentes policiales. Por lo demás, el fallo cobró trascendencia porque por primera vez se condenó a la AFA (Asociación de Fútbol Argentino) a asumir la reparación de los daños producidos en un encuentro futbolístico.
- 60 CSJN, expedientes J.23 XXXVII y J.27. XXXVII, sentencia del 18 de septiembre de 2007.
- 61 La causa se originaba en una revuelta popular ocurrida en Santiago del Estero en diciembre de 1993, durante la cual fue incendiada y saqueada la residencia que tenía en dicha provincia un senador nacional. Luego de examinar la normativa que regula las funciones de la Policía Federal Argentina (encargada de la seguridad del legislador), la Corte Suprema concluyó que los estragos mencionados eran a lo sumo delitos reservados a la jurisdicción provincial, por lo que no correspondía a los agentes policiales federales reprimirlos. Más allá de algunas vicisitudes particulares del caso, la demanda fue rechazada por aplicación de la tradicional doctrina según la cual el deber de prevención de los delitos no puede convertir al Estado Nacional en “...responsable por las consecuencias dañosas de cualquier delito, extraño a su intervención directa y competencia” (considerando 6º, *in fine*).

Ahora bien, no obstante la regla general ya adelantada –improcedencia de reclamos por supuesta omisión del deber de seguridad a cargo de la fuerza policial, si no se acredita falta de disposición de los medios apropiados–, cabe identificar ciertas contadas excepciones que sirven para contrastar los supuestos de admisibilidad de esta clase de reclamos. Entre las mismas, vale la pena tener presentes un par de casos⁶², de los que vamos a describir el que nos parece más interesante: “Ruiz, Edgardo Darío c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otro”⁶³. El litigio se originó por las lesiones que un transeúnte sufrió al tomar en una calle una lata que había colocado una organización terrorista⁶⁴, la cual terminó explotando en sus manos. La cámara de apelaciones interviniente en el juicio de daños, en una decisión poco usual, condenó al Estado⁶⁵ por entenderlo responsable, sobre la base de un cumplimiento irregular de sus funciones atinentes a la seguridad en la vía pública. A tal efecto, se destacó que el cilindro explosivo había estado atado a un pasacalles a la vista del público, y con inscripciones de una organización delictiva, lo cual debió haber suscitado medidas apropiadas de la autoridad policial. En ese sentido, se puso de resalto que el deber de seguridad impone acciones de prevención y no meramente pasivas.

Más específicamente, la invocación del deber de seguridad ha dado lugar a un área satélite de la que acaba de reseñarse. Se trata de significativo número de fallos en los que se ponía en juego la seguridad debida a quienes circulan por rutas, autopistas u otras vías de circulación, en especial las concedidas con el cobro de peaje. Advertimos que si bien se trata de reclamos enmarcados en relaciones privadas y de tipo contractual –no olvidamos que este trabajo se ciñe a la órbita extracontractual de la responsabilidad–, lo cierto es que el desarrollo argumental relativo a los concesionarios se vinculó o derivó del aplicable respecto del Estado, de ahí el interés en la trama argumentativa diseñada en estas causas. Se trata de un panorama que ha mutado recientemente, en virtud del caso “Ferreyra c/Vicov” de 2006, que ha dado luz verde a los reclamos indemnizatorios, lo que justifica el interés sobre las alternativas de estas causas.

Ciertamente, esta línea jurisprudencial es tan significativa que difícilmente podrían resumirse todas las vicisitudes jurisprudenciales⁶⁶ o doctrinarias⁶⁷ que suscita, pero baste con

62 Se trata de las causas “La República Compañía de Seguros Generales S.A. c/United Airlines y otros/incumplimiento de contrato”, CSJN, *Fallos*, 327:106 (2004), *Revista RAP*, 306-98; y “Ruiz”, que se menciona en la nota siguiente. En el caso “La República”, la cámara de apelaciones había considerado que el Estado Nacional debía responder por la negligencia en que había incurrido la Fuerza Aérea, al permitir el robo de una carga en el aeropuerto internacional de Ezeiza. A tal efecto, se descartó la configuración de caso fortuito o de fuerza mayor. Apelada la sentencia, la Corte Suprema, en virtud de motivos procesales, desestimó los recursos deducidos por las demandadas y dejó firme la condena indemnizatoria.

63 Autos: “Ruiz, Edgardo Darío c/Municipalidad de Buenos Aires y otros/daños y perjuicios”, Cám. Nac. Apel. Civ. y Com. Fed., Sala III (2004), publ. en *Revista RAP*, 310-59 con comentario de Caputi, M. Claudia, “La responsabilidad estatal derivada de omisiones en el desempeño de la policía de seguridad”.

64 El objeto estaba atado a un pasacalles que aparentemente se desprendió y terminó precipitándose al suelo.

65 Además, en lo que respecta a la cuantía de la reparación, fue incrementada, teniéndose en cuenta la edad de la víctima al momento del siniestro y su ocupación, además del hecho de portar una incapacidad permanente y total.

66 Sólo a modo indicativo, cabe tener presentes fallos que revelan que este tema comenzó a ganar consistencia y asiduidad hace tres lustros, tales como: “Lanati, Marta N. y otros c/Dirección Nacional de Vialidad”, CSJN, *Fallos*: 314:661 (de 1991); L.L., 1992-A, 199, con nota a fallo de Bus-

señalar que a partir de los casos “Colavita”⁶⁸ y “Bertinat”⁶⁹, de marzo de 2000, se había tornado improbable la procedencia de demandas por daños sufridos por quienes resultaran damnificados a resultas de la circulación por rutas o autopistas concesionadas. En dichos precedentes, la solución exculpatoria se basó ya fuese en que el poder de policía de seguridad no es suficiente para atribuir responsabilidad al Estado en este tipo de accidentes, o en el argumento adicional de que la provincia demandada no tenía la propiedad ni la guarda del equino causante del hecho⁷⁰; asimismo se deducía que tampoco cabía imputar responsabilidad a la empresa concesionaria, toda vez que ésta no asumía por la concesión mayores derechos o deberes que los correspondientes a la entidad concedente⁷¹. Y, particularmente, en el caso “Bertinat”, se descartó que la provincia demandada hubiera incurrido en una omisión suficientemente relevante de deberes (básicamente, la seguridad en sus rutas) por la circunstancia de que en el tramo vial donde sucedió el accidente se hubieran reiterado episodios similares, en tanto se consideró que la prueba aportada respecto de este punto no acreditaba la verdadera frecuencia de los siniestros, ni que éstos llegaran a tal gravedad como para imponer la adopción de medidas.

Actualmente, y en virtud del caso “Ferreyra c/Vicov S.A.”, resuelto por la Corte Suprema en marzo de 2006⁷², se vislumbra una nueva etapa en la cual la procedencia de esta clase

tamante Alsina, Jorge, “Responsabilidad civil extracontractual de una entidad autárquica”; “Abba, Miguel A. y otra c/Huarte S.A. y otros”, Sala “F” de la Cám.Nac.Apel.Civ., L.L. 1992-D, 195, con nota a fallo de Bustamante Alsina, Jorge, “Responsabilidad por el daño que el estado de una autopista provoca al vehículo que circula por ella”; o “Ruiz, Mirtha Edith y otros c/Provincia de Buenos Aires”, CSJN, *Fallos*: 312:2138 (de 1989), L.L., 1990-C, 429, con comentario de Bustamante Alsina, Jorge, “La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía”.

- 67 Entre muchos otros, remitimos al completo estudio de Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Daños causados en rutas gestionadas por concesionarios”, en: *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado: XIV Reunión de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, Obras de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales (Serie II)*, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2000, Volumen 30, pág. 31.
- 68 CSJN, “Colavita, Salvador y otro c/Provincia de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios”, *Fallos*, 323:318 (2000), con disidencia del juez Vázquez (quien postuló la existencia de una relación de consumo entre los usuarios de una ruta y la concesionaria de la misma, de la cual podía deducirse una presunción de responsabilidad que, en el caso, no se consideró desvirtuada). El pronunciamiento suscitó diversos comentarios y notas a fallo de calificada doctrina.
- 69 CSJN, “Bertinat, Pablo Jorge y otros c/Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*, 323:305, *Revista RAP*, 263-45.
- 70 En virtud del art. 1124 del Código Civil, los daños causados por animales, sólo podían ser atribuidos a los dueños de los semovientes.
- 71 Se afirmó también que eran las autoridades públicas las encargadas del servicio de seguridad y el control del tránsito, y no la explotadora de la vía de comunicación. De hecho, respecto de los alcances del contrato de concesión, también se señaló que si bien imponía el deber de mantener, remodelar o señalizar la ruta, no establecía la obligación de controlar los alambrados linderos a la traza, ausentes en la zona del accidente.
- 72 CSJN, “Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/VICOV S.A. s/daños y perjuicios”, Expte. F. 1116. XXXIX, publicado en www.csjn.gov.ar, y motivador de diversos comentarios: Galdós, Jorge M., “El fallo “Ferreyra” de la Corte Suprema Nacional sobre peaje, animales sueltos y relación de consumo. Auspiciosa reapertura de un debate no clausurado”, *Lexis-Nexis, SJA*, 10 de mayo de 2006; Olcese, Juan M., “Responsabilidad del concesionario de peaje en las rutas por accidentes. El caso “Ferreyra”, en el que la Corte nada ha dicho”, *Lexis-Nexis, SJA*, 7 de junio de 2006; Pizarro,

de demandas de indemnización se vería facilitada. En “Ferreyra”, también se trataba de un accidente causado por el impacto contra un animal suelto en una ruta provincial, que ocasionó lesiones al conductor. El afectado demandó a la empresa concesionaria de la ruta, y la acción fue admitida en las instancias locales en las que tramitó⁷³. El caso mencionado arribó al Máximo Tribunal en virtud del recurso extraordinario que dedujo la firma demandada, renuente a la condena. En armonía con la filosofía jurisprudencial prevaleciente en la mayoría de tribunales nacionales y provinciales, el Máximo Tribunal desestimó el recurso por medio de distintos votos que integraron la mayoría⁷⁴, que señalan un eclipse de los criterios imperantes desde “Colavita”. Refiriéndose concretamente a dicho precedente, la juez Highton de Nolasco, en su voto, relativizó el valor vinculante de dichos fallos⁷⁵. Por su parte, el ministro Lorenzetti, haciendo un especial hincapié en la relevancia de la seguridad en la prestación de servicios masivos con miras a resguardando la vida y salud de los usuarios⁷⁶, explicitó la necesidad de establecer un estándar más estricto que el del fallo “Colavita”, para terminar señalando que en el caso en particular, quedaba probado que la demandada había incumplido de modo manifiesto el deber de prevenir y evitar el daño a los usuarios de la ruta.

La moraleja final que deja la cuestión es que se ha elevado el umbral de protección a los usuarios de bienes públicos⁷⁷, dato que no es menor para entender los nuevos devenires del Derecho Administrativo.

4. *La responsabilidad por omisión*

Conforme se explicó anteriormente, una numerosa sub-familia de casos nacidos por obrar contrario a Derecho es la suscitada por las omisiones estatales. Con respecto a esta temática, en un ensayo anterior hemos realizado precisiones sobre los tipos de omisiones y el modo en que podrían clasificarse⁷⁸, tarea que ayuda a desbrozar el panorama en una familia de causas de incremento exponencial. Lo destacable de este tipo de casos radica en que involucran una problemática que ha reflejado la tensión argumentativa con la que se presionaba

Daniel Ramón, “Responsabilidad de las empresas concesionarias de peaje en un reciente fallo de la Corte Suprema”, L.L., diario del 30 de marzo de 2006, pp. 1 y ss.

73 El Superior Tribunal del Chaco interpretó, al respecto, que el nexo entre un usuario de una ruta por peaje y la concesionaria de la misma es de índole contractual, y regido además por el régimen de Defensa del Consumidor previsto por la ley 24.240. De allí dedujo que sobre la demandada pesaba un deber de seguridad, que en el caso se consideró como no cumplido, por juzgarse que no se habían adoptado medidas que evitaran la presencia de animales en la vía de comunicación.

74 En disidencia, los ministros Petracchi y Fayt compartieron las conclusiones de la Procuración General, en cuyo dictamen se planteó, principalmente, que resultaba arbitrario apartarse de la doctrina del caso “Colavita” sin expresarse fundamentos suficientes para ello.

75 Se destacó, en tal sentido, que los criterios asumidos por la Corte Suprema en su instancia originaria no excluían otras interpretaciones válidas ni tornaban arbitrarios pronunciamientos de sentido diverso emitidos por tribunales inferiores.

76 En el voto se precisó, sin embargo, que dicha confianza en la seguridad no implicaba una garantía de resultado.

77 Ello aparece ratificado y desarrollado (bien que respecto de la concesionaria) en un fallo posterior, resuelto en la instancia originaria de la Corte Suprema: B.606.XXIV “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios”, sentencia del 7 de noviembre de 2006.

78 Ver: Caputi, María Claudia, “Bases para un marco teórico de la responsabilidad por omisión”, en *Revista RAP*, 327-31.

sobre la frontera de la procedencia de la responsabilidad patrimonial del Estado, dilema que ha dado origen a una profusión de materiales en los últimos tiempos⁷⁹.

En efecto: siendo uno de los rasgos culturales característicos de la sociedad argentina el albergar altas expectativas sobre el rol que debería asumir el Estado al gestionar el bien común, es lógico que se haya debatido sobre los alcances de los deberes estatales. Ciertamente, la contrapartida de definir tales deberes consiste en que sostener la existencia y fronteras de alguno tornaría indemnizables a los daños derivados de su incumplimiento; en otras palabras, permitiría deducir en qué supuestos la omisión de determinada conducta convierte en antijurídico el desempeño de la Administración.

El caso paradigmático, y que es tomado como referencia insoslayable en este grupo de fallos, es “Torres, Francisco c/Provincia de Mendoza”, resuelto en 1989 por la Corte Suprema de la provincia en cuestión⁸⁰. Se trataba de un reclamo por los daños derivados de la destrucción de plantaciones, ante la insuficiencia de ciertas defensas aluvionales construidas por el gobierno local, que habían sido superadas por el deshielo y una crecida significativa de los ríos de la zona. Finalmente el tribunal rechazó la demanda, pero lo que interesa destacar es el marco argumentativo desarrollado a fin de verificar la existencia de omisión⁸¹. En este sentido, se apeló a la doctrina de un autor italiano, a fin de delinear los tres presupuestos o recaudos a los que queda condicionado un reclamo indemnizatorio de esta clase: 1) que mediara un interés normativamente relevante, cualitativa o cuantitativamente, 2) que fuera necesario una actuación estatal para tutelar dicho interés, y 3) que hubiera proporción entre el sacrificio derivado de tal actuación y la utilidad que se conseguiría con la misma. Dichos requisitos, si bien no alcanzaron un grado total de consenso doctrinario⁸², se estudian hoy como paradigmáticos a la hora de determinar si una entidad estatal ha incurrido en una omisión en el cumplimiento de sus deberes.

Así las cosas, como la corte provincial entendió que sólo el segundo de los recaudos mencionados se cumplía, devino improcedente la acción deducida. Al respecto, se señaló que como la construcción de mayores defensas era más onerosa que los bienes a proteger, el sacrificio que se pretendía del Estado no guardaba proporción adecuada con la utilidad que del mismo podía derivarse. Bajo esta perspectiva, la controversia se planteaba como un conflicto entre intereses patrimoniales, a lo que se agregó que la omisión alegada no era abusiva, entre otras consideraciones.

79 Entre otros, pueden consultarse: Huici, Héctor, “La responsabilidad del Estado por omisión”, L.L., 1993-D, 837; Gambier, Beltrán, “Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia”, L.L. 1990-E, 617; Tawil, Guido S., “Omisión, guerra y responsabilidad del Estado (nota al fallo “Asmuss, Francisco R. y otros c/Estado Nacional””, L.L., 1991-D, 362.

80 Sentencia del 4 de abril de 1989, con primer voto de la Jueza Aída Kemelmajer de Carlucci, publ. en *Revista RAP*, 130-110, y L.L., 1989-C, 514, con comentario favorable de Cassagne, Juan Carlos, “La responsabilidad del Estado por omisión”, L.L., 1989-C, 512.

81 En cuanto a la norma fundante de esta responsabilidad, el tribunal mendocino invocó el art. 1074 del Código Civil. Este punto ha dado lugar a debates, y podría decirse que actualmente prevalece la idea de encontrar la base legal de la responsabilidad por omisión en el art. 1112 del Código Civil, que expresamente alude a la misma.

82 Por ejemplo, recordamos la discrepancia expresada por Tawil, Guido S., en “Omisión, guerra y responsabilidad del Estado”, *cit.*

De todas maneras, la referencia a “Torres” no debería hacernos perder de vista que no todo son rechazos en materia de daños por omisión: en el panorama general de esta especie de responsabilidad existe una mayoría de sentencias que admitieron las demandas, pues estaban involucrados deberes indubitables del Estado que habían sido indebidamente incumplidos. Así, y sin perjuicio de los numerosos fallos de cámaras de apelaciones, baste con recordar que la Corte Suprema condenó a resarcir a los deudos de un hombre que falleció en el hundimiento de una lancha, siniestro que se produjo por el impacto con un tronco de árbol, bajo el entendimiento de que dicho objeto debió haber sido removido por la Dirección de Hidráulica de la Provincia de Buenos Aires, encargada de tales tareas en las vías navegables⁸³. También, se consideró que la Dirección Nacional de Vialidad debía resarcir a una persona que circulaba en auto por una ruta nacional, y que sufrió daños al volcar el rodado debido a profundos pozos en la capa asfáltica de la ruta en cuestión⁸⁴. Asimismo se consideró responsable al Estado Nacional por la negligencia evidenciada por un juzgado, que había omitido librar un oficio en el que constaba que un auto robado había sido recuperado por su dueña. Así las cosas, la titular legítima del vehículo fue detenida y privada de su libertad por fuerzas de prevención durante un control vehicular, dado que el mismo figuraba erróneamente como sustraído. Una vez descubierta la equivocación, fruto de la falta de libramiento de oficios a las fuerzas de seguridad por parte del juzgado penal interviniente en el robo del rodado, la automovilista fue liberada. En este caso, la Corte Suprema reconoció sólo la reparación del daño moral padecido⁸⁵.

Puede apreciarse, entonces, que en numerosas ocasiones han procedido demandas de daños y perjuicios en supuestos de incumplimiento de deberes estatales, si éstos se muestran incontrovertibles.

Finalmente, se advierte un emergente subgrupo en materia de omisiones estatales, integrado por casos que vienen suscitando creciente interés: la omisión en las funciones de control. Se trata de una cuestión que cobró auge en los últimos tiempos, y dentro de la cual cabe consignar los casos “Transportes Río de la Plata c/Superintendencia de Seguros de la Nación”⁸⁶ y, más recientemente, “Cots, Lidia Elba c/Estado Nacional”⁸⁷, entre otros⁸⁸.

En “Transportes Río de La Plata” la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal terminó rechazando el reclamo de una empresa que

83 Caso “*Franck*”, *Fallos*, 275:357.

84 Caso “*Lanati*”, *Fallos*, 314:661.

85 Caso “*De Gandia*”, *Fallos*, 318:845.

86 “Transportes Río de La Plata S.A. c/Superintendencia de Seguros de la Nación”, C.N.A.C.A.F., Sala II, 1º-VI-2000, L.L., 2000-D, 534, con comentario de Bianchi, Alberto B., “La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores. Apuntes sobre la falta u omisión en la actividad de control”.

87 “Cots, Lidia Elba c/Estado Nacional – Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/daños y perjuicios”, fallo de la Cám. Nac. Apel. Comercial, Sala D, del 30 de septiembre de 2004; *Revista RAP*, 314-153; L.L., 2005-A, 720; J.A., 2005-II, 213; con comentarios de Pirota, José Hernando y Pirota, Valeria L., “Novedosa condena al Estado por deficiencia en la aplicación del Poder de Policía. Omisión de las diligencias de control del seguro obligatorio en el transporte público”, *Revista RAP*, 314-153; Morello, Augusto M. y Stiglitz, Rubén S., “Transporte público de pasajeros, seguro obligatorio y responsabilidad del Estado por falta de servicio”, L.L., 2005-A, 756; Arrizabalaga, Miguel A., “El preocupante ‘deber de policía’”, J.A., 2005-II, 222.

88 *V.gr.*, con sus matices, el caso “*Sorba, Luis Esteban y otros c/Superintendencia de Seguros de la Nación y Estado Nacional*”, CSJN, del 24 de junio de 2004.

alegaba como daño el haber perdido la cobertura de un seguro, contratado con una compañía a la cual le fue retirada la autorización para funcionar. Esta circunstancia se debió a que el órgano rector del mercado asegurador (la Superintendencia de Seguros de la Nación) revocó el permiso a la aseguradora después de constatar irregularidades en el manejo comercial. Entre los motivos del pronunciamiento adverso a la procedencia de responsabilidad –tesitura que luce prevaleciente en casos de omisión de control–, cabe mencionar que para el tribunal, la actora no había individualizado concretamente las omisiones o negligencias que habría cometido la Superintendencia, y que habrían derivado en la falta de cobertura. Además, al indagar sobre la cadena causal del caso, se señaló que el cierre de la compañía aseguradora se debía a variadas causas, y no todas eran atribuibles al obrar de la autoridad de control. En definitiva, se destacó que el mero ejercicio de funciones de control no puede servir de fundamento a una supuesta garantía absoluta de que las empresas controladas funcionen adecuadamente o no cayeran en insolvencia.

Por su parte, en el caso “Cots”, antes mencionado, se condenó al Estado Nacional a indemnizar la falta de cobertura que padeció una transeúnte que había sufrido lesiones graves al ser embestida por un vehículo de transporte colectivo⁸⁹. Para decidir de este modo, la cámara de apelaciones interviniente tuvo en cuenta que el rodado carecía del seguro reglamentario (por daños a terceros), que venía impuesto por la normativa aplicable al servicio público de transporte concesionado por la Nación, al que estaba afectado. El factor decisivo para la procedencia de la acción contra el Estado⁹⁰ residió en que la aludida carencia fue posible merced a la negligencia de las autoridades de control del servicio público de transporte de pasajeros⁹¹.

IV. RESPONSABILIDAD POR PROCEDERES LÍCITOS

Esta clase de litigios irrumpe cronológicamente con posterioridad a la familia de casos originada en proceder contrarios a derecho, y su admisión encontró inicialmente mayores renuencias.

En el estado actual de su evolución, podemos reconocer en este campo tres áreas bastante definidas: 1) la relativa a regulaciones urbanísticas, 2) la suscitada por obras públicas en general, en las que predominan las políticas hidráulicas de inundación de campos, y 3) otra, derivada de la intervención estatal en la economía, manifestada en el dictado de regulaciones en materia bancaria, financiera o cambiaria. Salvo los casos que integran la segunda área, la responsabilidad ha sido generalmente admitida sin mayores sobresaltos⁹². Por lo demás, esta categoría suele aparecer vinculada con la responsabilidad surgida de actos legislativos, entendidos en ocasiones en sentido lato, y otras estricto, cuestión de cuyo abordaje se habrá de

89 Conjuntamente, se condenó al chofer del vehículo, por los daños emergentes en forma directa del siniestro.

90 Novedosa, pues no se registraban casos de este tipo.

91 De todas formas, trazando una precisión conceptual, en el pronunciamiento se aclara que no se endilgó al Estado la totalidad de la responsabilidad por los daños sufridos por la víctima, sino sólo hasta el límite de la cobertura que hubiera correspondido afrontar por parte de la compañía de seguros que habría debido cubrir a la empresa de transportes.

92 Para un estudio de la cuestión, véase: Marienhoff, Miguel S., “Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita”, L.L., 1993-E, 912.

prescindir, pues requeriría un tratamiento que desorbitaría los límites de esta reseña, y sobre el cual existe suficiente material⁹³.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe admitir que hay una cuarta área de la responsabilidad por acto lícito que empieza a perfilarse, y es la suscitada por actividades de prevención. En estos casos, se viene planteando sin éxito que la mera absolucón o sobreseimiento dictados en un sumario administrativo implicaría que el acta por el que se constató inicialmente una infracción administrativa (y que dio origen al procedimiento sumarial), contenía algún vicio que diera pie a la responsabilidad estatal⁹⁴.

En cuanto a los conceptos fundamentales de esta clase de responsabilidad, cabe tener presente que junto con los tradicionales presupuestos de la responsabilidad (daño, relación causal e imputabilidad al Estado), aparecen dos nociones determinantes: la del “sacrificio especial”, y la ausencia de deber de soportar el daño por parte del afectado, noción que en doctrina se ha reformulado planteándose que lo que no cabe soportar es la conducta dañosa (no, por ende, el daño en sí, como indica Comadira⁹⁵).

La doctrina del sacrificio especial justifica el deber estatal de indemnizar a quienes sufren un perjuicio que se presenta como desigual y desproporcionado en cabeza de un sujeto, respecto de los restantes integrantes de la comunidad. Ello, como modo de restablecer el equilibrio que dicha situación ha quebrantado, concepto que es la base de nuestra cláusula constitucional referida a la igualdad ante las cargas públicas⁹⁶. Sin embargo, más allá de su aceptación generalizada y no unánime, la Corte Suprema la ha invocado numerosas veces desde que la citara por primera vez en 1938, en el caso “Establecimientos Americanos Gratry S.A.”⁹⁷.

Ahora bien, con referencia a los dilemas suscitados en este capítulo del responder estatal, emergen en dos áreas temáticas destacables: la relativa a los daños que derivarían de la emisión de normas en materia bancaria o financiera (centrados en la procedencia o rechazo de las reparaciones pretendidas), y la concerniente al alcance que quepa dar al *quantum* indemnizatorio (que, como se verá, transita por la admisión o rechazo del rubro “lucro cesante”). El panorama en las restantes cuestiones presenta, por el contrario, una situación de mayor *quietus*.

93 Lo expresado, más allá de que en dicha categoría se analiza la responsabilidad por dictado de leyes inconstitucionales, desbordando el marco de la actuación conforme a Derecho. Además de la obra de Bianchi, Alberto B. citada *supra*, cabe tener presente los trabajos de: Aberasturi (h), Pedro, “El problema de la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con particular referencia al Estado Legislador”, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1985, p. 229; De Estrada, Juan Ramón, “Responsabilidad por actos legislativos y discrecionales”, E.D., 102-839; Marienhoff, Miguel S., “Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa”, L.L., 1983-B, 910.

94 Es muy posible que con esta clase de reclamos se procure suavizar la estrictez de la jurisprudencia que niega la reparación por detenciones preventivas, cuestión que será abordada *infra*, en la sección relativa al error judicial o responsabilidad *in iudicando*.

95 Ver, al respecto, la precisión de Comadira, Julio R., en *Derecho Administrativo, op. cit.*, p. 374 y sgte., donde señala que lo decisivo no es el deber de soportar el daño, sino en todo caso la conducta que origina el perjuicio.

96 El art 16 de nuestra Ley Fundamental.

97 *Fallos*, 180:107.

Comenzaremos abordando las cuestiones más superadas, para desembocar en aquellas que, según acaba de señalarse, presentan mayor controversia.

1. *Regulaciones urbanísticas*

La cuestión aparece con intensidad a mediados de los años 70', con el *leading case* "Corporación Los Pinos c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁹⁸, con el cual se interrumpe cierta inercia que venían manteniendo los criterios renuentes a admitir este tipo de responsabilidad. El litigio se originó cuando a una firma le fue revocada una autorización municipal, situación que obedeció a una reforma del Código de Edificación. Consecuentemente, la afectada demandó a la comuna a fin de ser reparada por el cese de la explotación comercial que venía llevando a cabo en el inmueble en cuestión⁹⁹. La acción no comenzó con buenas perspectivas, pues fue desestimada en primera instancia y en la cámara de apelaciones, y el Procurador General dictaminó contra su procedencia. Pero fue en sede de la Corte Suprema que se le hizo lugar¹⁰⁰, afirmando el principio de que la Administración debe responder por su obrar dañino, sin que sea un óbice a tal efecto la licitud del mismo¹⁰¹. En cuanto a la verificación de un daño resarcible, también condujo a la solución indicada el hecho de considerar que la actora contaba con una autorización de la que surgían verdaderos derechos adquiridos, y no un mero permiso municipal¹⁰². Por lo demás, tampoco se le otorgó relevancia a la calificación de ilícito o inmorale del objeto social de la actora, que los tribunales inferiores habían tenido en cuenta –como suerte de reproche ético– para no hacer lugar a la acción.

Lo cierto es que el criterio fue mantenido en varios casos similares¹⁰³, entre los que cabe mencionar el legendarlo "Motor Once S.A. c/MCBA"¹⁰⁴, resuelto por la Corte Suprema en 1987. En dicho caso, la actora era propietaria de un inmueble en el que explotaba una esta-

98 CSJN, "S. A. Corporación Inversora Los Pinos c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/daños y perjuicios", *Fallos*, 293:617 (1975); L.L. 1976-B, 300.

99 Los Pinos S.A. explotaba un hotel alojamiento por horas, que contaba con permiso habilitante desde 1964, el cual fue dejado sin efecto en 1967, en virtud de su proximidad con un hogar naval, situación que había pasado a estar vedada por el nuevo texto del Código de Edificación aplicable.

100 No se llegó a fijar el *quantum* indemnizatorio, pues el expediente fue reenviado para que se lo fijara en las instancias ordinarias.

101 Nótese que las costas del juicio fueron impuestas en el orden causado y las comunes por mitades, invocándose "la novedad del caso" y la naturaleza de las cuestiones debatidas.

102 La diferencia no era superflua, pues tradicionalmente se considera que sólo la primera figura engendra derechos de los que sus titulares no pueden ser privados sin una justa indemnización.

103 Entre los que cabría citar el caso "*Galanti, Carlos Alberto c/M.C.B.A.*", de la CSJN, también de 1987, *Fallos*, 310:2824, publicado con comentario de Ezequiel Sarmiento, "Responsabilidad de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por actos lícitos", en L.L., 1989-A, 1. El actor se agraviaba porque su vecindario había visto alterada la fisonomía, a causa de la demolición de edificios realizada para la construcción de una autopista. Ello había dejado algunos terrenos baldíos, que albergaban basurales. La Corte Suprema, revocando el fallo de la cámara civil porteña, rechazó la demanda. Para así resolver, destacó la prudencia que cabe tener al resolver estos casos, y puso de resalto que la lesión a los derechos afectados debe surgir como consecuencia "directa e inmediata" del obrar estatal, presupuestos que no se consideraron verificados. Además, señaló que el cambio de fisonomía implica a lo sumo la privación de una *ventaja*, que no ataca de modo esencial el dominio del bien.

104 CSJN, "Motor Once S.A.C.I. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (M.C.B.A.)", *Fallos*, 310:943 (1987), L.L., 1988-A, 5; E.D., 123-556.

ción de servicio, por encima de la cual había pisos superiores con viviendas. Cabe señalar que la firma contaba con una autorización municipal para el desempeño de la actividad mencionada, la cual le fue retirada, en virtud de una modificación del Código de Edificación. Según la nueva normativa, y por motivos de seguridad, pasó a estar prohibido el expendio de combustibles en inmuebles cuyos pisos superiores estuviesen destinados a vivienda, y para adaptarse a dicho ordenamiento Motor Once S.A. debía cambiar su actividad comercial. Fue esta circunstancia la que llevó a la firma a procurar una reparación de la comuna porteña, al verse privada sobrevenidamente del ejercicio de su explotación principal. El expediente arribó a los estados de la Corte Suprema en diversas ocasiones a lo largo del proceso y, en lo que aquí interesa, el Tribunal se expidió en sentido favorable a la actora, en los términos de la responsabilidad por acto lícito (como calificó a la ordenanza prohibitoria antes mencionada¹⁰⁵). Se basó para ello en la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional que resguarda el derecho de propiedad, y en el art. 18 del decreto-ley 19.549. Por lo demás, en lo atinente a la admisión y estimación de los rubros indemnizatorios, se dispuso el reenvío de la causa, a fin de que los tribunales ordinarios –que habían omitido expedirse sobre dichas cuestiones– resolvieran al respecto.

Superada esta etapa inicial, el panorama jurisprudencial revela que, con el correr del tiempo, esta familia quedó compuesta por una miríada de casos¹⁰⁶, en la que prevalece la admisión de las demandas.

2. Daños por obras públicas (inundaciones por obras hidráulicas)

Entre los casos derivados por los daños producidos por inundaciones de campos dedicados a explotaciones agropecuarias, causadas deliberadamente para salvar del avance de las aguas a poblaciones urbanas, se trata de una problemática que se remonta a mediados de la década del 40', a juzgar por el caso "Laplacette c/Provincia de Buenos Aires"¹⁰⁷, y que experimentó una eclosión a partir de la década del 80, con numerosos fallos entre los que cabe mencionar "Jucalán c/Provincia de Buenos Aires"¹⁰⁸.

En "Laplacette" se había demandado a la provincia de Buenos Aires en procura del resarcimiento por la inundación de los campos de la actora¹⁰⁹, lo cual fue admitido por la Corte

105 Cabe tener presente que una de las defensas de Motor Once radicaba en el planteo de inconstitucionalidad de la ordenanza en cuestión, lo que habría hecho necesario examinar la responsabilidad por acto ilícito. Pero la Corte Suprema reivindicó la validez de la norma, que venía justificada por motivos de seguridad pública, ante desgraciados accidentes ocurridos a habitantes de pisos superiores a estaciones de servicio.

106 *V.gr.*: "Verardo c/GCBA", Cám. Cont. Adm. y Trib. C.A.B.A., Sala II, del 10 de junio de 2003; "Carranza, Julia y otros c/MCBA y otro", Cám. Nac. Civ. y Com. Fed., del 16 de septiembre de 1997, E.D., 176-301; "Beccan, Manuel de Jesús c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", CSJN, del 8 de mayo de 1989, *Revista RAP*, 136-26, con nota de Beltrán Gambier, "La responsabilidad estatal por causas vinculadas con emprendimientos urbanísticos (autopistas urbanas) y el art. 2620 del Código Civil en un fallo de la Corte"; entre otros.

107 CSJN, "Laplacette, Juan (su sucesión) y otros c/Provincia de Buenos Aires s/indemnización de daños y perjuicios", *Fallos*, 195:66 (1943).

108 CSJN, "Jucalán Forestal Agropecuaria S.A. c/Provincia de Buenos Aires", *Fallos*, 312:2266 (1989); *Revista RAP*, 147-137.

109 Se trataba de terrenos dedicados a tareas agropecuarias, que quedaron bajo las aguas cuando se hizo subir la cota de una laguna después de obras de embalse destinadas a la utilidad general.

Suprema. Interesa señalar que en esta decisión –además de otras cuestiones¹¹⁰– se examinó el fundamento de la responsabilidad por obrar lícito, que fue hallado en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional. Además, se afirmó que para que no deviniera ilusoria la inviolabilidad de la propiedad, era válido –a falta de norma expresa al respecto– acudir a los principios del derecho común o incluso a los principios generales del Derecho y las disposiciones que rigen situaciones análogas (como, en el caso, la expropiación).

Como fuese, posteriores obras hidráulicas de gobiernos bonaerenses reverdecieron esta problemática a partir de la década del ochenta y, más allá de las complejidades probatorias vinculadas con el establecimiento de nexo causal entre las inundaciones de campos y las obras realizadas, los reclamos terminaron siendo admitidos. En dicho contexto, algunas causas plantearon la controversia sobre la cuantía de la reparación y los rubros que la misma debe comprender, a lo cual se hará referencia más adelante.

En fecha reciente, cabe tomar nota de una sentencia del Máximo Tribunal, en la que el panorama general de admisión de estos reclamos encuentra una excepción. Se trataba de un pescador que alegó haber visto afectado el desempeño de su actividad laboral a resultas de la construcción de una represa hidroeléctrica¹¹¹. La mayoría del Tribunal¹¹², siguiendo el criterio de la Procuradora Fiscal, entendió que el actor, Juan Carlos Ramírez, carecía de legitimación procesal para demandar, en tanto no se verificaba un “caso” o causa judicial en el sentido dado por la jurisprudencia. Para así resolverse, se interpretó que no se advertía un perjuicio concreto o debidamente demostrado, dado que sólo los derechos incorporados al patrimonio podrían dar lugar a reparaciones como la reclamada. A tal efecto, se puntualizó que no se había demostrado que pesara sobre el Estado el deber de mantener una determinada cantidad y calidad de peces en el río Paraná, aclarándose que los habitantes ribereños no pueden exigir que se les garanticen ventajas económicas como las que invocaba el demandante. Más allá de estas circunstancias, se señaló también que no se estaba ante una desaparición total de la fauna ictícola, que llegara a impedir por completo la actividad pesquera en la zona donde vive el actor.

3. *Intervención en la economía*

Con referencia a los casos motivados por la intervención estatal en la economía, cabría comenzar mencionando el *leading case* “Cantón c/Gobierno Nacional”¹¹³, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió en 1979, inaugurando el reconocimiento de responsabilidad por el dictado de normas válidas. La actora se dedicaba a la importación de mercaderías, y alegó daños por la imposibilidad de concretar cierta operación. La controversia se produjo en virtud de un decreto nacional, que fue tachado de inconstitucional por la actora. En

110 Tales como la defensa de prescripción, que fue rechazada, luego de un análisis muy complejo, en función de las vicisitudes fácticas y los antecedentes de la causa (al respecto, se consideró que los actores habían interrumpido el plazo veinteañal aplicable al deducir demandas de expropiación).

111 CSJN, expte. R. 1398. XLI. “Ramírez, Juan Carlos c/Entidad Binacional Yacyretá s/daños y perjuicios”, sentencia del 5 de junio de 2007. La cámara de apelaciones interviniente había hecho lugar al reclamo indemnizatorio, y subsumió sus razonamiento o análisis en la órbita de la responsabilidad por actividad ilícita, por atribuir a la demandada diversas negligencias o transgresiones normativas. Pese a este encuadre, y por el marco de licitud general que suscita la construcción de una obra pública, es que abordamos este caso en el presente acápite del ensayo.

112 El Juez E. R. Zaffaroni votó en disidencia, expresando interesantes consideraciones sobre los diversos fundamentos y justificaciones del derecho a la reparación.

113 CSJN, “Cantón, Mario Elbio c/Gobierno Nacional”, *Fallos*, 301:403 (1979); *Revista RAP*, 10-69.

las instancias inferiores, se interpretó que la validez de dicha norma imponía el rechazo de la demanda. Sin embargo, la Corte juzgó que, aunque el decreto fuera válido, la empresa debía ser resarcida por los daños sufridos. En cuanto a los conceptos integrantes de la indemnización, ésta fue limitada al daño emergente, desestimándose la procedencia del lucro cesante, por analogía con la Ley de Expropiaciones¹¹⁴.

Sin perjuicio de que la temática se inaugure con una admisión, lo cierto es que en desarrollos subsiguientes esta área se torna un terreno poco propicio a la procedencia de la responsabilidad, a tenor de los fallos que se pasarán a repasar.

Una década después de “Cantón”, la Corte Suprema tuvo ocasión de expedirse en otra trascendente decisión: el caso “*Ledesma S. A. Agrícola Industrial c/Nación Argentina (Ministerio de Economía)*”¹¹⁵. La nombrada empresa tachó de ilegítimas diversas resoluciones del gobierno argentino por las que se le imponía la obligación de fabricar y exportar una determinada cantidad de azúcar. Como las operaciones se realizaban a pérdida, Ledesma alegó que el Estado debió haber reconocido indemnizaciones que paliaran las consecuencias de las medidas adoptadas. El Tribunal decidió rechazar la demanda, tomando como factor determinante a tal efecto la ausencia de una relación causal directa, inmediata, y exclusiva¹¹⁶, de causa a efecto, entre las resoluciones atacadas¹¹⁷ y el perjuicio que se invocaba¹¹⁸.

Además de este caso, lo cierto es que la década del '80 y los comienzos de la siguiente estuvieron signados por una serie de pleitos suscitados por regulaciones que materializaban el ejercicio del poder de policía bancario por parte del Banco Central de la República Argentina. En este grupo de litigios, que más allá de las connotaciones y particularidades propias de cada uno reviste en conjunto un perfil homogéneo, cabe incluir los casos: “*Columbia S.A. c/BCRA*”¹¹⁹; “*Buenos Aires Eximport c/Nación Argentina*”¹²⁰, “*Revestek c/BCRA*”¹²¹, entre otros¹²². Como apreciación panorámica, cabe observar que luego de una primera admisión de

114 Además, en concreto, la cuantía de la reparación se mandó calcular por los jueces inferiores.

115 CSJN, “*Ledesma S.A. Agrícola Industrial c/Nación Argentina (Ministerio de Economía)*”, *Fallos*, 312:2022 (1989).

116 Cabría entender que ello consiste en lo que en otro párrafo señala el Máximo Tribunal: que no se advierta la intervención extraña de otras concausas que pudieran influir en el nexo causal que condujo al daño invocado.

117 Las cuales, en lo que interesa, fueron consideradas carentes de toda arbitrariedad.

118 Para arribar a esta conclusión, se hizo un detallado examen de la dinámica de la industria azucarera, destacándose sus particularidades, tales como el sometimiento a una intensa intervención estatal, de la cual surgían ventajas que no tenían quienes producían otros bienes. En la sentencia, la alteración del equilibrio económico de la industria del azúcar fue atribuida a efectos del mercado, y no a la actividad estatal.

119 CSJN, *Fallos*, 315:1026 (1992) “*Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/B.C.R.A. s/daños y perjuicios*”, con comentarios de Pedro J. J. Coviello, “El caso “*Columbia*”, nuevas precisiones de la Corte sobre la responsabilidad por actos estatales normativos”, *Revista de Derecho Administrativo*, n° 9-10, pp. 139 y ss.; Fernando Juan Lima y Miguel Alberto Sama, “La responsabilidad del Estado por su accionar lícito: los requisitos para su procedencia”, E.D., 150-97.

120 CSJN, *Fallos*, 316:397 (1993); *Revista RAP*, 177:163.

121 CSJN, *Fallos*, 318:1531 (1995).

122 *V.gr.*, y sin proponernos agotar su enumeración, los casos de la CSJN: “*Manzi, Carlos A. c/Estado Nacional*”, *Fallos*: 320:955 (1997); y “*Cambios Teletour S.A. c/B.C.R.A.*”, *Fallos*: 310:203 (1987).

las demandas en primera instancia y en las cámaras de apelaciones, estas reclamaciones terminaron siendo rechazadas por el Máximo Tribunal federal. De todas formas, dichos fallos signaron un verdadero “clima de época”, que posteriormente no ha vuelto a suscitarse, y parecería improbable que ello suceda.

Como sería sobreabundante describir las vicisitudes y alternativas de toda la familia, sólo se mencionará que en el mencionado caso “Columbia S.A.”, paradigmático de este grupo, una entidad financiera que a principios de la década del ochenta se consideró afectada por una resolución del Banco Central por la cual se modificaron los índices de corrección que cabía aplicar sobre los préstamos de capitales ajustables, lo que la llevó a demandar por daños y perjuicios a la entidad rectora del sistema bancario. La cámara de apelaciones se expidió en sentido favorable a la demanda, pero la Corte Suprema, por mayoría¹²³, consideró que dicho pronunciamiento era arbitrario –por dogmático e infundado– y lo dejó sin efecto. Al decidir de ese modo, la Corte realizó consideraciones sobre los presupuestos de la responsabilidad estatal originada en proceder conformes a Derecho pues, a su juicio, los tribunales inferiores habían omitido verificar si se reunían efectivamente dichos recaudos¹²⁴. Así las cosas, y producido el reenvío ordenado por el Máximo Tribunal, se expidió la Sala III de la cámara, que rechazó la demanda. Esta decisión motivó el recurso extraordinario de la firma actora, que fue desestimado por la Corte Suprema¹²⁵, cerrando así las vicisitudes de este litigio.

4. *Posible responsabilidad por actividades administrativas de prevención*

La causa “Pistone, Ciro Alberto c/Estado Nacional”, resuelta por la Corte Suprema en época reciente¹²⁶, ejemplifica la situación que se había adelantado. Se trataba de un rematador de carne al cual el Servicio Nacional de Sanidad Animal denunció penalmente, por entender que había cometido diversos ilícitos. La causa penal concluyó en la absolución del denunciado, pese a lo cual éste consideró que había sufrido daños, por entender que al tener antecedentes criminales quedaba “inhabilitado de hecho” para seguir desempeñando su actividad. Para desestimar el reclamo indemnizatorio, el Máximo Tribunal destacó que la denuncia de los inspectores, suscitada en el hecho de hallar en un frigorífico carne carente del correspondiente permiso administrativo, no había respondido a conducta temeraria o negligente, de modo que podía admitirse la seriedad de la misma. También se recordó que los funcionarios habían dejado en dicha mercadería precintos, que fueron indebidamente removidos, con sustracción de los cortes respectivos, situación que en principio configura delitos de acción pública. Esto último fue considerado relevante, en tanto los inspectores tenían el deber legal de efectuar la denuncia judicial pertinente. Por otra parte, se interpretó que la mera circunstancia de que dicha denuncia no desembocara en una sanción no echaba por tierra la validez de la actividad prevencional, máxime en ausencia de pruebas sobre dolo o culpa en dicha actuación. Finalmente, se rechazó la procedencia de la responsabilidad basada en la admisibi-

123 En la disidencia se interpretó que no se verificaban ciertos recaudos formales para la admisibilidad del recurso extraordinario.

124 En cuanto al estudio adecuado de los recaudos de procedencia de la responsabilidad estatal por acto lícito, se sostuvo que debían verificarse los cinco siguientes: el daño (cierto), la relación causal de éste con el obrar estatal, la posibilidad de imputarlo jurídicamente a la entidad demandada, la existencia de un “sacrificio especial” en el afectado, y la ausencia de un deber jurídico de soportar el daño. Justamente, la novedad del caso viene dada por el hecho de explicitarse estos dos últimos presupuestos, aunque los mismos ya eran reconocidos en el plano doctrinal.

125 *Cfr.* la sentencia publicada en *Fallos*, 319:2658 (de 1996).

126 CSJN, expte. P.828.XLI, sentencia del 29/05/2007.

lidad genérica con que cuenta la responsabilidad estatal por acto lícito, pues se tuvo en cuenta que no mediaba un caso de sacrificio especial en el actor, que le significare una mengua desigual, que excediera las consecuencias normales y necesarias del ejercicio de la actividad de control desarrollada por la Administración.

5. *El alcance de la reparación*

La admisión de la responsabilidad pública derivada de obrar legítimo no tardó en hacer que apareciera en escena una nueva cuestión, esta vez vinculada con los alcances de la reparación que cabía reconocer. Fue así que se disparó la polémica sobre la admisibilidad del *lucro cesante* reclamado generalmente por los damnificados¹²⁷. La cauta y tardía admisión de la responsabilidad por obrar lícito parecía influir a la hora de graduar el alcance de la reparación, dando pie a criterios limitantes de la misma. Desde luego que el *quantum* indemnizatorio es una cuestión que atraviesa transversalmente a la responsabilidad en todas sus variantes: fueran las suscitadas por obrar ilícito o lícito. Y si bien en este trabajo no incluimos una sección que analice exhaustivamente la problemática de dicha cuantía y los rubros que componen la reparación, se estima necesario detenernos en este tópico, por el inusitado debate que ha generado.

Un repaso minucioso de las vicisitudes jurisprudenciales dadas en el plano nacional respecto de la reparación y sus alcances en la responsabilidad por obrar conforme al Derecho excedería los propósitos de este trabajo, pero baste al menos recordar que ha habido sentencias que admitieron la indemnización integral, y otras que la negaron, en contextos muy particulares que impedirían tanto generalizar las soluciones de cada fallo, como comparar los pronunciamientos, de manera que no sería posible extraer conclusiones definitivas o concluyentes. De hecho, las soluciones no sólo encontraron varias veces tribunales divididos en la votación sino que, además, en algunos casos propugnaron una solución general del tema, mientras que en otros supuestos se enfatizó el estar frente a causas de ribetes excepcionales, lo que impediría propagar a otros casos los criterios adoptados. En el primer grupo (admisorio) se cuentan los casos “Boccará”¹²⁸, “Sánchez Granel”¹²⁹, y “Jucalán Forestal Agropecuaria S.A. c/Provincia de Buenos Aires”¹³⁰. Mientras tanto, en contra del reconocimiento del

127 Sobre la cuestión, véase, entre otros: Julio R. Comadira, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, Capítulo XV (en la Quinta Parte), dedicado a la “*Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación*”, pp. 383 y ss.; Miguel S. Marienhoff, “Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”, L.L. 1991-C, 1080; e íd.: “El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado (lo atinente a la revocación de actos o contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia)”, E.D., 114-949; y más recientemente: Lozano, Luis, “La reparación del lucro cesante provocado por el obrar lícito del Estado, la ley de expropiaciones y los concesionarios de servicios”, en AA.VV., *La Responsabilidad del Estado – XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo y la Provincia de Santa Cruz*, op. cit., Revista RAP, 326-381.

128 CSJN, *Fallos*, 277:225 (1970). Se trataba de un caso en que el actor alegaba perjuicios derivados de la revocación de permisos de cambio otorgados por el Banco Central, y en el que se descartó aplicar el régimen expropiatorio.

129 Causa “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A. c/Dirección Nacional de Vialidad”, *Fallos*, 306:1409; votaron en la mayoría los jueces Carrió, Belluscio y Petracchi, y en disidencia, se expidieron los ministros Caballero y Fayt. La sentencia fue publ. también en L.L., 1985-A, 89 y E.D., 111-550, con nota de Bianchi, Alberto B., “Nuevos alcances en la extensión de la responsabilidad del Estado”.

130 Citada en nota al pie, *supra*. Suscribieron la mayoría los jueces Petracchi y Belluscio.

lucro cesante, se registran los casos “Corporación Inversora Los Pinos c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, ya mencionado (*supra*, en la Sección 3.a.-), “Cantón, Mario Elbio c/Gobierno Nacional”¹³¹, y “Motor Once”¹³².

Ahora bien, en la actualidad, y más allá de lo arduo que sería extraer conclusiones sobre el mismo, sería válido ver en el caso “El Jacarandá”, fallado en julio de 2005 por la Corte Suprema¹³³, el capítulo más reciente de esta saga. El origen del pleito viene dado por la adjudicación que dispuso el Comité Federal de Radiodifusión para la explotación de una estación de radiodifusión sonora, otorgando una licencia a El Jacarandá SA. para prestar el servicio. Sin embargo, la entrega de posesión de la emisora nunca llegó a ser concretada, y luego de varias vicisitudes y controversias entre las partes, el Poder Ejecutivo Nacional dejó sin efecto la concesión. Ello condujo a que la frustrada concesionaria reclamara los daños y perjuicios. La mayoría del Tribunal¹³⁴ reconoció en abstracto la reparabilidad del lucro cesante, al expresar que la extensión del resarcimiento “debe atender las características particulares de cada situación”, agregándose que no se encontraban razones para limitar la reparación al daño emergente y excluir el lucro cesante. Pero más allá de tal declaración, al analizar la prueba concreta producida en la causa se echó por tierra la admisión del rubro, pues no sólo se lo consideró no acreditado, sino que se sugirió que no existía¹³⁵. Por su parte, la jueza Highton de Nolasco llegó a similar conclusión, si bien mediante el criterio de excluir de plano el resarcimiento del lucro cesante, por considerar extensible la solución de la Ley de Expropiaciones, que rechaza el pago de dicho rubro¹³⁶. De todas formas, las particulares y casi únicas características del caso obstarían a sacar conclusiones terminantes sobre el criterio que pueda regir en la actualidad, sobre un tema que pareciera signado por fluctuaciones y discrepancias. En cuanto a la jurisprudencia provincial, el dilema pareciera resuelto en favor de la admisión del lucro cesante. En ese sentido, se destaca el caso “Ravinovich c/Municipalidad de Vicente López”, resuelto en 1997 por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires¹³⁷. El litigio se originó en la revocación de un permiso municipal por el cual se había permitido la construcción de una obra, lo que suscitó el reclamo del frustrado propietario. Por mayoría, y según diferentes votos, la máxima instancia judicial bonaerense admitió la reparación del lucro cesante, aplicando el principio de la reparación plena o integral¹³⁸.

Hasta aquí, la realidad jurisprudencial. Pero, paralelamente, encontramos que la moderna regulación nacional de las contrataciones administrativas establece, para su ámbito de

131 CSJN, *Fallos*, 301:403; *Revista RAP*, 10-69, voto de los jueces Gabrielli, Rossi y Frías.

132 Ya citada anteriormente.

133 Expediente E. 187. XXXVII “El Jacarandá S.A. c/Estado Nacional s/juicio de conocimiento”, publ. en www.csjn.gov.ar.

134 Integrada por los jueces Petracchi, Belluscio, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

135 En ese sentido, el Máximo Tribunal sentenció que la actora “...nunca explotó la licencia, nunca realizó las inversiones imprescindibles para obtener alguna ganancia de la explotación”, y consideró conjetural la ganancia que pretendía tomar como parámetro.

136 De este modo, este voto contiene la afirmación como principio, de que la reparación debe ceñirse al daño emergente, y se reivindica a tal efecto la aplicación de los principios expropiatorios.

137 Fallo B. 49.386, sentencia del 18 de noviembre de 1997, publ. en www.scba.gov.ar (Juba).

138 En ese sentido, se admitió el reconocimiento de este rubro en la medida en que se comprueben posibilidades objetivas respecto de ventajas económicas esperables. Lo interesante es que el fundamento normativo de la solución radicó en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional, la Constitución Nacional (arts. 14, 17 y 18), e incluso en el art. 21, inc. 2º del Pacto de San José de Costa Rica.

aplicación, un criterio negatorio del rubro que nos ocupa¹³⁹, dando así una solución que podría llegar a tener fuerza expansiva (como se ha entendido que la tendría el régimen expropiatorio, en esta materia) sobre la solución a adoptar en los casos de responsabilidad surgidos en un contexto extracontractual. La respuesta legislativa, sin embargo, no ha tenido buena recepción en el campo doctrinal¹⁴⁰.

V. RESPONSABILIDAD POR INTERVENCIÓN DE COSAS

Englobando una cuantiosa cantidad de casos, se percibe en la jurisprudencia una gran área dada por los daños suscitados por la intervención de cosas en general. Dentro de esta familia de litigios, cabe discernir tres principales supuestos: una categoría genérica atinente a las cosas riesgosas en general, los suscitados por el empleo de armas de fuego de las fuerzas de seguridad, y los derivados de contagios de enfermedades infecciosas en establecimientos públicos de salud.

Sobre esta serie de casos, cabe señalar que en general rigen los mismos principios que en el derecho civil, de hecho se invoca la misma norma, y con similares alcances. Es decir, no hay elementos concretos para afirmar que el Derecho Administrativo, en ejercicio de su autonomía calificadora, haya desarrollado soluciones diferentes, aunque ello no implicaría afirmar que no las necesite¹⁴¹. Sin embargo, cabe señalar que la fuerza conceptual de la falta de servicio invade en mucho a los casos de aplicación del factor de atribución por las cosas, fenómeno innegable pero no suficientemente analizado. En efecto, el Estado se sirve de un sinnúmero de bienes que muchas veces integran su dominio público, y que pueden causar daños. Empero, tales objetos no existen aisladamente, sino que se aportan al uso público, lo que hace entrar en escena el deber de conservar o mantener dichos bienes. Consecuentemente, allí donde aparecen daños, se hace factible predicar que medió alguna negligencia en dicho mantenimiento, situación que suscita el dilema sobre cuál factor de atribución emplear: el de la falta de servicio o el derivado por la titularidad o guarda de la cosa dañosa. En general, si bien ésta no es una cuestión totalmente resuelta ni profusamente estudiada, la disyuntiva en cuestión suele resolverse en favor de la falta de servicio. Un ejemplo en ese sentido es la nutrida casuística sobre la caída de árboles municipales: aún bien cuidados, podados, fumigados, etc., pueden precipitar por una tormenta y generar responsabilidad de base objetiva a quien sea su dueño (usualmente, el municipio local). Sin embargo, de comprobarse negligente mantenimiento –como suele suceder–, cabrá aplicar los principios que rigen la falta de servicio.

139 *Cfr.* el art. 12, inc. b), segundo párrafo del decreto 1023/2001 (Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional), relativo a la revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia; supuesto que, según la norma, no dará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante.

140 No nos consta, sin embargo, que haya merecido impugnaciones en sede judicial. Sobre lo atinente al art. 12, inc. b) del decreto 1023/01, recordamos aquí las objeciones que plantea Eduardo Mer-tehikian, en: “Revocación por oportunidad de contratos de infraestructura y resarcimiento del lucro cesante (Análisis crítico del Régimen Nacional de Contrataciones aprobado por el Decreto Delegado n° 1.023/2001)”, *Doctrina Pública*, N° XXVII-2 (2006), vol. 320: 17.

141 Sobre la problemática que conlleva incorporar la doctrina del riesgo creado en la responsabilidad patrimonial del Estado, ha llamado la atención Juan Carlos Cassagne, en: “Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la Actividad de la Administración”, *L.L.*, 2005-D, 1268; parecería, empero, que la discusión no llegó a madurar, de modo que el debate quedaría abierto.

1. *Las cosas en general*

Componiendo el primer grupo, cabe mencionar, entre tantas otras¹⁴², la conocida causa “Pose c/Provincia de Chubut”¹⁴³, en el cual un joven demandó a la Municipalidad de Puerto Madryn y la Provincia de Chubut, ante la instancia originaria de la Corte Suprema, a fin de ser resarcido por los daños derivados de las severísimas lesiones sufridas al arrojarse de una plataforma con trampolín construida en las playas de Puerto Madryn, que lo dejaron cuadripléjico. El infortunado hecho sucedió cuando el individuo se tiró desde lo alto de una de las plataformas que la comuna local había instalado para uso de los bañistas, sin advertir que el nivel del mar había bajado al punto tal que casi no había aguas, y terminó impactando por la caída, contra las rocas de la playa.

Para el Máximo Tribunal, y en función de los elementos probatorios recabados, las plataformas en cuestión resultaban riesgosas, y hasta viciosas, en función del uso para los bañistas, al cual habían sido destinadas. Se concluyó así que su uso constituía un peligro para los usuarios, todo lo cual justificaba hacer lugar a la demanda (contra ambas co-demandadas), si bien parcialmente, en virtud de la imprudencia de la víctima que, de modo parcial (en un 30%), había incidido en el siniestro. En sus fundamentos la Corte sostuvo que el municipio local había incurrido en negligencia en la adopción de medidas de seguridad¹⁴⁴, en tanto no previno a los usuarios sobre el peligro que podía derivar del uso de los trampolines. Por otra parte, la procedencia de la acción contra la provincia de Chubut se fundó en el carácter de propietaria que ésta revestía sobre la playa donde sucedió el infausto episodio origen del pleito. Así las cosas, la decisión invocó los arts. 1109, 1112, 1113 y concs. del Código Civil; es decir, disposiciones que remiten tanto a atribuciones de responsabilidad basadas en el factor culpa, como asimismo en el factor riesgo, por la titularidad de la cosa dañosa, lo que obedecería a los diversos factores de atribución de cada uno de los obligados concurrentes.

El subgrupo de causas que involucran los daños causados por armas de fuerzas de seguridad tienen un impulso a partir de 1978, año en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió la causa “Panizo, Manuel N. c/Provincia de Buenos Aires”¹⁴⁵, a la que le siguió una extensa progenie¹⁴⁶, en una línea jurisprudencial constante que sólo muy recientemente

142 *V.gr.*, los casos “Bonadero A. de Inaudi c/Ferrocarriles Argentinos”, CSJN, 1988; “Olmedo, Ricardo Luis c/MCBA”, CSJN, *Fallos*: 317:832 (1994); “Bonfigli c/Estado Nacional y otros”, Cám. Apel. Civ. y Com. Fed., (2004).

143 CSJN, “Pose, José Daniel c/Provincia de Chubut y o.”, *Fallos*, 315:2834 (1992); con nota a fallo de Armando Canosa, “Nuevamente el art. 1113 del Código Civil y la responsabilidad del Estado”, E.D., 157-84.

144 Ello, en el entendimiento de que la municipalidad demandada ejercía, por delegación, el poder de policía sobre sus playas.

145 CSJN, *Fallos*, 300:639 –sumario– (1978); L.L. 1978-D, 76; E.D., 80-202.

146 Un detallado análisis de esta familia de casos puede verse en el Capítulo XII de la obra de Merthikian, Eduardo, *La responsabilidad pública, op. cit.* Entre otros, la integran los fallos: “Lozano Gómez, Juan Carlos c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, *Fallos*, 315:968 (1992), comentado por Canosa, Armando, “Peligrosa extensión de la responsabilidad del Estado”, E.D., 150-110; González Arzac, Rafael M., “Responsabilidad del Estado por daños con armas disparadas en cumplimiento regular de la función policial”, REDA, Vol. 12/13 (enero-agosto 1993) pág. 133; “Furnier, Patricia Martín de c/Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*, 317:1006, comentado por Jorge Mario Galdós, “La relación de dependencia y la responsabilidad del Estado, como principal, por el hecho del policía”, L.L. 1996-C, 557; “Rebesco c/Policía Federal Argentina”, CSJN, 1995; “Scamarcia c/Prov. de Buenos Aires”, CSJN, 1995; “Gómez c/Quiroz y Estado Nacional (P.F.A.)”, CSJN, 1998.

ha permitido vislumbrar fisuras que llevarían a la negación de la responsabilidad¹⁴⁷. En lo que interesa, en la citada sentencia se estableció que la demandada resultaba responsable por los hechos cometido por uno de sus agentes policiales, a quien accidentalmente se le disparó el arma reglamentaria, provocando el deceso de una persona. Para llegar a esta solución, se interpretó que no era obstáculo que el agente en cuestión no se encontrara cumpliendo servicios al tiempo de producirse el hecho; a tal efecto, se tuvo en cuenta que el siniestro había sido posible como derivación de las exigencias propias del cargo policial, dado que el policía estaba obligado a la portación permanente del arma provista por la autoridad. Nótese que, aunque no se emplea esta formulación, el razonamiento en que se fundan estos pronunciamientos implicaría asumir que las autoridades públicas han generado un riesgo de actividad, al desplegar una fuerza armada que, en el curso ordinario de las cosas, puede dar lugar a eventos como el comentado.

2. Algunos supuestos específicos: el contagio de enfermedades

Finalmente, dentro de los casos que giran en torno del contagio de enfermedades, cabe adelantar que actualmente puede sostenerse que prevalece el criterio de admitir los reclamos de quienes se contagiaron de enfermedades por el contacto con jeringas o instrumentos que contenían sangre contaminada. En su mayoría, se trata de casos suscitados en el marco de una relación de tipo contractual, pero se trae a cuento esta casuística porque además de estar basada en las nociones de riesgo de cosas y de actividades, ha debido desarrollar una concepción moderna de la *relación causal*, presupuesto que aparece flexibilizado con perspectivas realistas y que no obstaculicen la procedencia de reclamos indemnizatorios aparentemente serios.

En efecto, la dificultad conceptual en esta línea de casos¹⁴⁸ —de reciente aparición— radica en la prueba de la relación causal, que por momentos pareciera diabólica, y que llevó a algún pronunciamiento de la Corte Suprema que echó por tierra el reconocimiento de la responsabilidad¹⁴⁹. Sin embargo, terminó imponiéndose la tesis favorable a la reparación de esta clase de daños, en el entendimiento de que cabe en ciertos casos suponer que media una adecuada relación causal.

En este sentido, cabe destacar como paradigmático un meduloso fallo de la Cámara Civil, en la causa “MN 200169-F c/MCBA”¹⁵⁰. La damnificada era una médica de un hospital

147 Es lo que agudamente indica Salvatelli, Ana F., en su artículo: “¿Podría el Estado ser irresponsable del daño causado por un agente policial con el arma reglamentaria, estando fuera de servicio?” (comentario al fallo “Cossio, Susana Inés c/ Policía Federal y otro s/ daños y perjuicios”, sentencia de la CSJN del 24 de noviembre de 2004), en *Revista RAP*, 331-79. La observación nace porque la minoría del Tribunal desestimó el recurso de los actores dirigido contra la decisión que había rechazado la demanda, lo que haría pensar que algunos jueces prefirieron no reivindicar la doctrina “Panizo”.

148 Además del que se comenta en el texto, se incluye en este grupo el caso “*D. de C., C. R. c/Estado Nacional – Ministerio de Defensa*”, (causa n° 6548/98), Cám.Apel. Civ. y Com. Fed., Sala 2, sent. del 22 de octubre de 2003. Asimismo, sobre contagios masivos en instituciones sanitarias, véase el caso “*C., J. A. y otros s/p.ss.aa. propagación culposa de enfermedades peligrosas*”, *Fallos*, 322:1292 (1999), L.L., 2000-B, 498, en el que la Corte Suprema falló en favor de varios pacientes que fallecieron de Sida por haberse contagiado en una clínica en la que se realizaban diálisis y no se habían cumplido normas adecuadas de bioseguridad.

149 Cfr. la causa “*Denenberg, Roberto c/Provincia de Buenos Aires*”, *Fallos*, 322:3101 (1999).

150 Causa “*MN 200169-F c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*”, C.N.A.Civ., Sala F, del 15 de mayo de 2000, J.A., 2000-IV, 363 y ss.

público, quien se pinchó con una jeringa que contenía sangre de un niño portador del virus HIV. Una vez que se realizaron los análisis clínicos, se verificó que la profesional portaba el virus del Sida, lo que la condujo a demandar al nosocomio por los daños derivados de su condición clínica. Las pruebas arrimadas al caso permitieron concluir que el hospital había transgredido el deber de seguridad, dado que no había provisto de materiales adecuados a sus trabajadores, *v.gr.*, guantes anticorte o antipunción; por lo demás, se descartó que hubiera mediado culpa de la víctima. Para la cámara de apelaciones, se trataba de un caso de enfermedad-accidente de tipo laboral, y se efectuó un exhaustivo análisis del tratamiento legislativo del SIDA y las normas de bioseguridad que deben aplicar los establecimientos de salud; de allí que se dedujo que las circunstancias del desempeño laboral traducían la creación de un riesgo injustificado a los facultativos.

En la actualidad, parece unánime la aceptación de reclamos de personas contagiadas en contextos que tornan verosímil el contacto con material riesgoso. Cabe aquí destacar la especial consideración que merece la evidencia en torno de la relación causal, con lo que se abandonan criterios restrictivos que habían aflorado sobre el particular.

VI. DAÑOS POR ACTIVIDAD JUDICIAL

Esta área de la responsabilidad estatal, de tardía aparición y desarrollo en el contexto general, reviste características particulares que le otorgan un perfil propio¹⁵¹.

Ante todo, cabe señalar que la responsabilidad estatal derivada del desempeño de sus órganos judiciales reconoce una división entre los daños surgidos *in iudicando* y aquellos nacidos *in procedendo*; bajo esta división estructuraremos el análisis que sigue.

1. Daños producidos *in iudicando*

En los primeros, definibles porque el origen del daño emana de algún tipo de resolución o pronunciamiento jurisdiccional por parte de los tribunales, resulta basal el requisito de “error judicial”, que ha sido delineado jurisprudencialmente bajo estándares precisos, y que se refieren a la condena a un inocente. De hecho, la conceptualización o definición teórica del citado presupuesto es estricta, a tal punto que prácticamente no se registran causas en las que se reconozca su configuración.

Según la clásica formulación jurisprudencial, para que llegue a configurarse el error judicial, se requiere que “...el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sen-

151 Los materiales al respecto son muy abundantes, pero baste con recordar, además de los enunciados *supra*, en la nota a pie nro. 6, y los invocados en nuestra reseña jurisprudencial “Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales (el caso ‘Amiano’), L.L., 2000-C, 750; los de: Colautti, Carlos E., “El derecho a indemnización por error judicial en la Constitución Nacional”, en: Bidart Campos, Germán J., *Estudios sobre la Reforma Constitucional de 1994*, Bs. As., Depalma, 2001, Vol. 1, pp. 117 y ss.; Hitters, Juan Manuel, “Responsabilidad del Estado por error judicial”, L.L., 2003-F, 1070; Mosset Iturraspe, Jorge, *El error judicial*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999; y más recientemente, la obra de Galli Basualdo, Martín, *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006. Asimismo, y señalando una de las cuestiones satélites de la responsabilidad estatal por error judicial: Highton, Elena I., “La responsabilidad de los jueces en el sistema constitucional argentino – La cuestión del desafuero a los fines de efectivizar esta responsabilidad y la doble inconstitucionalidad del artículo 1677 del Proyecto de Código Civil”, en: *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Vol. N° 8, pp. 37 y ss.

tencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley”¹⁵².

Pero lo cierto es que amplios sectores doctrinarios no coinciden con esta visión del error judicial a la que juzgan constreñida, y propician cada vez más intensamente la admisión de responsabilidad estatal frente a quienes se vieron privados preventiva y temporalmente de la libertad. Tal vez en este punto resida la frontera en la que actualmente puja por avanzar la responsabilidad del Estado-Juez, convirtiendo a esta cuestión en altamente controversial y de amplísimas proyecciones, en virtud del universo de sujetos que pasarían a ser considerados damnificados¹⁵³. De allí que la opinión que se impone actualmente apunta a diferir el tema a la prudencia legislativa, plano en el cual se ha estudiado el tema en virtud de algunos proyectos¹⁵⁴.

Como fuese, el panorama de la jurisprudencia revela dos áreas principales: una, dada por las medidas cautelares, prisiones preventivas y/o prolongaciones irrazonables de detenciones¹⁵⁵, y otra constituida por negligencias o irregularidades procesales varias.

El primer grupo de casos está regido por el principio o regla general, en virtud del cual el menoscabo que invoquen quienes estuvieron preventivamente privados de su libertad no resulta *per se* indemnizable. No obstante, en la causa “Balda, Miguel Ángel”¹⁵⁶, la Corte mediante votos concurrentes (de los jueces Fayt, Belluscio y Petracchi) admitió la eventuali-

152 *Cfr.* la formulación expresada en *Fallos*, 311:1007 (“Vignoni”, de 1988); 318:1990 (“Balda”, de 1995); y 321:1712 (“López”, de 1998), entre otras.

153 Entre otros, cabe recordar algunas obras que propician la reparación comentada: Mosset Iturraspe, Jorge - Kemelmajer de Carlucci, Aída R. - Parellada, Carlos Alberto, *Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1986; y los artículos de: Carlos A. Gherzi, “Responsabilidad del Estado por actos lícitos jurisdiccionales”, J.A., 1994-I, 296 (nota al fallo: “Lemos, Pascual I. y otros c/González, Luis M. y otros” de la Cám. Civ. y Com. de Junín, 12/8/93); Germán Bidart Campos, “Una brillante sentencia de Mendoza sobre la responsabilidad del Estado por error judicial en el proceso penal” (nota al fallo “P., M. O. c/Provincia de Mendoza”, de 1989, del Juzgado Civ. Com. y de Minas de la 1° Circunscripción provincial), E.D., 139-148; y Fernando A. Sagarna, “La responsabilidad del Estado por daños por la detención preventiva de personas”, L.L., 1996-E, 890.

154 Por ej., el mencionado en el artículo de Jorge Luis Maiorano, “Responsabilidad del Estado por errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos”, L.L., 1984-D, 983.

155 Integrando el primer supuesto, es posible enunciar los casos: “*Vignoni c/Gobierno Nacional*”, CSJN, 1988; “*Chein c/Gobierno Nacional*”, Cám.Apel.Cont. Adm. Fed., 1989; “*Balda c/Prov. de Buenos Aires*”, CSJN, 1995; “*López c/Prov. de Corrientes*”, CSJN, 1998; “*Rosa, Carlos A. c/Estado Nacional*”, CSJN, 1999; “*Vallejos c/Estado Nacional (Mrio. del Interior)*”, Cám. Apel. Cont. Adm. Fed., 2002; “*Robles, Ramón C. c/Prov. de Buenos Aires*”, julio 2002; “*Lema, Jorge Héctor c/Pcia. Bs. Aires*”, marzo 2003; “*Cura, Carlos Antonio c/Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional)*”, *Fallos*, 327:1738 (2004), *Revista RAP*, 312-158. Por lo demás, un desarrollo interesante puede verse en el voto disidente del juez De Lázari en el singular caso “*Torres, Juan Antonio c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios*”, Fallo C. 79.211 del 16 de junio de 2003, publ. en www.scba.gov.ar (Juba), relativo a un individuo que fue absuelto por el cargo de homicidio, y sufrió detención preventiva mientras duró el proceso penal.

156 CSJN, *Fallos*, 318:1990 (1995); *Revista RAP*, 215-159. Cabe señalar que este criterio fue retomado posteriormente en la disidencia parcial del juez Maqueda en la causa de *Fallos*, 326:820 (2003), “*Lema, Jorge H. c/Provincia de Buenos Aires*”.

dad de que dichos supuestos sean compensados, en tanto medie una inocencia manifiesta. Habría que verificar, entonces, una carencia de fundamento lógico en el auto de prisión preventiva, que debería lucir fruto de un palmario error¹⁵⁷ para así posibilitar la reparación.

Esa posibilidad se ha concretado muy excepcionalmente, y más allá de algún caso prácticamente irrepentible¹⁵⁸, cabe citar la causa “Rosa”¹⁵⁹, suscitada a raíz de que un agente policial fuera imputado de homicidio cuando dos sujetos fallecieron en un operativo de la fuerza. En lo que interesa, cabe señalar que en la causa penal respectiva, se ordenó la prisión preventiva del policía, que con posterioridad fue sobreseído definitivamente, por el beneficio de la duda. Este funcionario demandó entonces al Estado Nacional, por los daños que dijo haber sufrido en virtud de la prisión preventiva, y por la irrazonable prolongación de la misma. Invocando motivos formales, la Corte Suprema desestimó el primero de los reclamos, aunque sí se mandó indemnizar parte del tiempo de detención, por considerarse que el mantenimiento de la misma constituía una deficiente prestación del servicio de justicia¹⁶⁰. Para así resolver, y después de un minucioso examen de las constancias de la causa penal, se concluyó que uno de los rechazos de pedidos de excarcelación estaba basado en afirmaciones genéricas, dogmáticas y contradictorias con los elementos de juicio, y que carecía de demostración sobre la imperiosa necesidad de mantener la detención.

Paralelamente, se ha aclarado que no es indemnizable la privación de la libertad derivada de una condena que luego sea dejada sin efecto en las sucesivas instancias de apelación. Así, en el caso “Chein, Graciela”¹⁶¹, se sostuvo que la absolución por parte de la Corte Suprema no tornaba antijurídica a la sentencia condenatoria emitida en instancias anteriores, de modo que la falta de ilicitud en el obrar judicial obstaba a la responsabilidad que reclamaba la actora. La sala destacó, además, que el ordenamiento aplicable no habilitaba a reparar dichos supuestos, aunque reconoció que no era irrazonable requerir una compensación. En definitiva, sólo con el agotamiento de instancias podría quedar abierta la posibilidad de error judicial indemnizable.

157 Se estaría entonces frente a un procesamiento con prisión preventiva carente de fundamento. Empero, se ha procurado resguardar el principio de cosa juzgada, y así la Corte Suprema suele señalar que la sentencia absolutoria dictada luego de la tramitación del juicio, y en función de nuevos elementos de convicción, no implica descalificar la prisión preventiva, la cual suele basarse en un serio estado de sospecha sobre el actor. Para una expresión reciente de dicha doctrina, cabe remitir al caso de la CSJN, P.890 XLII “*Pouler, E. R. c/Estado Nacional – Ministerio de Justicia s/daños y perjuicios*”, sentencia del 8 de mayo de 2007, donde se aplicó el criterio tradicional del Máximo Tribunal para rechazar la demanda.

158 Nos referimos al caso “*Cozza, Héctor Rubén c/ M° de Justicia y de Derechos Humanos de la Nación y/o Estado Nacional*”, Causa 6945/2000, C.N.A.C.A.F., Sala IV, 06/12/2005. El tribunal admitió indemnizar a quien estuvo privado preventivamente de la libertad, teniendo en cuenta que tal medida constituyó un prevaricato que llevó a la destitución y posterior condena penal del magistrado que la dictó.

159 CSJN, *Fallos*, 322:2683 (1999), “*Rosa, Carlos Alberto c/Estado Nacional – Ministerio de Justicia y otro s/daños y perjuicios*”, J.A. 2000-III, 245, con nota a fallo de Mosset Iturraspe, Jorge, “Daño injusto por prolongación indebida de la prisión preventiva (Discrepancia con el voto de la minoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)”, J.A., 2000-III, 253.

160 Rechazándose diversos rubros pretendidos, la condena terminó fijada en \$ 85.000 por daño moral. Téngase presente que, para la Corte Suprema, la prolongación indebida de la detención se había extendido por un año y medio.

161 Sentencia de la Sala I de la Cám.Nac.Apel.Cont.Adm.Fed., del 20 de mayo de 1989.

Como puede advertirse, el factor decisivo es el principio de cosa juzgada, cuyo desbaratamiento se torna imprescindible para que proceda la responsabilidad. Si bien la mayoría de los casos suscitados se vincula con causas penales, la Corte Suprema ha admitido, aún en ausencia de norma expresa que lo permita, la revisión de la cosa juzgada en causas civiles, a tenor de lo resuelto en el caso “Egües, Alberto José c/Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios (error judicial)”¹⁶², con conceptos posteriormente reiterados en la causa “Cid, José Francisco c/ Provincia de Buenos Aires s/cobro de pesos”¹⁶³.

Por lo demás, también se ha descartado la posibilidad de responsabilizar al Estado bajo la perspectiva de entender su actividad judicial como lícita, como se puntualizó en la causa “Robles, Ramón Cayetano c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios”¹⁶⁴. En tal sentido, se recordó en dicho fallo que está admitida la responsabilidad derivada de actividades lícitas que, inspiradas en la tutela del interés colectivo, pueden originar perjuicios a los particulares, aunque se precisó que ello sucede respecto de actuaciones de las ramas legislativa y ejecutiva de gobierno, a quienes corresponde la gerencia discrecional del bien común, y que adoptan medidas políticas, económicas o de otro tipo ordenadas para cumplir objetivos gubernamentales. En contraste, se consideró notorio que dichos fundamentos no son extensibles a las sentencias y demás actos judiciales¹⁶⁵.

2. Negligencias o irregularidades procesales varias

Tal vez debido a los altos requerimientos a los que se supedita la reparación del error judicial, la responsabilidad del Estado por actuación de magistrados o funcionarios judiciales ha encontrado un mayor desarrollo en los casos de negligencias de los mismos. En la última década se ha visto una eclosión de estos casos, que abarcan supuestos de extravíos de documentación importante, irregularidades u omisiones en el libramiento de oficios y cédulas, errores en el libramiento de cheques o en la realización de liquidaciones, entre otros.

En todo este sector jurisprudencial el principio general ha consistido en extender los criterios imperantes en materia de “falta de servicio” en general, como lo hemos explicado en un trabajo anterior¹⁶⁶, en que comentábamos el contexto que enmarcó a la paradigmática causa “Amiano”¹⁶⁷. En todo caso, el desafío transcurrió por discernir si los funcionarios

162 Sentencia de la CSJN, *Fallos*, 319:2527 (1996).

163 CSJN, sentencia del 7 de agosto de 2007, expte. C. 7. XXXVI (en especial, véase el considerando n° 6, tercer párrafo); en dicho pronunciamiento la demanda fue rechazada.

164 Sentencia de la CSJN, *Fallos*, 325:1855 (2002); *Revista RAP*, 288-145, con nota a fallo de Laura B. Horrisberger.

165 En definitiva, se señaló que los daños producidos por el ejercicio regular de la función judicial “deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia”.

166 Ver: Caputi, M. Claudia, “Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales (el caso ‘Amiano’)”, L.L., 2000-C, 750. Entre otras causas de esta familia, cabe recordar: “*Hotelera Río de la Plata c/Prov. de Buenos Aires*”, CSJN (1985), “*De Gandia c/Prov. de Buenos Aires*”, CSJN (1995), y, más recientemente: “*Rodríguez, Luis Emeterio c/Corrientes, Provincia de (Poder Ejecutivo – Ministerio de Gobierno) s/daños y perjuicios*”, CSJN, *Fallos*, 323:3973 (2000).

167 En la cual se destacan las sentencias de la cámara de apelaciones y de la Corte Suprema. En la demanda se perseguía recuperar la suma de dinero pagada en la adquisición de un inmueble que finalmente se frustró. Ello fue posible porque el dueño del bien tenía un concurso preventivo en trámite, pero el juzgado interviniente no había efectivizado la registración de tal circunstancia en la provincia de Buenos Aires, donde se ubicaba el inmueble. Respecto de la sentencia de la cámara

judiciales habían incurrido en negligencia, pero tales cuestiones terminan siendo resueltas por aplicación de criterios idénticos a los que se aplican en las faltas de servicio en que se incurre en el ámbito de la Administración pública.

VII. FUTURAS FRONTERAS Y PERSPECTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

Una vez realizada esta perspectiva general del régimen de responsabilidad estudiado, y a efectos de evaluar el grado de satisfacción o el nivel de equidad que el mismo refleja, podría decirse que en general es bueno, y los posibles *desiderata* pendientes –v.gr., la solución de los reclamos de quienes se han visto preventivamente privados de su libertad y resulten inocentes–, tampoco versan sobre temas afianzados o del todo superados en otros sistemas jurídicos. Ciertamente, esta situación deja al sistema argentino en un posicionamiento comparativo más que digno.

Empero, debemos señalar que una de las nubes que oscurecen el firmamento de este panorama radica en las dificultades que, en ocasiones, y de mano de la casi eterna emergencia económica, experimentan genéricamente los damnificados a la hora de ejecutar las sentencias favorables, y así efectivizar sus créditos. Este fenómeno, que Gordillo¹⁶⁸ y Bianchi¹⁶⁹ han puesto de resalto, viene a configurar lo que, a la luz de estas expresiones doctrinales, hemos manifestado en otra oportunidad: nuestra responsabilidad es cual auto de lujo intentando transitar por un camino de ripio o de tierra. Es decir, no media la suficiente armonía o adecuación entre el vector procesal y el de fondo en esta temática, paradoja que en algún momento cabría –con la prudencia y sabiduría del caso– superar.

Como fuese, lo fascinante de la responsabilidad pública es que constituye una de las áreas más dinámicas del Derecho Administrativo argentino, y sus fronteras o desafíos siguen muy de cerca las vicisitudes de nuestra sociedad, llegando a ser una radiografía de la misma. De ahí lo punzante de muchos de sus retos, tales como, por ejemplo, los que se aprecian en la solución de casos derivados de omisiones de fuerzas de seguridad para evitar el incremento de la violencia y como mal menor, una situación que comenzó a fermentar de la mano de la crisis económica, política y social de 2001/2002, y que terminó por proyectarse a varios ámbitos de la vida comunitaria. Otro tanto puede decirse con las condiciones en que se presta el servicio de salud pública, que viene suscitando lamentables casos de contagios de enfermedades a veces incurables.

Por lo demás, nos encontramos en una etapa histórica en la que se cifran expectativas sobre el cambio en la integración de la Corte Suprema, iniciada a partir de 2003, e incluso sobre la renovación de la Justicia en su conjunto, que verá reciclada su composición en un

ra, ver “Amiano, Marcelo Eduardo y otra c/Samuel Steinberg y Estado Nacional”, Sala IV Cám.Nac.Apel.Cont.Adm.Fed., L.L., 1999-F, 497. En cuanto al fallo que en el mismo expediente dictó con posterioridad la Corte Suprema, véase el texto en *Fallos*, 326:4445 (2004); y el comentario de Mertehikian, Eduardo, “La responsabilidad del Estado por la irregular actuación del síndico en el concurso, en un fallo de la Corte Suprema (el caso “Amiano”)", L.L., 2004-E, 667.

168 Es lo que leemos en el capítulo XX del tomo 2 de su *Tratado de Derecho Administrativo*, *op. cit.* Así, en el acápite 2.2. y, en general, en todo el capítulo se analiza el fenómeno del incremento de la responsabilidad internacional, frente a las dificultades o disminuciones de la responsabilidad discernida en el plano interno.

169 Expresando esta preocupación arranca Alberto Bianchi su obra: *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, *op. cit.*

futuro cercano¹⁷⁰. Esta circunstancia augura retoques y rectificaciones jurisprudenciales, aún no del todo decantados, más allá de lo que se comienza a vislumbrar por los casos “Ferreyra”, “Barreto”¹⁷¹, el más reciente sobre el pescador Juan Carlos Ramírez¹⁷², y otros. Es de prever que el fenómeno apuntado generará un estrecho monitoreo de los operadores jurídicos sobre las novedades jurisprudenciales que se produzcan¹⁷³.

En definitiva, siete décadas después de quedar liberada de sus ataduras, la responsabilidad del Estado sigue siendo una cantera de expectativas de justicia y equidad, en la cual, aunque no esperaría modificaciones dramáticas o significativas, la comunidad jurídica sigue sensible a cada novedad que se suscite, pues no olvida la estratégica significación que el tema reviste para la construcción de un Derecho Público justo y equilibrado.

170 Como informaron profusamente los medios de comunicación y alertan varias ONGs dedicadas a temas de la judicatura, en los últimos años más de ciento cincuenta jueces nacionales renunciaron a sus cargos, lo que representa casi un 20 % del total de magistrados nacionales y federales.

171 Con el cual se espera un cambio en la fisonomía de la intervención del Alto Tribunal en causas de daños y perjuicios contra las provincias, que susciten el análisis del Derecho Administrativo.

172 Véase la referencia a dicho fallo *supra*, en la nota al pie n° 46.

173 Y sobre lo cual no adelantamos valoraciones, pues tampoco se vislumbra la maduración o perspectivas necesarias para ello.

Libertad, Estado y Derecho Administrativo. El papel del Derecho Administrativo en la modernidad democrática

Armando Rodríguez García
*Profesor de Derecho Administrativo y Coordinador del Postgrado en
Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela*

*“Un pueblo libre obedece, pero no sirve; tiene jefes
pero no dueños; obedece a las Leyes, pero nada más
que a las Leyes y es por fuerza de las Leyes por lo que
no obedece a los hombres...”*

Rousseau

Resumen: *La administración es una expresión organizativa y funcional que responde a las necesidades de la vida colectiva, por lo que acompaña las manifestaciones sociales a partir de los grados primarios de complejidad de las comunidades, por lo que su presencia resulta inevitablemente asociada a los valores culturales que construye la sociedad y a los mecanismos de preservación de los mismos. La libertad es uno de los valores esenciales en la sociedad contemporánea, que determina su ascenso humanista, y el Derecho Administrativo, por su parte, aparece como una de las herramientas de mayor eficiencia para garantizar la permanencia, primacía y proyección de la libertad del ciudadano - y con ello, de la Sociedad-, mediante la adecuada organización y funcionamiento del aparato administrativo del Estado a los contornos de la legalidad, para concretar su esencia como un derecho regulador del poder para garantizar la libertad, desplazando el esquema primitivo del autoritarismo personalista.*

SUMARIO

- I. PRELIMINAR
- II. EL ASPECTO SOCIOLOGICO Y EL ASPECTO JURIDICO
- III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA NUEVA DINAMICA DEL ESTADO
- IV. POTENCIA Y ACTO / FORTALEZAS Y DEBILIDADES

I. PRELIMINAR

La existencia de cualquier conglomerado humano de cierta magnitud y con un mínimo nivel de complejidad en sus actividades y relaciones convoca, de manera natural y espontánea, el surgimiento de actividades o tareas específicas, separadas y especializadas, a cargo de algunos de sus miembros, que apuntan al abordaje de los *asuntos comunes*, es decir, aquellos

que exceden de la esfera personal o singular de los individuos aisladamente considerados, y que, por tal motivo, se convierten en cuestiones colectivas, públicas; esas que virtualmente interesan o pueden interesar a todos en mayor o menor medida, aunque, en algunas circunstancias, tienen la cualidad de concretizar sus consecuencias con mayor precisión en algunos sujetos mas que en otros, bien sea que esto se traduzca como beneficio o como perjuicio.

En el trayecto evolutivo de los conglomerados humanos encontramos momentos históricos que, por su trascendencia, marcan capítulos o etapas identificables por los cambios que impregnan su contenido, en contraste con otros períodos.

No obstante, es fácilmente perceptible un proceso evolutivo continuo, progresivo, de ascenso sostenido, en cuanto a la aparición y adaptación de factores o elementos de diversa índole que conducen a valorar con resultados positivos las cualidades de vida de los grupos humanos, no solo en cuanto a condiciones físicas o ambientales sino, lo que es tal vez mas importante - por lo que lleva implícito la cualidad humana -, en lo atinente a componentes de carácter cultural y espiritual.

Por esta razón, y con independencia de las particularidades destacables en momentos históricos determinados, que ponen de manifiesto situaciones de conflicto, retardo o deterioro en el proceso de civilización global, es lo cierto, que hay una clara tendencia sostenida hacia mejores y mas avanzados estadios, hay una proyección constante, como promedio, que pone en evidencia lo que Jacob Bronowsky califica como una “brillante secuencia de logros culturales” que marcan el ascenso del hombre, entendido en este caso, como Sociedad, como Humanidad¹.

Pues bien, en este ascenso, constante y sostenido, aún cuando el ritmo y la dirección puedan variar en algunos momentos, encontramos episodios que constituyen hitos singularmente importantes, por sus efectos, a los fines que convocan nuestra atención en esta oportunidad.

Nos proponemos revisar la relevancia que el Derecho Administrativo ha tenido y tiene, en los procesos de modernización de las sociedades, particularmente por el papel que le toca jugar dentro de las tareas que le corresponde cumplir al Estado, en tanto expresión de la sociedad organizada para la satisfacción de los requerimientos colectivos, y tal vez mas importante aún, no ya desde la óptica utilitaria, sino en cuanto al valor trascendente de la dignidad humana, por el carácter de herramienta diseñada y dispuesta para contraponerse y frenar la arbitrariedad, para controlar el ejercicio del poder, para garantizar, proteger y salvaguardar la eficacia de los valores supremos del hombre, dentro de los cuales destaca la libertad como categoría de primer orden en la vida civilizada.

De este modo, además de la etapa que da inicio a la Edad Moderna, en la cual ubicamos el surgimiento de la noción de Estado, aún cuando, como sucede con tantos fenómenos sociales y políticos, no es válido asignar un momento preciso, nos ofrece un evento de singular interés, la etapa histórica que marca la segunda mitad del Siglo XVIII, en la cual se concentra la presencia de tres grandes movimientos que se concretan como verdaderas revoluciones y que, en su conjunto, conducen a marcar sustancialmente el signo de la evolución posterior de la Humanidad, hasta nuestros días.

Hacemos referencia ahora, por igual, a la llamada “Revolución Industrial”, constituida por una prolongada secuencia de transformaciones, que tiene su inicio en Inglaterra a partir

1 Jacob Bronowsky: *El Ascenso del Hombre*. Fondo Educativo Interamericano. Bogotá, 1979.

de 1760, y que se expresa, usualmente, en los cambios derivados de los avances tecnológicos y sus efectos directos sobre la producción industrial, pero también sobre las condiciones de vida y las circunstancias sociales y económicas, que derivan en importantes consecuencias culturales y políticas. Luego, el significativo proceso político marcado por la Independencia Norteamericana, que comienza en 1775; y finalmente, el trascendente complejo de acontecimientos que configuran la Revolución Francesa, que se despliega como evento político e ideológico, a partir de 1789.

A partir de los nuevos signos en el modo de vida de las comunidades, impuestos por esos procesos, se comienza a perfilar una nueva fórmula de organizarse la Sociedad, en su perspectiva política, que lleva consigo la definición progresiva de un andamiaje organizativo público encargado del manejo cotidiano de los asuntos colectivos, pero a partir de allí, bajo una premisa de singular valor en cuanto al asunto que ahora nos ocupa, cual es, la sujeción plena al orden jurídico, el sometimiento absoluto de la autoridad pública al derecho.

Sin embargo, esto no significa que la administración pública, como fenómeno, como realidad fáctica o sociológica, no existiera desde etapas históricas anteriores, pues, como señala Massimo Severo Giannini: "... todos los grupos organizados dan lugar a hechos administrativos"².

Lo que se pretende subrayar en este momento, es la indudable construcción dogmática y científica del Derecho Administrativo que arranca, en lo cronológico, precisamente, a partir de la configuración del Estado Moderno, y en lo ideológico, primordialmente, con la instalación de ciertos valores fundamentales que, teniendo un soporte intelectual de corte liberal, adquieren progresivamente la fisonomía de postulado básico, cuando se articulan como los Principios de Legalidad, Separación de Poderes, y Respeto a las situaciones jurídicas subjetivas.

II. EL ASPECTO SOCIOLOGICO Y EL ASPECTO JURÍDICO

No es extraño encontrar en las obras construidas bajo la óptica histórica, expresiones relativas a los niveles o grados de desarrollo de la "organización administrativa", así como menciones relativas a la presencia de "funcionarios" integrantes de tales organizaciones, que han dejado información rescatada mediante las técnicas y metodologías arqueológicas, sobre el notable nivel de "desarrollo administrativo" que se alcanzó en el antiguo Egipto, en Mesopotamia, en Grecia, en Roma, o inclusive en las culturas aborígenes de la América prehispanica con mayores niveles de evolución, como los Mayas, los Aztecas o los Incas.

Dentro de esa misma perspectiva, la evidencia histórica permite dar fe de la calidad de las "estructuras militares" como organizaciones con influencia directa y decisiva en la existencia misma y la prolongada presencia temporal de realidades como el Imperio Persa, mediante la adopción de una completa y sofisticada organización administrativa territorial-militar, que ubicaba en cada una de las "circunscripciones", un "sátrapa", suerte de Gobernador, encargado de múltiples tareas o funciones, cuya realización comportaba, en sí misma, el ejercicio del poder integrado a la totalidad de la estructura imperial.

En la revisión de las instituciones romanas encontramos una proliferación, sistematización y complejización de las figuras, en cuyo elenco aparecen, entre otras muchas, las pro-

2 Massimo Severo Giannini: *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2ª ed. Madrid, 1980,

vincias y los municipios que, sin ser las estructuras de la organización administrativa territorial que conocemos hoy día, constituyen, sin duda, una modalidad de organización diseñada para dar respuesta a los procesos sociales en marcha, con los grados de intensidad y complejidad que les han sido propios.

No obstante, si se revisan las fuentes directas, con un cierto nivel de detenimiento, se comprobará que en ellas no aparecen conceptos ni términos tales como “administración”, “organización administrativa”, “estructura funcional”, etc. Estas son categorías que comienzan a aparecer históricamente durante la segunda mitad del siglo XVIII, tal como hemos indicado antes, lo que lleva a concluir que, en las referencias empleadas para todo ese amplio período histórico anterior estamos presenciando un hecho que consiste en aplicar un orden de nociones del presente para explicar expresiones o realidades que en realidad pertenecen cronológicamente a civilizaciones y culturas anteriores.³

Nos preguntamos sobre la validez de tal aplicación, y al respecto concluimos que, haciendo abstracción de los rigores metodológicos -de por sí, absolutamente respetables y necesarios-, la cuestión es de interés, pues, por contraste y paralelamente, existen otras nociones jurídico-políticas contemporáneas, que no aplicamos para explicar realidades del pasado, como sucede por ejemplo, con la noción de Constitución.

Al respecto hay una diferencia que nos permite apoyar el punto de análisis; es el hecho notorio y definitivo, de que la noción de Constitución, aunque en su formulación práctica sea de origen político - como otras muchas realidades -, su esencia es, básicamente, jurídica. Por su parte, es cierto que la noción de administración es jurídica, pero también sociológica y técnica; pero ello no significa que la acepción sociológica o la noción técnica de administración sean más importantes o de mayor peso que la jurídica. Lo importante a destacar en esta oportunidad es que, mientras todas las “administraciones”, históricamente hablando, tienen relevancia social, técnica y sociológica, solo algunas presentan relevancia y susceptibilidad de apreciación en el mundo de la Ciencia Jurídica.

Desde este punto de vista se hace patente, mediante el análisis sociológico y el enfoque histórico, que cuando los agregados o agrupaciones humanas superan el umbral de lo absolutamente primitivo, se proveen de una “organización” - aún cuando ésta sea elemental -, para acometer las tareas de satisfacción de las necesidades comunes a la generalidad del grupo. Puede decirse, entonces, que la organización social es una necesidad primaria del hombre.

Ahora bien, tales organizaciones no son siempre jurídicamente relevantes, aún cuando para la perspectiva sociológica o antropológica son organizaciones que pueden denominarse como administrativas. Por ello, puede ser válido proyectar la denominación de “administración pública” a culturas del pasado, pero en tales casos hay que advertir que esa referencia está limitada al enfoque sociológico o a la perspectiva de carácter técnico, o dicho en términos más precisos, esa referencia no comporta una connotación jurídica.

Es durante la Edad Media cuando el término “*administratio*” comenzó a adquirir un perfil jurídico, entendido como una actividad, la actividad de “administrar”, que posteriormente genera una acepción que viene a indicar, además, el lugar o sitio donde se realiza esa actividad, y también, el sujeto que la realiza. De este modo se multiplica el significado del término y se amplía, correlativamente, su empleo.

3 Massimo Severo Giannini: *Op. cit.* p. 10

La ampliación del empleo del término desborda su mera expresión etimológica, llevándolo a configurar un sentido técnico que luego servirá para identificar una realidad jurídica - que es en definitiva nuestro objetivo concreto en este momento -, al comprender una tarea tecnificada en el orden industrial, comercial y burocrático, que además abarca en su alcance idiomático y conceptual a la identificación de una tarea asumida por estructuras específicas y especializadas de la organización estatal, con particularidades que destacan los aspectos de orden jurídico.

Pero el Estado, esa organización política estatal dentro de la cual se inserta lo que se denomina también como administración (tanto en su sentido orgánico como en su acepción funcional), es igualmente una noción cambiante a lo largo del tránsito histórico.

Giannini advierte al respecto: “No se puede señalar de modo preciso cuando nace el Estado como forma política. En cualquier caso, existe un paso gradual y probablemente inconsciente desde las formas políticas de le precedieron. En Italia se pasó a través de la fórmula de la transición que constituyen los principados, y ya en el siglo XVII todos los ordenamientos de los reinos italianos eran Estados, incluida la República de Venecia. La evolución se produce a lo largo del período histórico que va desde finales del siglo XV al XVII.”⁴

Como complemento de singular valoración para la mejor comprensión del tema, Antonio Moles destaca que: “... La palabra *Estado* comenzó a utilizarse en el transcurso del siglo XVI. Maquiavelo, en el año de 1513 fue el primero en mencionarla en las primeras páginas de su famosa obra *De Principatibus*, mejor conocida con el título *El Príncipe*. En ella, al comienzo, se puede leer lo siguiente: “Todos los dominios que han tenido y continúen teniendo imperio sobre los hombres, son *Estados* ...”⁵.

Por tal motivo es importante determinar la específica manifestación de Estado en la cual incorporamos la noción de administración desde la perspectiva concreta que ahora empleamos. Y esa manifestación específica es el Estado de Derecho, el Estado Moderno contemporáneo, que se configura a partir de los cambios históricos ya mencionados, y que tiene como perfil dominante, la nueva configuración para la ubicación de la fuente del poder y la legitimación para su ejercicio. El punto de partida ideológico ubica el origen del poder en la población, en el pueblo, en la colectividad social, titular de la soberanía, en cuyo nombre actúan los agentes públicos, sometidos a las normas legales que establece el Estado, como expresión de la voluntad general, por lo que se trata, en suma, de una manifestación de libertad, dirigida a ejercer y preservar la libertad, mediante la limitación del poder.

De este modo se encuentran y se integran inseparablemente el Derecho y la Administración Pública, construyendo la noción de Derecho Administrativo que podemos entender - empleando aquí la acreditada visión de Luciano Parejo -, que “...es hoy, en su definición mas elemental, inmediata y tradicional, el Derecho de eso que llamamos Administración Pública, que es -a su vez y por lo pronto-, una realidad política de bulto reconocida y regulada por los textos constitucionales.”⁶

4 Massimo Severo Giannini. *Ibidem*, p. 26.

5 Antonio Moles Caubet: *Estado y Derecho. Configuración Jurídica del Estado*. En: *Estudios de Derecho Público*. Universidad Central de Venezuela, Caracas 1997, p. 78 y ss.

6 Luciano Parejo A.: *El Concepto de Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1984. p. 25.

Aparece entonces el tema de la legalidad, como columna vertebradora y soporte del Estado de Derecho, y en consecuencia, de la Administración Pública; con lo cual, “ ha de comenzarse afirmando que el principio de legalidad propiamente dicho, se refiere únicamente a un tipo de Estado concreto, el estado de régimen administrativo cuya configuración corresponde al modelo doctrinal y organizativo de la Revolución francesa y sus epígonos - bonapartismo, restauración y liberalismo - caracterizado por la concurrencia de cuatro notas distintivas:

1º) Emerge una nueva rama del Derecho Público, el Derecho Administrativo, precisamente para regular la administración pública, o dicho con mayor exactitud, para hacer jurídicamente correctas las actividades funcionales de la administración.

2º) Aparece la categoría de los derechos subjetivos con un contenido público, llamados también derechos públicos subjetivos, entre los cuales se encuentran, además de los derechos de libertad, aquellos otros dimanantes de distintas fuentes creadoras del orden administrativo. A ellos se añaden los denominados “intereses legítimos” que tanta relevancia llegan a adquirir en el Derecho italiano, según se verá mas adelante.

3º) La tutela de semejantes derechos e intereses queda atribuida a una jurisdicción especial, la contencioso administrativa, que así mismo corrige las irregularidades de la administración constitutivas “*d’excès de povior*” (recurso objetivo).

4º) La administración sujeto puede ser patrimonialmente responsable por determinadas faltas -aún cuando no constituyan actos ilícitos- con independencia de la responsabilidad personal de las autoridades, funcionarios y sus agentes (responsabilidad directa).⁷

Pero en el espectro del análisis en curso, es preciso tener presente junto a estos elementos, que en el entramado del pensamiento político, la libertad, en el medio colectivo, se presenta como un factor correlativo al Poder, y precisamente a partir de los acontecimientos aludidos, esto es, la independencia norteamericana y la Revolución Francesa, se produjo un cambio, una transformación, una verdadera revolución de los valores de la humanidad, que se expresó fundamentalmente en la instalación de una nueva ecuación para la concebir y legitimar el origen y el ejercicio del poder, sin que hasta el presente, se conozca una fórmula mejor.

En efecto, a partir de esas nuevas concepciones, que se contraponen y sustituyen a las que estuvieron presentes hasta aquellos momentos, se llega a entender que la base de sustentación y el origen del Poder Político -y con ello, también la legitimidad para su ejercicio-, pasó de estar en las manos de un solo individuo, por razón de su linaje o por aplicación arbitraria de su fortaleza, a residir en la Sociedad, en la colectividad, en el pueblo, quién lo ejerce por medio de sus representantes y agentes, mediante mecanismos y fórmulas que deben estar previamente establecidos como expresión de la voluntad general, esto es, mediante la Ley.

Este momento de la reflexión nos lleva de nuevo al contacto con el contraste histórico, con la transformación derivada directamente de la contraposición abierta de aproximaciones contradictorias y excluyentes que, en lo atinente a la administración como organización, García de Enterría pone de manifiesto con precisión, cuando apunta que: “La historia de la Administración occidental arranca en línea recta de la reacción frente al orden feudal. La privatización de lo público, la personalización rigurosa de los lazos sociales y políticos de

7 Antonio Moles Caubet: *El Principio de Legalidad y sus implicaciones*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas, 1974, p. 7.

dependencia implicó en el orden feudal una rigurosa minimización de las estructuras organizativas levantasen el vuelo mas allá de límites territoriales absolutamente mínimos, el lugar, el valle o, en fin, todavía mas expresivamente, el horizonte visible desde la torre del castillo en el genuino feudalismo del área del viejo Imperio carolingio (...)Esta idea latente va a potenciarse y realizarse por obra de dos influencias decisivas, de dos préstamos sucesivos de técnicas, que van a permitirle trascender la atomización estructural existente y emprender esa gran creación histórica que conocemos con el nombre de Estado moderno (...) Estas dos grandes influencias, son, por una parte, el ejemplo de la Iglesia Católica y, por otra, la recepción del Derecho romano.”⁸

No se puede perder de vista que la Edad Media recoge una formidable etapa de surgimiento de la libertad como valor medular en la concepción del hombre, en las mas diversas y variadas expresiones que, en definitiva, se conjugan en las formas de vida adoptadas progresivamente por mayores volúmenes de población. Es así como el asentamiento urbano, la ciudad, luego de la decadencia que marcó la caída del Imperio romano de occidente, aparece revitalizada, ahora como un refugio liberador de la servidumbre feudal, a través de su capacidad de integración, como habitáculo físico y como sistema funcional, de la libertad económica, con el florecimiento de la actividad mercantil, cuyo florecimiento lleva al surgimiento de nuevas modalidades de estructuración de las relaciones de poder, en particular con la instalación de las fórmulas generadoras de los gobiernos locales, de los municipios, con la inserción del valor fundamental para la concepción de lo colectivo, que significa la aparición de la personificación del “nosotros” como referencia. Por ello, la expresiva frase “la ciudad hace al hombre libre”, recoge la realidad del momento.⁹

En este orden de ideas destaca la palabra de García Pelayo, cuando advierte que: “...En una historia de las formas políticas de occidente corresponde un lugar autónomo a la ciudad...sobre todo porque en ella están contenidos una serie de principios y de formas, cuya aplicación a un ámbito más amplio, contribuirá decisivamente a la estructuración del Estado Moderno...”¹⁰

Es, entonces, una de las expresiones y consecuencias de la socialización, en tanto categoría propia del medio urbano, lo que empuja a la formación de estructuras de organización pública que se configuran, en sus manifestaciones mas acabadas, como instituciones administrativas insertadas en el tejido de las comunidades mismas, formando parte de ellas, y por ende, piezas insustituibles tanto en su morfología, como en su funcionamiento.

Este fenómeno de máxima importancia, consistente en el surgimiento progresivo de las ciudades libres, que comienza a aparecer en la baja Edad Media, básicamente en Alemania e Italia, se multiplica con expresiones similares de libertad, en otras instancias, como son las Universidades, que sostienen sus privilegios y autonomía frente al Monarca, como un componente esencial a su existencia, marcada por la libertad de acción de sus miembro, lo que en definitiva es el núcleo de la expresión democrática integrada en su contexto institucional.

8 Eduardo García de Enterría: *La Administración Española*, Alianza Editorial. Madrid, 1972, p. 103.

9 Véase al respecto: Henri Pirenne: *Las Ciudades de la Edad Media*. Alianza. Madrid, 1971; también, sobre el tema: Manuel García Pelayo: *La Ciudad Mercantil Medieval*. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Nº 76. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1990

10 Manuel García Pelayo: *La Ciudad Mercantil Medieval*. *Ibidem*, pp. 131 y ss.

La institución municipal moderna, que hincó sus raíces en esos momentos históricos, surge impregnada de la idea de libertad, cargada del poder social de la democracia¹¹ en tanto práctica cotidiana de su existencia misma, a partir del manejo directo de los asuntos propios de la comunidad, a partir de la participación de sus miembros, para lo cual se aplican los mecanismos funcionales y las estructuras organizativas que le dan carácter y definen una peculiar trayectoria histórica que trasciende los cambios más radicales y profundos, proyectando su presencia en vastos espacios de la geografía política de occidente, con el respeto a su esencia unido a una peculiar plasticidad en la adaptación de su perfil a las particularidades locales, aún cuando se mantenga incólume el núcleo medular de su configuración substancial, sobre cuya valoración, trascendencia histórica y actualidad, dan cuenta los trabajos densamente documentados y ampliamente conocidos en el campo del municipalismo, del Profesor Enrique Orduña Rebollo¹².

El Estado Moderno aparece, en consecuencia, y entre otras de las múltiples aristas de su complejidad conceptual, como un espacio de ejercicio del Poder desde la libertad y para la libertad; pero siempre y solo, a través del Derecho, con lo cual se instala paralelamente, como un sistema con valor esencial, la Democracia, que no es más que el arte de gobernar partiendo de la subordinación del poder a la voluntad general, del reconocimiento del otro y del respeto absoluto a la diferencia de opinión; es decir el arte de construir y mantener un espacio colectivo para la libertad, para la diversidad, para la pluralidad, en fin, para la civilidad.

Pero no podemos dejar pasar esta referencia sin apuntar que, estrechamente vinculado con ese episodio histórico excepcional surge, no solo una nueva concepción teórica del Poder y del Estado; también se plasma en la realidad tangible un modo de vida, una práctica dinámica y vital, concretada a través de la progresiva aparición de las nuevas Repúblicas en todo el Nuevo Continente, con lo cual, no solamente se construye una expresión real de las nuevas concepciones políticas, sino que junto a ello, se amplía decisivamente el espectro de aplicación de la totalidad de sus componentes, entre los cuales interesa destacar el aspecto jurídico, esto es, la presencia del Derecho como soporte de validez para la existencia y el ejercicio del Poder, la presencia efectiva e ineludible del Principio de Legalidad como factor nuclear del Estado de Derecho¹³.

En síntesis, la confluencia y conjugación de los enfoques sociológico y jurídico sobre el fenómeno de la organización social y su dinámica, el poder político, y la necesaria existencia del aparato estatal, a través de la administración, nos llevan al encuentro con el Derecho Administrativo y su presencia ineludible, a despecho de las modalidades o variedad de formas y expresiones que puedan definir particularidades en lugares o momentos determinados, pero que dejan un residuo plenamente vigente en su valor instrumental para el desarrollo mínimamente adecuado de la vida en sociedad, más aún cuando presenciamos umbrales de globalización y complejidad insospechados hace apenas unas décadas, con lo cual cobra mayor importancia la existencia de técnicas de interacción y lenguajes de intercambio efi-

11 Al respecto son suficientemente conocidas e ilustrativas, las agudas y fundamentadas expresiones de Alexis de Tocqueville, particularmente en su obra *La Democracia en América*.

12 Véanse, entre otros: *Democracia Directa Municipal Concejos y Cabildos Abiertos*. FEMP - Ed. CIVITAS, Madrid, 1994; *Municipios y Provincias*. FEMP - INAP - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003; y también, *Historia de Municipalismo Español*. IUSTEL, Madrid, 2005.

13 Véase al respecto: Dietrich Jesch: *Ley y Administración. Estudio de la evolución del Principio de Legalidad*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1978.

cientes, sustentados en valores universales como la libertad, en tanto implica la realización plena de la cualidad humana, por medio de la limitación legítima y racional de la arbitrariedad y la tiranía.

III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA NUEVA DINAMICA DEL ESTADO

Partiendo de las notas consignadas hasta ahora tenemos, que la administración pública es, esencialmente, una actividad y una estructura orgánica, absolutamente juridificadas. Pero esa cualidad esencial no se agota en la simple sujeción de la administración del Estado al ordenamiento jurídico, puesto que ya sabemos que el Derecho, el sistema jurídico como orden normativo, abarca a la totalidad de los sujetos que se desenvuelven en la vida social contemporánea, está en todas partes, nos acompaña de manera cotidiana, permanente y necesaria, aunque a veces sea invisible o imperceptible, ya que, tal como señala Lawrence M. Friedman, "El derecho está en las atmósfera, tan ligero al tacto como el aire..."¹⁴. La verdadera peculiaridad del Derecho, aplicado a la administración pública, está en el grado de vinculación, en el nivel de sujeción, que ésta tiene con la norma jurídica, y que se expresa como el mayor grado de vinculación posible, de modo tal que "todos y cada uno de los actos de la Administración del Estado han de estar condicionados por una regla legal que se convierte en la medida de su licitud o ilicitud"¹⁵.

Ahora bien, junto al referente de orden jurídico, no se puede perder de vista que la administración pública tiene también, e inseparablemente, un carácter instrumental, una categoría igualmente inserta en su esencia, que la impregna de la condición técnica, con lo cual adquiere, o mejor dicho, disfruta, de la cualidad de *adaptabilidad cultural*, de *racionalidad* como factor componente del *paisaje humano*, en términos que nos llevan a recordar lo que nos enseña el Profesor García Bacca, cuando afirma: "Tras muchos y lentos siglos de historia, ahora, porque el hombre los ha inventado, existen *un paisaje artificial* -de artefactos, de inventos enmaterializados- y *un paisaje humano*, tan artificial como lo son arado, galera, barco, avión, fabrica de tejidos ...Es el paisaje económico, propio del *hombre social*, los dos: economía y sociedad, inventos del hombre: *artefactos de la totalidad*..."¹⁶

Como una consecuencia lógica y necesaria de tal cualidad, la administración del Estado se vincula estrechamente a la evolución político-social, al orden dinámico de las Sociedad en sus manifestaciones cotidianas, por ser la expresión mas acabada de la sociedad organizada. También por necesaria consecuencia, está regida por los principios y valores superiores de la Sociedad a la cual sirve.

Tal es el enfoque que nos aporta García de Enterría, cuando pone el acento en destacar que el contenido propio de la Administración Pública no se agota en la Ciencia de la Administración: "... El tema de la Administración es visto primariamente como una realidad política, lo cual, lejos de ser una consideración obvia, contra lo que externamente pueda parecer, especialmente desde el momento en que un amplio movimiento de la ciencia administrativa contemporánea pretende prescindir de este dato y recogerse en los problemas estructurales comunes que la Administración Pública tiene con la administración de los asuntos y negocios privados. El autor no siente primariamente la Administración como empresa, sino, y permítame-

14 Lawrence M. Friedman: *Introducción al Derecho Norteamericano*. Librería Bosch. Barcelona, 1988. p. 2.

15 Antonio Moles Caubet: *Lecciones de Derecho Administrativo*. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Universidad Central de Venezuela. N° 84, Caracas 1992.

16 Juan David García Bacca: *Elogio a la Técnica*. Ed Monte Avila. Caracas, 1968.

seme poner énfasis en lo que a muchos ha de parecer una obviedad, como Estado, como organización insertada en, y al servicio de la comunidad política...”¹⁷.

Y a manera de glosa, a partir de la afirmación de nuestro querido maestro, es momento oportuno para reafirmar que el Estado, desde le punto de vista político, estructural y operativo, no es mas que un instrumento de la sociedad, una herramienta diseñada y construida para estar “al servicio de la comunidad política”, lo que en suma se convierte en reconocer que el Estado es la expresión mas avanzada de la “sociedad civil organizada”, es decir, la colectividad bajo la configuración de un orden específico, que le permite desplegar sus expresiones de civilidad de manera eficiente, partiendo del principio de respeto a la esencia del ser humano, su libertad.

Pues bien, en la conformación conceptual del Estado Moderno juegan un papel determinante las nociones de *derechos humanos* y *soberanía popular*, las cuales, en una consideración singularizada, aparecen como un factor adicional, un pequeño ingrediente consecencial dentro del complejo y prolongado proceso incremental que venía llevando a su nacimiento. Sin embargo, como afirma con precisión Werner Naef¹⁸, “el paso de este umbral va a revestir una trascendencia incalculable”, entre otras razones, por la consecuencia que imparte al escenario la instalación de un sistema de vida colectiva que somete el ejercicio del poder al orden jurídico, como de la voluntad general por la cual se manifiesta, precisamente, la libertad.

En este espectro general del nuevo alcance y fundamento que adquiere el orden jurídico (que también goza de las cualidades de *artefacto* producido dentro del *paisaje humano*, en términos de García Bacca), irrumpe el Derecho Administrativo, con características y potencialidades peculiares como herramienta al servicio de la modernidad social, de la profundización de la civilidad, mediante el afianzamiento del ejercicio práctico y constante de los valores de libertad del ciudadano y la correlativa sujeción del ejercicio del poder, permitiendo reducir sus espacios de *inmunidad*, mediante un aparato jurídico dotado de un alto grado de adaptabilidad, en razón de la dinámica y amplitud de su objeto¹⁹

La sociedad, en su dinamismo cultural, político, económico y sobre todo tecnológico, se encuentra en un proceso de transformación constante, sostenido, que impulsa la adaptación de sus instrumentos y escenarios de funcionamiento, en los que se ubica el Estado y sus instituciones, dentro de cuyo elenco, el derecho Administrativo adquiere mayor presencia y relevancia, puesto que le corresponde dar cuenta de todas las expresiones del quehacer cotidiano del Estado en sus relaciones interinstitucionales y las de éstas con los ciudadanos, lo que da cuenta, sin mayores esfuerzos de reflexión y análisis, de la vastedad y variedad de los asuntos que tienen que ver con esa rama del Derecho.

Basta revisar las ediciones diarias de las *Gacetas Oficiales* para comprobar la diferencia cuantitativa entre las actuaciones y decisiones que registran los diferentes centros de decisión pública en aplicación del Derecho Administrativo. Sin embargo, el tema no se reduce al registro cuantitativo y cualitativo de las diversas actuaciones que se pueden derivar de las relaciones sociales. El asunto incluye la propensión a generar las condiciones y mecanismos propicios para que esa multiplicidad de actuaciones que demanda la compleja sociedad con-

17 Eduardo García de Enterría: *La Administración Española. Op. cit.*

18 Werner Naef: *La idea del Estado en la Edad Moderna*. Aguilar, Madrid, 1973. p. 127.

19 Eduardo García de Enterría: *Revolución Francesa y Administración contemporánea*. Ed. Taurus. Madrid, 1972. *La Lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*. Alianza Editorial. Madrid, 1994.

temporánea se realicen con mayores grados de eficiencia, superándose la expectativa de la *procura existencial* para dar paso a la exigencia de *calidad total* como respuesta debida a la colectividad, lo que hace que la figura del Estado se haga cada vez mas compleja en cuanto a estructura burocrática, así como en métodos y funcionamiento²⁰, por lo que la plataforma jurídica de actuación pasa a adquirir mas relevancia, y constituye ahora, en sí misma, una plataforma para la promoción y realización eficiente del cambio, que debe incorporar, necesariamente, los avances de la revolución tecnológica, sin apartarse de los postulados originales que le dan sustento conceptual.

Pero evidentemente, la cuestión no se resuelve en las expresiones o actos considerados en abstracto. Es imprescindible la cualidad de “agente” para poder producir los efectos cuales quiera que estos puedan ser; por eso, los agentes públicos que construyen normativamente y los operan o aplican el contingente del ordenamiento jurídico administrativo, desde sus diferentes posiciones (legisladores, administradores o jueces), tienen la cualidad para orientar el sentido y la potencialidad del Derecho Administrativo como instrumento de cambio hacia el avance o no de las condiciones de la sociedad; pero a contrapelo, también la colectividad está en condiciones de operar el impulso hacia la orientación deseada, de imponer el rumbo, y esta es una de las cualidades excepcionales del Derecho Administrativo, su valor instrumental como custodia de las garantías ciudadanas.

Podemos observar la sensibilidad y la capacidad de generación y adaptación a los cambios que tiene el Derecho Administrativo, en su posición de primera línea en los escenarios que define cualquier tendencia o transformación efectiva en las expresiones mas variadas de la realidad social, económica, cultural o política. Ciertamente, es en el espacio de este ordenamiento - y en la correlativa tarea propia de la actividad científica que lo estudia -, donde aparecen ubicadas, primeramente, las fuerzas propias de todas esas expresiones, que pugnan entre la descentralización y la centralización, o entre los procesos de integración y sus efectos sobre la noción de soberanía y la preservación y potenciación de los ámbitos locales de decisión y participación popular. Observamos como se pasa de situaciones de estatización de la producción económica al montaje masivo de operaciones de privatización de activos y servicios estatales, para dar paso a regímenes de desregulación; cada vez son mas frecuentes las incorporaciones de mecanismos de gestión a través de fórmulas concesionales o contractuales, en general. Todo ello tiene su origen, o se encuentra necesariamente vinculado, soportado y desarrollado, en definitiva, en principios, normas, técnicas, mecanismos e instrumentos propios del Derecho Administrativo.

De otras parte, en el momento presente, al escenario descrito tenemos que agregar la presencia irreversible e inevitable del proceso de globalización - con sus ventajas y desventajas -, que aporta un mayor poder de impacto y profundidad de proyección en los cambios, al mismo tiempo que se difunde con mas velocidad, certeza y facilidad el conocimiento de los instrumentos y de las experiencias concretas. En este escenario, el Derecho en general, y el Derecho Administrativo en particular, lejos de estar ajeno a la nueva realidad, se encuentra plenamente sumergido en ella, y además, contribuye a su afianzamiento, como agente generador y difusor de primer orden²¹

20 Véase: Manuel García Pelayo: *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Alianza Editorial, Madrid, 1977.

21 Oriol Mir Puigpelat: *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*. Ed. Thompson Civitas. Madrid, 2004

En cualquier caso, la nota destacable para nuestro objetivo inmediato está en la adaptabilidad del Derecho Administrativo, siempre dentro del Estado de Derecho, sin alterar su esencia, sin que se afecte su fundamento teleológico. Como señala Garrido Falla, "...su finalidad fundamental es asegurar la libertad de los ciudadanos. Posiblemente esto es lo que tenga de más rigurosamente inédito frente a los estadios anteriores que atraviesa en su evolución el Estado moderno. A partir de la Revolución francesa, el aseguramiento de la libertad de los ciudadanos, de los súbditos, va a constituir una preocupación, pero además, una preocupación fundamental...La historia del Estado moderno contemporáneo es en esencia la historia de la lucha contra la arbitrariedad y en favor de la legalidad en todas las esferas de la actuación estatal"²².

Podríamos concluir este capítulo señalando que la magia del Derecho Administrativo está en su potencialidad para empinarse sobre sí mismo, mediante su capacidad de adaptabilidad, asociada a la dinámica de los asuntos que debe tocar, lo que se acompaña con la potencialidad que ofrece para las oportunidades de modernización, a partir de los valores que le sirven de soporte, en particular, la libertad.

IV. POTENCIA Y ACTO / FORTALEZAS Y DEBILIDADES

Es claro que cuando consignamos las menciones anteriores y predicamos las potencialidades favorables del Derecho Administrativo, en función de la preservación de los valores de la civilidad y los procesos de modernización democrática de las colectividades, lo hacemos partiendo de los supuestos de actuación de buena fé y honestidad por parte de los gobernantes en general. Ello implica que no desconocemos que el ser humano esta compuesto por un tejido mixto, con hilos buenos e hilos malos, y dependiendo de la prevalencia de algunos u otros, se produce la calidad integral del tejido, a partir de lo cual podremos apreciar las ejecutorias de los individuos, inclusive - y desde luego, con mayor énfasis -, las de quienes tienen por oficio actuar como a líderes populares y agentes públicos.

Ello no obsta para reconocer, de entrada, que el Derecho es, sin lugar a dudas, una de las mejores herramientas y el mas firme y eficaz de los caminos que ha construido el ser humano para desplegar la cualidad que mas lo enaltece y distingue: la vida en sociedad, la civilidad.

Es cierto que el resultado favorable del empleo de esta herramienta, como sucede en cualquier otro caso, implica no manipular el Derecho, ni dejarse manipular con el Derecho, porque esta disciplina comporta, inevitablemente, un ejercicio de dignidad y, paralelamente, de libertad. Y para ser genuina y cierta, la libertad, al igual que el Derecho, no admiten ninguna subordinación a dogmas y rechazan cualquier tributación ideológica. Someter la libertad de pensamiento a un dogma o hacerla tributaria de una ideología, comporta secuestrarla y neutralizar su virtualidad. Pero si ese secuestro se hace mediante el empleo fraudulento del Derecho, a través de la manipulación de los instrumentos e instituciones jurídicas, en particular, de las normas, la aberración y el daño son aún mayores.

Recordemos entonces, que el efecto de los cambios operados por la dinámica social y sus correlativas demandas sobre la estructura y funcionamiento del aparato público, su conceptualización y adaptación a las nuevas tareas, y el dinamismo, magnitud y calidad de las respuestas que esta obligado a ofrecer, es un elemento esencial para comprender que las reformas y adaptaciones requeridas, solo tienen sentido si se vinculan a los efectos sobre la

22 Fernando Garrido Falla: *Las transformaciones del régimen administrativo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1962. p. 20

colectividad. De este modo lo ha manifestado el Profesor Jaime Rodríguez-Arana, cuando afirma: "...La reforma del Estado implica **poner como centro de la actividad pública la preocupación por la gente**, es decir, sus aspiraciones, sus expectativas, sus problemas, sus dificultades, sus ilusiones. Por eso, la reforma no puede depender de una ideología en la conformación de su proyecto y de su programa, ya que el espacio de centro se delimita hoy, en primer lugar, por una **renuncia a todo dogmatismo político**..."²³.

Tomamos la expresión en su sentido más amplio, entendiendo que la posibilidad de poner en marcha la potencialidad del Derecho Administrativo para el beneficio de la sociedad, mediante la actualización eficaz de su capacidad instrumental, puede provenir de cualquiera de los agentes públicos, no solamente de los funcionarios administrativos, en sentido estricto.

De este modo actúan por igual, tanto los encargados de la producción de normas legales dando adecuado soporte a la actuación de la administración, mediante reglas que dibujen cauces precisos, ágiles y oportunos para construir las decisiones, estimulen la transparencia y la eficacia en la actuación y la prosecución de objetivos de interés general, con el pleno respeto a los derechos y situaciones jurídicas de los ciudadanos, como los agentes administrativos, observando pleno apego a la legalidad y adecuada iniciativa para mejorar sus propias ejecutorias, teniendo siempre como norte la satisfacción plena de los requerimientos de los administrados, y finalmente, las instituciones encargadas del control sobre la administración, particularmente los jueces, aplicando la debida ponderación de criterios correctivos, apego a la legalidad adjetiva y sustantiva, y sobre todo, mediante perspectivas de progresión.

Todo ello tiene como telón de fondo la garantía de la libertad, que se opone a la arbitrariedad. "Esta lucha contra la arbitrariedad no solamente se da en el terreno de la Justicia, sino, además, en el terreno constitucional y administrativo, y precisamente en ese terreno se logra mediante una serie de expedientes técnicos que pueden resumirse en los siguientes: En primer lugar, el principio de separación de poderes; en segundo lugar, en la supremacía de la Ley como acto de mayor rango jurídico dentro de todos los que puede realizar el Estado; en tercer lugar, en la posibilidad de someter al Juez los actos del Poder público."²⁴

Entonces, la potencialidad innovadora y modernización democrática que encierra el Derecho Administrativo esta demostrada conceptual y racionalmente en el plano teórico. Pero también en los campos de la realización práctica aparecen suficientes referencias en diversas latitudes, que nos hablan de esa potencialidad convertida en acto, de la hipótesis transformada en realidad, partiendo de la propia experiencia francesa, básicamente a partir de la gestión ejemplar del Consejo de Estado, en su decisiva participación para salvar los escollos que sobre la evolución de los postulados de la Revolución francesa, generó la etapa del terror y la anarquía. Los términos empleados por el Profesor Luis Henrique Farías Mata sobre el asunto son harto precisos y elocuentes: "...Sin su propia existencia y sin la obra jurisprudencial y doctrinaria en sí misma considerada del Consejo de Estado Francés, es casi seguro que los principios de derecho -ya universales y de los cuales somos usufructuarios- cuya consagración se debe a la Revolución Francesa, o no hubieran tenido permanencia en el tiempo, o

23 Jaime Rodríguez-Arana: *Reflexiones sobre el Estado de Bienestar*. En: *Revista Tachirense de Derecho*. Nº 13, Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, Venezuela. 2001. p. 10.

24 Fernando Garrido Falla: *Op. cit.* p. 22.

hubieran sido desvirtuados por los cambios políticos que en forma cíclica se sucedieron a partir de 1789.”²⁵

Pero, como advertimos antes, si bien existe una propensión y hasta una tendencia sostenida hacia el alcance de umbrales de mayor desarrollo, que incluyen los avances en las instituciones - dentro de las cuales, desde luego colocamos las estructuras del Estado - y junto a ello, los “instrumentos institucionales”, como lo es el Derecho, no debemos dejar de considerar que, precisamente por lo variable de los cambios que comporta la dinámica social, la ruta de esa tendencia no es lineal, ni presenta un ritmo constante. Podemos observar momentos y períodos de desviación, retención o retroceso, cuya presencia, lejos de debilitar la potencialidad creativa del Derecho Administrativo, la fortalece, por vía del contraste racional y de la posibilidad comparativa que nos permite la experiencia, tanto doméstica como comparada.

En el caso venezolano encontramos datos de interés particular para una revisión de esa naturaleza, dado el momento actual, en el cual se plantean cambios radicales en la Constitución vigente (que aún no alcanza a los ocho años de vida), y que pueden contrastarse con postulados y ejecutorias expresados en normas, conductas y actuaciones a través de los tres cuartos de siglo anterior. Por solo hacer una muy breve referencia, veamos el contraste:

En la Constitución promulgada en 1925, aparece como una de las competencias asignadas al mas alto Tribunal de la República, la de conocer de las controversias planteadas por la *negativa* de los órganos del Gobierno Nacional, a “expedir títulos de concesiones que los demandantes aleguen que tienen derecho a obtener...”, lo que refleja una posibilidad procesal de avanzada, cuyo contenido esencial es recogido años después, por el Derecho Europeo, en los inicios del proceso de integración, a través del llamado “recurso por abstención” que consagran los Tratados de París y Roma.

En la Constitución venezolana de 1961, con la participación directa del Profesor Sayagués, aparece una definición magistral, por su precisión y amplitud, del contencioso administrativo, en cuanto a su potencialidad jurisdiccional: “...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.” (art. 206). En igual sentido, ese texto constitucional dispuso la plataforma normativa requerida para la descentralización política y administrativa que permitió desplegar una mayor presencia de las estructuras político territoriales y locales (Estado y Municipios) en el quehacer administrativo público y en el escenario de la actividad política, con los efectos positivos que ello genera en cuanto al robustecimiento de las oportunidades de interacción y relación interinstitucional, y con el ciudadano, fortaleciendo así la presencia y aplicación del Derecho Administrativo, tanto por los propios agentes públicos (legisladores, administradores y jueces) como por los mismos ciudadanos.

Pero, por contraste, podemos citar solo una de las propuestas contenidas en el proyecto de reforma constitucional que el Presidente de la República presentó a la Asamblea Nacional

25 Luis Enrique Farías Mata: *El Consejo de Estado Francés: Juez de la Administración Pública y garante de la continuidad revolucionaria*. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 78. p. 13. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1990.

en agosto de 2007, se trata de la modificación del artículo 141 del texto vigente²⁶, que se redactó en estos términos:

“Artículo 141. “Las administraciones públicas son las estructuras organizativas destinadas a servir de instrumento a los poderes públicos para el ejercicio de sus funciones, y para la prestación de los servicios. Las categorías de administración públicas son: las administraciones públicas burocráticas o tradicionales, que son las que atienden a las estructuras previstas y reguladas en esta constitución y las leyes; y “las misiones”, constituidas por organizaciones de variada naturaleza creadas para atender a la satisfacción de las mas sentidas y urgentes necesidades de la población cuya prestación exige la aplicación de sistemas excepcionales, e incluso, experimentales, los cuales serán establecidos por el Poder Ejecutivo mediante reglamentos organizativos y funcionales.”²⁷

El contraste entre el texto propuesto y la disposición vigente no requiere mayor nivel de análisis para concluir que se trata de un evidente retroceso, una elemental y primitiva negación de los valores racionalmente fundamentales en el panorama del ejercicio del poder y de la posibilidad de una administración pública moderna, con vocación de eficiencia, democrática, susceptible de control a través del Derecho, que es en definitiva el elemento de eficacia del anclaje del Poder en la población.

En efecto, la disposición transcrita sencillamente proponía crear una administración “paralela” (si es que pudiera llamarse así), no sujeta a la legalidad, no vinculada al Derecho de la contemporaneidad, sin posibilidad de contrastes objetivos ni mediciones de ninguna naturaleza, teniendo como único referente la voluntad del titular del Poder Ejecutivo, lo que se contrae groseramente con todo el andamiaje racional e ideológico fundamentado en los valores del hombre libre, que García de Enterría recoge de manera contundente en estos breves párrafos: “...Conviene recordar que, a través de los recursos contencioso-administrativos, los ciudadanos ejercitan una libertad básica, la de no obedecer sino a la Ley y no a las ocurrencias de los administradores (...) La justicia administrativa y su progresivo desarrollo y afianzamiento, es así democracia en acto, todo lo contrario de lo que en algún momento haya podido pensarse. Por ello, esa justicia, como ya sabemos, es un fruto de la democracia misma, que encuentra en ella uno de sus mas adecuados componentes”.²⁸

Sin duda, la oportunidad de una reforma constitucional es siempre generadora de expectativas, aún cuando la experiencia nos lleve a reconocer que no siempre las expectativas se materializan en un sentido positivo; lamentablemente, son muchos los casos en los cuales, lejos de producirse los avances deseados y posibles, para empujar a la comunidad a ocupar estadios de mayor libertad y democracia, lo que opera es un retroceso.

Afortunadamente, en el caso de la reforma no sucedió así, pero el riesgo esta siempre presente, es parte de las debilidades del sistema democrático, y su efecto puede ser mas nocivo aún - por las consecuencias de frustración y descrédito sobre las instituciones -, cuando el verdadero objetivo se oculta bajo la aparente formalidad de la legalidad, con el empleo las

26 “Artículo 141.- La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.”

27 Véase: www.venezuela.gov.ve/reforma.

28 Eduardo García de Enterría: *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Civitas, 3ª ed., Madrid, 1997, pp. 71-72.

estratagemas propias de quienes actúan disfrazados, protegidos por el camuflaje y desde la posición de artera ventaja que ocupa el francotirador.

Así lo advierte Francisco J. Díaz Revorio: “Los peligros de perversión de los regímenes constitucionales democráticos, basados en la libertad, la igualdad y el pluralismo, pueden venir, y así ha sucedido históricamente, tanto “desde afuera” como “desde adentro”. En el primer supuesto se trataría de movimientos violentos o revolucionarios que intentan alcanzar el poder político al margen de los medios legales previstos para ello, para después cambiar el propio régimen político. En el segundo caso, estaríamos ante el hecho del acceso legal - es decir, por medios democráticos - al poder, con el objetivo de, desde el propio poder, dismantelar el régimen democrático y las libertades, convirtiéndolo en un régimen autoritario (...) Sin duda alguna el caso mas impresionante de todos es el del hundimiento de la República de Weimar; cabe recordar que, tras el acceso democrático del partido nazi al control del Reichstag (230 diputados en 1932), Hindenburg nombra canciller a Hitler el 30 de enero de 1933. A partir de ese momento, y con base en el artículo 48 de la Constitución de Weimar, que permitía una especie de dictadura del presidente del Reich, se produce el dismantelamiento del Estado liberal de Derecho weimariano. Sin pretender analizar este hecho en profundidad, si parece cierto que la intención de los nazis era utilizar la democracia para acceder al poder y después prescindir de ella. Ya en 1928 Goebbels había proclamado que su partido iría al Parlamento “para paralizar es espíritu de Weimar con su propio apoyo. Si la democracia es lo suficientemente tonta como para darnos dietas y transporte gratis es cosa suya. ¡Venimos como enemigos! Como el lobo sobre el rebaño de ovejas, así es como venimos”...”²⁹.

En cualquier caso, lo mas importante que podemos retener, a manera de conclusión, es que, a la par de las debilidades, se encuentran las fortalezas, que derivan su vigor y robustez, directamente de los valores humanos tales como la libertad, que hay que recordar y ejercer permanentemente, y que en definitiva, son el núcleo esencial imperecedero y genuino de la Sociedad. Al fin y al cabo, con independencia de los episodios que puedan sucederse, la última palabra la tendrá siempre la colectividad, el pueblo.

*“...La Libertad, Sancho, es uno de los mas preciosos dones
que a los hombres dieron los cielos;
con ella no pueden igualarse
los tesoros que encierran la tierra y el mar:
por la libertad, así como por la honra,
se puede y debe aventurar la vida ...”*

Miguel de Cervantes
(Don Quijote de la Mancha)

29 Francisco Javier Díaz Revorio: “La Constitución como orden abierto”. McGraw-Hill. Madrid, 1997, pp. 17-18.

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL PRIMER TRIMESTRE DE 2009

Recopilación y selección
por Marianella Villegas Salazar
Abogado

SUMARIO

- I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL ESTADO
 1. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.*
- II. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO
 1. 1. *Ordenamiento del Estado Federal.* 2. *Régimen del Poder Público Nacional.* A. Administración Pública Nacional. a. Organización y funcionamiento. b. Días no laborables. B. Poder Judicial: Inspectoría General de Tribunales. 3. *Poder Municipal: Registro Civil.*
- III. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO
 1. *Administración Financiera.* 2. *Régimen Presupuestario.* A. Presupuesto Anual. B Gastos suntuarios en el sector público nacional. 3. *Régimen del Endeudamiento: Endeudamiento Anual.* 4. *Sistema Impositivo.* A. Impuestos: Impuesto al Valor Agregado: Exoneraciones. B. Tasas y otras Contribuciones: Régimen Aduanero: Arancel de Aduanas.
- IV. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA
 1. *Política de Relaciones Interiores: Días Festivos.* 2. *Política de Relaciones Exteriores.* A. Tratados, Acuerdos y Convenios. a. Acuerdos y Tratados Bilaterales b. Acuerdos y Tratados Multilaterales. B. Integración Latinoamericana y de Iberoamérica. C. Personal de Misiones Diplomáticas. 3. *Seguridad y Defensa.* A. *Servicios de Policía: Habilitación del órgano rector.* B. Fuerza Armada: Uniforme.
- V. DESARROLLO ECONÓMICO
 1. *Régimen Cambiario: Adquisición de Divisas.* 2. *Régimen de las Instituciones Financieras: Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras.* A. Tasas de interés. B. Créditos Hipotecarios: Cartera bruta anual. C. Ejercicio de la actividad bancaria. 3. *Régimen del Comercio Interno: Producción y comercialización de productos.* 4. *Régimen de Energía y Petróleo: Manejo, calidad y expendio de combustible.* 5. *Régimen de Desarrollo Agropecuario: Condiciones de comercialización, producción e importación de productos.*
- VI. DESARROLLO SOCIAL
 1. *Régimen de la Vivienda. Viviendas financiadas o construidas por el Poder Ejecutivo Nacional: Adjudicación.* 2. *Educación: Carrera docente.* 3. *Deportes.* A. Subvenciones a entidades deportivas. B. Tramitación de reposos médicos y permisos. C. Instalaciones Deportivas. 4. *Cultura: Pueblos indígenas.* 5. *Régimen del Turismo: Prestación de servicios turísticos.* 6. *Trabajo: Inamovilidad laboral.*

VII. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Gestión de riesgos. 2. Régimen de las Telecomunicaciones y la Informática. 3. Régimen del Transporte y Tránsito.* A. Transporte y Tráfico Aéreo. a. Ley de Aeronáutica Civil. b. Regulaciones Aeronáuticas. c. Centralización de la infraestructura aeronáutica. B. Transporte y Tráfico Marítimo: Régimen de los Puertos. a. Ley General de Puertos. b. Centralización de la infraestructura portuaria.

I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL ESTADO1. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la Enmienda Nº 1 aprobada por el Pueblo Soberano, mediante Referendo Constitucional, a los quince días del mes de febrero de dos mil nueve. Año 198º de la Independencia, 149º de la Federación y 11 de la Revolución Bolivariana. *G.O.* Nº 39.124 de 19-2-2009. Véase *G.O.* Nº 5.908 Extraordinario de esta misma fecha.

II. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO1. *Ordenamiento del Estado Federal*

Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público. *G.O.* Nº 39.140 de 17-3-2009.

2. *Régimen del Poder Público Nacional*A. *Administración Pública Nacional*a. *Organización y funcionamiento*

Decreto Nº 6.626 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional. *G.O.* Nº 39.130 de 3-3-2009.

b. *Días no laborables*

Resolución Nº 001 del Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo, por la cual se dispone que serán días no laborales para los funcionarios de la Administración Pública Nacional durante el año 2009, los que en ella se detallan. *G.O.* Nº 39.092 de 6-1-2009.

B. *Poder Judicial: Inspectoría General de Tribunales*

Resolución Nº 2008-0058 del Tribunal Supremo de Justicia, por la cual se dictan las Normas Concernientes a la Organización y Funcionamiento de la Inspectoría General de Tribunales. *G.O.* Nº 5.906 de 10-2-2009. Véase *G.O.* Nº 5.906 Extraordinario de esta misma fecha.

3. *Poder Municipal: Registro Civil*

Resolución Nº 081215-1137 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se dictan las Normas para Regular la Inscripción en el Registro Civil de los Actos Relativos a la Nacionalidad. *G.O.* Nº 39.097 de 13-1-2009.

Resolución N° 081215-1138 del Consejo Nacional Electoral, por la cual se implementa el uso obligatorio del Manual de Normas y Procedimientos del Registro Civil, emanados del Consejo Nacional Electoral, a partir del 01 de marzo de 2009. *G.O.* N° 39.097 de 13-1-2009.

III. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Administración Financiera*

Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 6.233, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. *G.O.* N° 39.147 de 26-3-2009.

2. *Régimen Presupuestario*

A. *Presupuesto Anual*

Ley de Reforma Parcial de la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal 2009. *G.O.* N° 39.147 de 26-3-2009.

B. *Gastos suntuarios en el sector público nacional*

Decreto N° 6.649 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Instructivo Presidencial para la Eliminación del Gasto Suntuario o Superfluo en el Sector Público Nacional. *G.O.* N° 39.146 de 25-3-2009.

3. *Régimen del Endeudamiento: Endeudamiento Anual*

Ley Especial de Endeudamiento Complementaria para el Ejercicio Fiscal 2009. *G.O.* N° 39.147 de 26-3-2009.

Decreto N° 6.607 de la Presidencia de la República, mediante el cual se procede a la Septuagésima Primera Emisión de Letras del Tesoro, al cierre del Ejercicio Fiscal 2009, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Fiscal 2009. *G.O.* N° 39.106 de 26-1-2009.

Decreto N° 6.608 Presidencia de la República, mediante el cual se procede a la Septingentésima Segunda Emisión de Bonos de la Deuda Pública Nacional, constitutivos de empréstitos internos, destinados al financiamiento del Servicio de la Deuda Pública Interna y Externa. *G.O.* N° 39.106 de 26-1-2009.

Decreto N° 6.652 de la Presidencia de la República, mediante el cual se procede a la Septingentésima Tercera Emisión de Bonos de la Deuda Pública Nacional, constitutivos de empréstitos internos, destinados al financiamiento de Proyectos ejecutados por intermediación de los órganos o entes de la Administración Pública Nacional. *G.O.* N° 39.149 de 30-3-2009.

Decreto N° 6.653 de la Presidencia de la República, mediante el cual se procede a la Septingentésima Cuarta Emisión de Bonos de la Deuda Pública Nacional, constitutivos de empréstitos internos, destinados al Refinanciamiento o Reestructuración de la Deuda Pública Nacional. *G.O.* N° 39.149 de 30-3-2009.

4. *Sistema Impositivo*

A. *Impuestos. Impuesto al Valor Agregado: Exoneraciones*

Decreto N° 6.611 de la Presidencia de la República, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto al Valor Agregado, a la prestación a título oneroso del servicio ejecutado o aprovechado en el país, incluyendo aquellos que provengan del exterior, contratado por los

órganos y entes del Poder Público Nacional, destinado exclusivamente a la ejecución del Proyecto Adecuación del Canal de Navegación del Lago de Maracaibo. *G.O.* N° 39.115 de 6-2-2009.

Decreto N° 6.612 Presidencia de la República, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto al Valor Agregado, a las operaciones de importaciones definitivas de los bienes muebles corporales que en él se señalan, realizadas por los órganos o entes del Poder Público Nacional, destinados exclusivamente al Plan de Emergencia en Vivienda y Hábitat. *G.O.* N° 39.115 de 6-2-2009.

B. Tasas y otras Contribuciones: Régimen Aduanero: Arancel de Aduanas

Resolución Conjunta N° DM 0079 y DM S/N de los Ministerios del Poder Popular para Economía y Finanzas y para la Alimentación, por la cual se establece el Régimen de Administración de Contingente Arancelario para el producto contenido en la Lista LXXXVI-Sección I-B, resultantes de las negociaciones sobre la Agricultura en la Ronda Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio. *G.O.* N° 39.098 de 14-1-2009.

Resolución Conjunta N° DM 2.226, DM 011-09 y DM 0016-2009 de los Ministerios del Poder Popular para Economía y Finanzas, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, por la cual se califican como bienes de primera necesidad o de consumo masivo, las mercancías correspondientes a la subpartida del Arancel de Aduanas que en ella se indican. *G.O.* N° 39.130 de 3-3-2009.

V. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. Política de Relaciones Interiores: Días Festivos

Decreto N° 6.609 de la Presidencia de la República, mediante el cual se declara día de Festivo, y por tanto se le otorga el carácter de feriado al día 2 de febrero del año 2009, en los términos que en él se indican. *G.O.* N° 39.111 de 2-2-2009.

2. Política de Relaciones Exteriores

A. Tratados, Acuerdos y Convenios

a. Acuerdos y Tratados Bilaterales

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República del Paraguay en Materia de Atención, Protección Integral y Restitución de Niños, Niñas y Adolescentes. *G.O.* N° 39.091 de 5-1-2009.

Ley Aprobatoria del Convenio entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Belarús, para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal con respecto al Impuesto Sobre la Renta y sobre el Patrimonio -Capital. *G.O.* N° 39.095 de 9-1-2009.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China, de Prevención del Robo, Tráfico, Excautación Clandestina e Importación y Exportación Ilícita de Bienes Culturales. *G.O.* N° 39.095 de 9-1-2009.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Convenio de Cooperación Económica y Técnica entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China, para las áreas de Telecomunicaciones, Informática y Servicios Postales. *G.O.* N° 39.095 de 9-1-2009.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario en el Campo de la Industria del Hierro al Convenio de Cooperación Económica y Técnica entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China. *G.O.* N° 39.095 de 9-1-2009.

Ley Aprobatoria del Tratado Marco sobre la Unificación de Yacimientos de Hidrocarburos que se Extienden a través de la línea de Delimitación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Trinidad y Tobago. *G.O.* N° 39.104 de 22-1-2009.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Suriname sobre Cooperación en Materia de Desarrollo y Manejos de Recursos Hidrobiológicos Marinos. *G.O.* N° 39.104 de 22-1-2009.

Ley Aprobatoria del Memorándum de Entendimiento entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Federativa del Brasil para la Implementación de un Programa de Producción de Soya. *G.O.* N° 39.106 de 26-1-2009.

Ley Aprobatoria del Memorándum de Entendimiento entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Federativa del Brasil para la Implementación de un Programa de Agricultura Familiar. *G.O.* N° 39.106 de 26-1-2009.

Resolución N° DM 014 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 de Bolivia para el Otorgamiento de un Crédito Reembolsable para Proyectos Gubernamentales de Desarrollo Económico y Social en Áreas de Infraestructura, Sociales, de Apoyo Productivo y Otras. *G.O.* N° 39.106 de 26-1-2009.

Resolución del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Tercer Protocolo Adicional al Acuerdo de Complementación Económica N° 40 celebrado entre la República de Cuba y la República Bolivariana de Venezuela. Véase *G.O.* N° 5.905 Extraordinario de esta misma fecha. *G.O.* N° 39.106 de 26-1-2009.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario en Materia Educativa, entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Francesa, al Convenio Básico de Intercambio Cultural y de Cooperación Científica y Técnica. *G.O.* N° 39.122 de 17-2-2009.

Ley Aprobatoria del Tratado entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Popular China, sobre Asistencia Legal Mutua, en Materia Penal. *G.O.* N° 39.122 de 17-2-2009.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Sudáfrica, sobre Cooperación en el Campo de la Energía. *G.O.* N° 39.122 de 17-2-2009.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Sudáfrica. *G.O.* N° 39.122 de 17-2-2009.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República del Sudán, en Materia de Vivienda. *G.O.* N° 39.122 de 17-2-2009.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República del Sudán, en Materia de Ciencia y Tecnología. *G.O.* N° 39.122 de 17-2-2009.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Acuerdo Marco de Cooperación, entre la República Bolivariana de Venezuela y la República del Sudán, en Materia Cultural. *G.O.* N° 39.122 de 17-2-2009.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República del Sudán, en Materia de Comunicación e Información. *G.O.* N° 39.115 de 6-2-2009.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Servicios Aéreos entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Federativa del Brasil. *G.O.* N° 39.115 de 6-2-2009.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Francesa, Relativo al Estatuto de sus Fuerzas Armadas en el Marco de la Cooperación Militar. *G.O.* N° 39.115 de 6-2-2009.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Convenio Básico de Intercambio Cultural y de Cooperación Científica y Técnica entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Francesa, en Materia de Educación Superior. *G.O.* N° 39.115 de 6-2-2009.

Ley Aprobatoria del Acuerdo para la Cooperación en el Ámbito de la Seguridad Civil entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Francesa. *G.O.* N° 39.115 de 6-2-2009.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Convenio de Cooperación Económica y Técnica, en Materia de Infraestructura, entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Francesa. *G.O.* N° 39.115 de 6-2-2009.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Francesa, para la Cooperación y Establecimiento de una Comisión de Alto Nivel. *G.O.* N° 39.115 de 6-2-2009.

Ley Aprobatoria del Memorando de Entendimiento entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China, sobre Cooperación para la Seguridad Alimentaria y Sanitaria de Animales y Plantas. *G.O.* N° 39.115 de 6-2-2009.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y la Gran Al Yamahiría Libia Popular Socialista, en Materia de Educación Superior. *G.O.* N° 39.115 de 6-2-2009.

Ley Aprobatoria del Convenio entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Bulgaria sobre la Cooperación en la Lucha contra el Tráfico Ilícito y el Uso Indebido de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y Delitos Conexos. *G.O.* N° 39.115 de 6-2-2009.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Convenio de Cooperación Económica y Técnica entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China, en Materia de Infraestructura. *G.O.* N° 39.115 de 6-2-2009.

Resolución N° DM 018-A del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Addendum N° 13 al Convenio Integral de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Argentina. *G.O.* N° 39.137 de 12-3-2009.

Resolución N° DM 018-B del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Memorándum de Entendimiento entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Argentina, para la creación de un Fondo de Cooperación Venezolano-Argentino, para el Desarrollo Industrial. *G.O.* N° 39.137 de 12-3-2009.

Resolución N° DM 018-C del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Memorándum de Entendimiento en Materia Aero-comercial entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Argentina. *G.O.* N° 39.137 de 12-3-2009.

Resolución N° DM 050 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 de Guatemala para la Construcción de un Hospital Infantil en la Ciudad de Guatemala, República de Guatemala. *G.O.* N° 39.140 de 17-3-2009.

Resolución N° DM 017-A del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del memorándum de Entendimiento entre la República Bolivariana de Venezuela y la Comisión Europea Relativo al Programa Indicativo Nacional 2007 -2013. *G.O.* N° 39.143 de 20-3-2009

Resolución N° DM 024-C del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se intercambian las Notas Reversales que constituyen el Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Honduras. *G.O.* N° 39.143 de 20-3-2009

Resolución N° DM 024-D del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Acuerdo Complementario al Acuerdo en el Ámbito del Desarrollo del Programa VENESAT 1, Sistema Satelital Simón Bolívar para el uso conjunto de la posición orbital 78°, solicitada por la República Oriental del Uruguay para el Programa URUSAT - 3, entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay. *G.O.* N° 39.143 de 20-3-2009

b. *Acuerdos y Tratados Multilaterales*

Ley Aprobatoria del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. *G.O.* N° 39.122 de 17-2-2009.

B. *Integración Latinoamericana y de Iberoamérica*

Resolución N° 024-A del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Acuerdo para la Constitución de una Empresa Grannacional de Alimentos en el Marco de Petrocaribe y el Alba. *G.O.* N° 39.137 de 12-3-2009.

C. *Personal de Misiones Diplomáticas*

Resolución N° DM 009 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se regulan los procedimientos para la contratación y administración del Personal Local en las Misiones Diplomáticas, Oficinas Consulares y Representaciones Permanentes de la República Bolivariana de Venezuela, acreditadas en el exterior. *G.O.* N° 39.104 de 22-1-2009.

3. *Seguridad y Defensa*

A. *Servicios de Policía: Habilitación del órgano rector*

Resolución Conjunta N° 050 y S/N de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia y para la Defensa, mediante la cual se dispone que las Gobernadoras y Gobernadores, Alcaldesas y Alcaldes que promuevan la organización y formación de cuerpos de policía o la prestación del servicio policial, deberán contar con la autorización o habilitación de este Órgano Rector, en los términos que en ella se indican. Número 39.123. Caracas, miércoles 18 de febrero de 2009.

B. *Fuerza Armada: Uniforme*

Resolución N° 009511 Ministerio del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual se dicta el Uso del Uniforme de Campaña Verde Patriota. *G.O.* N° 39.132 de 5-3-2009.

VI. DESARROLLO ECONÓMICO

1. *Régimen Cambiario: Adquisición de Divisas*

Providencia N° 094 de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), mediante la cual se dispone que las Instituciones Financieras autorizadas para actuar como operadores cambiarios, deberán limitar el retiro de adelantos de efectivo en moneda extranjera a través de los cajeros automáticos, ubicados en las ciudades de los países que hacen frontera terrestre con la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 39.100 de 16-1-2009.

Resolución N° 339-08 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, por la cual se dictan las Normas que Regulan los Procesos Administrativos Relacionados a la Emisión y Uso de las Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico. *G.O.* N° 39.112 de 3-2-2009.

Resolución del Ministerios del Poder Popular para Economía y Finanzas, para el Comercio, para las Industrias Básicas y Minería, para la Salud y Protección Social, para la Energía y Petróleo, para Ciencia, Tecnología e Industrias Intermedias, para las Telecomunicaciones y la Informática, para la Alimentación y para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se dispone que la Comisión Nacional de Divisas CADIVI otorga la autorización para la adquisición de Divisas, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa cambiaria vigente, que se determinan en la lista N° 1, los bienes que no requieren Certificado de Insuficiencia o Certificado de No Producción Nacional y en la lista N° 2, los bienes que requieren el Certificado de Insuficiencia o Certificado de No Producción Nacional, queda derogada la Resolución N° 373, de fecha 03 de marzo de 2008, en los términos que en ella se indican. *G.O.* N° 39.140 de 17-3-2009. Véase *G.O.* N° 5.912 de esta misma fecha.

2. *Régimen de las Instituciones Financieras: Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras*

A. *Tasas de interés*

Providencia N° SNAT 2009 0014 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 diciembre de 2008, ha sido de veintitrés coma treinta y dos por ciento. *G.O.* N° 39.108 de 28-1-2009.

Providencia N° SNAT 2009 0024 del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) , por la cual se informa que la tasa de interés activa prome-

dio, fijada por el Banco Central de Venezuela para el mes de enero de 2009, ha sido de veintiséis coma cuarenta y uno por ciento. *G.O.* N° 39.135 de 10-3-2009.

Providencia N° SNAT 2009 0025 del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), mediante la cual se informa que la tasa de interés activa promedio, fijada por el Banco Central de Venezuela para el mes de febrero de 2009, ha sido de veintiséis coma ochenta y nueve por ciento. *G.O.* N° 39.144 de 23-3-2009.

Resolución N° 09-03-02 del Banco Central de Venezuela (BCV), por la cual se fija en treinta y uno coma cinco por ciento, 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 señala. *G.O.* N° 39.150 de 31-3-2009.

Resolución N° 09-03-03 Banco Central de Venezuela (BCV), por la cual se dispone que los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras, no podrán cobrar por sus operaciones activas, excluidas aquéllas relacionadas con tarjetas de crédito, una tasa de interés anual o de descuento superior a la tasa fijada periódicamente por el Directorio del Banco Central de Venezuela para las operaciones de descuento, redescuento, reporto y anticipo de este Instituto. *G.O.* N° 39.150 de 31-3-2009.

Resolución N° 09-03-04 Banco Central de Venezuela (BCV), por la cual se dispone que la tasa de interés activa máxima y mínima anual a ser aplicada por los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras por las operaciones activas con tarjetas de crédito que regirá para el mes de abril de 2009, es de treinta y un por ciento y de diecisiete por ciento respectivamente. *G.O.* N° 39.150 de 31-3-2009.

B. *Créditos Hipotecarios: Cartera bruta anual*

Resolución N° 114 del Ministerio del Poder Popular para la Vivienda y el Hábitat, por la cual se establece en un diez por ciento, el porcentaje mínimo de la cartera de crédito bruta anual que con carácter obligatorio deben colocar con recursos propios las instituciones financieras, obligadas a conceder créditos hipotecarios; destinados a la adquisición y construcción de vivienda principal. *G.O.* N° 39.093 de 7-1-2009.

C. *Ejercicio de la actividad bancaria*

Resolución N° 340.08 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, por la cual se establecen las Directrices que Permiten Determinar el Cumplimiento de los Requisitos de Experiencia, Honorabilidad y Solvencia, Exigidos para el Ejercicio de la Actividad Bancaria. *G.O.* N° 39.110 de 30-1-2009.

3. *Régimen del Comercio Interno: Producción y comercialización de productos*

Resolución Conjunta N° DM 485, DM 0015-2009, DM 027 y DM 012-09 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras, para la Salud y para la Alimentación, mediante la cual se establece el procedimiento para la obtención de las autorizaciones de producción y comercialización de productos regulados o elaborados, a partir de materias primas objeto de regulación, así como las normas de funcionamiento del Comité Técnico Interministerial creada al efecto. *G.O.* N° 39.124 de 19-2-2009.

Resolución N° DM 017-09 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, consumo humano y consumo animal con incidencia directa en el consumo humano, en los estados fronterizos Apure, Táchira y Zulia, y la guía de seguimiento y control de productos alimenti-

cios terminados destinados a la comercialización, consumo humano y consumo animal con incidencia directa en el consumo humano, en el territorio nacional. *G.O.* N° 39.141 de 18-3-2009.

4. *Régimen de Energía y Petróleo: Manejo, calidad y expendio de combustible*

Resolución N° 013 del Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo, por la cual se establecen las Normas para el Manejo, Calidad y Expendio de Combustibles. *G.O.* N° 39.139 de 16-3-2009.

5. *Régimen de Desarrollo Agropecuario: Condiciones de comercialización, producción e importación de productos*

Resolución Conjunta N° DM 474, DM 001 2009, DM 004 y DM 005 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 establecen las condiciones de comercialización y los niveles de producción e importación que debe cumplir la agroindustria y los importadores para los productos alimenticios regulados que se elaboran a partir de una misma materia prima. *G.O.* N° 39.097 de 13-1-2009.

Resolución Conjunta N° DM 191 2008, DM 0080 y DM S/N de los Ministerios del Poder Popular para la Agricultura y Tierra, para la Defensa y para la Alimentación, mediante la cual se Regula la Movilización de Productos y Subproductos de Origen Vegetal en su Estado Natural, de Productos Alimenticios Terminados Destinados a la Comercialización y Consumo Humano, y la Movilización de Productos Alimenticios Terminados, Destinados a la Comercialización para Consumo Animal con Incidencia Directa en el Consumo Humano. *G.O.* N° 39.113 de 4-2-2009.

Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se establecen las Normas para la Autorización de Corta y Movilización de Bienes Forestales Provenientes de la Producción Primaria Agrícola Forestal, en Plantaciones Forestales Productoras y Sistema de Producción Agroforestales, así como de Bienes Forestales Procesados o Semielaborados. *G.O.* N° 39.125 de 20-2-2009.

Resolución Conjunta N° DM-490, DM-0017 2009 y DM-016 09 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 establecen las proporciones mínimas obligatorias que la agroindustria deberá cumplir al elaborar y comercializar presentaciones reguladas, variedades de éstas o presentaciones excluidas, a partir de productos o subproductos cuyos precios son objeto de regulación de precios por parte del Ejecutivo Nacional. *G.O.* N° 39.129 de 2-3-2009.

Resolución N° DM-0018 2009 Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se establece el subsidio a la caña de azúcar de producción nacional aplicable para la Zafra 2008-2009. *G.O.* N° 39.129 de 2-3-2009.

VII. DESARROLLO SOCIAL

1. *Régimen de la Vivienda. Viviendas financiadas o construidas por el Poder Ejecutivo Nacional: Adjudicación*

Resolución N° 111 del Ministerio del Poder Popular para la Vivienda y el Hábitat, mediante la cual se establece la forma de adjudicación de viviendas financiadas o construidas por el Poder Ejecutivo Nacional. *G.O.* N° 39.091 de 5-1-2009.

Resolución N° 119 del Ministerio del Poder Popular para la Vivienda y el Hábitat, por la cual se deroga el Instructivo para la Aplicación del Mecanismo de Financiamiento Dirigido a Comunidades Organizadas Integradas por Familias con Ingresos hasta Cincuenta y Cinco Unidades Tributarias, dictado por el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat BANAVIH. *G.O.* N° 39.130 de 3-3-2009.

2. *Educación: Carrera docente*

Resolución N° DM-015 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, por la cual se establece la Tabla de Valoración del Sistema Ad hoc de selección de los profesionales de la docencia para el ingreso en la carrera docente. *G.O.* N° 39.132 de 5-3-2009.

3. *Deportes*

A. *Subvenciones a entidades deportivas*

Resolución N° 024-09 del Ministerio del Poder Popular para el Deporte, por la cual se prohíbe a todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacional o extranjeras que efectúen aportes, contribuciones, donaciones, patrocinios o cualquier tipo de subvenciones voluntarias, a entidades deportivas nacionales, condicionar dichos aportes, en los términos que en ellas se especifican. *G.O.* N° 39.139 de 16-3-2009.

B. *Tramitación de reposos médicos y permisos*

Providencia N° 041-2008 del Instituto Nacional del Deporte (IND), por la cual se dictan las Normas y Procedimientos para la Tramitación de Reposos Médicos y Permisos por Accidentes o Enfermedad de Familiares. *G.O.* N° 5.906 de 10-2-2009. Véase *G.O.* N° 5.906 Extraordinario de esta misma fecha.

C. *Instalaciones Deportivas*

Providencia N° 009-2009 del Instituto Nacional del Deporte, por la cual se dicta el Manual de Normas para el Uso y Funcionamiento de Instalaciones Deportivas del Instituto Nacional de Deportes. *G.O.* N° 39.132 de 5-3-2009.

4. *Cultura: Pueblos indígenas*

Ley de Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas. *G.O.* N° 39.115 de 6-2-2009.

5. *Régimen del Turismo: Prestación de servicios turísticos*

Resolución N° DM 010 del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, por la cual se regula la actividad de los espectáculos taurinos como prestador de servicios turísticos y definir los requisitos y trámites para la obtención de la Calificación de Espectáculo Taurino, ante el Instituto Nacional de Turismo INATUR. *G.O.* N° 39.130 de 3-3-2009.

6. *Trabajo: Inamovilidad laboral*

Decreto N° 6.603 de la Presidencia de la República, mediante el cual se prorroga desde el primero de enero del año dos mil nueve hasta el treinta y uno de diciembre del año dos mil nueve, la inamovilidad laboral especial dictada a favor de los trabajadores del sector privado y del sector público, regidos por la Ley Orgánica del Trabajo. *G.O.* N° 39.090 de 2-1-2009.

VIII. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Gestión de riesgos*

Ley de Gestión Integral de Riesgos Socionaturales y Tecnológicos. *G.O.* N° 39.095 de 9-1-2009.

2. *Régimen de las Telecomunicaciones y la Informática*

Resoluciones Nros. 005 y 006 de los Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, mediante las cuales se dispone que todos los entes y órganos de la Administración Pública Nacional de la República Bolivariana de Venezuela que generen, procesen o almacenen documentos electrónicos, deberán aplicar y utilizar los formatos que en ellas se indican. *G.O.* N° 39.109 de 29-1-2009.

Resolución N° 007 del Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, mediante la cual se establecen los principios fundamentales que deben considerarse como requisitos mínimos para el desarrollo, implementación y puesta en producción de los Portátiles de Internet de los órganos o entes de la Administración Pública Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 39.109 de 29-1-2009.

3. *Régimen del Transporte y Tránsito*

A. *Transporte y Tráfico Aéreo*

a. *Ley de Aeronáutica Civil*

Ley de Reforma Parcial de la Ley de Aeronáutica Civil. *G.O.* N° 39.140 de 17-3-2009.

b. *Regulaciones Aeronáuticas*

Providencia PRE-CJU-176-08 del Instituto Nacional de Aviación Civil (INAC), por la cual se dispone que la República debe adoptar las normas y recomendaciones emanadas de la Organización de Aviación Civil Internacional OACI, en la medida en que no contraríen la Constitución y las Leyes de la República. *G.O.* N° 39.100 de 16-1-2009.

Providencia N° PRE-CJU-005-09 del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (INAC), por la cual se dicta la Regulación Aeronáutica Venezolana 5 RAV 5 Sistema de Control de Gestión de la Seguridad Operacional SMS. *G.O.* N° 39.104 de 22-1-2009.

c. *Centralización de la infraestructura aeronáutica*

Resolución N° 59 Ministerio del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda, por la cual se declara la reversión inmediata al Poder Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda, de los bienes que conforman la infraestructura aeronáutica civil que en ella se señalan. *G.O.* N° 39.147 de 26-3-2009.

B. *Transporte y Tráfico Marítimo: Régimen de los Puertos*

a. *Ley General de Puertos*

Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Puertos. *G.O.* N° 39.140 de 17-3-2009.

b. *Centralización de la infraestructura portuaria*

Resoluciones Nros. 54 y 55 del Ministerio del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda, por las cuales se declara la reversión inmediata al Poder Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda, de los bienes que conforman la infraestructura portuaria de los núcleos básicos de los Puertos Públicos que en ellas se mencionan. *G.O.* N° 39.143 de 20-3-2009.

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Trimestre de 2009

Selección, recopilación y notas
por Mary Ramos Fernández
Abogado
Secretaria de Redacción de la Revista

Marianella Villegas Salazar
Abogado Asistente

SUMARIO

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Principios Fundamentales del Estado*. A. Gobierno alternativo (reelección continua). B. Gobierno participativo. 2. *El Ordenamiento Jurídico*. A. Reforma de la Constitución. Enmienda Constitucional. B. Ley. Irretroactividad.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales*. A. La garantía de acceso a la justicia. Intereses colectivos y difusos. B. Tutela Judicial Efectiva. a. Contenido.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*. A. El Poder Judicial. a. Administración de justicia: Criterios jurisprudenciales (seguridad jurídica, confianza legítima y retroactividad). b. Régimen disciplinario de los Jueces. 2. *El Poder Estatal*. A. Concejos Legislativos. Diputados: Requisitos de postulación. 3. *El Poder Municipal*. A. Participación ciudadana. B. Procedimiento para la formación de Ordenanzas Municipales en materia presupuestaria. C. Órganos Municipales: Sindicatura Municipal.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *Régimen General. Legislación Económica: Discrecional*.

V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Actos Administrativos*. A. Vicios de fondo. Usurpación de Funciones. B. Vicios de forma. Inmotivación.

VI. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo de Anulación*. A. Medidas Cautelares. a. Oposición. b. Suspensión defectos del acto administrativo. B. Intervención de terceros: tercero adhesivo.

VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de Inconstitucionalidad: Medidas Cautelares.* 2. *Recurso de revisión sentencias en materia constitucional. Requisitos: Copia certificada del fallo a revisarse.* 3. *Acción de Amparo Constitucional.* A. *Finalidad: Protección de derechos constitucionales y no una nueva instancia judicial.* B. *Admisibilidad: Existencia de vías judiciales ordinarias.* C. *Medidas cautelares.* a. *Poder Cautelar del Juez.* b. *Juez declarado incompetente.* 4. *Acción de Hábeas Data.*

VIII. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. *Régimen Legal Estaturario: Exclusión para el personal contratado.* 2. *Régimen de los Funcionarios Municipales.* A. *personal de la Sindicatura Municipal.* a. *Nombramiento.* b. *Estabilidad Laboral.*

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Principios Fundamentales del Estado*A. *Gobierno alternativo (reelección continua)*

TSJ-SC (49)

3-2-2009

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Amante Vero Crincoli Paternostro (Interpretación de los artículos 340, 342 y 345 de la Constitución).

El carácter alternativo de nuestro sistema de gobierno lo que exige es que el pueblo como titular de la soberanía tenga la posibilidad periódica de escoger sus mandatarios o representantes. Por lo tanto, la posibilidad de la reelección continua no altera en forma alguna los valores democráticos que informan el ordenamiento jurídico constitucional.

...2.- Atendiendo al pedimento interpretativo de los solicitantes, corresponde dilucidar si la modificación constitucional planteada supone alguna afectación a la estructura fundamental de la Constitución y, con tal propósito, la Sala estima pertinente reiterar las consideraciones vertidas en las sentencias núms. 1.488/2006, 2.413/2006 y 1.974/2007, respecto a la institución de la reelección:

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 (...)*". (Ver Sentencia de la Sala núm. 1.488, del 2-7-2006, *Revista Derecho Público*, p. 86 y ss)

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 administración 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 (...)*”. (Ver Sentencia de la Sala núm. 1.488, del 28-7-2006, *Revista Derecho Público*, p. 86 y ss)

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 beneficien 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. (Ver Sentencias de la Sala núms. 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 (...)*” (Ver Sentencias de esta Sala núms. 2.413/06 y 1.974/07).

Siguiendo la óptica abordada en tales fallos, apuntalada en la *teoría del buen gobierno*, conviene añadir que la eliminación de la causal de inelegibilidad para el ejercicio de cargos públicos derivada de su ejercicio previo por parte de cualquier ciudadano, en modo alguno trastoca el principio de alternabilidad en el ejercicio del poder. En efecto, el carácter alternativo de nuestro sistema de gobierno postulado por el artículo 6 de la Constitución, no supone un mecanismo de reparto de cuotas de poder a través del cual unos liderazgos deban declinar obligatoriamente a favor de otras legítimas aspiraciones, sino que, por el contrario, implica la efectiva y real posibilidad de que el electorado, como actor fundamental del proceso democrático, acuda a procesos comiciales periódicamente en los que compitan, las diversas opciones políticas que integran el cuerpo social y así darle oportunidad de decidir entre recompensar a quienes estime como sus mejores gobernantes, o bien renovar completamente las estructuras de poder cuando su desempeño haya sido deficiente. En conclusión, este principio lo que exige es que el pueblo como titular de la soberanía tenga la posibilidad periódica de escoger sus mandatarios o representantes.

Si al anterior aserto se suma la calidad de revocable de cualquier mandato de elección popular, en atención a la cual éstos se hallan sujetos al constante escrutinio de los electores como auténticos titulares de la soberanía, en los términos que propugnan los artículos 5, 6 y 72 de la Constitución, no puede sino concluirse que la posibilidad de la reelección continua no altera en forma alguna los valores democráticos que informan el ordenamiento jurídico constitucional. Así se establece.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz manifiesta su disenso del fallo que antecede, razón por la cual, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

1. La Sala se planteó, en primer lugar, “¿puede enmendarse la Constitución con el objeto de permitir la reelección sucesiva de los gobernantes, sin que ello suponga una afectación al principio de alternabilidad en el ejercicio del poder”. Como respuesta, después de un análisis comparativo entre las figuras de la enmienda constitucional y la reforma constitucional, para “dilucidar si la modificación constitucional en comentarios supone afectación alguna de esa estructura fundamental invulnerable de la Constitución”, “estim(ó) pertinente reiterar las consideraciones vertidas mediante fallo n° 1488/2006, caso: Consejo Nacional Electoral, ratificadas en sentencia n° 2413/2006, caso: Caja de Ahorros del Sector Empleados Públicos, respecto del instituto de la reelección” para el arribo a la conclusión de que “la eliminación de la causal de inelegibilidad para el ejercicio de cargos públicos derivada de su ejercicio previo por parte de cualquier ciudadano, de modo alguno trastoca el principio de alternabilidad en el ejercicio del poder”.

1.1 Ahora bien, los fallos 1.488 y 2.413, de 2006 y 1.974/2007, declararon 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 Justicia y Derecho que estableció el Constituyente en 1999”, aserto que se compartió entonces y se comparte ahora y que resulta cualitativamente (más que cuantitativamente) distinto cuando se añade el adjetivo “sucesiva” (o continua, como se hace ahora), porque una tal reelección, sin límite temporal alguno, contradice en forma insalvable, como se argumentará infra, el carácter alternativo –que no alternable– que tiene y tendrá siempre el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen, de conformidad con el artículo 6 de su Constitución.

1.2 Resulta indispensable precisar cuál fue el *thema decidendum* en los casos que la mayoría invocó:

Lo que fue sometido a conocimiento, en revisión, de esta Sala, cuando dictó el acto jurisdiccional n.º 1.488/2006, fue una sentencia de la Sala Electoral que se pronunció acerca del deber de determinados funcionarios públicos, en determinadas circunstancias, de separarse o no de los cargos públicos que estuvieran ejerciendo para el momento de una nueva postulación, como condición de elegibilidad, con base en una interpretación de las normas electorales aplicables que el solicitante de la revisión de entonces objetó. La lectura de ambas decisiones, revela que ninguna de las partes del juicio electoral ni de quienes intervinieron en el constitucional, objetaron la posibilidad de reelección en el ordenamiento jurídico venezolano, razón por la cual no era ese el tema a ser resuelto sino, como se explicó, si un ciudadano que, para el momento de su postulación como candidato a alcalde, era un “funcionario de mayor rango” en el gobierno municipal saliente, tenía o no el deber de separación del cargo antes de ser postulado.

Por su parte, la sentencia n.º 2.413/2006, también se contrajo a la revisión -que negó- de una sentencia de la Sala Electoral (n.º 73/2006) que juzgó una pretensión contenciosa electoral que tuvo por objeto la denuncia de que un ciudadano, que había sido electo Presidente del Consejo de Administración de la Caja de Ahorro Sector Empleados Públicos CASEP, se encontraba incurso en una causal de inelegibilidad porque venía ocupando ese mismo cargo en la Junta Directiva durante los dos lapsos anteriores, situación que le impedía optar a un nuevo período, de conformidad con el artículo 34 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares (que dispone que los miembros del Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia y delegados, principales o suplentes, electos por dos períodos consecutivos, independientemente de las funciones que desempeñasen, no podrán optar a cargos en ningún Consejo o de delegado, mientras no haya transcurrido el lapso de tres años desde su última gestión) y lo que había decidido la Sala Electoral en su sentencia n.º 167/2003. Los interesados en la defensa de la legalidad de la elección señalaron que no era cierto que el presidente electo de aquella Caja se encontrase inmerso en inelegibilidad porque la Superintendencia de Cajas de Ahorro había dictado una resolución en la cual resolvió que los directivos de las Cajas de Ahorro que se encontraran desempeñando su cargo por haber sido electos bajo la vigencia de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, podían optar nuevamente a lugares dentro de la Junta Directiva de la Caja de Ahorro a la cual pertenecerían, sin que se les aplicase el supuesto del artículo 34 de la entonces novísima Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares.

La Sala Electoral declaró con lugar la demanda porque:

..., la Superintendencia de Cajas de Ahorro, a través de la Resolución N° DS-OAL-7864, pretende innovar e inclusive contradecir lo establecido por el legislador en el artículo 34 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares, bajo un absurdo argumento de que la nueva Ley amplió el período de los *miembros del Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia, delegados, principales y suplentes* en las Cajas de Ahorro. Es de hacer notar, que la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, que es aquella derogada por la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares, establecía un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica similar a la que consagra el citado artículo 34, ya que dicha Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro establecía en su artículo 32, que los *miembros del Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia, delegados, principales y suplentes* en las Cajas de Ahorro, *que hayan sido electos por dos períodos consecutivos*, para poder optar a un nuevo cargo debían dejar transcurrir un lapso de un (1) año, contados a partir de su última gestión.

Respecto de aquella decisión judicial de esta Sala, el acá y ahora salvante, en voto concurrente, declaró:

..., 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.º 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.º 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. (Subrayado añadido).

Lo mismo tuvo que expresar quien discrepa cuando se aprobó, por mayoría, la sentencia n.º 1974/2007, en la que, a pesar de que se declaró la inadmisión de la demanda (de amparo),

por la falta de actualidad y factibilidad del hecho futuro que se denunció como lesivo (“*la presunta amenaza del ‘(...) Principio de Alternabilidad (...)’, que se derivaría de la posible aprobación por parte de la Asamblea Nacional del Proyecto de Reforma Constitucional, presentado por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela*”), la Sala fue más allá y ratificó las decisiones que antes se mencionaron.

De acuerdo con los principios universales que rigen la actividad judicial de los tribunales constitucionales cuyas decisiones son vinculantes (todos, en los sistemas de control difuso de constitucionalidad –por la vía del principio del *stare decisis*- y solo uno en los sistemas de control concentrado o, como el nuestro, mixto), *la parte vinculante de la motivación de las sentencias constitucionales se limita a la ratio decidendi* (“razón para decidir”), *vale decir, los razonamientos interpretativos de normas, principios y/o valores constitucionales indispensables para la resolución del caso concreto*. Por el contrario, toda consideración adicional, especialmente si es ajena al punto que debía resolverse, constituye *obiter dicta* (“dicho de paso”) y, como tal, no es vinculante.

Así, la sentencia que se comenta declaró que no había lugar a la revisión del veredicto de la Sala Electoral porque se ajustaba a derecho, pero decidió añadir consideraciones acerca de la posibilidad de reelección sucesiva para el ejercicio de cargos públicos, lo cual no fue materia de controversia de modo que, se concuerde o no con los criterios que allí se vertieron, ellos *no son vinculantes*. En todo caso, la lectura de ese fallo revela que, además de que se apartó ostensiblemente del tema que debía ser decidido, la Sala construyó su argumento a través de citas del acto de juzgamiento a que se hizo referencia, el n.º 1.488/2006 –que, como ya se apuntó, se sólo se pronunció sobre la posibilidad de reelección por oposición a la imposibilidad de la misma- y de ellos, en forma inconexa, concluyó que, “... *de conformidad con las consideraciones antes expuestas, 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.*” (Subrayado añadido).

Basta la lectura del acto jurisdiccional para que se aprecie la incongruencia de la conclusión respecto a las consideraciones que venían de ser expuestas, conclusión que tuvo por finalidad –dijo la mayoría sentenciadora- rebatir las siguientes afirmaciones que había hecho la Sala Electoral, que tampoco eran parte de la *ratio decidendi* de su decisión, sino un refuerzo de su conclusión acerca de la ilegalidad de la resolución administrativa que estaba examinando:

Esta voluntad legislativa sobre la alternabilidad en los cargos, no es exclusiva para el caso de los miembros de los Consejos de Administración, Consejos de Vigilancia, delegados, principales y suplentes en las Cajas de Ahorro, sino que se extiende para todos aquellos cargos de elección popular, encontrándonos que estas inhabilitaciones para reelecciones perpetuas las ha consagrado nuestro ordenamiento jurídico desde su nacimiento. Así lo ha dejado sentado esta Sala Electoral en sentencias previas, y en este sentido podemos hacer referencia a la sentencia N° 51 del 18 de marzo de 2002, donde se señaló lo siguiente:

“A este respecto, es necesario tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico desde su Constitución de 1830, ha erigido como principio general y presupuesto democrático, la ‘alternabilidad’, es decir el ejercicio sucesivo de un cargo por personas distintas, pertenezcan o no a un mismo partido. En este contexto, el término ‘reelección’, alude a la posibilidad de que un funcionario sometido a elección pública, cuyo ejercicio se encuentre sujeto a un período previamente determinado o renovación periódica, pueda ser nuevamente postulado y

electo una o más veces a la misma posición de Derecho (Cfr. NOHLEN, Dieter: La Reelección. En VVAA: 'Tratado Electoral Comparado de América Latina'. Fondo de Cultura Económica y otros. México, 1998. pp. 140 y ss.)

Este calificado 'derecho' de reelección, aunque justificado como un mecanismo de extensión del buen gobierno, podría desvirtuarse y convertirse en una grave amenaza para la democracia: las ansias de perpetuación en el poder (continuismo), así como la evidente ventaja en los procesos electorales de quien ocupa el cargo y a su vez es candidato a ocupar el mismo, han producido tanto en Venezuela como en el resto de Hispanoamérica un profundo rechazo a la figura de la reelección. En el caso de la designación del Presidente de la República o el funcionario equivalente, esta desaprobación se ha traducido en rigurosas provisiones constitucionales, así, por ejemplo, en las Constituciones venezolanas de 1830, 1858, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1936, 1945 y 1947, se prohibía la reelección inmediata para el período constitucional inmediatamente siguiente; la Constitución de 1961 prohibía la reelección hasta por diez años o dos períodos constitucionales después de la terminación del mandato, y actualmente, la Constitución de 1999, optando por una modalidad distinta para resguardar la alternabilidad, establece en su artículo 230: '...El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido, de inmediato y por una sola vez, para un período adicional'(...)."

Como se observa en la anterior cita jurisprudencial, la prohibición de reelección sucesiva se presenta como una técnica de control legislativo derivada en la inconveniencia de que un ciudadano se perpetúe en el poder, pretendiendo, entre otras cosas, restar capacidad de influencia a quien lo ha ejercido, y sobre todo preservar la necesidad de que los aspirantes estén en un mismo pie de igualdad y que los funcionarios electos no distraigan sus esfuerzos y atención en asuntos diferentes a la completa y cabal realización de su gestión.

1.3 Una vez que se ha descartado el supuesto carácter vinculante de los criterios que se comentaron, se debe añadir una precisión fundamental: así como no es lo mismo reelección que reelección sucesiva o continua, tampoco es lo mismo reelección sucesiva que reelección sucesiva *permanente*, es decir, *sin límite temporal*.

Esta afirmación no sólo se explica por sí misma, sino que descarta la coherencia de las consecuencias que han pretendido extraerse de los precedentes jurisprudenciales a que se ha hecho referencia con ellos mismos y con las fuentes de las cuales dijo nutrirse.

En efecto, cuando dictó la sentencia n.º 1.488/2006, la Sala pretendió apoyarse en expresiones de HAMILTON en *El Federalista*, a favor de la reelección. La palabra reelección sólo se menciona una vez en esos textos fundamentales (*El Federalista* n.º 68, "El modo de elegir al Presidente", miércoles 12 de marzo de 1788), para destacar que la reelección presidencial debía depender de la voluntad popular *por oposición a que dependiese de otros actores políticos*, para evitar que el Presidente se viese tentado al sacrificio de su deber para complacencia de aquellos cuyo favor le fuese necesario. No se planteó en *El Federalista*, ni siquiera tangencialmente, la posibilidad de reelecciones sucesivas continuas. Recuérdese que el sistema constitucional de los Estados Unidos de América permite la reelección presidencial *por una sola vez*.

Precisamente a un límite temporal semejante le dio mucha importancia la Corte Constitucional colombiana en su fallo C-1040/05 -del que también echó mano esta Sala Constitucional pero con omisión de tan relevante detalle- cuando llegó a la conclusión de que: "Para la Corte permitir la reelección presidencial -por una sola vez y acompañada de una ley estatutaria para garantizar los derechos de la oposición y la equidad en la campaña presidencial- es una reforma que no sustituye la Constitución de 1991 por una opuesta o integralmente diferente." A todo lo largo de ese veredicto, cuando se habla de la reelección presidencial, se añade la precisión: "por una sola vez". Además, puso de relieve que: "... el acto legislativo acusado establece de manera general y abstracta que *'nadie podrá ser re-*

elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos’ y, como disposición transitoria que ‘quien ejerza o haya ejercido la Presidencia de la República antes de la vigencia del presente Acto Legislativo sólo podrá ser elegido para un nuevo período presidencial.’ También puede leerse en ese acto decisorio que: “Por lo demás, como quiera que sólo puede haber una reelección, de todas maneras, en el período siguiente el juego se dará entre ciudadanos iguales, con lo cual el sistema, tal como está previsto en el Acto Legislativo 2 de 2004, atiende a la necesidad de garantizar la alternancia en el poder, no solo mediante el expediente de establecer un pronunciamiento periódico del electorado, sino, adicionalmente, estableciendo un límite absoluto al término durante el cual una misma persona puede ejercer como Presidente de la República” (Subrayado añadido).

Desde otra perspectiva, resulta muy ilustrativa la lectura del siguiente extracto del acto decisorio que se comenta:

En relación con la forma de Estado se tiene que, con o sin reelección presidencial inmediata, Colombia sigue siendo un Estado social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista. Ninguno de esos elementos definitorios de la forma que adopta el Estado colombiano puede tenerse como suprimido, subvertido o integralmente sustituido en razón a que, por virtud del acto legislativo acusado, hoy en Colombia se permite la reelección presidencial, eventualidad que estaba proscrita en la Constitución de 1991.

1.4 La Corte Constitucional colombiana llegó a la conclusión de que el proyecto de reforma constitucional que le fue presentado para su examen no subvertía ninguno de los elementos definitorios de la forma que adopta el Estado Colombiano. Esa es la clave ¿Cuáles son los elementos definitorios que adopta la República Bolivariana de Venezuela?

De conformidad con el Título I, Principios Fundamentales, de la Constitución, la República Bolivariana de Venezuela “*es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador*” (artículo 1) y su gobierno, así como el de las entidades políticas que la componen “*es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables*” (artículo 6).

Por lo que respecta a la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador, se impone el recuerdo de sus palabras en el Congreso de Angostura, ampliamente conocidas, en las que se refirió, entre otros temas, a la necesidad de fuesen otros y *no él*, quienes dirigieran la Patria; él quedaría sólo al servicio de las armas, “*mientras haya enemigos en Venezuela*”. Así, *haciendo referencia a él mismo* y no a alguna tiranía nacional o extranjera, *cuando dijo que renunciaba al gobierno para siempre*, exclamó: “*¡Legisladores! Yo deposito en vuestras manos el mando supremo de Venezuela (...) Multitud de beneméritos hijos tiene la Patria, capaces de dirigirla*” y, luego, pronunció la celebrísima sentencia:

... nada es tan peligroso como dejar permanecer largo tiempo en un mismo ciudadano el poder. El pueblo se acostumbra a obedecerle y él se acostumbra a mandarlo. (...) nuestros ciudadanos deben temer con sobrada justicia que el mismo Magistrado, que los ha mandado mucho tiempo, los mande perpetuamente.

Ya decían los romanos, *in claris non fit interpretatio*.

En cuanto a los principios fundamentales, es pertinente la reiteración de que el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela “*es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables*”.

1.4.1 ¿Qué significa que el gobierno *es y será siempre...*?

Según explica AMBROSIO OROPEZA (en referencia a la misma expresión en el artículo 2 de la Constitución de 1961):

La inmutabilidad que envuelven las expresiones aludidas no es una invención del Congreso que elaboró la Carta de 1961. La fórmula se remonta a 1830 y permanece inalterable hasta la Constitución de 1964 (*rectius*: 1864), que la suprime. La restablece la constitución dictatorial de 1901 y la reproducen las posteriores hasta la de 1847, (...).

¿Cuál valor hay que atribuir a la perpetuidad que la actual Carta, inspirada en anteriores constituciones, establece para las formas de gobierno? (...), un examen atento a las disposiciones sobre enmienda y reforma de la nueva constitución, suministra quizá el criterio más razonable para decidir acerca de la cuestión planteada. Aunque los textos mencionados no excluyen la posibilidad de enmendar o reformar ninguno de los preceptos constitucionales, la prohibición del artículo 2° de cambiar las formas de gobierno es una limitación inderogable para el constituyente que emprende una revisión parcial de la ley fundamental. En tal virtud, ninguna validez tendría, aunque se cumplieran todas las formalidades sobre enmienda que establece el artículo 245 de la Constitución, una modificación que desconociera el mandato imperativo que prohíbe el cambio de las formas de gobierno. Por ello no sería admisible una proposición ni en el Congreso ni en las Asambleas Legislativas de los Estados en el sentido de modificar, alterar o suprimir las características del gobierno venezolano, porque ellas “son y serán siempre” las que establece el artículo 2°. (*La Nueva Constitución Venezolana 1961*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. N.º 24, Caracas, 1986, pp. 176 y 177).

1.4.2 ¿Qué significa que el gobierno *es* y *será siempre alternativo*?

Según el Diccionario de la Real Academia Española, *alternativo* es un adjetivo que significa “*que se dice, hace o sucede con alternación*”; *alternación* es “*acción de alternar*” y *alternar* –entre otros significados no relevantes en este contexto- es “*distribuir algo entre personas o cosas que se turnan sucesivamente*” (transitivo) y “*dicho de varias personas: Hacer o decir algo o desempeñar un cargo por turno*” (intransitivo). (Subrayado añadido).

Así, como ilustra, en primer lugar, la lectura más elemental, la del diccionario, la posibilidad de reelección de los funcionarios de elección popular sin ningún límite temporal, o con uno demasiado largo, es incompatible, en forma insalvable, con un gobierno alternativo. La alternatividad en el marco de nuestra Constitución, en sencillas palabras de HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, “*se refiere a la negación de la continuidad indefinida en el ejercicio del Poder, y la necesidad de que en el mismo se sucedan nuevos titulares.*” (Análisis de la Constitución venezolana de 1999, Editorial Ex Libris, Caracas, 2002, 2da. reimpresión, p.103). (Subrayado añadido).

En su análisis de las Instituciones Constitucionales del Estado Venezolano, cuando se detiene en la forma de gobierno, el Magistrado Emérito de este Alto Tribunal, el constitucionalista HUMBERTO J. LA ROCHE, enseña que:

..., el *Gobierno Venezolano es alternativo*. Es ésa otra consecuencia del sistema democrático./(...) se establecen rigurosas normas de inelegibilidad en esa materia. La razón de la disposición fundamental que comentamos, estriba en el continuismo que se ha pretendido crear como escuela para dichos mandatarios. Sobre todo, cuando la tendencia dictatorial ha pretendido sentar sus reales en el dilatado panorama de nuestra geografía. (...)

La Constitución de 1953 estatuye que el Gobierno es alternativo. Sin embargo, dicha alternabilidad rigió sólo para el mandato. No se estampó ninguna prohibición expresa a la reelección en dicho texto. Como consecuencia de esto, para las elecciones de 1958 el Poder Legislativo dictó en 1957 una Ley Electoral, convocando a un plebiscito a fin de que el pueblo opinara si convenía la reelección del Presidente de la República o era adversario de la misma.

El plebiscito fue favorable. Digamos de paso que dicha Ley adolecía de una serie de fallas que condujeron a amañar el proceso electoral. La falta de Registro previo en los electores, la incapacidad del votante para seleccionar su candidato, etc., fueron circunstancias que ineluctablemente contribuyeron a dar al traste con el Gobierno.

Y cuando la aurora del 23 de enero de 1958 despuntó, el país consideró necesario estudiar los medios necesarios para evitar que nuestro gobierno cayera bajo la égida del continuismo. En esa línea de pensamiento, al debatirse, tanto la Comisión Redactora de la Constitución de 1961, como en el propio congreso el problema de la reelección presidencial, dos tendencias afloraron al tapete público: la que sustentaba el criterio de permitir la reelección, es decir, de la alternabilidad del mandato, pero no de la persona, y la partidaria de la prohibición absoluta, de suerte que el Presidente quedaba incapacitado para postularse nuevamente. De la confrontación entre estas dos opciones, surgió una tercera, como especie de compromiso, en el sentido de prohibir la reelección para el período inmediato siguiente y para el subsiguiente. Es decir, prorrogar el lapso de no reelección a diez años. Así se disminuiría el peligro de reelecciones sucesivas, lo cual podría degenerar en continuismo estéril y nefasto para el país. (*Instituciones Constitucionales del Estado Venezolano*. Universidad del Zulia. Novena Edición, Maracaibo, 1984, pp. 338 a 340).

Por otra parte, la Base Comicial Octava para el referendun consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente que se celebró en 1999, cuyo carácter *supraconstitucional* fue declarado por este Tribunal Supremo de Justicia en varias decisiones (*Vid.* por todas, s.S.P.-C.S.J. de 06-10-1999, caso: *Henrique Capriles Radonsky*), reza:

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

Ya se señaló como, durante nuestra historia republicana, en fórmula que se repite casi interrumpidamente desde 1830, nuestros constituyentes han considerado como nota esencial y, por tanto, *intangible* de nuestro gobierno, la alternatividad, que no puede ser confundida con alternabilidad como mera posibilidad. Ello la hace, de conformidad con la jurisprudencia que se citó, un principio *supraconstitucional*.

Con fundamento en los razonamientos que anteceden, no puede sino rechazarse, por inconstitucional, la conclusión mayoritaria según la cual “*la eliminación de la causal de inelegibilidad para el ejercicio de cargos públicos derivada de su ejercicio previo por parte de cualquier ciudadano, de modo alguno trastoca el principio de alternabilidad en el ejercicio del poder*”.

(...)

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

B. *Gobierno participativo*

TSJ-SC (49)

3-2-2009

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Amante Vero Crincoli Paternostro (Interpretación de los artículos 340, 342 y 345 de la Constitución).

Con ciertos límites que garantizan la estabilidad de las instituciones y otros principios atendibles, la participación de los ciudadanos

en la producción del ordenamiento jurídico es la regla y no la excepción. De ello se deriva que las prohibiciones o límites al ejercicio de la participación ciudadana, sea a través de la iniciativa de los propios electores, sea que dicha participación la requiera la aprobación de las propuestas de los poderes públicos, son de estricta interpretación, pues si el principio supone una posibilidad de actuar o participar, la norma que impide o demora tal posibilidad debe ser la excepción.

Finalmente, no está demás recordar que la Constitución es un texto jurídico-político por excelencia, en la medida en que sus postulados fundamentales imponen un proyecto de convivencia pacífica mediante la imposición de una serie de reglas y principios. Algunas de tales reglas y de tales principios son los relativos a la seguridad jurídica, la libertad, la igualdad, el federalismo cooperativo y la soberanía popular, entre otros.

Siendo así, la interpretación de todas y cada una de las normas que componen la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela debe inclinarse a la satisfacción concordada y racional de esas reglas y principios. Bien se sabe que entre las mismas pudiesen presentarse colisiones y conflictos; sin embargo, el esfuerzo que le cumple hacer a los que les correspondan interpretarlas y aplicarlas es que, cualquiera sea el resultado de esa actividad, su producto suponga una valoración previa de la norma a interpretar y a aplicar a la luz de los preceptos constitucionales.

En el caso de la interpretación o aplicación de algún precepto de la propia Constitución, también deberá hacerse este esfuerzo, pero esta vez desde las normas fundamentales contenidas en dicho texto.

A este respecto es necesario destacar que la Constitución de 1999 presenta una clara tendencia hacia el fortalecimiento de medios democráticos de participación ciudadana.

Ello se evidencia en varios de sus artículos, incluso en su Preámbulo. Así, en éste se acota que uno de los objetivos del ejercicio del Poder Constituyente lo fue la refundación de la República “*para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica*”. Asimismo, en su artículo 2 se prescribió que Venezuela se constituye en un “*Estado democrático...*” y que uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación es “*...la democracia*”. En el artículo 3 se fija como fin esencial del Estado “*...el ejercicio democrático de la voluntad popular*”. El artículo 5 es notable, pues, sin ambages declara que “*La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público*”. El 62 indica que “*Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas*”, y por último, el artículo 70 establece que “*el referendo*” es uno de los “*...medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político*”.

En estas y en otras normas, la Constitución establece una serie de mecanismos de participación de los ciudadanos que deja ver la intención constituyente de que los asuntos públicos de mayor relevancia no les sean ajenos a los electores, ni en su génesis, pues ellos mismos pueden someterlos a votación, ni en su consagración, pues depende de su decisión el que las iniciativas se transformen en actos con efectos vinculantes.

En otras palabras, luce clara la intención del Constituyente de 1999 de atribuir al pueblo más y mejores mecanismos de participación y protagonismo en los asuntos públicos, particularmente en aquellos que suponen algún tipo de producción normativa, tanto legal como

constitucional. Nuestra Constitución se inscribiría así en el grupo de constituciones normativas que, como destaca Stern citando a Kägi, "...toma(n) en serio al individuo no sólo en su existencia libre del Estado, sino también en su existencia política en cuanto individuo corresponsable y codecisor y no lo considera como simple objeto de la política" (Stern, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, p. 211).

La democracia participativa como decisión fundamental plasmada en nuestra Constitución, a diferencia de la democracia meramente representativa que se encuentra comprendida en aquélla, propone, como resume Adela Cortina, "*una igual participación en un doble sentido: 1) que cada quien tenga igual oportunidad de llevar al orden del día de las decisiones colectivas los problemas que para él son importantes; 2) que cada quien tenga igual oportunidad de ver atendidos sus puntos de vista en los resultados de las decisiones colectivas*" (Ver: *Ética Aplicada y Democracia Radical*, p. 91).

Para probar este tránsito del modelo representativo al modelo participativo de democracia operado en la nueva Constitución, bastaría con comparar la regulación de la enmienda y la reforma constitucionales en la Constitución de 1961 con la regulación que contiene la Constitución actual. En aquélla la Iniciativa de las Enmiendas y Reformas estaba monopolizada por el Congreso y las Asambleas Legislativas; en ésta se admite la Iniciativa del Presidente de la República y de los ciudadanos inscritos en el Registro Civil y Electoral; en aquélla las Propuestas de Enmienda y Reforma Constitucionales debían transitar un camino tortuoso, tendente a desalentar a sus proponentes; en ésta, por poner un ejemplo, el Proyecto de Enmienda Constitucional ya no tiene que ser remitido a los órganos legislativos estatales para su ratificación o rechazo, ni ser aprobado por éstos en por lo menos dos sesiones y por la mayoría absoluta de sus miembros; por su parte, en la nueva Constitución la Reforma Constitucional aprobada mediante referéndum por los ciudadanos no tiene que ser sancionada por la Asamblea Nacional; sanción que luce hoy incongruente con los efectos y la naturaleza del Referéndum como institución de participación ciudadana en lo político.

Así, pues, la revisión de la propia Constitución no se asume como un acontecimiento dramático y amenazante que, por tales circunstancias, debe evitarse a toda costa, o en el peor de los casos aplazarse en cuanto sea posible.

En fin, y tal como su diseño lo muestra, en la Constitución de 1999 se alienta la participación popular.

El principio, entonces, es el de que, con ciertos límites que garantizan la estabilidad de las instituciones y otros principios atendibles, la participación de los ciudadanos en la producción del ordenamiento jurídico es la regla y no la excepción.

Tal principio es el punto de partida desde el cual deben elaborarse los discursos interpretativos, o desde el que deben evaluarse los resultados de dichos discursos, cuando los preceptos involucrados sean de aquéllos que establecen mecanismos de participación ciudadana en general, así como los que establezcan medios de participación en la producción normativa constitucional e infraconstitucional en particular.

De ello se deriva que las prohibiciones o límites al ejercicio de la participación ciudadana, sea a través de la iniciativa de los propios electores, sea que dicha participación la requiera la aprobación de las propuestas de los poderes públicos, son de estricta interpretación, pues si el principio supone una posibilidad de actuar o participar, la norma que impide o demora tal posibilidad debe ser la excepción.

En el caso planteado, ello es lo que justifica que la Sala hubiese elaborado un discurso interpretativo sobre la base de argumentos asociados directamente con la redacción que

muestra el artículo 345 de la Constitución, así como relativos a la posición que dicho dispositivo ocupa en la estructura diseñada por el Constituyente, pues confía, sobre la base de una lectura de la Constitución como un todo, que las previsiones que en materia de participación ciudadana la impiden o la dificultan deben ser interpretadas en los términos estrictos en que fueron redactadas por el Constituyente. Así se establece.

2. *El Ordenamiento Jurídico*

A. *Reforma de la Constitución. Enmienda Constitucional*

TSJ-SC (53)

3-2-2009

Magistrado Ponente: Arcadio de Jesús Delgado Rosales

Caso: Federico Andrés Black Benítez y otros (Interpretación, contenido y alcance de los artículos 340, 6 y 345 de la Constitución).

Mientras la enmienda no puede implicar la supresión de alguna norma del texto fundamental, acaso la modificación de unas o la adición de otras; la reforma produce una alteración de mayor intensidad que aquella, pues se encamina a un reexamen parcial cuyos resultados conducen a la modificación e incluso sustitución total de una o varias disposiciones normativas, no obstante que deba preservarse la estructura y principios fundamentales de la Constitución.

El objeto de la presente consulta, se contrae a determinar si –a la luz de las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 6, 340 y 345 de la Carta Magna- resulta viable enmendar la Constitución para consagrar lo que los accionantes califican como la “*reelección ilimitada*” del Presidente de la República. En opinión de los actores, una conclusión positiva implicaría aceptar la afectación del principio fundamental de “*alternabilidad*” en el ejercicio del Poder previsto en el artículo 6 del texto constitucional y, al mismo tiempo, la desatención de la prohibición contenida en el artículo 345 *ejusdem*, conforme a la cual la iniciativa de reforma constitucional que haya sido rechazada no podrá presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional. Sobre este punto, destacaron que el artículo constitucional cuya enmienda fue inicialmente propuesta (230), y que luego fue extendida a los artículos 160, 162, 174 y 192 del Texto Fundamental en el devenir de la discusión legislativa del proceso enmendatorio, con el objeto de permitir la reelección sucesiva para todos los cargos de elección popular, sin límites derivados del agotamiento de determinados períodos constitucionales, estaba contenido en el proyecto de reforma constitucional que fue improbadado mediante referendo el 2 de diciembre de 2007.

En síntesis, dos son las interrogantes fundamentales objeto de la demanda de autos: (i) ¿puede enmendarse la Constitución con el objeto de permitir la reelección sucesiva de los gobernantes, sin que ello suponga una afectación al principio de alternabilidad en el ejercicio del poder? y (ii) ¿estaría sujeta tal modificación a las mismas restricciones previstas en el artículo 345 de la Constitución para la reforma?.

Para abordar tales cuestiones, siempre dentro del marco creado con ocasión de la propuesta de enmienda sancionada por la Asamblea Nacional que ha sido aludido previamente, debe la Sala partir de un análisis comparativo entre las figuras de la *enmienda constitucional* y la *reforma constitucional* como manifestaciones del poder constituyente derivado, con el fin de precisar sus respectivos alcances. Con miras a ello, interesa referir que el Título IX de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, denominado “*DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL*” en sus Capítulos I y II regula ambas instituciones en los términos que siguen:

*“Capítulo I**De las Enmiendas*

Artículo 340. La enmienda tiene por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de esta Constitución, sin alterar su estructura fundamental.

Artículo 341. Las enmiendas a la Constitución se tramitarán en la forma siguiente:

- 1. La iniciativa podrá partir del quince por ciento de los ciudadanos inscritos y ciudadanas inscritas en el Registro Civil y Electoral; o de un treinta por ciento de los integrantes de la Asamblea Nacional o del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros.*
- 2. Cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional, la enmienda requerirá la aprobación de ésta por la mayoría de sus integrantes y se discutirá, según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de leyes.*
- 3. El Poder Electoral someterá a referendo las enmiendas a los treinta días siguientes a su recepción formal.*
- 4. Se considerarán aprobadas las enmiendas de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley relativa al referendo aprobatorio.*
- 5. Las enmiendas serán numeradas consecutivamente y se publicarán a continuación de esta Constitución sin alterar el texto de ésta, pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia de número y fecha de la enmienda que lo modificó.*

*Capítulo II**De la Reforma Constitucional*

Artículo 342. La Reforma Constitucional tiene por objeto una revisión parcial de esta Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional.

La iniciativa de la Reforma de esta Constitución podrá tomarla la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes, el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; o un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral que lo soliciten.

Artículo 343. La iniciativa de Reforma Constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en la forma siguiente:

- 1. El Proyecto de Reforma Constitucional tendrá una primera discusión en el período de sesiones correspondiente a la presentación del mismo.*
- 2. Una segunda discusión por Título o Capítulo, según fuera el caso.*
- 3. Una tercera y última discusión artículo por artículo.*
- 4. La Asamblea Nacional aprobará el proyecto de reforma constitucional en un plazo no mayor de dos años, contados a partir de la fecha en la cual conoció y aprobó la solicitud de reforma.*
- 5. El proyecto de reforma se considerará aprobado con el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea Nacional.*

Artículo 344. El proyecto de Reforma Constitucional aprobado por la Asamblea Nacional se someterá a referendo dentro de los treinta días siguientes a su sanción. El referendo se pronunciará en conjunto sobre la Reforma, pero podrá votarse separadamente hasta una tercera parte de ella, si así lo aprobara un número no menor de una tercera parte de la Asamblea Nacional o si en la iniciativa de reforma así lo hubiere solicitado el Presidente o Presidenta

de la República o un número no menor del cinco por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral.

Artículo 345. Se declarará aprobada la Reforma Constitucional si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos. La iniciativa de Reforma Constitucional que no sea aprobada, no podrá presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional.

Artículo 346. El Presidente o Presidenta de la República estará obligado u obligada a promulgar las Enmiendas o Reformas dentro de los diez días siguientes a su aprobación. Si no lo hiciere, se aplicará lo previsto en esta Constitución”.

En lo que toca a la enmienda constitucional, el artículo 340 *supra* citado refiere que su objeto es “*la adición o modificación de uno o varios artículos de esta Constitución, sin alterar su estructura fundamental*”. Esta modalidad, supone entonces una mínima alteración de la “*Ley de Leyes*”, incapaz de afectar en medida alguna su estructura fundamental, entendida no sólo desde una perspectiva formal en cuanto texto normativo ordenado por una particular sistemática, sino también desde un punto de vista material, como cuerpo continente de las decisiones políticas fundamentales, con una carga axiológica que la nutre y legitima su realización por parte del Estado y los ciudadanos que hacen vida en él.

La reforma constitucional, en cambio, resulta más omni- comprehensiva: se dirige a la “*revisión parcial de esta Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional*”. Mientras la enmienda no puede implicar la supresión de alguna norma del texto fundamental, acaso la modificación de unas o la adición de otras; la reforma produce una alteración de mayor intensidad que aquélla, pues se encamina a un reexamen parcial cuyos resultados conducen a la modificación e incluso sustitución total de una o varias disposiciones normativas, no obstante que deba preservarse la estructura y principios fundamentales de la Constitución, en los términos que arriba se expusieron.

En ambos mecanismos, la iniciativa corresponde por igual al quince por ciento (15%) de los electores y al Presidente de la República en Consejo de Ministros. También, en los dos supuestos, se concede iniciativa parlamentaria, no obstante se exijan distintos consensos dependiendo del mecanismo a utilizar para producir la modificación constitucional. La solicitud de *enmienda* puede partir de una fuerza equivalente al treinta por ciento (30%) de los diputados de la Asamblea Nacional; en el caso la *reforma*, se exige un acuerdo más sólido: la mayoría absoluta de sus integrantes.

En cuanto al trámite que ha de brindarse a la enmienda, nótese que la propia Constitución señala en su artículo 341.2 que “*Cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional, la enmienda requerirá la aprobación de ésta por la mayoría de sus integrantes*” y estará sujeta al mismo proceso de formación de leyes que estatuye la Carta Fundamental en sus artículos 202 y siguientes. Lógico es suponer que se exija este proceso mínimo pues, tratándose de un órgano colegiado y representativo, sólo agotado dicho cauce se forja eficazmente la voluntad del Parlamento. De lo anterior, se infiere con meridiana claridad que cuando la enmienda tenga su origen en cualquier otro titular de la iniciativa, no está sujeta a ese debate parlamentario y, por tanto, resta sólo convocar a referendo para su posible aprobación dentro de los treinta días siguientes a su presentación formal.

La reforma, como es natural en atención a sus alcances, supone una tramitación más compleja. A diferencia de la solicitud de enmienda e independientemente de quien ejerza la iniciativa, debe ser sometida a una triple discusión en el seno del Legislativo y su sanción requiere una mayoría calificada de dos terceras partes de sus integrantes (*Cfr.* artículo 343 de

la Constitución), cumplido lo cual deberá ser sometida a votación popular mediante referendo convocado al efecto por el Consejo Nacional Electoral dentro de los treinta días siguientes.

Lo anterior, revela que –sin menoscabo de la facultad reconocida a otros promoventes– auténticamente la Asamblea Nacional el órgano investido del poder constituyente derivado con miras a producir una revisión más exhaustiva del texto constitucional y, en esa medida, adquiere sentido la prohibición contenida en el artículo 345 de la Constitución de República en cuanto a que “*La iniciativa de Reforma Constitucional que no sea aprobada, no podrá presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional*”, pues habiendo sido agotado ya su calificado debate, debe esperarse a la renovación de las fuerzas sociales que hacen vida dentro de ella para que pueda haber lugar a uno nuevo respecto de la propuesta fallida.

Al hilo de estos razonamientos, cabe advertir que tal limitante no puede aplicarse por analogía al caso de la enmienda constitucional, cuyo objeto puntual y, precisamente, por la menor intensidad de los cambios constitucionales que puede producir, no está sujeta a los mismos requerimientos y tampoco a las mismas restricciones impuestas para la *reforma constitucional*. De allí que el constituyente haya regulado los mecanismos de reforma constitucional (*lato sensu*) en capítulos separados, plasmando en cada uno de ellos sus notas distintivas y procedimientos disímiles de cara a sus especiales características.

Desde otra perspectiva, no puede negarse que el traslado de la prohibición aludida a la figura de la enmienda constitucional, supondría la aplicación extensiva de una barrera al derecho a la libre participación política de los titulares de la iniciativa constituyente, la cual estaría vedada por una obligante interpretación favorable y progresiva de ese derecho fundamental que sirve de base al modelo de “*sociedad democrática, participativa y protagónica*” que se perfila desde el propio Preámbulo de nuestra Carta Fundamental.

En este punto, y en total armonía con las ideas ya esbozadas, resulta pertinente referir las consideraciones que sobre este aspecto contiene la Exposición de Motivos de la Carta Magna:

“La Constitución ha mantenido la clasificación que distingue entre la Enmienda y la Reforma Constitucional, incorporando, a su vez, la facultad de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, para ser consecuentes con la idea de que es el pueblo el legítimo depositario del poder constituyente originario. Esto guarda concordancia con lo establecido en la misma Constitución que hace residir la soberanía en el pueblo quien puede ejercerla de manera directa o indirecta

Se establece[n] una serie de mecanismos a través de los cuales las posibilidades de modificación del texto constitucional sean factibles y accesibles, para evitar el divorcio entre la norma fundamental del sistema jurídico y la realidad social, política, cultural y económica. La contraposición entre una Constitución formal y una Constitución real genera distorsiones que agravan considerablemente las crisis de gobernabilidad y de legitimidad del sistema político, al no existir opciones para superarlas.

[...]

De allí que nuestra Constitución a pesar de tener la rigidez de las constituciones escritas ha de incluir elementos que permitan esa adaptación a la realidad. Uno de esos elementos lo constituye la existencia de un Alto Tribunal que mediante una interpretación de carácter histórico progresivo, fundamentada en la comprensión del momento histórico, permita la mejor aplicación posible del máximo cuerpo normativo a la realidad que le corresponde regir; tal como se prevé en esta Constitución con la creación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Pero, además, debe incluir elementos de flexibilidad en el aspecto más rígido de las constituciones escritas que lo conforma las previsiones relativas a la forma y mecanismos para la modificación de la propia Constitución.

En este sentido, las posibilidades de modificación de la base jurídica del país deben ser amplias y estar efectivamente en manos de una pluralidad de actores políticos y sociales. Una democracia participativa y protagónica no puede construir una rígida y petrificada normativa constitucional. Al contrario, debe dejar abiertas muchas ventanas para que los procesos participativos se desarrollen a plenitud, evitando el divorcio profundo entre la norma y la realidad.

[...]

En este contexto se debe entender que el ejercicio de la soberanía por parte del pueblo, lejos de afectar el proceso de refundación de la República y de lograr el objetivo de la profundización democrática, se convierte en herramienta indispensable del protagonismo popular, desterrando el sistema de cónclaves que decidían los destinos del país a espaldas de la sociedad.

En lo que respecta al procedimiento de enmienda, se superan las limitaciones establecidas en la Constitución de 1961, que hacían complicada la consecución de resultados efectivos. En el nuevo texto constitucional se ha previsto una manera más ágil y flexible y se procede a formular una definición de enmienda, entendida como la adición o modificación de artículos del texto, siempre y cuando no se altere la estructura fundamental”.

Así las cosas, la circunstancia de que la propuesta de reforma constitucional improbada el 2 de diciembre de 2007, contuviera entre sus múltiples innovaciones la posibilidad de sucesivas reelecciones para el cargo de Presidente de la República, no impone automáticamente la restricción que se ha comentado sobre una iniciativa de enmienda constitucional que toque este mismo aspecto, menos aún si –como es notorio– la enmienda que será sometida a consulta referendaria se distingue de la reforma aludida en cuanto propone, como principio, la posibilidad de reelección continua para *todos los cargos de elección popular*.

Dicha propuesta, claro está, debe respetar aquellos límites que derivan de los anotados caracteres de esta figura, esto es, esencialmente, que no comprometa la estructura fundamental de la Constitución.

Sobre este punto debe insistirse que el derecho a la participación política puede ser restringido por la Constitución o la ley, pero la limitación es de derecho estricto y no puede extenderse o ampliarse en perjuicio del titular de la soberanía. En consecuencia, si bien el artículo 345 de la Constitución impide presentar un proyecto de reforma rechazado en el mismo período constitucional, no podemos aplicar esta limitante “por analogía” al procedimiento de enmienda; y le parece asombroso a esta Sala que se considere un fraude consultar al pueblo una modificación constitucional, en su condición de titular de la soberanía, si de una manera expresa no existe un impedimento para ello; siendo este el criterio sostenido por la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia en su fallo N° 17 del 19 de enero de 1999.

Llegados acá, atendiendo al pedimento interpretativo de los accionantes, corresponde entonces dilucidar si la modificación constitucional en comentarios supone afectación alguna de esa estructura fundamental invulnerable de la Constitución y, con tal propósito, la Sala estima pertinente reiterar las consideraciones vertidas mediante fallo n.º **1488/2006, caso: Consejo Nacional Electoral**, ratificadas en sentencia n.º **2413/2006, caso: Caja de Ahorros del Sector Empleados Públicos**, respecto del instituto de la reelección:

“[L]a Constitución de 1961 en materia de sufragio pasivo, tenía más limitaciones respecto a la posibilidad de reelección de los funcionarios, partiendo del propio Jefe del Estado quien tenía la imposibilidad de reelección hasta pasados dos períodos constitucionales. Esto, aunque aparentemente fue cambiado con la posibilidad de reelección de Gobernadores, en realidad tal reelección estaba limitada por el corto período a que estaban sometidos los Gobernadores que era de tres años, por lo que en realidad la reelección no tenía consecuencias mayores a las de un período presidencial de la época. No era pues, el sistema de elecciones de la Constitución anterior, proclive a la reelección, salvo, como se verá más adelante, en aquellos casos en que el mismo servía a intereses de partidos o particulares.

Tales premisas, sin duda influyeron en el legislador a la hora de la discusión y aprobación de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, por lo que la misma estableció, tal y como se ha visto en el presente fallo, la obligación en el artículo 126, parte in fine, que los Gobernadores y Alcaldes, para ser reelegidos, debían separarse del cargo. Todo ello, como se ha dicho, está vinculado a una visión del Estado reluctante al principio de reelección, visión que en la Constitución de 1999 ha cambiado en razón de los nuevos principios y valores que informan la misma y retoma ideas originarias de las ideas fundacionales de Venezuela como país independiente. Dada la influencia que en el modelo de un sistema político tiene el tratamiento de la reelección presidencial, deben hacerse algunos señalamientos sobre dicha figura, pues el tratamiento a ésta, configura los principios a aplicar para el resto de los cargos de elección popular.

Así, la Constitución de 1819, inspirada parcialmente en las ideas del Libertador Simón Bolívar (recuérdese la negativa de los Constituyentes de Angostura en consentir en la petición de liberación de los esclavos hecha por el Padre de la Patria), estableció la posibilidad de reelección inmediata, ya que de acuerdo con el artículo 3, sección primera del Título Séptimo, ‘(...) la duración del Presidente será de cuatro años, y no podrá ser reelegido más de una vez sin intermisión’, planteando la visión del Padre de la Patria a la par de las del gran pensador norteamericano Alexander Hamilton, quien en ‘El Federalista’ expuso una defensa a la reelección como modelo de gobernabilidad legítimo dentro de un contexto democrático. Cabe hacer un análisis de las ideas de Hamilton, pues a pesar de haber transcurrido más de doscientos años de haber sido emitidas, las mismas tienen una actualidad que llama a la reflexión y que todavía se invocan en las discusiones que se generan con este motivo.

En este sentido, Hamilton señalaba que la reelección era necesaria para que el pueblo pudiera prolongar una administración positiva en su propio beneficio y aprovechando las virtudes del gobernante reelegido, pues la exclusión de éste a pesar de su buen gobierno, sólo traería más males que beneficios a la sociedad y perjudicaría el conducir del gobierno. Igualmente, consideraba que el impedir la reelección provocaría que disminuyeran los incentivos para el correcto proceder de los gobernantes al no tener el aliciente en la continuidad de su gestión, facilitando la tentación de actuaciones no adecuadas dada la inexistencia del incentivo que implica la aprobación de la gestión a través de la reelección, y además, privaría a la sociedad de una persona con experiencia y conocimiento en el manejo del cargo y que facilitaría por esta misma causa el mantenimiento del sistema político, de modo que su ausencia también tendría consecuencias para dicho sistema (Hamilton, Madison y Jay. ‘El Federalista’. Fondo de Cultura Económica. México. 1994. artículo 72. pp. 308 y ss.).

Modernamente, Sartori, luego de analizar varios escenarios a favor y en contra de la reelección, llega a la conclusión que ‘(...) el argumento fundamental a favor de la reelección es que los presidentes que gobiernan bien deben ser recompensados, y que desperdiciar a un buen presidente es indudablemente un grave desperdicio. No se puede negar que ambos bandos tienen razones válidas. No es un problema que tenga la misma solución para todos los países’. A esto agregaba ‘(...) también es cierto que negar la reelección es negar la recompensa, y que esto constituye una grave falla’ (Sartori, Giovanni. ‘Ingeniería Constitucional Comparada’. Fondo de Cultura Económica. 1994. pp. 191 y 192). Este refuerzo de las ideas de Hamilton y de Bolívar, hechas por un investigador contemporáneo da fe de la vigencia de las mismas y de lo aplicables que son todavía a nuestra realidad. No se trata entonces, de una discusión interesada o circunscrita a las coyunturas del momento, es por el

contrario, una discusión que ha mantenido su vigencia a lo largo del tiempo y que plantea la necesidad de una solución de acuerdo con las necesidades y realidades de cada sociedad, discutidas y planteadas por el poder originario del mismo y que se concretan en el Texto Constitucional, de ahí su trascendencia y la necesidad de verla en el todo del sistema jurídico y en relación con persona alguna.

[...]

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.

En consecuencia, esta Sala comparte los criterios expuestos, pues lo mismo que en los dispositivos citados, 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 Justicia y Derecho 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 administración 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. Más 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.

[...]

Por tales razones no puede afirmarse que la reelección no sea un principio compatible con la democracia, y por el contrario, puede señalarse que el mismo, 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 beneficien 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.

En nuestra evolución constitucional, ante la inexistencia de sistemas de gobierno que dieran a los ciudadanos elementos y condiciones que permitiesen el establecimiento de la justicia y el derecho, se optó en las sucesivas constituciones en negar la reelección como medio de contención de voluntades individuales dentro de un sistema clientelar o de favoritos. Prueba de ello es que, gratia exempli, el principio de no reelección no era aplicable a los Diputados y Senadores de acuerdo con la Constitución de 1961, justamente donde residían, por lo general, los representantes y dirigentes de los aparatos partidistas a quienes sí interesaba en estos estamentos la existencia de esta figura”.

Siguiendo la óptica abordada en tal fallo, apuntalada en la *teoría del buen gobierno*, conviene añadir que la eliminación de la causal de inelegibilidad para el ejercicio de cargos públicos derivada de su ejercicio previo por parte de cualquier ciudadano, en modo alguno trastoca el principio de *alternabilidad* en el ejercicio del poder. En efecto, el carácter alternativo de nuestro sistema de gobierno postulado por el artículo 6 de la Constitución, no supone un mecanismo de reparto de cuotas de poder a través del cual unos liderazgos deban declinar obligatoriamente a favor de otras legítimas aspiraciones, sino que, por el contrario, implica la efectiva y real posibilidad de que el electorado, como actor fundamental del proceso democrático, acuda a procesos comiciales periódicamente en los que compitan, en igualdad de condiciones, las diversas opciones políticas que integran el cuerpo social y así darle oportu-

nidad de decidir entre recompensar a quienes estime como sus mejores gobernantes, o bien renovar completamente las estructuras de poder cuando su desempeño haya sido pobre. En conclusión, este principio lo que exige es que el pueblo como titular de la soberanía tenga la posibilidad periódica de escoger sus mandatarios o representantes. Solo se infringiría el mismo si se impide esta posibilidad al evitar o no realizar las elecciones.

Si al anterior aserto se suma la calidad de revocable de cualquier mandato de elección popular, en atención a la cual éstos se hallan sujetos al constante escrutinio de los electores como auténticos titulares de la soberanía, en los términos que propugnan los artículos 5, 6 y 72 de la Carta Magna, no puede sino concluirse que la posibilidad de la reelección continua no altera en forma alguna *“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-, [en virtud de lo cual] 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”* (Vid. stc. n° 2413/2006, caso: *Caja de Ahorros del Sector Empleados Públicos*).

En el marco de los anteriores razonamientos, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declara resuelta la interpretación constitucional solicitada en el caso de autos. Así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz manifiesta su disenso del fallo que antecede, razón por la cual, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

1. La Sala se planteó, en primer lugar, *“¿puede enmendarse la Constitución con el objeto de permitir la reelección sucesiva de los gobernantes, sin que ello suponga una afectación al principio de alternabilidad en el ejercicio del poder”*. Como respuesta, después de un análisis comparativo entre las figuras de la enmienda constitucional y la reforma constitucional, para *“dilucidar si la modificación constitucional en comentarios supone afectación alguna de esa estructura fundamental invulnerable de la Constitución”*, *“estim(ó) pertinente reiterar las consideraciones vertidas mediante fallo n°. 1488/2006, caso: Consejo Nacional Electoral, ratificadas en sentencia n° 2413/2006, caso: Caja de Ahorros del Sector Empleados Públicos, respecto del instituto de la reelección”* para el arribo a la conclusión de que *“la eliminación de la causal de inelegibilidad para el ejercicio de cargos públicos derivada de su ejercicio previo por parte de cualquier ciudadano, de modo alguno trastoca el principio de alternabilidad en el ejercicio del poder”*.

1.1 Ahora bien, los fallos 1.488 y 2.413, de 2006 y 1.974/2007, declararon 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 Justicia y Derecho que estableció el Constituyente en 1999”*, aserto que se compartió entonces y se comparte ahora y que resulta cualitativamente (más que cuantitativamente) distinto cuando se añade el adjetivo *“sucesiva”* (o continua, como se hace ahora), porque una tal reelección, sin límite temporal alguno, contradice en forma insalvable, como se argumentará infra, el carácter alternativo –que no alternable– que tiene y tendrá siempre el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen, de conformidad con el artículo 6 de su Constitución.

1.2 Resulta indispensable precisar cuál fue el *thema decidendum* en los casos que la mayoría invocó:

Lo que fue sometido a conocimiento, en revisión, de esta Sala, cuando dictó el acto jurisdiccional n.º 1.488/2006, fue una sentencia de la Sala Electoral que se pronunció acerca del deber de determinados funcionarios públicos, en determinadas circunstancias, de separarse o no de los cargos públicos que estuvieran ejerciendo para el momento de una nueva postulación, como condición de elegibilidad, con base en una interpretación de las normas electorales aplicables que el solicitante de la revisión de entonces objetó. La lectura de ambas decisiones, revela que ninguna de las partes del juicio electoral ni de quienes intervinieron en el constitucional, objetaron la posibilidad de reelección en el ordenamiento jurídico venezolano, razón por la cual no era ese el tema a ser resuelto sino, como se explicó, si un ciudadano que, para el momento de su postulación como candidato a alcalde, era un “*funcionario de mayor rango*” en el gobierno municipal saliente, tenía o no el deber de separación del cargo antes de ser postulado.

Por su parte, la sentencia n.º 2.413/2006, también se contrajo a la revisión -que negó- de una sentencia de la Sala Electoral (n.º 73/2006) que juzgó una pretensión contenciosa electoral que tuvo por objeto la denuncia de que un ciudadano, que había sido electo Presidente del Consejo de Administración de la Caja de Ahorro Sector Empleados Públicos CASEP, se encontraba incurso en una causal de inelegibilidad porque venía ocupando ese mismo cargo en la Junta Directiva durante los dos lapsos anteriores, situación que le impedía optar a un nuevo período, de conformidad con el artículo 34 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares (que dispone que los miembros del Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia y delegados, principales o suplentes, electos por dos períodos consecutivos, independientemente de las funciones que desempeñasen, no podrán optar a cargos en ningún Consejo o de delegado, mientras no haya transcurrido el lapso de tres años desde su última gestión) y lo que había decidido la Sala Electoral en su sentencia n.º 167/2003. Los interesados en la defensa de la legalidad de la elección señalaron que no era cierto que el presidente electo de aquella Caja se encontrase inmerso en inelegibilidad porque la Superintendencia de Cajas de Ahorro había dictado una resolución en la cual resolvió que los directivos de las Cajas de Ahorro que se encontraran desempeñando su cargo por haber sido electos bajo la vigencia de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, podían optar nuevamente a lugares dentro de la Junta Directiva de la Caja de Ahorro a la cual pertenecerían, sin que se les aplicase el supuesto del artículo 34 de la entonces novísima Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares.

La Sala Electoral declaró con lugar la demanda porque:

..., la Superintendencia de Cajas de Ahorro, a través de la Resolución N° DS-OAL-7864, pretende innovar e inclusive contradecir lo establecido por el legislador en el artículo 34 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares, bajo un absurdo argumento de que la nueva Ley amplió el período de los *miembros del Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia, delegados, principales y suplentes* en las Cajas de Ahorro. Es de hacer notar, que la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, que es aquella derogada por la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares, establecía un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica similar a la que consagra el citado artículo 34, ya que dicha Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro establecía en su artículo 32, que los *miembros del Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia, delegados, principales y suplentes* en las Cajas de Ahorro, que hayan sido electos por dos períodos consecutivos, para poder optar a un nuevo cargo debían dejar transcurrir un lapso de un (1) año, contados a partir de su última gestión.

Respecto de aquélla decisión judicial de esta Sala, el acá y ahora salvante, en voto concurrente, declaró:

..., 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.º 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.º 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. (Subrayado añadido).

Lo mismo tuvo que expresar quien discrepa cuando se aprobó, por mayoría, la sentencia n.º 1974/2007, en la que, a pesar de que se declaró la inadmisión de la demanda (de amparo), por la falta de actualidad y factibilidad del hecho futuro que se denunció como lesivo (“*la presunta amenaza del (...) Principio de Alternabilidad (...)*”, que se derivaría de la posible aprobación por parte de la Asamblea Nacional del Proyecto de Reforma Constitucional, presentado por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela”), la Sala fue más allá y ratificó las decisiones que antes se mencionaron.

De acuerdo con los principios universales que rigen la actividad judicial de los tribunales constitucionales cuyas decisiones son vinculantes (todos, en los sistemas de control difuso de constitucionalidad –por la vía del principio del *stare decisis*- y solo uno en los sistemas de control concentrado o, como el nuestro, mixto), *la parte vinculante de la motivación de las sentencias constitucionales se limita a la ratio decidendi* (“razón para decidir”), *vale decir, los razonamientos interpretativos de normas, principios y/o valores constitucionales indispensables para la resolución del caso concreto.* Por el contrario, toda consideración adicional, especialmente si es ajena al punto que debía resolverse, constituye *obiter dicta* (“dicho de paso”) y, como tal, no es vinculante.

Así, la sentencia que se comenta declaró que no había lugar a la revisión del veredicto de la Sala Electoral porque se ajustaba a derecho, pero decidió añadir consideraciones acerca de la posibilidad de reelección sucesiva para el ejercicio de cargos públicos, lo cual no fue materia de controversia de modo que, se concuerde o no con los criterios que allí se vertieron, ellos *no son vinculantes*. En todo caso, la lectura de ese fallo revela que, además de que se apartó ostensiblemente del tema que debía ser decidido, la Sala construyó su argumento a través de citas del acto de juzgamiento a que se hizo referencia, el n.º 1.488/2006 –que, como ya se apuntó, se sólo se pronunció sobre la posibilidad de reelección por oposición a la imposibilidad de la misma- y de ellos, en forma inconexa, concluyó que, “... *de conformidad con las consideraciones antes expuestas, 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.*” (Subrayado añadido).

Basta la lectura del acto jurisdiccional para que se aprecie la incongruencia de la conclusión respecto a las consideraciones que venían de ser expuestas, conclusión que tuvo por

finalidad –dijo la mayoría sentenciadora- rebatir las siguientes afirmaciones que había hecho la Sala Electoral, que tampoco eran parte de la *ratio decidendi* de su decisión, sino un refuerzo de su conclusión acerca de la ilegalidad de la resolución administrativa que estaba examinando:

Esta voluntad legislativa sobre la alternabilidad en los cargos, no es exclusiva para el caso de los miembros de los Consejos de Administración, Consejos de Vigilancia, delegados, principales y suplentes en las Cajas de Ahorro, sino que se extiende para todos aquellos cargos de elección popular, encontrándonos que estas inhabilitaciones para reelecciones perpetuas las ha consagrado nuestro ordenamiento jurídico desde su nacimiento. Así lo ha dejado sentado esta Sala Electoral en sentencias previas, y en este sentido podemos hacer referencia a la sentencia N° 51 del 18 de marzo de 2002, donde se señaló lo siguiente:

“A este respecto, es necesario tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico desde su Constitución de 1830, ha erigido como principio general y presupuesto democrático, la ‘alternabilidad’, es decir el ejercicio sucesivo de un cargo por personas distintas, pertenezcan o no a un mismo partido. En este contexto, el término ‘reelección’, alude a la posibilidad de que un funcionario sometido a elección pública, cuyo ejercicio se encuentre sujeto a un período previamente determinado o renovación periódica, pueda ser nuevamente postulado y electo una o más veces a la misma posición de Derecho (Cfr. NOHLEN, Dieter: La Reelección. En VVAA: ‘Tratado Electoral Comparado de América Latina’. Fondo de Cultura Económica y otros. México, 1998. pp. 140 y ss.)

Este calificado ‘derecho’ de reelección, aunque justificado como un mecanismo de extensión del buen gobierno, podría desvirtuarse y convertirse en una grave amenaza para la democracia: las ansias de perpetuación en el poder (continuismo), así como la evidente ventaja en los procesos electorales de quien ocupa el cargo y a su vez es candidato a ocupar el mismo, han producido tanto en Venezuela como en el resto de Hispanoamérica un profundo rechazo a la figura de la reelección. En el caso de la designación del Presidente de la República o el funcionario equivalente, esta desaprobación se ha traducido en rigurosas provisiones constitucionales, así, por ejemplo, en las Constituciones venezolanas de 1830, 1858, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1936, 1945 y 1947, se prohibía la reelección inmediata para el período constitucional inmediatamente siguiente; la Constitución de 1961 prohibía la reelección hasta por diez años o dos períodos constitucionales después de la terminación del mandato, y actualmente, la Constitución de 1999, optando por una modalidad distinta para resguardar la alternabilidad, establece en su artículo 230: ‘...El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido, de inmediato y por una sola vez, para un período adicional’(...).”

Como se observa en la anterior cita jurisprudencial, la prohibición de reelección sucesiva se presenta como una técnica de control legislativo derivada en la inconveniencia de que un ciudadano se perpetúe en el poder, pretendiendo, entre otras cosas, restar capacidad de influencia a quien lo ha ejercido, y sobre todo preservar la necesidad de que los aspirantes estén en un mismo pie de igualdad y que los funcionarios electos no distraigan sus esfuerzos y atención en asuntos diferentes a la completa y cabal realización de su gestión.

1.3 Una vez que se ha descartado el supuesto carácter vinculante de los criterios que se comentaron, se debe añadir una precisión fundamental: así como no es lo mismo reelección que reelección sucesiva o continua, tampoco es lo mismo reelección sucesiva que reelección sucesiva *permanente*, es decir, *sin límite temporal*.

Esta afirmación no sólo se explica por sí misma, sino que descarta la coherencia de las consecuencias que han pretendido extraerse de los precedentes jurisprudenciales a que se ha hecho referencia con ellos mismos y con las fuentes de las cuales dijo nutrirse.

En efecto, cuando dictó la sentencia n.º 1.488/2006, la Sala pretendió apoyarse en expresiones de HAMILTON en *El Federalista*, a favor de la reelección. La palabra reelección sólo se menciona una vez en esos textos fundamentales (*El Federalista* n.º 68, “El modo de

elegir al Presidente”, miércoles 12 de marzo de 1788), para destacar que la reelección presidencial debía depender de la voluntad popular *por oposición a que dependiese de otros actores políticos*, para evitar que el Presidente se viese tentado al sacrificio de su deber para complacencia de aquellos cuyo favor le fuese necesario. No se planteó en *El Federalista*, ni siquiera tangencialmente, la posibilidad de reelecciones sucesivas continuas. Recuérdese que el sistema constitucional de los Estados Unidos de América permite la reelección presidencial *por una sola vez*.

Precisamente a un límite temporal semejante le dio mucha importancia la Corte Constitucional colombiana en su fallo C-1040/05 -del que también echó mano esta Sala Constitucional pero con omisión de tan relevante detalle- cuando llegó a la conclusión de que: *“Para la Corte permitir la reelección presidencial -por una sola vez y acompañada de una ley estatutaria para garantizar los derechos de la oposición y la equidad en la campaña presidencial- es una reforma que no sustituye la Constitución de 1991 por una opuesta o integralmente diferente.”* A todo lo largo de ese veredicto, cuando se habla de la reelección presidencial, se añade la precisión: “por una sola vez”. Además, puso de relieve que: *“... el acto legislativo acusado establece de manera general y abstracta que ‘nadie podrá ser reelegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos’ y, como disposición transitoria que ‘quien ejerza o haya ejercido la Presidencia de la República antes de la vigencia del presente Acto Legislativo sólo podrá ser elegido para un nuevo período presidencial.’* También puede leerse en ese acto decisorio que: *“Por lo demás, como quiera que sólo puede haber una reelección, de todas maneras, en el período siguiente el juego se dará entre ciudadanos iguales, con lo cual el sistema, tal como está previsto en el Acto Legislativo 2 de 2004, atiende a la necesidad de garantizar la alternancia en el poder, no solo mediante el expediente de establecer un pronunciamiento periódico del electorado, sino, adicionalmente, estableciendo un límite absoluto al término durante el cual una misma persona puede ejercer como Presidente de la República”* (Subrayado añadido).

Desde otra perspectiva, resulta muy ilustrativa la lectura del siguiente extracto del acto decisorio que se comenta:

En relación con la forma de Estado se tiene que, con o sin reelección presidencial inmediata, Colombia sigue siendo un Estado social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista. Ninguno de esos elementos definitorios de la forma que adopta el Estado colombiano puede tenerse como suprimido, subvertido o integralmente sustituido en razón a que, por virtud del acto legislativo acusado, hoy en Colombia se permite la reelección presidencial, eventualidad que estaba proscrita en la Constitución de 1991.

1.4 La Corte Constitucional colombiana llegó a la conclusión de que el proyecto de reforma constitucional que le fue presentado para su examen no subvertía ninguno de los elementos definitorios de la forma que adopta el Estado Colombiano. Esa es la clave ¿Cuáles son los elementos definitorios que adopta la República Bolivariana de Venezuela?

De conformidad con el Título I, Principios Fundamentales, de la Constitución, la República Bolivariana de Venezuela *“es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador”* (artículo 1) y su gobierno, así como el de las entidades políticas que la componen *“es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”* (artículo 6).

Por lo que respecta a la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador, se impone el recuerdo de sus palabras en el Congreso de Angostura, ampliamente conocidas, en las que se refirió, entre otros temas, a la necesidad de fuesen otros y *no él*, quienes dirigieran la Patria; él que-

daría sólo al servicio de las armas, “*mientras haya enemigos en Venezuela*”. Así, *haciendo referencia a él mismo* y no a alguna tiranía nacional o extranjera, *cuando dijo que renunciaba al gobierno para siempre*, exclamó: “*¡Legisladores! Yo deposito en vuestras manos el mando supremo de Venezuela (...) Multitud de beneméritos hijos tiene la Patria, capaces de dirigirla*” y, luego, pronunció la celeberrima sentencia:

... nada es tan peligroso como dejar permanecer largo tiempo en un mismo ciudadano el poder. El pueblo se acostumbra a obedecerle y él se acostumbra a mandarlo. (...) nuestros ciudadanos deben temer con sobrada justicia que el mismo Magistrado, que los ha mandado mucho tiempo, los mande perpetuamente.

Ya decían los romanos, *in claris non fit interpretatio*.

En cuanto a los principios fundamentales, es pertinente la reiteración de que el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela “*es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables*”.

1.4.1 ¿Qué significa que el gobierno *es y será siempre*...?

Según explica AMBROSIO OROPEZA (en referencia a la misma expresión en el artículo 2 de la Constitución de 1961):

La inmutabilidad que envuelven las expresiones aludidas no es una invención del Congreso que elaboró la Carta de 1961. La fórmula se remonta a 1830 y permanece inalterable hasta la Constitución de 1964 (*rectius*: 1864), que la suprime. La restablece la constitución dictatorial de 1901 y la reproducen las posteriores hasta la de 1847, (...).

¿Cuál valor hay que atribuir a la perpetuidad que la actual Carta, inspirada en anteriores constituciones, establece para las formas de gobierno? (...), un examen atento a las disposiciones sobre enmienda y reforma de la nueva constitución, suministra quizá el criterio más razonable para decidir acerca de la cuestión planteada. Aunque los textos mencionados no excluyen la posibilidad de enmendar o reformar ninguno de los preceptos constitucionales, la prohibición del artículo 2° de cambiar las formas de gobierno es una limitación inderogable para el constituyente que emprende una revisión parcial de la ley fundamental. En tal virtud, ninguna validez tendría, aunque se cumplieran todas las formalidades sobre enmienda que establece el artículo 245 de la Constitución, una modificación que desconociera el mandato imperativo que prohíbe el cambio de las formas de gobierno. Por ello no sería admisible una proposición ni en el Congreso ni en las Asambleas Legislativas de los Estados en el sentido de modificar, alterar o suprimir las características del gobierno venezolano, porque ellas “son y serán siempre” las que establece el artículo 2°. (*La Nueva Constitución Venezolana 1961*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. N.º 24, Caracas, 1986, pp. 176 y 177).

1.4.2 ¿Qué significa que el gobierno *es y será siempre alternativo*?

Según el Diccionario de la Real Academia Española, *alternativo* es un adjetivo que significa “*que se dice, hace o sucede con alternación*”; *alternación* es “*acción de alternar*” y *alternar* –entre otros significados no relevantes en este contexto- es “*distribuir algo entre personas o cosas que se turnan sucesivamente*” (transitivo) y “*dicho de varias personas: Hacer o decir algo o desempeñar un cargo por turno*” (intransitivo). (Subrayado añadido).

Así, como ilustra, en primer lugar, la lectura más elemental, la del diccionario, *la posibilidad de reelección de los funcionarios de elección popular sin ningún límite temporal, o con uno demasiado largo, es incompatible, en forma insalvable, con un gobierno alternativo*. La alternatividad en el marco de nuestra Constitución, en sencillas palabras de HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, “*se refiere a la negación de la continuidad indefinida en el ejercicio del Poder, y la necesidad de que en el mismo se sucedan nuevos titulares.*” (*Análisis de la*

Constitución venezolana de 1999, Editorial Ex Libris, Caracas, 2002, 2da. reimpresión, p.103). (Subrayado añadido).

En su análisis de las Instituciones Constitucionales del Estado Venezolano, cuando se detiene en la forma de gobierno, el Magistrado Emérito de este Alto Tribunal, el constitucionalista HUMBERTO J. LA ROCHE, enseña que:

..., el *Gobierno Venezolano es alternativo*. Es ésa otra consecuencia del sistema democrático./(...) se establecen rigurosas normas de inelegibilidad en esa materia. La razón de la disposición fundamental que comentamos, estriba en el continuismo que se ha pretendido crear como escuela para dichos mandatarios. Sobre todo, cuando la tendencia dictatorial ha pretendido sentar sus reales en el dilatado panorama de nuestra geografía. (...)

La Constitución de 1953 estatuye que el Gobierno es alternativo. Sin embargo, dicha alternabilidad rigió sólo para el mandato. No se estampó ninguna prohibición expresa a la reelección en dicho texto. Como consecuencia de esto, para las elecciones de 1958 el Poder Legislativo dictó en 1957 una Ley Electoral, convocando a un plebiscito a fin de que el pueblo opinara si convenía la reelección del Presidente de la República o era adversario de la misma.

El plebiscito fue favorable. Digamos de paso que dicha Ley adolecía de una serie de fallas que condujeron a amañar el proceso electoral. La falta de Registro previo en los electores, la incapacidad del votante para seleccionar su candidato, etc., fueron circunstancias que ineluctablemente contribuyeron a dar al traste con el Gobierno.

Y cuando la aurora del 23 de enero de 1958 despuntó, el país consideró necesario estudiar los medios necesarios para evitar que nuestro gobierno cayera bajo la égida del continuismo. En esa línea de pensamiento, al debatirse, tanto la Comisión Redactora de la Constitución de 1961, como en el propio congreso el problema de la reelección presidencial, dos tendencias afloraron al tapete público: la que sustentaba el criterio de permitir la reelección, es decir, de la alternabilidad del mandato, pero no de la persona, y la partidaria de la prohibición absoluta, de suerte que el Presidente quedaba incapacitado para postularse nuevamente. De la confrontación entre estas dos opciones, surgió una tercera, como especie de compromiso, en el sentido de prohibir la reelección para el período inmediato siguiente y para el subsiguiente. Es decir, prorrogar el lapso de no reelección a diez años. Así se disminuiría el peligro de reelecciones sucesivas, lo cual podría degenerar en continuismo estéril y nefasto para el país. (*Instituciones Constitucionales del Estado Venezolano*. Universidad del Zulia. Novena Edición, Maracaibo, 1984, pp. 338 a 340).

Por otra parte, la Base Comicial Octava para el referendun consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente que se celebró en 1999, cuyo carácter *supraconstitucional* fue declarado por este Tribunal Supremo de Justicia en varias decisiones (*Vid.* por todas, s.S.P.-C.S.J. de 06-10-1999, caso: *Henrique Capriles Radonsky*), reza:

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

Ya se señaló como, durante nuestra historia republicana, en fórmula que se repite casi ininterrumpidamente desde 1830, nuestros constituyentes han considerado como nota esencial y, por tanto, *intangible* de nuestro gobierno, la alternatividad, que no puede ser confundida con alternabilidad como mera posibilidad. Ello la hace, de conformidad con la jurisprudencia que se citó, un principio *supraconstitucional*.

Con fundamento en los razonamientos que anteceden, no puede sino rechazarse, por inconstitucional, la conclusión mayoritaria según la cual *“la eliminación de la causal de inele-*

gibilidad para el ejercicio de cargos públicos derivada de su ejercicio previo por parte de cualquier ciudadano, de modo alguno trastoca el principio de alternabilidad en el ejercicio del poder”.

2. En segundo lugar, la Sala se pronunció acerca de si “¿estaría sujeta tal modificación [la que se contrae a la enmienda aprobatoria de la reelección sucesiva de los gobernantes] a las mismas restricciones previstas en el artículo 345 de la Constitución para la reforma?”, respecto de lo cual estimó que la respuesta debía ser negativa porque existen diferencias sustanciales entre la enmienda y la reforma –la primera más puntual, “incapaz de afectar en medida alguna su estructura fundamental [la de la Constitución]” y la segunda “más omni-comprehensiva”- que determinan que, “en atención a sus alcances”, la reforma tenga una tramitación más compleja, por lo que la limitante temporal que recoge el artículo 345 constitucional no puede aplicarse por analogía al caso de la enmienda constitucional, lo cual, además, “supondría la aplicación extensiva de una barrera al derecho a la libre participación política de los titulares de la iniciativa constituyente”.

En criterio del salvante, la tesis según la cual nada obsta para que una propuesta que hubiere sido rechazada en referendo popular se presente de nuevo al cuerpo electoral a través de una vía de modificación de la Constitución distinta de la que hubiere sido elegida en primer lugar, no resiste ningún análisis, ni lógico, ni gramatical, ni sistemático; sobretodo, no resiste el análisis teleológico.

Por su amplio desarrollo, no se discute ya la llamada tesis de los “actos reeditados”, según la cual, una vez que se haya declarado la nulidad de un determinado acto jurídico, no se puede burlar dicha declaratoria a través de la emisión de otro de igual contenido sustancial; “[s]e trata de entender inconstitucional no sólo un artículo concreto (con un determinado número, publicado en determinada Gaceta), sino una disposición concreta” dijo esta Sala Constitucional en sentencia n.º 728-050406, caso; *Sonia Sgambatti*.

Al respecto, ya antes había sostenido:

La nulidad declarada sigue vigente, sin que pueda volverse a discutir a guisa de reedición de la ley o nueva aprobación por el órgano legislativo.

De ocurrir tal situación, reedición o nueva aprobación, ¿será necesario que se incoe nuevo juicio de nulidad contra la norma inconstitucional?

La Sala observa que conforme a disposición expresa contenida en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la nulidad por inconstitucionalidad es de orden público, y en el proceso la Sala Constitucional puede suplir de oficio las deficiencias o falta de técnica del recurrente.

Siendo la materia de orden público, y siendo a su vez el Tribunal Supremo de Justicia el garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales (artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela); estando facultado la Sala Constitucional para establecer interpretaciones vinculantes sobre el contenido y alcance de los principios constitucionales, la Sala considera que los efectos de la cosa juzgada que declare la nulidad, operan de pleno derecho, sin que reediciones, o la aprobación de nuevas leyes que dupliquen lo anulado, puedan menoscabar la cosa juzgada, y que por tanto, de oficio, -como aplicación de la institución de la cosa juzgada y sus efectos extensivos- dentro del proceso donde se dictó la nulidad, puede anular cualquier ley o acto que contradiga la cosa juzgada, limitándose, sin necesidad de citar a nadie, a cotejar lo declarado en la sentencia con las nuevas disposiciones que reproducen las anuladas, una vez que por cualquier vía constatare la existencia del desacato a la nulidad declarada.

A juicio de esta Sala, ante la situación objetiva que se comprueba con la confrontación que demuestra la identidad entre lo anulado y lo reeditado, y como preservación de la cosa juzgada, no hace falta citar a nadie, sino verificar su burla” (s.S.C. n.º 181 de 16-02-06).

En el ámbito del Derecho Administrativo, la jurisprudencia pacífica ha señalado que un “acto reeditado” es aquel que “se presenta idéntico en su contenido y finalidad a uno precedentemente dictado por la misma autoridad, o por otra de su propia esfera de competencias, cuyo objetivo se presume constituido por la intención del órgano autor del acto de reafirmar el contenido de su decisión originaria cuando ya han operado los mecanismos para el ejercicio del control de la legitimidad ante el organismo competente (...)” (s.S.P-A.-C.S.J. de 09-06-98, caso: *Aerovías Venezolanas, S.A. [AVENSA]*).

El razonamiento que explica la figura es aplicable al problema que fue planteado por el solicitante de la interpretación: cuando ya se ha manifestado la voluntad popular acerca de una modificación a la Constitución en un período determinado, no corresponde inquirir, en el mismo período, si, por ventura, habrá cambiado de opinión, ya que la finalidad de las normas constitucionales que garantizaban su participación –determinante– en la toma de esta decisión habría sido satisfecha; sería una burla al sistema, a esa voluntad expresada legítimamente, que se pudiera seguir sometiendo el mismo punto, por distintas vías, como si aquella voluntad no tuviese ningún valor.

Lo que se aprueba o no es determinada modificación de la Constitución (la *disposición*), no la forma de esa modificación (el *artículo*). En el caso concreto, ya la mayoría de los venezolanos rechazó la reelección sucesiva indefinida como sistema de gobierno (y, como se analizó *supra*, si la hubiera aprobado ello habría sido inconstitucional por contrario a los principios fundacionales inamovibles y supraconstitucionales de la República); de modo que, por respeto a esa voluntad, sin el cual de nada habría valido su participación y legítima manifestación; por el efecto vinculante de esa voluntad soberana, no puede ser consultado sobre el mismo punto, al menos no dentro de un mismo período constitucional.

La mayoría sostuvo que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no fijó el mismo límite temporal para las propuestas de reforma que para las propuestas de enmiendas; ¿debe entenderse entonces que un mismo asunto podría ser planteado *ad infinitum* y sin ningún límite a través de enmiendas? La respuesta negativa, por obvia, no requiere de argumentación ¿Qué estabilidad ofrecería un sistema democrático de tales características? ¿Qué incentivo para su participación tendría un ciudadano que sabe que, independientemente de que la opinión mayoritaria se exprese en determinado sentido, esa opinión no tiene ningún carácter vinculante? ¿Es concebible que las decisiones de las asambleas de ciudadanos tengan, a texto expreso de la Constitución, carácter vinculante (artículo 70) y las resultas de un referendo para la modificación de la Constitución no?

¿Podrá el sector que adverse la propuesta que gane el referendo a celebrarse próximamente proponer, al día siguiente, que se sometan a nueva enmienda las normas que resulten de esa consulta (las vigentes, en caso improbatório y las enmendadas, en caso aprobatorio)?

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, amplísima en materia de participación en los asuntos públicos –desde la actividad administrativa hasta la reforma constitucional–, sería letra muerta si las resultas de esa participación fuesen inocuas porque carecieran de fuerza alguna para su imposición, dentro de los límites, claro está, de cada fórmula participativa (consultiva, aprobatoria, improbatória), de modo que la interpretación sistémica de las normas constitucionales, especialmente de las que garantizan la participación, imponen la única interpretación cónsona con el valor que resguardan: es irrelevante cómo se haga una propuesta de reforma (en sentido lato) de las normas constitucionales, una vez que esa proposición ha sido aprobada o improbatória en la forma que la Constitución preceptúa, es vinculante durante el período constitucional en que se hubiere sometido a referendo.

En consecuencia, la posibilidad de la reelección sucesiva continua no puede volver a someterse a consulta de quien ya manifestó su voluntad al respecto dentro de este período constitucional, ni a través de la reforma a que se refieren los artículos 342 y siguientes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ni por medio de la enmienda que regulan los artículos 340 y 341 *eiusdem* y así ha debido ser declarado.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

TSJ-SC (49)

3-2-2009

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Amante Vero Crincoli Paternostro. (Interpretación de los artículos 340, 342 y 345 de la Constitución).

Sí se puede plantear mediante una Propuesta de Enmienda Constitucional lo que fue el contenido o parte del contenido de una Propuesta de Reforma Constitucional desaprobada. Esa nueva Propuesta, para que resulte inválida, ha de haberse planteado en el mismo período constitucional de la Asamblea Nacional que aprobó la primera Propuesta.

El texto de dicho precepto es el siguiente:

“Artículo 345. Se declarará aprobada la Reforma Constitucional si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos. La iniciativa de Reforma Constitucional que no sea aprobada, no podrá presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional.”

En concreto, la interrogante que le surge al solicitante es si el contenido de la Propuesta de Reforma Constitucional desaprobada puede plantearse nuevamente a través de una Propuesta de Enmienda Constitucional.

En un lenguaje técnico, la pregunta es si la prohibición o la negación de competencia prevista en el segundo enunciado del artículo 345 de la Constitución, según la cual “*no podrá presentarse de nuevo*” una Propuesta de Reforma Constitucional que fue desaprobada, se refiere tanto al Procedimiento de Reforma Constitucional contenido en el Capítulo II del Título IX de la Constitución como al Procedimiento de Enmienda Constitucional previsto en el Capítulo I del mismo Título.

Esta Sala estima que sí se puede plantear mediante una Propuesta de Enmienda Constitucional lo que fue el contenido o parte del contenido de una Propuesta de Reforma Constitucional desaprobada.

En otras palabras, la Sala aprecia que sobre la base de dicho precepto no se declarararía la invalidez de una Propuesta de Enmienda Constitucional cuyo contenido sea idéntico en su significado al de una Propuesta de Reforma Constitucional previamente desaprobada por el cuerpo electoral en el marco de un Procedimiento de Reforma Constitucional.

Tal convicción es el resultado de un trabajo de elaboración de un texto interpretativo que se fija como objetivo establecer el sentido total de la norma sujeta a interpretación. El sentido total es “*el que tiene un enunciado en sí mismo, pero atendiendo además al conjunto de circunstancias que rodean la formulación del enunciado*” (Ver: Hernández Marín, Rafael, *Interpretación, Subsunción y Aplicación del Derecho*, p. 35). El sentido total sería aquél que se obtendría luego de un proceso de comprensión textual en el que ha de hacerse uso de elementos literales y sistemáticos.

Para alcanzar tal grado de comprensión es necesario tomar en cuenta, si no todos, la mayor parte de los siguientes elementos: los usos de los términos que componen la norma objeto de interpretación; las conexiones que se dan entre los términos que forman dicha norma; los referentes a que alude, entre los que se cuentan las demás normas que están en relación con dicho precepto; así como la ubicación de la disposición jurídica en el entramado al que pertenece (por ejemplo, su ubicación en un capítulo o título y sus conexiones con otros dispositivos contenidos en el propio texto u otro perteneciente al mismo Ordenamiento Jurídico). Ello es necesario porque, como afirma una frase recogida por Engisch, “*en el momento en que alguien aplica un artículo de un Código, está aplicando todo el Código*”. Parafraseando dicha afirmación, la Sala considera que *en el momento en que interpreta un artículo de la Constitución está obligada a interpretar toda la Constitución* si es que desea que su labor hermenéutica arroje un resultado correcto a la luz de las reglas y principios del Ordenamiento Jurídico Constitucional (Ver al respecto: Engisch, Karl, *Introducción al Pensamiento Jurídico*, p. 76).

Con este fin, es necesario aclarar en primer lugar que el artículo 345 de la Constitución contiene dos enunciados jurídicos, cada uno en una oración distinta. La primera establece que se declarará aprobada la Reforma Constitucional si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos. La segunda oración contiene el enunciado jurídico cuyo texto literal es el siguiente: “*La iniciativa de Reforma Constitucional que no sea aprobada, no podrá presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional*”.

Como en buena parte de los enunciados jurídicos, en ellos se advierte un contenido normativo que se denomina “supuesto de hecho”, y otro contenido normativo que se denomina “consecuencia jurídica”. Los elementos evidentes del supuesto de hecho del segundo enunciado del artículo 345 de la Constitución antes citado son los siguientes: a) la ocurrencia de una desaprobación de una Propuesta de Reforma Constitucional; b) la presentación de una Propuesta de Reforma Constitucional ante la Asamblea Nacional por Iniciativa de cualquiera de los sujetos a que se refiere el artículo 342 de la Constitución; c) y el advenimiento de un nuevo período constitucional. Por su parte, la consecuencia jurídica de dicho enunciado impone una declaración de invalidez de la nueva Propuesta de Reforma Constitucional en caso de darse los elementos apuntados del supuesto de hecho.

Como puede observarse, uno de los elementos del supuesto de hecho de dicha norma sancionatoria es que la nueva Propuesta de Reforma Constitucional sea presentada ante “*la Asamblea Nacional*”.

Es decir, para que opere la sanción según la cual una nueva Propuesta de Reforma Constitucional similar a una anterior desaprobada se estime inválida, debe darse la circunstancia de que dicha nueva Propuesta hubiese sido presentada ante “*la Asamblea Nacional*”.

Ello evidencia que el redactor de este enunciado sólo tenía en mente, al momento de elaborar dicha norma, el Procedimiento de Reforma Constitucional y no el de Enmienda Constitucional, pues las únicas Propuestas de Revisión Constitucional que se presentan a la Asamblea Nacional son las de Reforma Constitucional.

Las de Enmienda, por el contrario, tal y como se desprende del artículo 341 de la Constitución, se presentan directamente al Consejo Nacional Electoral.

Es decir, la parte de la norma del artículo 345 de la Constitución que establece que para que opere la invalidez de la nueva Propuesta la misma ha debido presentarse ante “*a la Asamblea Nacional*”, impide que el intérprete entienda que la consecuencia jurídica de dicha

norma, es decir, la mencionada invalidez, sea aplicable a los casos en que lo que se presente sea una Propuesta de Enmienda Constitucional, y ello es así porque las Propuestas de Enmiendas Constitucionales no se presentan “a la Asamblea Nacional”, sino que se proponen directamente ante el Consejo Nacional Electoral. Por lo tanto, la consecuencia jurídica del artículo 345 sólo opera frente a una Propuesta de Reforma Constitucional y no frente a una Propuesta de Enmienda Constitucional.

Este examen de la norma en cuestión demuestra que dicho dispositivo está referido, tanto en lo que dispone como válido como en lo que dispone como no válido, sólo al Procedimiento de Reforma Constitucional y no al de Enmienda Constitucional. De allí que la invalidez a que se refiere no alcanza a una Propuesta de Enmienda Constitucional cuyo contenido sea similar al de una Propuesta de Reforma Constitucional desaprobada. Así se establece.

En segundo lugar, la expresión “Reforma Constitucional” que contiene la segunda oración del artículo 345 de la Constitución, debe interpretarse en el sentido de que dicha expresión alude al Procedimiento de Reforma Constitucional contenido en el Capítulo II del Título IX denominado “De la Reforma Constitucional”, y no al término genérico con que se designa el Título IX de la Constitución, el cual se denomina exactamente igual.

En concreto, lo que se afirma es que la Asamblea Nacional Constituyente utilizó la expresión “Reforma Constitucional” en dos sentidos distintos. En la denominación del Título IX (“De la Reforma Constitucional”), dicha expresión significaría “De la Revisión constitucional o del Poder de Reforma de la Constitución y de la Asamblea Nacional Constituyente”, lo que abarcaría la Enmienda Constitucional, la Reforma Constitucional en sentido estricto y la Asamblea Nacional Constituyente. En cambio, el Capítulo II, denominado “De la Reforma Constitucional”, debe entenderse referido al “Procedimiento Especial de Reforma Constitucional”.

Por tanto, cuando en el caso del artículo 345 de la Constitución, en el que conseguimos que se prohíbe o se entiende como inválida una Propuesta de Reforma de la Constitución que se someta nuevamente a la Asamblea Nacional, visto que dicho artículo se encuentra en el Capítulo II del Título IX, en el que se agruparon sólo las normas relativas al Procedimiento de Reforma Constitucional, la expresión según la cual el contenido del Proyecto desaprobado no debe presentarse “de nuevo”, debe interpretarse como alusiva al Procedimiento de Reforma Constitucional, es decir, que dicha prohibición sólo opera en caso de que la propuesta desaprobada se presente nuevamente mediante ese Procedimiento de Reforma.

Bien interpretado, el segundo enunciado del artículo 345 significaría que la iniciativa de Reforma Constitucional que no sea aprobada **no podrá presentarse de nuevo mediante el Procedimiento de Reforma Constitucional** en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional.

En consecuencia, según este argumento, la prohibición o declaración de invalidez de la Propuesta de Revisión Constitucional prevista en el artículo 345 de la Constitución vincula a las Propuestas de Reforma Constitucional y no a las de Enmienda Constitucional. Así se establece.

4.- Por último, y en cuanto a la solicitud de que esta Sala aclare a cuál período constitucional se refiere el artículo 345 de la Constitución, la Sala entiende, tal y como quedó explicado en el numeral anterior, que el segundo enunciado de dicho artículo se refiere en su supuesto de hecho a una Propuesta de Reforma Constitucional improbada por el cuerpo electoral, la cual debió ser tramitada ante la Asamblea Nacional, o partió de la propia Asamblea Nacional.

Con arreglo en dicho segundo enunciado se declararía inválida una nueva Propuesta con un contenido parcial o totalmente idéntico al desaprobado.

También se dice que dicha nueva Propuesta sujeta a una declaración de invalidez es de las que se tramitan ante la Asamblea Nacional.

Se entiende que esa nueva Propuesta, para que resulte inválida, ha de haberse planteado el mismo período constitucional de la Asamblea Nacional que aprobó la primera Propuesta, pues sería absurdo que se prohibiese la presentación de la nueva Propuesta ante una Asamblea Nacional con un período distinto. En fin, el Constituyente no quiso que durante el mismo período constitucional del Poder Legislativo Nacional se plantease más de una Propuesta de Reforma Constitucional.

Por tanto, el período constitucional vinculado por dicha norma es el de la Asamblea Nacional. Así se establece.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz manifiesta su disenso del fallo que antecede, razón por la cual, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

1. La Sala se planteó, en primer lugar, “*si la modificación constitucional planteada supone una afectación a la estructura fundamental de la Constitución*”. Como respuesta, “*estim(ó) pertinente reiterar las consideraciones vertidas en las sentencias núms. 1.488/2006, 2.413/2006 y 1.974/2007*” para el arribo a la conclusión de que “*la posibilidad de reelección continua no altera en forma alguna los valores democráticos que informan el ordenamiento jurídico constitucional*”.

1.1 Ahora bien, los fallos 1.488 y 2.413, de 2006 y 1.974/2007, declararon 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 Justicia y Derecho que estableció el Constituyente en 1999*”, aserto que se compartió entonces y se comparte ahora y que resulta cualitativamente (más que cuantitativamente) distinto cuando se añade el adjetivo “*sucesiva*” (o continua, como se hace ahora), porque una tal reelección, sin límite temporal alguno, contradice en forma insalvable, como se argumentará *infra*, el carácter alternativo –que no alternable– que tiene y *tendrá siempre* el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen, de conformidad con el artículo 6 de su Constitución.

1.2 Resulta indispensable precisar cuál fue el *thema decidendum* en los casos que la mayoría invocó:

Lo que fue sometido a conocimiento, en revisión, de esta Sala, cuando dictó el acto jurisdiccional n.º 1.488/2006, fue una sentencia de la Sala Electoral que se pronunció acerca del deber de determinados funcionarios públicos, en determinadas circunstancias, de separarse o no de los cargos públicos que estuvieran ejerciendo para el momento de una nueva postulación, como condición de elegibilidad, con base en una interpretación de las normas electorales aplicables que el solicitante de la revisión de entonces objetó. La lectura de ambas decisiones, revela que ninguna de las partes del juicio electoral ni de quienes intervinieron en el constitucional, objetaron la posibilidad de reelección en el ordenamiento jurídico venezolano, razón por la cual no era ese el tema a ser resuelto sino, como se explicó, si un ciudadano que, para el momento de su postulación como candidato a alcalde, era un “*funcionario de mayor rango*” en el gobierno municipal saliente, tenía o no el deber de separación del cargo antes de ser postulado.

Por su parte, la sentencia n.º 2.413/2006, también se contrajo a la revisión -que negó- de una sentencia de la Sala Electoral (n.º 73/2006) que juzgó una pretensión contenciosa electoral que tuvo por objeto la denuncia de que un ciudadano, que había sido electo Presidente del Consejo de Administración de la Caja de Ahorro Sector Empleados Públicos CASEP, se encontraba incurso en una causal de inelegibilidad porque venía ocupando ese mismo cargo en la Junta Directiva durante los dos lapsos anteriores, situación que le impedía optar a un nuevo período, de conformidad con el artículo 34 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares (que dispone que los miembros del Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia y delegados, principales o suplentes, electos por dos períodos consecutivos, independientemente de las funciones que desempeñasen, no podrán optar a cargos en ningún Consejo o de delegado, mientras no haya transcurrido el lapso de tres años desde su última gestión) y lo que había decidido la Sala Electoral en su sentencia n.º 167/2003. Los interesados en la defensa de la legalidad de la elección señalaron que no era cierto que el presidente electo de aquella Caja se encontrase inmerso en inelegibilidad porque la Superintendencia de Cajas de Ahorro había dictado una resolución en la cual resolvió que los directivos de las Cajas de Ahorro que se encontraran desempeñando su cargo por haber sido electos bajo la vigencia de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, podían optar nuevamente a lugares dentro de la Junta Directiva de la Caja de Ahorro a la cual pertenecerían, sin que se les aplicase el supuesto del artículo 34 de la entonces novísima Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares.

La Sala Electoral declaró con lugar la demanda porque:

..., la Superintendencia de Cajas de Ahorro, a través de la Resolución N° DS-OAL-7864, pretende innovar e inclusive contradecir lo establecido por el legislador en el artículo 34 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares, bajo un absurdo argumento de que la nueva Ley amplió el período de los *miembros del Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia, delegados, principales y suplentes* en las Cajas de Ahorro. Es de hacer notar, que la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, que es aquella derogada por la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares, establecía un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica similar a la que consagra el citado artículo 34, ya que dicha Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro establecía en su artículo 32, que los *miembros del Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia, delegados, principales y suplentes* en las Cajas de Ahorro, *que hayan sido electos por dos períodos consecutivos*, para poder optar a un nuevo cargo debían dejar transcurrir un lapso de un (1) año, contados a partir de su última gestión.

Respecto de aquella decisión judicial de esta Sala, el acá y ahora salvante, en voto concurrente, declaró:

..., 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.º. 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.º 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. (Subrayado añadido).

Lo mismo tuvo que expresar quien discrepa cuando se aprobó, por mayoría, la sentencia n.º 1974/2007, en la que, a pesar de que se declaró la inadmisión de la demanda (de amparo),

por la falta de actualidad y factibilidad del hecho futuro que se denunció como lesivo (“*la presunta amenaza del ‘(...) Principio de Alternabilidad (...)’, que se derivaría de la posible aprobación por parte de la Asamblea Nacional del Proyecto de Reforma Constitucional, presentado por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela*”), la Sala fue más allá y ratificó las decisiones que antes se mencionaron.

De acuerdo con los principios universales que rigen la actividad judicial de los tribunales constitucionales cuyas decisiones son vinculantes (todos, en los sistemas de control difuso de constitucionalidad –por la vía del principio del *stare decisis*- y solo uno en los sistemas de control concentrado o, como el nuestro, mixto), *la parte vinculante de la motivación de las sentencias constitucionales se limita a la ratio decidendi* (“razón para decidir”), *vale decir, los razonamientos interpretativos de normas, principios y/o valores constitucionales indispensables para la resolución del caso concreto*. Por el contrario, toda consideración adicional, especialmente si es ajena al punto que debía resolverse, constituye *obiter dicta* (“dicho de paso”) y, como tal, no es vinculante.

Así, la sentencia que se comenta declaró que no había lugar a la revisión del veredicto de la Sala Electoral porque se ajustaba a derecho, pero decidió añadir consideraciones acerca de la posibilidad de reelección sucesiva para el ejercicio de cargos públicos, lo cual no fue materia de controversia de modo que, se concuerde o no con los criterios que allí se vertieron, ellos *no son vinculantes*. En todo caso, la lectura de ese fallo revela que, además de que se apartó ostensiblemente del tema que debía ser decidido, la Sala construyó su argumento a través de citas del acto de juzgamiento a que se hizo referencia, el n.º 1.488/2006 –que, como ya se apuntó, se sólo se pronunció sobre la posibilidad de reelección por oposición a la imposibilidad de la misma- y de ellos, en forma inconexa, concluyó que, “... *de conformidad con las consideraciones antes expuestas, 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.*” (Subrayado añadido).

Basta la lectura del acto jurisdiccional para que se aprecie la incongruencia de la conclusión respecto a las consideraciones que venían de ser expuestas, conclusión que tuvo por finalidad –dijo la mayoría sentenciadora- rebatir las siguientes afirmaciones que había hecho la Sala Electoral, que tampoco eran parte de la *ratio decidendi* de su decisión, sino un refuerzo de su conclusión acerca de la ilegalidad de la resolución administrativa que estaba examinando:

Esta voluntad legislativa sobre la alternabilidad en los cargos, no es exclusiva para el caso de los miembros de los Consejos de Administración, Consejos de Vigilancia, delegados, principales y suplentes en las Cajas de Ahorro, sino que se extiende para todos aquellos cargos de elección popular, encontrándonos que estas inhabilitaciones para reelecciones perpetuas las ha consagrado nuestro ordenamiento jurídico desde su nacimiento. Así lo ha dejado sentado esta Sala Electoral en sentencias previas, y en este sentido podemos hacer referencia a la sentencia N° 51 del 18 de marzo de 2002, donde se señaló lo siguiente:

“A este respecto, es necesario tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico desde su Constitución de 1830, ha erigido como principio general y presupuesto democrático, la ‘alternabilidad’, es decir el ejercicio sucesivo de un cargo por personas distintas, pertenezcan o no a un mismo partido. En este contexto, el término ‘reelección’, alude a la posibilidad de que un funcionario sometido a elección pública, cuyo ejercicio se encuentre sujeto a un período previamente determinado o renovación periódica, pueda ser nuevamente postulado y

electo una o más veces a la misma posición de Derecho (Cfr. NOHLEN, Dieter: La Reelección. En VVAA: 'Tratado Electoral Comparado de América Latina'. Fondo de Cultura Económica y otros. México, 1998. pp. 140 y ss.)

Este calificado 'derecho' de reelección, aunque justificado como un mecanismo de extensión del buen gobierno, podría desvirtuarse y convertirse en una grave amenaza para la democracia: las ansias de perpetuación en el poder (continuismo), así como la evidente ventaja en los procesos electorales de quien ocupa el cargo y a su vez es candidato a ocupar el mismo, han producido tanto en Venezuela como en el resto de Hispanoamérica un profundo rechazo a la figura de la reelección. En el caso de la designación del Presidente de la República o el funcionario equivalente, esta desaprobación se ha traducido en rigurosas provisiones constitucionales, así, por ejemplo, en las Constituciones venezolanas de 1830, 1858, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1936, 1945 y 1947, se prohibía la reelección inmediata para el período constitucional inmediatamente siguiente; la Constitución de 1961 prohibía la reelección hasta por diez años o dos períodos constitucionales después de la terminación del mandato, y actualmente, la Constitución de 1999, optando por una modalidad distinta para resguardar la alternabilidad, establece en su artículo 230: '...El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido, de inmediato y por una sola vez, para un período adicional'(...)."

Como se observa en la anterior cita jurisprudencial, la prohibición de reelección sucesiva se presenta como una técnica de control legislativo derivada en la inconveniencia de que un ciudadano se perpetúe en el poder, pretendiendo, entre otras cosas, restar capacidad de influencia a quien lo ha ejercido, y sobre todo preservar la necesidad de que los aspirantes estén en un mismo pie de igualdad y que los funcionarios electos no distraigan sus esfuerzos y atención en asuntos diferentes a la completa y cabal realización de su gestión.

1.3 Una vez que se ha descartado el supuesto carácter vinculante de los criterios que se comentaron, se debe añadir una precisión fundamental: así como no es lo mismo reelección que reelección sucesiva o continua, tampoco es lo mismo reelección sucesiva que reelección sucesiva *permanente*, es decir, *sin límite temporal*.

Esta afirmación no sólo se explica por sí misma, sino que descarta la coherencia de las consecuencias que han pretendido extraerse de los precedentes jurisprudenciales a que se ha hecho referencia con ellos mismos y con las fuentes de las cuales dijo nutrirse.

En efecto, cuando dictó la sentencia n.º 1.488/2006, la Sala pretendió apoyarse en expresiones de HAMILTON en *El Federalista*, a favor de la reelección. La palabra reelección sólo se menciona una vez en esos textos fundamentales (*El Federalista* n.º 68, "El modo de elegir al Presidente", miércoles 12 de marzo de 1788), para destacar que la reelección presidencial debía depender de la voluntad popular *por oposición a que dependiese de otros actores políticos*, para evitar que el Presidente se viese tentado al sacrificio de su deber para complacencia de aquellos cuyo favor le fuese necesario. No se planteó en *El Federalista*, ni siquiera tangencialmente, la posibilidad de reelecciones sucesivas continuas. Recuérdese que el sistema constitucional de los Estados Unidos de América permite la reelección presidencial *por una sola vez*.

Precisamente a un límite temporal semejante le dio mucha importancia la Corte Constitucional colombiana en su fallo C-1040/05 -del que también echó mano esta Sala Constitucional pero con omisión de tan relevante detalle- cuando llegó a la conclusión de que: "Para la Corte permitir la reelección presidencial -por una sola vez y acompañada de una ley estatutaria para garantizar los derechos de la oposición y la equidad en la campaña presidencial- es una reforma que no sustituye la Constitución de 1991 por una opuesta o integralmente diferente." A todo lo largo de ese veredicto, cuando se habla de la reelección presidencial, se añade la precisión: "por una sola vez". Además, puso de relieve que: "... el acto legislativo acusado establece de manera general y abstracta que 'nadie podrá ser re-

elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos y, como disposición transitoria que 'quien ejerza o haya ejercido la Presidencia de la República antes de la vigencia del presente Acto Legislativo sólo podrá ser elegido para un nuevo período presidencial.' También puede leerse en ese acto decisorio que: "Por lo demás, como quiera que sólo puede haber una reelección, de todas maneras, en el período siguiente el juego se dará entre ciudadanos iguales, con lo cual el sistema, tal como está previsto en el Acto Legislativo 2 de 2004, atiende a la necesidad de garantizar la alternancia en el poder, no solo mediante el expediente de establecer un pronunciamiento periódico del electorado, sino, adicionalmente, estableciendo un límite absoluto al término durante el cual una misma persona puede ejercer como Presidente de la República" (Subrayado añadido).

Desde otra perspectiva, resulta muy ilustrativa la lectura del siguiente extracto del acto decisorio que se comenta:

En relación con la forma de Estado se tiene que, con o sin reelección presidencial inmediata, Colombia sigue siendo un Estado social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista. Ninguno de esos elementos definitorios de la forma que adopta el Estado colombiano puede tenerse como suprimido, subvertido o integralmente sustituido en razón a que, por virtud del acto legislativo acusado, hoy en Colombia se permite la reelección presidencial, eventualidad que estaba proscrita en la Constitución de 1991.

1.4 La Corte Constitucional colombiana llegó a la conclusión de que el proyecto de reforma constitucional que le fue presentado para su examen no subvertía ninguno de los elementos definitorios de la forma que adopta el Estado Colombiano. Esa es la clave ¿Cuáles son los elementos definitorios que adopta la República Bolivariana de Venezuela?

De conformidad con el Título I, Principios Fundamentales, de la Constitución, la República Bolivariana de Venezuela *"es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador"* (artículo 1) y su gobierno, así como el de las entidades políticas que la componen *"es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables"* (artículo 6).

Por lo que respecta a la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador, se impone el recuerdo de sus palabras en el Congreso de Angostura, ampliamente conocidas, en las que se refirió, entre otros temas, a la necesidad de fuesen otros y *no él*, quienes dirigieran la Patria; él quedaría sólo al servicio de las armas, *"mientras haya enemigos en Venezuela"*. Así, *haciendo referencia a él mismo* y no a alguna tiranía nacional o extranjera, *cuando dijo que renunciaba al gobierno para siempre*, exclamó: *"¡Legisladores! Yo deposito en vuestras manos el mando supremo de Venezuela (...) Multitud de beneméritos hijos tiene la Patria, capaces de dirigirla"* y, luego, pronunció la celeberrima sentencia:

... nada es tan peligroso como dejar permanecer largo tiempo en un mismo ciudadano el poder. El pueblo se acostumbra a obedecerle y él se acostumbra a mandarlo. (...) nuestros ciudadanos deben temer con sobrada justicia que el mismo Magistrado, que los ha mandado mucho tiempo, los mande perpetuamente.

Ya decían los romanos, *in claris non fit interpretatio*.

En cuanto a los principios fundamentales, es pertinente la reiteración de que el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela *"es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables"*.

1.4.1 ¿Qué significa que el gobierno *es y será siempre...*?

Según explica AMBROSIO OROPEZA (en referencia a la misma expresión en el artículo 2 de la Constitución de 1961):

La inmutabilidad que envuelven las expresiones aludidas no es una invención del Congreso que elaboró la Carta de 1961. La fórmula se remonta a 1830 y permanece inalterable hasta la Constitución de 1964 (*rectius*: 1864), que la suprime. La restablece la constitución dictatorial de 1901 y la reproducen las posteriores hasta la de 1847, (...).

¿Cuál valor hay que atribuir a la perpetuidad que la actual Carta, inspirada en anteriores constituciones, establece para las formas de gobierno? (...), un examen atento a las disposiciones sobre enmienda y reforma de la nueva constitución, suministra quizá el criterio más razonable para decidir acerca de la cuestión planteada.

Aunque los textos mencionados no excluyen la posibilidad de enmendar o reformar ninguno de los preceptos constitucionales, la prohibición del artículo 2° de cambiar las formas de gobierno es una limitación inderogable para el constituyente que emprende una revisión parcial de la ley fundamental. En tal virtud, ninguna validez tendría, aunque se cumplieran todas las formalidades sobre enmienda que establece el artículo 245 de la Constitución, una modificación que desconociera el mandato imperativo que prohíbe el cambio de las formas de gobierno.

Por ello no sería admisible una proposición ni en el Congreso ni en las Asambleas Legislativas de los Estados en el sentido de modificar, alterar o suprimir las características del gobierno venezolano, porque ellas “son y serán siempre” las que establece el artículo 2°. (*La Nueva Constitución Venezolana 1961*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. N.º 24, Caracas, 1986, pp. 176 y 177).

1.4.2 ¿Qué significa que el gobierno *es* y *será siempre alternativo*?

Según el Diccionario de la Real Academia Española, *alternativo* es un adjetivo que significa “*que se dice, hace o sucede con alternación*”; *alternación* es “*acción de alternar*” y *alternar* –entre otros significados no relevantes en este contexto- es “*distribuir algo entre personas o cosas que se turnan sucesivamente*” (transitivo) y “*dicho de varias personas: Hacer o decir algo o desempeñar un cargo por turno*” (intransitivo). (Subrayado añadido).

Así, como ilustra, en primer lugar, la lectura más elemental, la del diccionario, la posibilidad de reelección de los funcionarios de elección popular sin ningún límite temporal, o con uno demasiado largo, es incompatible, en forma insalvable, con un gobierno alternativo. La alternatividad en el marco de nuestra Constitución, en sencillas palabras de HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, “se refiere a la negación de la continuidad indefinida en el ejercicio del Poder, y la necesidad de que en el mismo se sucedan nuevos titulares.” (*Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2002, 2ª reimpression, p.103). (Subrayado añadido).

Por otra parte, la Base Comicial Octava para el referendun consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente que se celebró en 1999, cuyo carácter *supra-constitucional* fue declarado por este Tribunal Supremo de Justicia en varias decisiones (*Vid.* por todas, s.S.P.-C.S.J. de 06-10-1999, caso: *Henrique Capriles Radonsky*), reza:

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

Ya se señaló como, durante nuestra historia republicana, en fórmula que se repite casi ininterrumpidamente desde 1830, nuestros constituyentes han considerado como nota esencial y, por tanto, *intangible* de nuestro gobierno, la alternatividad, que no puede ser confundida con alternabilidad como mera posibilidad. Ello la hace, de conformidad con la jurisprudencia que se citó, un principio *supraconstitucional*.

Con fundamento en los razonamientos que anteceden, no puede sino rechazarse, por inconstitucional, la conclusión mayoritaria según la cual “*la posibilidad de reelección continua no altera en forma alguna los valores democráticos que informan el ordenamiento jurídico constitucional*”.

2. En segundo lugar, la Sala se pronunció acerca de “*si el contenido de la Propuesta de Reforma Constitucional desaprobada puede plantearse nuevamente a través de una Propuesta de Enmienda Constitucional*”, respecto de lo cual estimó que *la respuesta debía ser afirmativa “por varias razones, tanto de orden lógico, gramatical y sistemático”* que derivó del análisis del artículo 345 constitucional, que dispone que la iniciativa de reforma que no sea aprobada en referendo no podrá presentarse de nuevo a la Asamblea Nacional en un mismo período constitucional.

En criterio de la mayoría, “*dicho dispositivo está referido, tanto en lo que dispone como válido como en lo que dispone como no válido, sólo al Procedimiento de Reforma Constitucional y no al de Enmienda Constitucional*”, de modo que, “[*b*]ien interpretada, dicha expresión queda como sigue: *La iniciativa de Reforma Constitucional que no sea aprobada, no podrá presentarse de nuevo mediante el Proceso de Reforma Constitucional en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional./ En consecuencia, (...), la prohibición o declaración de invalidez de la Propuesta de Revisión Constitucional prevista en el artículo 345 de la Constitución vincula a las Propuestas de Reforma Constitucional y no a las de Enmienda Constitucional.*”

2.1 Tales afirmaciones, se compartan o no, no resuelven el punto que se planteó: *¿el contenido de la Propuesta de Reforma Constitucional desaprobada puede plantearse nuevamente a través de una Propuesta de Enmienda Constitucional?*

En efecto, la circunstancia de que la iniciativa de Reforma Constitucional que no sea aprobada no pueda presentarse de nuevo mediante el Proceso de Reforma en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional y el que tal limitación no haya sido expresamente preceptuada para la enmienda, en forma alguna responde a la interrogante que vincula a ambas formas reformantes de la Constitución.

2.2 En criterio del salvante, la tesis según la cual nada obsta para que una propuesta que hubiere sido rechazada en referendo popular se presente de nuevo al cuerpo electoral a través de una vía de modificación de la Constitución distinta de la que hubiere sido elegida en primer lugar, no resiste ningún análisis, ni *lógico*, ni *gramatical*, ni *sistemático*; sobretodo, no resiste el análisis teleológico.

Por su amplio desarrollo, no se discute ya la llamada tesis de los “actos reeditados”, según la cual, una vez que se haya declarado la nulidad de un determinado acto jurídico, no se puede burlar dicha declaratoria a través de la emisión de otro de igual contenido sustancial; “[*s*]e trata de entender inconstitucional no sólo un artículo concreto (con un determinado número, publicado en determinada Gaceta), sino una disposición concreta” dijo esta Sala Constitucional en sentencia n.º 728-050406, caso; *Sonia Sgambatti*.

Al respecto, ya antes había sostenido:

La nulidad declarada sigue vigente, sin que pueda volverse a discutir a guisa de reedición de la ley o nueva aprobación por el órgano legislativo.

De ocurrir tal situación, reedición o nueva aprobación, ¿será necesario que se incoe nuevo juicio de nulidad contra la norma inconstitucional?

La Sala observa que conforme a disposición expresa contenida en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la nulidad por inconstitucionalidad es de orden público, y en el proceso la Sala Constitucional puede suplir de oficio las deficiencias o falta de técnica del recurrente.

Siendo la materia de orden público, y siendo a su vez el Tribunal Supremo de Justicia el garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales (artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela); estando facultado la Sala Constitucional para establecer interpretaciones vinculantes sobre el contenido y alcance de los principios constitucionales, la Sala considera que los efectos de la cosa juzgada que declare la nulidad, operan de pleno derecho, sin que reediciones, o la aprobación de nuevas leyes que dupliquen lo anulado, puedan menoscabar la cosa juzgada, y que por tanto, de oficio, -como aplicación de la institución de la cosa juzgada y sus efectos extensivos- dentro del proceso donde se dictó la nulidad, puede anular cualquier ley o acto que contradiga la cosa juzgada, limitándose, sin necesidad de citar a nadie, a cotejar lo declarado en la sentencia con las nuevas disposiciones que reproducen las anuladas, una vez que por cualquier vía constate la existencia del desacato a la nulidad declarada.

A juicio de esta Sala, ante la situación objetiva que se comprueba con la confrontación que demuestra la identidad entre lo anulado y lo reeditado, y como preservación de la cosa juzgada, no hace falta citar a nadie, sino verificar su burla” (s.S.C. n.º 181 de 16.02.06).

En el ámbito del Derecho Administrativo, la jurisprudencia pacífica ha señalado que un “acto reeditado” es aquel que “se presenta idéntico en su contenido y finalidad a uno precedentemente dictado por la misma autoridad, o por otra de su propia esfera de competencias, cuyo objetivo se presume constituido por la intención del órgano autor del acto de reafirmar el contenido de su decisión originaria cuando ya han operado los mecanismos para el ejercicio del control de la legitimidad ante el organismo competente (...)” (s.S.P-A.-C.S.J. de 09.06.98, caso: *Aerovías Venezolanas, S.A. [AVENSA]*).

El razonamiento que explica la figura es aplicable al problema que fue planteado por el solicitante de la interpretación: cuando ya se ha manifestado la voluntad popular acerca de una modificación a la Constitución en un período determinado, no corresponde inquirir, en el mismo período, si, por ventura, habrá cambiado de opinión, ya que la finalidad de las normas constitucionales que garantizaban su participación –determinante- en la toma de esta decisión habría sido satisfecha; sería una burla al sistema, a esa voluntad expresada legítimamente, que se pudiera seguir sometiendo el mismo punto, por distintas vías, como si aquella voluntad no tuviese ningún valor.

Lo que se aprueba o no es determinada modificación de la Constitución (la *disposición*), no la forma de esa modificación (el *artículo*). En el caso concreto, ya la mayoría de los venezolanos rechazó la reelección sucesiva indefinida como sistema de gobierno (y, como se analizó *supra*, si la hubiera aprobado ello habría sido inconstitucional por contrario a los principios fundacionales inamovibles y supraconstitucionales de la República) de modo que, por respeto a esa voluntad, sin el cual de nada habría valido su participación y legítima manifestación; por el efecto vinculante de esa voluntad soberana, no puede ser consultado sobre el mismo punto, al menos no dentro de un mismo período constitucional.

La mayoría sostuvo que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no fijó el mismo límite temporal para las propuestas de reforma que para las propuestas de enmiendas; ¿debe entenderse entonces que un mismo asunto podría ser planteado *ad infinitum* y sin ningún límite a través de enmiendas? La respuesta negativa, por obvia, no requiere de argumentación ¿Qué estabilidad ofrecería un sistema democrático de tales características? ¿Qué incentivo para su participación tendría un ciudadano que sabe que, independientemente de que la opinión mayoritaria se exprese en determinado sentido, esa opinión no tiene ningún carácter vinculante? ¿Es concebible que las decisiones de las asambleas de ciudadanos tengan, a texto expreso de la Constitución, carácter vinculante (artículo 70) y las resultas de un referendo para la modificación de la Constitución no?

¿Podrá el sector que adverse la propuesta que gane el referendo a celebrarse próximamente proponer, al día siguiente, que se sometan a nueva enmienda las normas que resulten de esa consulta (las vigentes, en caso improbatório y las enmendadas, en caso aprobatorio)?

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, amplísima en materia de participación en los asuntos públicos -desde la actividad administrativa hasta la reforma constitucional-, sería letra muerta si las resultas de esa participación fuesen inocuas porque carecieran de fuerza alguna para su imposición, dentro de los límites, claro está, de cada fórmula participativa (consultiva, aprobatoria, improbatória), de modo que la interpretación sistémica de las normas constitucionales, especialmente de las que garantizan la participación, imponen la única interpretación cónsona con el valor que resguardan: es irrelevante cómo se haga una propuesta de reforma (en sentido lato) de las normas constitucionales, una vez que esa proposición ha sido aprobada o improbadada en la forma que la Constitución preceptúa, es vinculante durante el período constitucional en que se hubiere sometido a referendo.

En consecuencia, la posibilidad de la reelección sucesiva continua no puede volver a someterse a consulta de quien ya manifestó su voluntad al respecto dentro de este período constitucional, ni a través de la reforma a que se refieren los artículos 342 y siguientes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ni por medio de la enmienda que regulan los artículos 340 y 341 *eiusdem* y así ha debido ser declarado.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

B. *Ley. Irretroactividad*

TSJ-SPA (0030)

14-1-2009

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Giovanni Troisi vs. Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE).

La Sala una vez más reitera su jurisprudencia referente a la noción del Principio de irretroactividad de la Ley.

En torno a la presunción de violación del principio de irretroactividad de la Ley, considera la Sala necesario reiterar en esta oportunidad que 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.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. Garantías Constitucionales

A. La garantía de acceso a la justicia: Intereses colectivos y difusos

TSJ-SC (50)

3-2-2009

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Yanyna Farache y otros vs. Consejo Nacional Electoral.

La sola invocación de los derechos políticos, no sitúa la lesión denunciada en el campo de los derechos colectivos o difusos, pues lo que determina ese campo, es precisamente, el grado posible de afectación a grupos sociales.

En primer lugar, debe la Sala determinar la naturaleza de la acción ejercida para a partir de allí, efectuar el análisis de la competencia para conocer del caso *sub examine* y -de detentarla- analizar lo correspondiente a la admisibilidad de la pretensión.

Con este objeto, se observa que en sentencia n° 656/2000 (caso: *Dilia Parra Guillén*) la Sala dispuso -entre otras cosas- que “...*el Estado [Social de Derecho y de Justicia], tiene que dotar a todos los habitantes de mecanismos de control para permitir que ellos mismos tutelen la calidad de vida que desean, como parte de la interacción o desarrollo compartido Estado-Sociedad, por lo que puede afirmarse que estos derechos de control son derechos cívicos, que son parte de la realización de una democracia participativa, tal como lo reconoce el Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*”.

Entre estos derechos cívicos, ya ha apuntado la Sala, se encuentran los derechos e intereses difusos o colectivos, a que hace referencia el artículo 26 de la Constitución, y respecto a los cuales, en distintas oportunidades, se ha pronunciado (ver, entre otras, sentencias números 483/2000, caso: *Cofavic y Queremos Elegir*; 656/2000, caso: *Dilia Parra*; 770/2001, caso: *Defensoría del Pueblo*; 1571/2001, caso: *Deudores Hipotecarios*; 1321/2002, caso: *Máximo Fébres y Nelson Chitty La Roche*; 1594/2002, caso: *Alfredo García Deffendini y otros*; 1595/2002, caso: *Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas*; 2354/2002, caso: *Carlos Tablante*; 2347/2002, caso: *Henrique Capriles Radonski*; 2634/2002, caso: *Defensoría del Pueblo*; 3342/2002 y 2/2003, caso: *Félix Rodríguez*; 225/2003, caso: *César Pérez Vivas y Kenic Navarro*; 379/2003, caso: *Mireya Ripanti y otros*; y 1924/2003, caso: *O.N.S.A.*). Conforme la doctrina contenida en tales fallos, la Sala -en fallo del 19 de diciembre de 2003 (Caso: *Fernando Asenjo y otros*)-, resumió los principales caracteres de esta clase de derechos, entre los cuales señaló:

“DERECHOS O INTERESES DIFUSOS: se refieren a un bien que atañe a todo el mundo (pluralidad de sujetos), esto es, a personas que -en principio- no conforman un sector poblacional identificable e individualizado, y que sin vínculo jurídico entre ellos, se ven lesionados o amenazados de lesión.

Los derechos o intereses difusos se fundan en hechos genéricos, contingentes, accidentales o mutantes que afectan a un número indeterminado de personas y que emanan de sujetos que deben una prestación genérica o indeterminada, en cuanto a los posibles beneficiarios de la actividad de la cual deriva tal asistencia, como ocurre en el caso de los derechos positivos como el derecho a la salud, a la educación o a la obtención de una vivienda digna, protegidos por la Constitución y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

DERECHOS O INTERESES COLECTIVOS: *están referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque individualmente, de modo que dentro del conjunto de personas existe o puede existir un vínculo jurídico que los une entre ellos. Su lesión se localiza concretamente en un grupo, determinable como tal, como serían a grupos profesionales, a grupos de vecinos, a los gremios, a los habitantes de un área determinada, etcétera.*

Los derechos colectivos deben distinguirse de los derechos de las personas colectivas, ya que estos últimos son análogos a los derechos individuales, pues no se refieren a una agrupación de individuos sino a la persona jurídica o moral a quien se atribuyan los derechos. Mientras las personas jurídicas actúan por organicidad, las agrupaciones de individuos que tienen un interés colectivo obran por representación, aun en el caso de que ésta sea ejercida por un grupo de personas, pues el carácter colectivo de los derechos cuya tutela se invoca siempre excede al interés de aquél.

TIPO DE ACCIÓN: *Las acciones provenientes de derechos e intereses difusos y colectivos, son siempre acciones de condena, o restablecedoras de situaciones, y nunca mero declarativas o constitutivas. La posibilidad de una indemnización a favor de las víctimas (en principio no individualizadas) como parte de la pretensión fundada en estos derechos e intereses, la contempla el numeral 2 del artículo 281 de la vigente Constitución; pero ello no excluye que puedan existir demandas que no pretendan indemnización alguna, sino el cese de una actividad, la supresión de un producto o de una publicidad, la demolición de una construcción, etcétera.*

COMPETENCIA: *de las acciones que se ejerzan con ocasión de los derechos e intereses difusos o colectivos, será competente esta Sala Constitucional para conocer de ellas, hasta tanto no se haya dictado una ley procesal especial que regule estas acciones, o exista un señalamiento concreto en la ley sobre cual es el Tribunal competente.*

LAPSO PARA SU EJERCICIO: *los derechos e intereses colectivos y difusos, son de eminente orden público, por ello a las acciones incoadas para su protección no les es aplicable el lapso de caducidad prevenido para el amparo, razón por la cual no corre el transcurso de seis meses desde que surge la violación a la calidad de vida; y de invocarse, tampoco es aplicable el criterio de que la inactividad procesal del actor por seis meses, conllevará la declaratoria de abandono del trámite, como en materia de amparo constitucional lo ha declarado esta Sala, a partir de la sentencia dictada el 6 de junio de 2001 (caso: José Vicente Arenas Cáceres) y publicada en la Gaceta Oficial n° 37.252 del 2 de agosto de 2001, salvo lo concerniente a la perención prevista en el Código de Procedimiento Civil.*

LEGITIMACIÓN PARA INCOAR UNA ACCIÓN POR INTERESES DIFUSOS: *no se requiere que se tenga un vínculo establecido previamente con el ofensor, pero sí que se actúe como miembro de la sociedad, o de sus categorías generales (consumidores, usuarios, etc.) y que invoque su derecho o interés compartido con la ciudadanía, porque participa con ella de la situación fáctica lesionada por el incumplimiento o desmejora de los Derechos Fundamentales que atañen a todos, y que genera un derecho subjetivo comunal, que a pesar de ser indivisible, es accionable por cualquiera que se encuentre dentro de la situación infringida. La acción (sea de amparo o específica) para la protección de estos intereses la tiene tanto la Defensoría del Pueblo (siendo este organismo el que podría solicitar una indemnización de ser procedente) dentro de sus atribuciones, como toda persona domiciliada en el país, salvo las excepciones legales.*

LEGITIMACIÓN PARA INOCAR [sic] UNA ACCIÓN POR INTERESES Y DERECHOS COLECTIVOS: *quien incoa la demanda con base a derechos o intereses colectivos, debe hacerlo en su condición de miembro o vinculado al grupo o sector lesionado, y que por ello sufre la lesión conjuntamente con los demás, por lo que por esta vía asume un interés que le es propio y le da derecho de reclamar el cese de la lesión para sí y para los demás, con quienes comparte el derecho o el interés. La acción en protección de los intereses colectivos, además de la Defensoría del Pueblo, la tiene cualquier miembro del grupo o sector que se identifique como componente de esa colectividad específica y actúa en defensa del colectivo,*

de manera que los derechos colectivos implican, obviamente, la existencia de sujetos colectivos, como las naciones, los pueblos, las sociedades anónimas, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones, los gremios, pero también minorías étnicas, religiosas o de género que, pese a tener una específica estructura organizacional, social o cultural, pueden no ser personas jurídicas o morales en el sentido reconocido por el derecho positivo, e inclusive simples individuos organizados en procura de preservar el bien común de quienes se encuentran en idéntica situación derivado del disfrute de tales derechos colectivos.

Ahora bien, en materia de indemnizaciones por intereses colectivos, ellas sólo pueden ser pedidas por las personas jurídicas para sus miembros constituidos conforme a derecho, y los particulares para ellos mismos, al patentizar su derecho subjetivo, sin que otras personas puedan beneficiarse de ellas; pero en lo referente a la condena sin indemnización, al restablecimiento de una situación común lesionada, los otros miembros del colectivo pueden aprovecharse de lo judicialmente declarado, si así lo manifestaren.

En ambos casos (derechos o intereses difusos y derechos o intereses colectivos) el número de personas reclamantes no es importante, sino la existencia del derecho o interés invocado.

IDONEIDAD DE LA ACCIÓN: Si lo que se pretende es enervar una lesión que proviene de violaciones a derechos y garantías constitucionales, la vía procedente es la acción de amparo para restablecer una situación jurídica ante esas infracciones. Si lo que se pretende es exigir resarcimientos a los lesionados, solicitar el cumplimiento de obligaciones, prohibir una actividad o un proceder específico del demandado, o la destrucción o limitación de bienes nocivos, restableciendo una situación que se había convertido en dañina para la calidad común de vida o que sea amenazante para esa misma calidad de vida, lo procedente es incoar una acción de protección de derechos cívicos (colectivos o bien sea difusos), en cuyo fallo se podrá condenar al demandado a realizar determinadas obligaciones de hacer o no hacer, y hasta indemnizar a la colectividad, o a grupos dentro de ella, en la forma como ordene el juez, con señalamiento de cuáles instituciones sociales o públicas, o cuáles personas, serán acreedoras de la indemnización.

La acción en protección de los intereses y derechos colectivos o difusos no puede ser utilizada para la reafirmación de atribuciones y obligaciones que el Texto Fundamental en forma clara, expresa y precisa ha dispuesto -entre otros- a los funcionarios públicos. Así, ha señalado la Sala que «(l)a protección de la vida y la integridad de las personas, el derecho a reunirse y a manifestar conforme a la ley; la libertad de expresión mediante una marcha legalmente autorizada, no corresponde a derecho o interés difuso alguno, sino a concretas obligaciones y deberes del Estado que tiene que cumplir y que se materializan mediante acciones específicas en ese sentido, por lo que su exigencia no corresponde a derechos o intereses difusos.

EFECTOS DE LA SENTENCIA: produce efectos erga omnes, ya que beneficia o perjudica a la colectividad en general o a sectores de ella, y produce cosa juzgada al respecto. Dado que lo que está en juego es la calidad de la vida, si los hechos que originaron las causas ya sentenciadas se modifican o sufren cambios, a pesar de que la demanda hubiere sido declarada sin lugar, si nuevos hechos demuestran que existe la amenaza o la lesión, una nueva acción podrá ser incoada, ya que no existe identidad de causas. Viceversa, si estas modificaciones o cambios sobrevenidos favorecen al condenado, él podrá acudir ante la administración, con miras a que se le permita la actividad prohibida, en base a las nuevas condiciones en que funda su petición...”.

Para resolver el presente caso, en atención a la doctrina recién transcrita, debe examinarse -en primer término- la naturaleza de los derechos invocados. Con miras a ello, se observa que la presente acción de amparo constitucional está dirigida en contra del Consejo Nacional Electoral y la infracción delatada consiste en que celebrar el próximo referéndum el 15 de febrero del presente año, sobre la base del padrón electoral correspondiente al corte del Registro Electoral del 11 de diciembre de 2008, constituye una violación de los derechos de participación política (concretamente alegan el sufragio activo) y el derecho a la igualdad.

En este punto, contrario a lo señalado por los accionantes y, tal como señaló esta Sala en la sentencia N° 2677 del 25 de noviembre de 2004 (caso: *FUNDACIÓN PARA LOS DERECHOS HUMANOS-ENCUENTRO CIUDADANO*), la sola invocación de los derechos políticos, no sitúa la lesión denunciada en el campo de los derechos colectivos o difusos, pues lo que determina ese campo, es precisamente, el grado posible de afectación a grupos sociales.

Ello es así, por cuanto los derechos presuntamente lesionados (el derecho político del sufragio activo como manifestación individual del derecho a la participación y el derecho a la igualdad, como garantía de ámbito personal contra la discriminación) tienen una faz individual que es, justamente, la única que pudiera verse afectada de tener lugar las denuncias formuladas.

En efecto, lejos de suponer las mismas una lesión a la calidad de vida de un conglomerado social determinado o determinable, las infracciones delatadas sólo podrían afectar a los supuestos agraviados como sujetos contendores -en un régimen democrático- de su facultad individual de expresar su voluntad en el referido proceso referendario.

Entonces, su condición de aspirantes a integrar el cuerpo electoral no constituye, en los términos expuestos, un derecho o interés indivisible que comprenda a un sector o grupo poblacional, sino que los coloca, en los términos del artículo 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en una situación jurídica subjetiva (voto directo) donde una persona natural tiene el derecho personalísimo a participar en el sistema político.

Situación análoga a la del invocado derecho a la igualdad, que en términos de Molas (*Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, 1998, p. 299) constituye un derecho subjetivo cuya operatividad se verifica respecto de cada situación jurídica particular. Con ello, su vigencia más que general y abstracta, debe ser observada respecto de cada individuo de manera autónoma, salvaguardando en cada situación determinada su actualidad.

Al hilo de estos razonamientos, debe negarse la calificación de la presente acción de amparo como ejercida en defensa de intereses o derechos colectivos o difusos, sino únicamente en la pretendida tutela de los derechos constitucionales individuales de los presuntos agraviados. Así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz manifiesta su disenso del fallo que antecede, razón por la cual, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, salva su voto en los siguientes términos:

1. En primer lugar, fue negada la existencia de intereses colectivos en este caso y, por tanto, sólo se aceptó la legitimación de los demandantes en defensa de su situación jurídica subjetiva.

Con anterioridad, quien rinde este voto concurrente tuvo oportunidad para la expresión de su criterio en relación con la defensa, de los derechos políticos en el marco de procesos electorales, el cual reitera:

En general, se entiende en doctrina por intereses difusos los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto a integrantes de grupos, clases o categorías de personas, que están ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, de una misma prerrogativa. De forma tal que la satisfacción de fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta simultánea y globalmente a los integrantes del conjunto comunitario; y los intereses difusos se traducen en colectivos, a través de un proceso de sectorialización y especificación.

En el caso *Yatama vs. Nicaragua* (Sentencia de 23-06-05) la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo:

196. La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa. (Subrayado añadido).

197. El ejercicio de los derechos a ser elegido y a votar, íntimamente ligados entre sí, es la expresión de las dimensiones individual y social de la participación política.

Así, en criterio de quien concurre con el veredicto anterior, la materia de derechos políticos puede encuadrar en el ámbito de los intereses difusos en determinadas circunstancias, en las que el bien jurídico cuya protección se pretende adquiere distinta entidad porque adquiere mayor -o, al menos, distinta- relevancia jurídica en cabeza de la colectividad aún cuando, en otras circunstancias, sería susceptible de apropiación individual.

En efecto, no tiene la misma entidad la violación al derecho al sufragio o a la igualdad o a la participación política de cada uno de los electores, individualmente considerados, que fueron migrados a centros electorales distantes a su domicilio, que igual violación si se ve desde el colectivo de todos los electores de la región que habrían corrido la misma suerte; por otra parte, parece indudable la posible afectación de dichos derechos respecto de todos los electores cuyos centros de votación fueron eliminados, si son ciertas las denuncias de los demandantes, quienes, sólo porque son, ellos también, electores que se habrían visto afectados por la situación que delataron, tienen legitimación activa para la actuación en nombre y protección de todos, tal como se estableció en sentencia n.º 536 de 14.04.05: “..., cualquier persona procesalmente capaz, que va a impedir el daño a la población o a sectores de ella a la cual pertenece, puede intentar una acción por intereses difusos o colectivos y si ha sufrido daños personales, pedir sólo para sí (acumulativamente) la indemnización de los mismos.”

Precisamente, sería lo contrario lo que resultaría absurdo: que cada uno de los electores que están adscritos al ochenta por ciento de los centros electorales de un estado tuvieren que entablar demandas individuales en protección al derecho de cada uno; piénsese qué pasaría si sólo un elector hubiese interpuesto, en nombre propio, una demanda en contra del mismo hecho lesivo; ¿tendría la misma relevancia jurídica la migración de un elector a otro centro de votación que la del ochenta por ciento del padrón electoral?; ¿podría el juez constitucional ordenar la reapertura de todos los centros electorales que habrían sido cerrados –de comprobarse la denuncia–, lo cual afectaría, como colectivo, a todos los electores, para el restablecimiento de la situación jurídica de uno solo de ellos? Por otra parte, incluso en la circunstancia que antes fue explicada de demandas individuales contra el mismo hecho lesivo, la propia Ley de Amparo ordenaría su acumulación (Artículo 12). (V.S. a s. S.C. n.º 2206 de 27-11-07).

En cambio, la Sala ha debido reconocer la legitimación de los ciudadanos actores para la representación de la población venezolana.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz manifiesta su disenso de la motivación del fallo que antecede, razón por la cual, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, rinde voto concurrente en los siguientes términos:

1. En primer lugar, fue negada la existencia de intereses difusos en este caso y, por tanto, sólo se aceptó la legitimación del demandante en defensa de su situación jurídica subjetiva.

Con anterioridad, quien rinde este voto concurrente tuvo oportunidad para la expresión de su criterio en relación con la defensa de los derechos políticos en el marco de procesos electorales, el cual reitera:

En general, se entiende en doctrina por intereses difusos los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto a integrantes de grupos, clases o categorías de personas, que están ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, de una misma prerrogativa. De forma tal que la satisfacción de fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta simultánea y globalmente a los integrantes del conjunto comunitario; y los intereses difusos se traducen en colectivos, a través de un proceso de sectorialización y especificación.

En el caso *Yatama vs. Nicaragua* (Sentencia de 23-06-05) la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo:

196. La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa. (Subrayado añadido).

197. El ejercicio de los derechos a ser elegido y a votar, íntimamente ligados entre sí, es la expresión de las dimensiones individual y social de la participación política.

Así, en criterio de quien concurre con el veredicto anterior, la materia de derechos políticos puede encuadrar en el ámbito de los intereses difusos en determinadas circunstancias, en las que el bien jurídico cuya protección se pretende adquiere distinta entidad porque adquiere mayor -o, al menos, distinta- relevancia jurídica en cabeza de la colectividad aún cuando, en otras circunstancias, sería susceptible de apropiación individual.

En efecto, no tiene la misma entidad la violación al derecho al sufragio o a la igualdad o a la participación política de cada uno de los electores, individualmente considerados, que fueron migrados a centros electorales distantes a su domicilio, que igual violación si se ve desde el colectivo de todos los electores de la región que habrían corrido la misma suerte; por otra parte, parece indudable la posible afectación de dichos derechos respecto de todos los electores cuyos centros de votación fueron eliminados, si son ciertas las denuncias de los demandantes, quienes, sólo porque son, ellos también, electores que se habrían visto afectados por la situación que delataron, tienen legitimación activa para la actuación en nombre y protección de todos, tal como se estableció en sentencia n.º 536 de 14-04-05: “... *cualquier persona procesalmente capaz, que va a impedir el daño a la población o a sectores de ella a la cual pertenece, puede intentar una acción por intereses difusos o colectivos y si ha sufrido daños personales, pedir sólo para sí (acumulativamente) la indemnización de los mismos.*”

Precisamente, sería lo contrario lo que resultaría absurdo: que cada uno de los electores que están adscritos al ochenta por ciento de los centros electorales de un estado tuvieran que entablar demandas individuales en protección al derecho de cada uno; piénsese qué pasaría si sólo un elector hubiese interpuesto, en nombre propio, una demanda en contra del mismo hecho lesivo; ¿tendría la misma relevancia jurídica la migración de un elector a otro centro de votación que la del ochenta por ciento del padrón electoral?; ¿podría el juez constitucional ordenar la reapertura de todos los centros electorales que habrían sido cerrados –de comprobarse la denuncia–, lo cual afectaría, como colectivo, a todos los electores, para el restablecimiento de la situación jurídica de uno solo de ellos? Por otra parte, incluso en la circunstancia que antes fue explicada de demandas individuales contra el mismo hecho lesivo, la propia Ley de Amparo ordenaría su acumulación (Artículo 12). (V.S. a s. S.C. n.º 2206 de 27-11-07)

En cambio, la Sala ha debido reconocer la legitimación del ciudadano actor para la representación de la población venezolana.

2. La mayoría sentenciadora declaró la inadmisión de la demanda de autos de conformidad con el artículo 6.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Garantías Constitucionales, porque la pretensión de la parte actora señaló como objeto *“la iniciativa presidencial de buscar una enmienda constitucional que le permita la reelección indefinida”*, porque *“contrariamente a lo señalado por el accionante, la citada iniciativa fue propuesta por la Asamblea Nacional y no por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, a lo que cabe agregar, que su eventual aprobación e incorporación al ordenamiento jurídico positivo sólo corresponde al pueblo mediante referendo –Cfr. Artículo 341 eiusdem- con lo cual, depende de la voluntad popular y no de una manifestación de autoridad del Poder Público que la propuesta de enmienda pase a formar parte del bloque de la constitucionalidad.”* En consecuencia, estimó que el acto que se señaló como lesivo no es, ni siquiera como amenaza, posible y realizable por el imputado, puesto que *“es el pueblo y no el Ejecutivo Nacional o cualquier otra rama del Poder Público, quien tiene en sus manos la constitucionalización de la propuesta”*.

En criterio de quien se aparta del criterio mayoritario, la pretensión del demandante es, en efecto, inadmisibles, pero no por los motivos que fueron señalados, sino porque el demandado no tiene legitimación pasiva, al menos desde el punto de vista procesal, para estar en este juicio.

Al respecto se impone la precisión de que es un hecho público y notorio el que, en realidad, si bien la iniciativa de enmienda que produjo efectos en el orden jurídico fue, en efecto, aprobada y presentada al Consejo Nacional Electoral por la Asamblea Nacional, ésta sólo siguió las instrucciones que, al efecto, le impartió el Presidente de la República, como pudo y puede comprobarse a través de los medios de comunicación oficiales y privados, nacionales y extranjeros. Para nadie es desconocido, en este momento, que el ciudadano Presidente de la República, expresó públicamente y en cadena nacional de radio y televisión, su intención de someter a referendo popular una propuesta de enmienda que tuviese como objeto la norma constitucional que limita la posibilidad de reelección del Presidente de la República a una sola vez. Argumentó por varios días, también frente a los medios de comunicación, que su propuesta, de la que él se hacía responsable, se limitaba a la reelección continua solamente para la primera magistratura del país y que, de conformidad con las disposiciones constitucionales aplicables, se realizaría un proceso de recolección de firmas de apoyo a la iniciativa en el electorado.

De nuevo, ante toda la comunidad nacional e internacional, manifestó, luego, su parecer de que resultaría más práctico que la iniciativa la plantease la Asamblea Nacional, porque con ello se evitaba la complicación de la recolección de firmas, la cual, sin embargo, el partido político PSUV llevó a cabo.

Este deseo lo recogió de inmediato la Asamblea Nacional quien, en un primer momento, inició la discusión de una propuesta de enmienda en los mismos términos en que el Presidente de la República había anunciado que lo haría él y, posteriormente, cuando el ciudadano Presidente informó, en público, que había cambiado de opinión y que le parecía mejor que la enmienda abarcara la posibilidad de reelección continua de todos los cargos de elección popular, la Asamblea Nacional cambió su propuesta y la adaptó al criterio presidencial.

Así, aunque no puede negarse que la iniciativa de la Asamblea Nacional, que se concretó en la solicitud al Consejo Nacional Electoral de que convoque a un referendo aprobatorio de la propuesta de enmienda de las distintas normas constitucionales que limitan las posibilidades de reelección de los cargos de elección popular, es en la realidad material, del Presidente de la República y no del Poder Legislativo nacional, en la realidad procesal, ese verdadero autor del acto que el accionante consideró lesivo a distintos derechos de todos los

venezolanos no podría ser el legitimado pasivo de esta demanda porque no es quien tenía, dentro de la esfera de sus competencias, la posibilidad de restablecimiento inmediato de la situación jurídica cuya violación se denunció –que es lo que determina quién es el legitimado pasivo en un amparo-, salvo que, una vez más, pero, de nuevo, fuera de los cauces jurídico-formales, expresase al cuerpo legislativo nacional que ya no estaba interesado en la enmienda, lo cual, puede presumirse que habría sido inmediatamente traducido por la Asamblea Nacional en el abandono de “su” iniciativa parlamentaria; pero ello no le podría ser ordenado al Presidente de la República por un juez. En cambio, si se considerase eventualmente procedente un amparo contra la actividad de la Asamblea Nacional tendente a la discusión y aprobación de una propuesta de enmienda, sí podría el juez constitucional ordenarle que cesase en tal actividad o hacer cesar los efectos de la misma.

Es por las razones jurídico-formales que anteceden que, en criterio del concurrente, la pretensión de la parte actora de autos es inadmisibile, pero no porque sea sólo el pueblo y no cualquier rama del Poder Público, “*quien tiene en sus manos la constitucionalización de la propuesta*”. No se comparte, en este sentido, que la única posibilidad de “*materialización de una lesión constitucional*” por lo que a la enmienda se refiere, sea “*la eventual aprobación de la enmienda a través del correspondiente referendo aprobatorio*”.

Al respecto, corresponde, por parte de quien se aparta del criterio mayoritario, la reiteración de los conceptos que expresó en varios votos salvados con ocasión del proceso referendario que se llevó a cabo en el país en el año 2007 (*Vid.* por todos, V.S. a s.S.C. n.º 2108 de 07-11-07, exp. 07-1484):

En criterio de quien discrepa, esta decisión de la Sala viola el principio de *universalidad del control* de todos los actos del Poder Público, pues implica concluir que hay actos –como los de este caso- que no están sujetos al control jurisdiccional, supuesto que ha sido rechazado desde siempre por nuestra jurisprudencia, tal como fue expresado por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, entre otros, en su conocido fallo de principios, caso *Anselmo Natale*, de 08-11-90.

Por el contrario, se impugnó la decisión del Presidente de la República de 15 de agosto de 2007 mediante la cual ejerció, con fundamento en el artículo 342 de la Constitución, la iniciativa de reforma constitucional ante la Asamblea Nacional. Se trata de un acto del Presidente en ejecución directa de la Constitución, lo que implica que sí está sujeto al control de la Sala Constitucional de conformidad con el artículo 336. 3 constitucional, según el cual esta Sala es competente para: “*Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución*”. Asimismo, el resto de los actos del Ejecutivo Nacional cuya nulidad se solicita son actos consecuenciales de éste, y los de la Asamblea Nacional serían actos parlamentarios sin forma de Ley, que fueron expedidos en ejecución del artículo 343 de la Constitución, que es el que recoge el procedimiento de discusión de la reforma constitucional.

Por otra parte, el acto del Presidente de la República del 15 de agosto de 2007 no es un acto de trámite, sino uno que culminó el procedimiento de elaboración de un anteproyecto de reforma que, a su vez, pauta al inicio de una fase posterior –la discusión en la Asamblea Nacional- de lo que es un procedimiento complejo -compuesto de sub-procedimientos, cada uno de los cuales concluye con un acto definitivo, que es impugnabile autónomamente-: el procedimiento de reforma constitucional cuando la iniciativa, conforme al artículo 342, la asume un sujeto distinto de la propia Asamblea Nacional, y el resto de las actuaciones objeto de la demanda son subsecuentes a aquél.

3. Por último, el acto jurisdiccional del que se difiere, asentó que, la demanda de autos, “no sólo resulta contraria a uno de los requisitos indispensables para la admisión del amparo como medio de protección frente a amenazas (...), sino que desconoce los criterios vinculantes de la Sala respecto a la reelección sucesiva de los cargos de elección popular” (Subrayado añadido).

3.1 La Sala Constitucional no se ha pronunciado *en forma vinculante*, acerca de la reelección *sucesiva* en cargos de elección popular. Los fallos 1.488 y 2.413, de 2006, declararon 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 Justicia y Derecho que estableció el Constituyente en 1999”, aserto que se compartió entonces y se comparte ahora y que resulta cualitativamente (más que cuantitativamente) distinto cuando se añade el adjetivo “*sucesiva*”, porque una tal reelección, sin límite temporal alguno, contradice en forma insalvable, como se argumentará *infra*, el carácter alternativo –que no alternable– que tiene y *tendrá siempre* el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen, de conformidad con el artículo 6 de su Constitución.

3.2 Resulta indispensable precisar cuál fue el *thema decidendum* en los casos que la mayoría invocó:

Lo que fue sometido a conocimiento, en revisión, de esta Sala, cuando dictó el acto jurisdiccional n.º 1.488/2006, fue una sentencia de la Sala Electoral que se pronunció acerca del deber de determinados funcionarios públicos, en determinadas circunstancias, de separarse o no de los cargos públicos que estuvieran ejerciendo para el momento de una nueva postulación, como condición de elegibilidad, con base en una interpretación de las normas electorales aplicables que el solicitante de la revisión de entonces objetó.

La lectura de ambas decisiones, revela que ninguna de las partes del juicio electoral ni de quienes intervinieron en el constitucional, objetaron la posibilidad de reelección en el ordenamiento jurídico venezolano, razón por la cual no era ese el tema a ser resuelto sino, como se explicó, si un ciudadano que, para el momento de su postulación como candidato a alcalde, era un “*funcionario de mayor rango*” en el gobierno municipal saliente, tenía o no el deber de separación del cargo antes de ser postulado.

Por su parte, la sentencia n.º 2.413/2006, también se contrajo a la revisión –que negó– de una sentencia de la Sala Electoral (n.º 73/2006) que juzgó una pretensión contenciosa electoral que tuvo por objeto la denuncia de que un ciudadano, que había sido electo Presidente del Consejo de Administración de la Caja de Ahorro Sector Empleados Públicos CASEP, se encontraba incurso en una causal de inelegibilidad porque venía ocupando ese mismo cargo en la Junta Directiva durante los dos lapsos anteriores, situación que le impedía optar a un nuevo período, de conformidad con el artículo 34 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares (que dispone que los miembros del Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia y delegados, principales o suplentes, electos por dos períodos consecutivos, independientemente de las funciones que desempeñasen, no podrán optar a cargos en ningún Consejo o de delegado, mientras no haya transcurrido el lapso de tres años desde su última gestión) y lo que había decidido la Sala Electoral en su sentencia n.º 167/2003. Los interesados en la defensa de la legalidad de la elección señalaron que no era cierto que el presidente electo de aquella Caja se encontrase inmerso en inelegibilidad porque la Superintendencia de Cajas de Ahorro había dictado una resolución en la cual resolvió que los directivos de las Cajas de Ahorro que se encontraran desempeñando su cargo por haber sido electos bajo la vigencia de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, podían optar nuevamente a lugares dentro de la Junta Directiva de la Caja de Ahorro a la cual pertenecerían, sin que se les aplicase el supuesto del artículo 34 de la entonces novísima Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares.

La Sala Electoral declaró con lugar la demanda porque:

..., la Superintendencia de Cajas de Ahorro, a través de la Resolución N° DS-OAL-7864, pretende innovar e inclusive contradecir lo establecido por el legislador en el artículo 34 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares, bajo un absurdo argumento de que la nueva Ley amplió el período de los *miembros del Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia, delegados, principales y suplentes* en las Cajas de Ahorro. Es de hacer notar, que la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, que es aquella derogada por la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares, establecía un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica similar a la que consagra el citado artículo 34, ya que dicha Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro establecía en su artículo 32, que los *miembros del Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia, delegados, principales y suplentes* en las Cajas de Ahorro, *que hayan sido electos por dos períodos consecutivos*, para poder optar a un nuevo cargo debían dejar transcurrir un lapso de un (1) año, contados a partir de su última gestión.

Respecto de aquella decisión judicial de esta Sala, el acá y ahora salvante, en voto concurrente, declaró:

..., 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.º 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.º 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. (Subrayado añadido).

De acuerdo con los principios universales que rigen la actividad judicial de los tribunales constitucionales cuyas decisiones son vinculantes (todos, en los sistemas de control difuso de constitucionalidad –por la vía del principio del *stare decisis*- y solo uno en los sistemas de control concentrado o, como el nuestro, mixto), *la parte vinculante de la motivación de las sentencias constitucionales se limita a la ratio decidendi* (“razón para decidir”), *vale decir, los razonamientos interpretativos de normas, principios y/o valores constitucionales indispensables para la resolución del caso concreto.* Por el contrario, toda consideración adicional, especialmente si es ajena al punto que debía resolverse, constituye *obiter dicta* (“dicho de paso”) y, como tal, no es vinculante.

Así, la sentencia que se comenta declaró que no había lugar a la revisión del veredicto de la Sala Electoral porque se ajustaba a derecho, pero decidió añadir consideraciones acerca de la posibilidad de reelección sucesiva para el ejercicio de cargos públicos, lo cual no fue materia de controversia de modo que, se concuerde o no con los criterios que allí se vertieron, ellos *no son vinculantes*. En todo caso, la lectura de ese fallo revela que, además de que se apartó ostensiblemente del tema que debía ser decidido, la Sala construyó su argumento a través de citas del acto de juzgamiento a que se hizo referencia, el n.º 1.488/2006 –que, como ya se apuntó, se sólo se pronunció sobre la posibilidad de reelección por oposición a la imposibilidad de la misma- y de ellos, en forma inconexa, concluyó que, “... *de conformidad con las consideraciones antes expuestas, 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.*” (Subrayado añadido).

Basta la lectura del acto jurisdiccional para que se aprecie la incongruencia de la conclusión respecto a las consideraciones que venían de ser expuestas, conclusión que tuvo por finalidad –dijo la mayoría sentenciadora– rebatir las siguientes afirmaciones que había hecho la Sala Electoral, que tampoco eran parte de la *ratio decidendi* de su decisión, sino un refuerzo de su conclusión acerca de la ilegalidad de la resolución administrativa que estaba examinando:

Esta voluntad legislativa sobre la alternabilidad en los cargos, no es exclusiva para el caso de los miembros de los Consejos de Administración, Consejos de Vigilancia, delegados, principales y suplentes en las Cajas de Ahorro, sino que se extiende para todos aquellos cargos de elección popular, encontrándonos que estas inhabilitaciones para reelecciones perpetuas las ha consagrado nuestro ordenamiento jurídico desde su nacimiento. Así lo ha dejado sentado esta Sala Electoral en sentencias previas, y en este sentido podemos hacer referencia a la sentencia N° 51 del 18 de marzo de 2002, donde se señaló lo siguiente:

“A este respecto, es necesario tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico desde su Constitución de 1830, ha erigido como principio general y presupuesto democrático, la ‘alternabilidad’, es decir el ejercicio sucesivo de un cargo por personas distintas, pertenezcan o no a un mismo partido. En este contexto, el término ‘reelección’, alude a la posibilidad de que un funcionario sometido a elección pública, cuyo ejercicio se encuentre sujeto a un período previamente determinado o renovación periódica, pueda ser nuevamente postulado y electo una o más veces a la misma posición de Derecho (Cfr. NOHLEN, Dieter: La Reelección. En VVAA: ‘Tratado Electoral Comparado de América Latina’. Fondo de Cultura Económica y otros. México, 1998. pp. 140 y ss.)

Este calificado ‘derecho’ de reelección, aunque justificado como un mecanismo de extensión del buen gobierno, podría desvirtuarse y convertirse en una grave amenaza para la democracia: las ansias de perpetuación en el poder (continuismo), así como la evidente ventaja en los procesos electorales de quien ocupa el cargo y a su vez es candidato a ocupar el mismo, han producido tanto en Venezuela como en el resto de Hispanoamérica un profundo rechazo a la figura de la reelección. En el caso de la designación del Presidente de la República o el funcionario equivalente, esta desaprobación se ha traducido en rigurosas previsiones constitucionales, así, por ejemplo, en las Constituciones venezolanas de 1830, 1858, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1936, 1945 y 1947, se prohibía la reelección inmediata para el período constitucional inmediatamente siguiente; la Constitución de 1961 prohibía la reelección hasta por diez años o dos períodos constitucionales después de la terminación del mandato, y actualmente, la Constitución de 1999, optando por una modalidad distinta para resguardar la alternabilidad, establece en su artículo 230: ‘...El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido, de inmediato y por una sola vez, para un período adicional’(...).”

Como se observa en la anterior cita jurisprudencial, la prohibición de reelección sucesiva se presenta como una técnica de control legislativo derivada en la inconveniencia de que un ciudadano se perpetúe en el poder, pretendiendo, entre otras cosas, restar capacidad de influencia a quien lo ha ejercido, y sobre todo preservar la necesidad de que los aspirantes estén en un mismo pie de igualdad y que los funcionarios electos no distraigan sus esfuerzos y atención en asuntos diferentes a la completa y cabal realización de su gestión.

3.3 Una vez que se ha descartado el supuesto carácter vinculante de los criterios que se comentaron, se debe añadir una precisión fundamental: así como no es lo mismo reelección que reelección sucesiva, tampoco es lo mismo reelección sucesiva que reelección sucesiva permanente, es decir, *sin límite temporal*.

Esta afirmación no sólo se explica por sí misma, sino que descarta la coherencia de las consecuencias que han pretendido extraerse de los precedentes jurisprudenciales a que se ha hecho referencia con ellos mismos y con las fuentes de las cuales dijo nutrirse.

En efecto, cuando dictó la sentencia n.º 1.488/2006, la Sala pretendió apoyarse en expresiones de HAMILTON en *El Federalista*, a favor de la reelección. La palabra reelección sólo se menciona una vez en esos textos fundamentales (*El Federalista* n.º 68, “El modo de elegir al Presidente”, miércoles 12 de marzo de 1788), para destacar que la reelección presidencial debía depender de la voluntad popular *por oposición a que dependiese de otros actores políticos*, para evitar que el Presidente se viese tentado al sacrificio de su deber para complacencia de aquellos cuyo favor le fuese necesario. No se planteó en *El Federalista*, ni siquiera tangencialmente, la posibilidad de reelecciones sucesivas continuas. Recuérdese que el sistema constitucional de los Estados Unidos de América permite la reelección presidencial *por una sola vez*.

Precisamente a un límite temporal semejante le dio mucha importancia la Corte Constitucional colombiana en su fallo C-1040/05 -del que también echó mano esta Sala Constitucional pero con omisión de tan relevante detalle- cuando llegó a la conclusión de que: *“Para la Corte permitir la reelección presidencial -por una sola vez y acompañada de una ley estatutaria para garantizar los derechos de la oposición y la equidad en la campaña presidencial- es una reforma que no sustituye la Constitución de 1991 por una opuesta o integralmente diferente.”* A todo lo largo de ese veredicto, cuando se habla de la reelección presidencial, se añade la precisión: “por una sola vez”. Además, puso de relieve que: *“... el acto legislativo acusado establece de manera general y abstracta que ‘nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos’ y, como disposición transitoria que ‘quien ejerza o haya ejercido la Presidencia de la República antes de la vigencia del presente Acto Legislativo sólo podrá ser elegido para un nuevo período presidencial.’* También puede leerse en ese acto decisorio que: *“Por lo demás, como quiera que sólo puede haber una reelección, de todas maneras, en el período siguiente el juego se dará entre ciudadanos iguales, con lo cual el sistema, tal como está previsto en el Acto Legislativo 2 de 2004, atiende a la necesidad de garantizar la alternancia en el poder, no solo mediante el expediente de establecer un pronunciamiento periódico del electorado, sino, adicionalmente, estableciendo un límite absoluto al término durante el cual una misma persona puede ejercer como Presidente de la República”* (Subrayado añadido).

Desde otra perspectiva, resulta muy ilustrativa la lectura del siguiente extracto del acto decisorio que se comenta:

En relación con la forma de Estado se tiene que, con o sin reelección presidencial inmediata, Colombia sigue siendo un Estado social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista. Ninguno de esos elementos definitorios de la forma que adopta el Estado colombiano puede tenerse como suprimido, subvertido o integralmente sustituido en razón a que, por virtud del acto legislativo acusado, hoy en Colombia se permite la reelección presidencial, eventualidad que estaba proscrita en la Constitución de 1991.

3.4 La Corte Constitucional colombiana llegó a la conclusión de que el proyecto de reforma constitucional que le fue presentado para su examen no subvertía ninguno de los elementos definitorios de la forma que adopta el Estado Colombiano. Esa es la clave ¿Cuáles son los elementos definitorios que adopta la República Bolivariana de Venezuela?

De conformidad con el Título I, Principios Fundamentales, de la Constitución, la República Bolivariana de Venezuela *“es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador”* (artículo 1) y su gobierno, así como el de las entidades políticas que la componen *“es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”* (artículo 6).

Por lo que respecta a la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador, se impone el recuerdo de sus palabras en el Congreso de Angostura, ampliamente conocidas, en las que se refirió, entre otros temas, a la necesidad de fuesen otros y *no él*, quienes dirigieran la Patria; él quedaría sólo al servicio de las armas, “*mientras haya enemigos en Venezuela*”. Así, en referencia a él mismo y no a alguna tiranía nacional o extranjera, cuando dijo que renunciaba al gobierno para siempre, exclamó: “*¡Legisladores! Yo deposito en vuestras manos el mando supremo de Venezuela (...) Multitud de beneméritos hijos tiene la Patria, capaces de dirigirla*” y, luego, pronunció la celeberrima sentencia:

... nada es tan peligroso como dejar permanecer largo tiempo en un mismo ciudadano el poder. El pueblo se acostumbra a obedecerle y él se acostumbra a mandarlo. (...) nuestros ciudadanos deben temer con sobrada justicia que el mismo Magistrado, que los ha mandado mucho tiempo, los mande perpetuamente.

Ya decían los romanos, in claris non fit interpretatio.

En cuanto a los principios fundamentales, es pertinente la reiteración de que el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela “*es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables*”.

3.4.1 ¿Qué significa que el gobierno *es y será siempre...*?

Según explica AMBROSIO OROPEZA (en referencia a la misma expresión en el artículo 2 de la Constitución de 1961):

La inmutabilidad que envuelven las expresiones aludidas no es una invención del Congreso que elaboró la Carta de 1961. La fórmula se remonta a 1830 y permanece inalterable hasta la Constitución de 1964 (*rectius*: 1864), que la suprime. La restablece la constitución dictatorial de 1901 y la reproducen las posteriores hasta la de 1847, (...).

¿Cuál valor hay que atribuir a la perpetuidad que la actual Carta, inspirada en anteriores constituciones, establece para las formas de gobierno? (...), un examen atento a las disposiciones sobre enmienda y reforma de la nueva constitución, suministra quizá el criterio más razonable para decidir acerca de la cuestión planteada. Aunque los textos mencionados no excluyen la posibilidad de enmendar o reformar ninguno de los preceptos constitucionales, la prohibición del artículo 2° de cambiar las formas de gobierno es una limitación inderogable para el constituyente que emprende una revisión parcial de la ley fundamental. En tal virtud, ninguna validez tendría, aunque se cumplieran todas las formalidades sobre enmienda que establece el artículo 245 de la Constitución, una modificación que desconociera el mandato imperativo que prohíbe el cambio de las formas de gobierno. Por ello no sería admisible una proposición ni en el Congreso ni en las Asambleas Legislativas de los Estados en el sentido de modificar, alterar o suprimir las características del gobierno venezolano, porque ellas “son y serán siempre” las que establece el artículo 2° (*La Nueva Constitución Venezolana 1961*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. N.° 24, Caracas, 1986, pp. 176 y 177).

3.4.2 ¿Qué significa que el gobierno *es y será siempre alternativo*?

Según el Diccionario de la Real Academia Española, *alternativo* es un adjetivo que significa “*que se dice, hace o sucede con alternación*”; *alternación* es “*acción de alternar*” y *alternar* –entre otros significados no relevantes en este contexto– es “*distribuir algo entre personas o cosas que se turnan sucesivamente*” (transitivo) y “*dicho de varias personas: Hacer o decir algo o desempeñar un cargo por turno*” (intransitivo). (Subrayado añadido).

Así, como ilustra, en primer lugar, la lectura más elemental, la del diccionario, la posibilidad de reelección de los funcionarios de elección popular sin ningún límite temporal, o con uno demasiado largo, es incompatible, en forma insalvable, con un gobierno alternativo. La

alternatividad en el marco de nuestra Constitución, en sencillas palabras de HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, “*se refiere a la negación de la continuidad indefinida en el ejercicio del Poder, y la necesidad de que en el mismo se sucedan nuevos titulares.*” (Análisis de la Constitución venezolana de 1999, Editorial Ex Libris, Caracas, 2002, 2da. reimpresión, p.103). (Subrayado añadido).

Por otra parte, la Base Comicial Octava para el referendun consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente que se celebró en 1999, cuyo carácter *supra-constitucional* fue declarado por este Tribunal Supremo de Justicia en varias decisiones (Vid. por todas, s.S.P.-C.S.J. de 06.10.1999, caso: *Henrique Capriles Radonsky*), reza:

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

Ya se señaló como, durante nuestra historia republicana, en fórmula que se repite casi interrumpidamente desde 1830, nuestros constituyentes han considerado como nota esencial y, por tanto, *intangible* de nuestro gobierno, la alternatividad, que no puede ser confundida con alternabilidad como mera posibilidad. Ello la hace, de conformidad con la jurisprudencia que se citó, un principio *supraconstitucional*.

En el marco de las consideraciones anteriores, mal podía la mayoría sentenciadora agregar a su declaratoria de inadmisión que la pretensión de autos “*no sólo resulta contraria a uno de los requisitos indispensables para la admisión del amparo como medio de protección frente a amenazas (...), sino que desconoce los criterios vinculantes de la Sala respecto a la reelección sucesiva de los cargos de elección popular*”.

Queda así expresado el criterio del Magistrado concurrente.

TSJ-SC (52)

3-2-2009

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Oscar Arnal (acción de amparo constitucional contra “...la iniciativa presidencial de buscar una enmienda constitucional que le permita la reelección indefinida”).

De los argumentos de los accionantes puede evidenciarse la existencia de un interés particular que se opone personalmente a la propuesta de enmienda constitucional, mas no la afectación de intereses colectivos y difusos, cuyo presupuesto es la uniformidad de intereses, bien de sujetos indeterminados, como de grupos sociales determinados, en una sola dirección y con un mismo propósito, ya que de lo contrario, como ocurre en el caso *sub júdice*, podría producirse un fallo que hiera el interés jurídico de otro sector de la sociedad que pudiera apoyar la iniciativa de enmienda y no estuviese representado por el accionante.

Una vez establecida su competencia para conocer de la presente causa, esta Sala pasa a examinar la admisibilidad de la tutela constitucional solicitada y, al respecto, observa que el accionante interpuso su pretensión de amparo constitucional, actuando en su propio nombre y en protección de los intereses difusos de la población venezolana, contra “...la iniciativa

presidencial de buscar una enmienda constitucional que le permita la reelección indefinida”, que eventualmente se produciría de ser aprobado el respectivo proyecto presentado en el venidero referéndum del 15 de febrero del presente año.

Conforme a la pretensión deducida, la Sala estima oportuno señalar que en la eventual modificación -por medio del proceso de enmienda constitucional- del régimen de reelección del cargo de Presidente de la República o del resto de los cargos de elección popular, no están presentes los aspectos que caracterizan a las demandas por intereses difusos o colectivos, a los cuales se ha referido esta Sala en distintas oportunidades (entre otras, en sentencia del 18 de febrero de 2003, recaída en el caso: *César Pérez Vivas*), como son que los hechos en que se funde la acción sean genéricos y que la prestación requerida sea indeterminada.

En efecto, en el presente caso, los hechos narrados por el accionante son específicos y su petitorio revelan una inconformidad subjetiva con la propuesta de enmienda constitucional, lo cual, conduce a esta Sala a reiterar que la *ratio* de los intereses difusos no son las posiciones individuales, sino “...*aquellos bienes que, en una comunidad, sirven al interés de las personas en general de una manera no conflictiva, no exclusiva y no excluyente.*” (Sentencia de esta Sala del 9 de julio de 2002. Caso: *Colegio Médico del Distrito Metropolitano de Caracas*).

De modo tal, que es la afectación o la lesión común de la calidad de vida, la que conforma el contenido del interés colectivo, entendido éste como “*el producto de la satisfacción progresiva y concreta de los derechos y garantías constitucionales que protegen a la sociedad como ente colectivo.*” (Sentencia del 30 de junio de 2000, caso: *Dilia Parra Guillén*).

En este sentido, de los argumentos de los accionantes puede evidenciarse la existencia de un interés particular que se opone personalmente a la propuesta de enmienda constitucional, mas no la afectación de intereses colectivos y difusos, cuyo presupuesto es la uniformidad de intereses, bien de sujetos indeterminados, como de grupos sociales determinados, en una sola dirección y con un mismo propósito, ya que de lo contrario, como ocurre en el caso *sub júdice*, podría producirse un fallo que hiera el interés jurídico de otro sector de la sociedad que pudiera apoyar la iniciativa de enmienda y no estuviese representado por el accionante.

En consecuencia, el presente asunto carece de la difusividad alegada y, antes bien, se circunscribe al interés particular del accionante de atacar la propuesta de enmienda y, por esta razón, pasa la Sala a analizar su admisibilidad a la luz de una acción personal de amparo constitucional y, en tal sentido, advierte lo siguiente:

Tal como lo establece el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el amparo constitucional procede cuando a causa de un acto, hecho u omisión proveniente de cualquier órgano del Poder Público o persona, existe una amenaza -inminente, posible y realizable por parte del presunto agravante- de violación de un derecho o garantía constitucional. En caso de no concurrir la existencia de dichas condiciones, el amparo incoado debe considerarse inadmisibile, tal como lo prevé el artículo 6.2 *eiusdem*, el cual establece que:

“(…) Artículo 6. No se admitirá la acción de amparo:

(...)

2) Cuando la amenaza contra el derecho o la garantía constitucionales, no sea inmediata, posible y realizable por el imputado (...).”

En efecto, se ha reiterado que sólo cuando la amenaza, es decir, el daño que prontamente va a concretarse, sea inminente, factible y practicable por la persona a quien se le imputa el acto, hecho u omisión que se señala como lesiva, podrá admitirse el amparo. Por ello, es necesario que la lesión de la situación jurídica subjetiva del accionante se produzca como consecuencia directa del acto, hecho u omisión que se atribuyen al presunto agravante, sin que sea posible imputarles resultados distintos a los que razonablemente éstos puedan ser capaces de producir. En tal sentido, esta Sala Constitucional, en sentencia N.º 326/2001 del 9 de marzo, caso: “*Frigorífico Ordáz, S.A.*”, estableció que:

“(…) Esta modalidad de amparo -en casos de amenaza-, consagrada en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, requiere para su procedencia dos requisitos fundamentales, cuales son, la existencia de una amenaza por parte del presunto agravante y que tal amenaza sea inminente, definida esta última por la Real Academia Española como aquello que está por suceder prontamente, lo cual implica un fundado temor de que se cause un mal pronto a ocurrir, esto es, que el acto, hecho u omisión que va a generar tal amenaza inminente debe ya existir o al menos, estar pronto a materializarse.

En otros términos lo señala el numeral 2 del artículo 6 de la misma ley, al indicar que la amenaza que hace procedente la acción de amparo es aquella que sea inmediata, posible y realizable por el imputado, estableciendo al efecto que tales requisitos deben ser concurrentes, por lo cual es indispensable -además de la inmediación de la amenaza- que la eventual violación de los derechos alegados -que podría materializarse de no ser protegidos mediante el mandamiento que se solicita- deba ser consecuencia directa e inmediata del acto, hecho u omisión que constituyan el objeto de la acción; de lo cual deviene, por interpretación a contrario, la improcedencia de la acción, cuando se le imputen al supuesto agravante resultados distintos a los que eventualmente pudiere ocasionar la materialización de la amenaza que vulneraría los derechos denunciados, o cuando la misma no sea inmediata o ejecutable por el presunto agravante (...)”.

En el caso bajo examen, la acción de amparo se interpuso contra “...la iniciativa presidencial de buscar una enmienda constitucional que le permita la reelección indefinida” y, en tal virtud, es necesario señalar, en primer término, que contrariamente a lo señalado por el accionante, la citada iniciativa fue propuesta por la Asamblea Nacional y no por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, a lo que cabe agregar, que su eventual aprobación e incorporación al ordenamiento jurídico positivo sólo corresponde al pueblo mediante referendo -Cfr. Artículo 341 *eiusdem*- con lo cual, depende de la voluntad popular y no de una manifestación de autoridad del Poder Público que la propuesta de enmienda pase a formar parte del bloque de la constitucionalidad.

Ciertamente, es el pueblo y no el Ejecutivo Nacional o cualquier otra rama del Poder Público, quien tiene en sus manos la constitucionalización de la propuesta y, de allí, que simplemente recaiga en el Poder Electoral, instrumentar el procedimiento tendente a que se manifieste la soberanía popular en pro o en contra de la misma.

Asimismo, el presunto agraviado no puede pretender la materialización de una lesión constitucional, de un hecho futuro o incierto como lo es la eventual aprobación de la enmienda a través del correspondiente referendo aprobatorio y, en consecuencia, como quiera que ello, no sólo no resulta imputable al presunto agravante, sino que actualmente constituye una mera hipótesis, resulta evidente para esta Sala, que para que la supuesta amenaza se concrete y, por tanto, surta algún efecto jurídico, es necesario la verificación de un conjunto de circunstancias y condiciones normativas que, al presente, tienen carácter incierto.

En tal sentido, la Sala reitera que la acción de amparo no tiene como propósito el prevenir situaciones hipotéticas que, posiblemente, puedan generarse a consecuencia de actuaciones u omisiones atribuidas a órganos del Poder Público (lo cual no se verifica en el presente

caso), pues su carácter específico sólo opera en los casos en que se materialice una violación expresa o una amenaza de lesión, directa e inmediata de algún derecho o garantía constitucional, es decir, cuando la violación o amenaza tiene evidencias objetivas de existir y, en consecuencia, de causar la posible lesión constitucional, lo cual, en definitiva, hace descartable de la tutela constitucional las situaciones futuras hipotéticas, inciertas o eventuales.

Por tanto, esta Sala encuentra que la acción de amparo interpuesta y la supuesta amenaza de lesión que se denuncia, no sólo resulta contraria a uno de los requisitos indispensables para la admisión del amparo como medio de protección frente a amenazas, como lo es el que la misma sea posible y realizable por el imputado en forma evidente, sino que desconoce los criterios vinculantes de la Sala respecto a la reelección sucesiva de los cargos de elección popular -*Cfr.* Sentencias de la Sala n.º 1.488/2006 y 2.413/2006.-

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional considera que la acción de amparo constitucional de autos resulta inadmisibile, en aplicación del artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

B. Tutela Judicial Efectiva

a. Contenido

TSJ-SC (225)

16-3-2009

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Wilmer Reyes Núñez vs. Decisión Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo.

El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que incluye, a modo de resumen, los siguientes aspectos: el derecho de acceso a los tribunales, a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho al recurso legalmente previsto.

Resulta importante precisar que tal derecho, a la tutela judicial efectiva, comprende no sólo el derecho de acceso a los órganos judiciales, sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, tal como lo señaló esta Sala en Sentencia n.º 708 del 10 de mayo de 2001 (caso: *Juan Adolfo Guevara*), en la que expresó:

“El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 *eiusdem*), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura.

La conjugación de artículos como el 2, 26 o 257 de la Constitución de 1999, obliga al juez a interpretar las instituciones procesales al servicio de un proceso cuya meta es la resolución del conflicto de fondo, de manera imparcial, idónea, transparente, independiente, expedita y sin formalismos o reposiciones inútiles.” (Resaltado añadido)

Así, el derecho denunciado como violentado tiene un contenido complejo que incluye, a modo de resumen, los siguientes aspectos: el derecho de acceso a los tribunales, a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho al recurso legalmente previsto (Joan Picó I Junoy, “*Las Garantías Constitucionales del Proceso*”. Barcelona, 1997, p. 40), lo cual no se verifica haya sido infringido en el caso *sub examine*.

De tal manera, la actividad del juez constitucional no está dirigida a la revisión de los criterios de interpretación de normas de rango legal, ni del establecimiento de hechos a través del análisis del material probatorio que hubiese sido promovido por las partes en el proceso, a menos que, se insiste, se hubiese ocasionado una evidente violación a los derechos constitucionales del peticionario.

En el caso *in commento*, concluye esta Sala en que no se le violentó al accionante el derecho a la tutela judicial efectiva, pues la parte quejosa, una vez notificada de la demanda recaída en su contra, tuvo acceso a los diversos actos procesales propios del juicio, y si bien la resolución dictada no le fue favorable, no por ello menoscaba los derechos constitucionales denunciados como infringidos, toda vez que el derecho a la tutela judicial efectiva, como señala la doctrina española en reconocimiento de la jurisprudencia constitucional “...no comprende – obviamente – el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución en Derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello...” (González Pérez, Jesús; *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Cuadernos Civitas, segunda edición, Madrid, 1989, p. 29).

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. Régimen del Poder Público Nacional

A. El Poder Judicial

- a. *Administración de justicia: Criterios jurisprudenciales (seguridad jurídica, confianza legítima y retroactividad)*

TSJ-SC (31)

30-1-2009

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Alejandro Humberto Sosa vs. Decisión Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia.

La Sala reitera que los criterios jurisprudenciales previamente adoptados pueden ser revisados, ya que tal posibilidad constituye una exigencia ineludible de la propia función jurisdiccional, por cuanto ello forma parte de la libertad hermenéutica propia de la actividad de juzgamiento, no obstante advierte que esa revisión no debe ser aplicada de manera indiscriminada, ni con efectos retroactivos, vale decir, que los requerimientos que nazcan del nuevo criterio, sean exigidos para los casos futuros y que se respeten, en consecuencia, las circunstancias fácticas e incluso de derecho, que existan para el momento en el cual se haya presentado el debate que se decida en el presente.

Según ha expresado esta Sala Constitucional (sentencia del 14 de diciembre de 2004, caso: *Seguros Altamira C.A.*) “...la reiteración y la uniformidad constituyen exigencias cardinales para la determinación de la existencia de un criterio jurisprudencial; no obstante, las mismas no son absolutas ya que, algunas veces, la jurisprudencia es vacilante y no se consolida. Por otra parte, en algunos supuestos (excepcionales) podría ser suficiente una sola sentencia como por ejemplo, cuando se produce un cambio de criterio mediante un razonamiento expreso y categórico, o cuando se dilucida por vez primera un asunto o cuando la falta de frecuencia de casos análogos no permitan la reiteración de la doctrina legal”.

En anteriores oportunidades, esta Sala ha hecho referencia a los criterios jurisprudenciales, sus cambios y la relación que existe entre los mismos y los principios de confianza legítima y seguridad jurídica en el ámbito jurisdiccional (sentencia de 1º de junio de 2001, caso: *Fran Valero González y otro*) en los siguientes términos:

La expectativa legítima es relevante para el proceso. Ella nace de los usos procesales a los cuales las partes se adaptan y tomándolos en cuenta, ejercitan sus derechos y amoldan a ellos su proceder, cuando se trata de usos que no son contrarios a derecho’.

Con la anterior afirmación, la Sala le dio valor al principio de expectativa plausible, el cual sienta sus bases sobre la confianza que tienen los particulares en que los órganos jurisdiccionales actúen de la misma manera como lo ha venido haciendo, frente a circunstancias similares.

Así, es claro que en nuestro ordenamiento jurídico, con excepción de la doctrina de interpretación constitucional establecida por esta Sala, la jurisprudencia no es fuente directa del Derecho. Sin embargo, la motivación de los fallos proferidos por las Salas de Casación que trasciendan los límites particulares del caso sub iudice, para ser generalizada mediante su aplicación uniforme y constante a casos similares, tiene una importancia relevante para las partes en litigio dada la función de corrección de la actividad jurisdiccional de los tribunales de instancia que ejercen las Salas de Casación de este Alto Tribunal, cuando desacaten o difieran de su doctrina, la cual, de acuerdo con el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil y con el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo, deben procurar acoger para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.

Por ello, la doctrina de casación, sin ser fuente formal del Derecho, en virtud de que sienta principios susceptibles de generalización, cuya desaplicación puede acarrear que la decisión proferida en contrario sea casada, se constituye en factor fundamental para resolver la litis y, en los casos en que dicha doctrina establezca algún tipo de regulación del proceso judicial, sus efectos se asimilan a los producidos por verdaderas normas generales.

De tal forma, que en la actividad jurisdiccional el principio de expectativa plausible, en cuanto a la aplicación de los precedentes en la conformación de reglas del proceso, obliga a la interdicción de la aplicación retroactiva de los virajes de la jurisprudencia. En tal sentido, el nuevo criterio no debe ser aplicado a situaciones que se originaron o que produjeron sus efectos en el pasado, sino a las situaciones que se originen tras su establecimiento, con la finalidad de preservar la seguridad jurídica y evitar una grave alteración del conjunto de situaciones, derechos y expectativas nacidas del régimen en vigor para el momento en que se produjeron los hechos.

No se trata de que los criterios jurisprudenciales previamente adoptados no sean revisados, ya que tal posibilidad constituye una exigencia ineludible de la propia función jurisdiccional, por cuanto ello forma parte de la libertad hermenéutica propia de la actividad de juzgamiento, sino que esa revisión no sea aplicada de manera indiscriminada, ni con efectos retroactivos, vale decir, que los requerimientos que nazcan del nuevo criterio, sean exigidos para los casos futuros y que se respeten, en consecuencia, las circunstancias fácticas e incluso de derecho, que existan para el momento en el cual se haya presentado el debate que se decida en el presente.

Asimismo, conforme a lo anteriormente expuesto, esta Sala ha reiterado en múltiples fallos (sentencia del 19 de diciembre de 2003, caso: *Salvador de Jesús González Hernández*, entre otras) que “*la aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial, iría en contra de la seguridad jurídica que debe procurarse en todo Estado de Derecho*”.

En el caso bajo análisis, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia objeto de revisión, en desconocimiento de un criterio reiterado por jurisprudencia pacífica desde el año 1989, sin el análisis de las alegaciones que habían sido realizadas en los escritos de impugnación y contrarréplica del recurso de casación, declaró y dispuso, a través de la casación de oficio, la reposición de la causa al estado en que se encontraba para el 16 de septiembre de 1997, cuando la Secretaria del Juzgado de Primera Instancia dejó constancia de que hubo fijado el cartel de citación en la morada del codemandado Juan Manuel Martis Santos, momento éste en que consideró que se activó la suspensión del proceso que ordena el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil y, además, declaró nulas todas las actuaciones posteriores a la oportunidad que antes se indicó, con lo cual desconoció el criterio vigente para cuando se realizó la actuación procesal.

Observa esta Sala que, en la sentencia cuya revisión se pretende, la Sala de Casación Civil no precisó el por qué abandonó o se apartó del criterio que imperaba para ese entonces, es decir, el por qué adoptó la nueva orientación, por lo que dicho cambio jurisprudencial careció de motivación, lo cual vulneró los principios jurídicos fundamentales de seguridad jurídica y confianza legítima, así como el derecho constitucional a la igualdad del aquí solicitante, quien tenía la expectativa plausible de que su asunto se decidiera de acuerdo con la jurisprudencia que imperaba, para ese entonces, en casos análogos.

Así, ante la violación al derecho constitucional a la tutela judicial eficaz y a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima del solicitante, esta Sala Constitucional cree conveniente la reiteración de su criterio mediante el cual amplió el objeto de la facultad de revisión a los supuestos en que, como el presente, se hubiese producido una evidente vulneración a los derechos constitucionales de la parte solicitante. Así, en sentencia n.º 325 del 30 de marzo de 2005, caso: *Alcido Pedro Ferreira y otro*, se señaló:

Esta función revisora está asignada a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, concebida en virtud de su función de guardián y protector del Texto Constitucional, atribuida por mandato expreso del artículo 335 de la Carta Magna, y destinada a definir y preservar la uniformidad de los criterios interpretativos emanados de esta Sala, el principio de seguridad jurídica de los ciudadanos, así como mantener el efectivo resguardo de los derechos y garantías constitucionales, por parte de los Tribunales de la República y de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia. (...)

De manera que se erige la Sala como un eje rector de la uniformidad jurisprudencial, proveyendo y aglomerando las interpretaciones de los derechos, principios y garantías constitucionales, y actuando a su vez en una función contralora, ejercida mediante esta potestad de revisión constitucional, corrigiendo situaciones graves y que desconozcan los derechos fundamentales en que hayan incurrido los jueces, o la inobservancia de las interpretaciones efectuadas por esta Sala que se transmutan o se erijan como violaciones a los derechos, principios y garantías constitucionales.

Es en desarrollo de la institución de la revisión constitucional efectuada por esta Sala (*Vid.* Entre otras, Sentencias n.º 93/2001, 442/2004, 520/2000), que nuestro legislador amplió mediante la promulgación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 37.942 del 20 de mayo de 2004, el ámbito de la revisión constitucional establecida en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Imbuido o influenciado éste –legislador-, en virtud del ejercicio de la inter-relación que debe confluir entre los diversos órganos del Poder Público, en el evolucionar jurisprudencial de la institución de la revisión efectuada por esta Sala, actuando en sus funciones de intérprete y garante de la Constitución (*ex* artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

En tal sentido, disponen los artículos 5.4 y 5.16 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela: (...)

En atención a las normas citadas *ut supra*, observa esta Sala que se diferenció claramente el supuesto de hecho establecido en el numeral 4 y el numeral 16 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud de que el primero (*ex* artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), consagra la posibilidad de revisar la sentencias dictadas por las demás Salas integrantes del Tribunal Supremo de Justicia cuando se denuncien: I) violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República y II) cuando estas sentencias se hayan dictado con ocasión de: i) error inexcusable, ii) dolo, iii) cohecho o iv) prevaricación y, el último supuesto legal (*ex* artículo 5.16 *eiusdem*), se limitó a reproducir el supuesto de hecho establecido en la norma constitucional (336.10), el cual ha sido objeto de un desarrollo exhaustivo por esta Sala (*Vid.* Sentencia n.º 93/6-2-2001, caso “*Corpoturismo*”).

En este mismo orden de ideas, visto lo innovador de la disposición legislativa, consagrada en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, debe esta Sala delimitar el contenido de la misma, destacándose, en primer lugar, que aun cuando no se desprenden dudas de la norma en cuestión, esta Sala advierte con relación a estas últimas condiciones (error inexcusable, dolo, cohecho y prevaricación), que las mismas no son concurrentes, sino que basta con que se denuncie una de ellas, para que la Sala determine la procedencia o no de la revisión constitucional.

Igualmente, debe advertir esta Sala que la interposición de la revisión constitucional no tiene efectos suspensivos de la causa sometida a revisión, como si lo sería el planteamiento de una cuestión de prejudicialidad de una norma constitucional en otros ordenamientos jurídicos (*Vgr.* España).

No obstante lo anterior, aun cuando se resaltan los efectos no suspensivos de la revisión, la interposición de ésta ocasiona un efecto psicológico en la *ratio* del juzgador, quien se abstiene de ordenar la ejecución de los mismos, en virtud de que la revisión podría conllevar como efecto la posible nulidad de los fallos judiciales definitivos (*Vid.* Sentencia N° 1992/8-9-2004, caso: “*Peter Hofle Szabo*”), pudiendo constituirse así en una técnica dilatoria posible de ser ejercida por los representantes judiciales.

En consonancia con lo antes expuesto, esta Sala advierte que en su función de intérprete suprema de la Constitución, concebida y dirigida a controlar la recta aplicación de los derechos y principios constitucionales y en aras de lograr la uniformidad de la jurisprudencia constitucional, **debe ampliar el objeto de control mediante el supuesto de hecho de la revisión constitucional establecida en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia a la violación de derechos constitucionales y no sólo a la vulneración de principios jurídicos fundamentales.**

Ello, en virtud de que admitir la simple violación de principios jurídicos y dejar incólumne con carácter de cosa juzgada una sentencia que vulnere derechos constitucionales, contrariando incluso las interpretaciones de esta Sala, constituiría un absurdo jurídico y un vuelco regresivo en la evolución jurisprudencial de esta Sala, debido a que las mismas carecen de recurso judicial alguno que pueda enervar sus efectos, ya que la acción de amparo constitucional, como acción destinada a la tutela de derechos y garantías constitucionales, es de imposible interposición contra una sentencia emanada de cualquier otra Sala del Tribunal Supremo de Justicia (*ex* artículo 6.6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales)... (Resaltado añadido).

En virtud de todo lo que anteriormente se señaló, esta Sala Constitucional declara que ha lugar a la solicitud de revisión, anula el fallo n.º 40 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia que recayó el 31 de enero de 2008 y ordena la reposición de la causa al estado en que dicha Sala de Casación Civil, de acuerdo con el criterio que fue expuesto en la presente decisión, se pronuncie acerca del recurso de casación que fue interpuesto y formalizado por los representantes judiciales del ciudadano Juan Manuel Martis y de Auto Servicio La Estrella S.R.L contra la sentencia que dictó, el 14 de diciembre de 2006, el Juzgado Superior Noveno Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Así se decide.

b. *Régimen disciplinario de los Jueces*

TSJ-SPA (0013)

14-1-2009

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Carlos Andrés Pérez Pérez vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial está obligada a revisar aquellos aspectos que se enlazan de forma directa con la disciplina del juez, entre éstos, las actuaciones jurisdiccionales susceptibles de producir una vinculación directa con el catálogo de sanciones establecidas en la Ley de Carrera Judicial.

Expuesto lo anterior, previa lectura del expediente administrativo y de las actuaciones que conforman el expediente judicial, la Sala observa:

1.- Denunció el accionante que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial era manifiestamente incompetente para dictar el acto recurrido, pues las conductas que sancionó eran jurisdiccionales, teniendo él independencia y autonomía en sus funciones.

Expuesto lo anterior, entiende la Sala que con su planteamiento el accionante pretende evidenciar que el órgano sancionador incurrió en usurpación de funciones, la cual constituye un vicio que tiene lugar cuando una autoridad legítima dicta un acto invadiendo la esfera de competencias de un órgano perteneciente a otra rama del Poder Público, violentando de ese modo las disposiciones contenidas en los artículos 136 y 137 de la Constitución de la República que consagran, por una parte, el principio de separación de poderes, en razón del cual cada rama del Poder Público tiene sus funciones propias, y se establece, por otra, que sólo la Constitución y la ley definen las atribuciones del Poder Público y a tales normas debe sujetarse su ejercicio. De manera que al invadirse la esfera de atribuciones que es propia de otro órgano del Poder Público, se estaría incurriendo en una incompetencia manifiesta, lo cual se traduciría necesariamente en la nulidad absoluta del acto impugnado. Asimismo, se habla de extralimitación de atribuciones cuando una autoridad investida legalmente de funciones públicas, dicta un acto que constituye un exceso de las atribuciones que le han sido conferidas.

Ahora bien, la Sala considera necesario aclarar que, por constituirse los jueces en funcionarios destinados a ejercer la administración de justicia, mal puede pretenderse el ejercicio de una actividad de tan delicada naturaleza, sin el sometimiento debido a la supervisión de un órgano que controle el cumplimiento de esta labor. En seguimiento de esta regla, el Constituyente de 1961 dispuso en un primer momento, la creación del Consejo de la Judicatura, el cual se consagró 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 guardó vigencia hasta el momento en que entró en vigor la Constitución de 1999, y hoy ha sido sustituido, mientras se crea la jurisdicción disciplinaria, por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

Si bien es cierto que la mayor parte de la actividad desempeñada a diario por los jueces se desarrolla en el campo jurisdiccional, susceptible, por ende, 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-disciplinaria, en tanto se vincule esa revisión con aquellas conductas sujetas a responsabilidad disciplinaria.

Por ello, sin perjuicio de 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 tribunales de la República. En ejercicio de esa atribución y 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 aspectos que se enlazan de forma directa con la disciplina del juez, entre éstos, las actuaciones jurisdiccionales susceptibles de producir una vinculación directa con el catálogo de sanciones establecidas en la Ley de Carrera Judicial.

En este sentido, la sola presunción que pesa sobre la conducta desempeñada por el Juez, descrita a lo largo de la narrativa del presente fallo, además susceptible de ser encuadrada dentro de las sanciones establecidas en la Ley de Carrera Judicial, comporta para esta Sala, una circunstancia de tal envergadura que difícilmente podría evadir el control administrativo disciplinario, pues es deber del ente disciplinario vigilar que todo miembro del Poder Judicial cuente con la idoneidad necesaria para cumplir adecuadamente la función de juzgar.

Es claro, entonces, que la situación descrita únicamente sería remediable por el órgano administrativo encargado de disponer la permanencia de los funcionarios judiciales dentro del Poder Judicial, independientemente del examen jurisdiccional de su actuación, lo que conduce a esta Sala Político-Administrativa a estimar infundado el planteamiento por el cual se aduce la usurpación de funciones, dada la competencia que en el sentido señalado tiene atribuida la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. Así se decide.

TSJ-SPA (390)

25-3-2009

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Wilmer José Muñoz Bravo vs Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

La Sala reitera su jurisprudencia respecto a la potestad que tiene la Comisión Judicial del Máximo Tribunal para remover de sus cargos a los funcionarios designados con carácter provisional, siendo dicha potestad de estricto carácter discrecional.

Realizadas las anteriores precisiones, pasa la Sala a pronunciarse acerca del recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto, debiendo analizarse para ello las denuncias de: 1) incompetencia de la Comisión Judicial para dejar sin efecto la designación del actor, al considerar “que se trata de un acto disciplinario y no de una facultad discrecional”; 2) Inmotivación; “al omitir totalmente las razones de hecho y de derecho que tuvo para producir su acto”; así como, 3) vulneración de los derechos al debido proceso y a la defensa, este último

aspecto fundamentado en que el órgano recurrido: i) negó la posibilidad de conocer las observaciones presentadas, ii) omitió indicar los recursos que procedían contra la decisión adoptada y, iii) adoptó su decisión con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido para dejar sin efecto su designación.

Ahora bien, a los fines de esclarecer los límites de la competencia de la Comisión Judicial, en lo que se refiere a la separación de un funcionario del Poder Judicial, es necesario diferenciar entre el retiro que se origina en una causa disciplinaria y aquél que por el contrario, obedece a un acto de remoción, lo cual es equivalente a dejar sin efecto su designación.

Al respecto, debe la Sala ratificar lo señalado en anteriores decisiones, verbigracia, n.º 1.798 del 19 de octubre de 2004, 1.931 del 27 de octubre de 2004, 1.225 del 27 de mayo de 2006 y 1.326 del 29 de octubre de 2008, por citar sólo algunas, en cuanto al carácter innovador de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al atribuirle al Tribunal Supremo de Justicia no sólo el ejercicio de la función jurisdiccional, 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 por intermedio de un órgano denominado Dirección Ejecutiva de la Magistratura, el cual llevaría a cabo, por delegación, todo aquello que le fuera asignado.

Fue así como a través de la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, publicada en *Gaceta Oficial la República Bolivariana de Venezuela* n.º 37.014 del 15 de agosto de 2000, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, le dio forma a ese órgano de rango constitucional (Dirección Ejecutiva de la Magistratura) 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 de este Máximo Tribunal, 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 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.

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 de la República Bolivariana de Venezuela y más recientemente por el Reglamento Interno de este Tribunal, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 38.496 del 9 de agosto de 2006.

Lo anterior no deja lugar a dudas acerca 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, labores entre las que se encuentra lo relativo al ingreso y permanencia de los jueces dentro del Poder Judicial.

Por otra parte, es necesario precisar que el ejercicio de 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 sea creada la jurisdicción disciplinaria.

Distinta es la facultad de remover directamente a un funcionario de carácter provisorio o temporal, sin que opere alguna causa disciplinaria, dado que tal atribución se encuentra a cargo de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, por delegación expresa que le hiciera la Sala Plena. Vale decir, que tanta potestad tiene la Comisión Judicial para designar a los jueces, de forma provisorio, como para dejar sin efecto su designación, cuando así lo considere la mayoría de sus miembros, y siempre que no medie una causa disciplinaria que obligue a la actuación del ente encargado de aplicar las sanciones.

En este orden de ideas, debe esta Sala forzosamente traer a colación el criterio sostenido por la Sala Constitucional en sentencia n.º 2.414 del 20 de diciembre de 2007, en función del cual la potestad que tiene la Comisión Judicial de este Máximo Tribunal para remover de sus cargos a los funcionarios designados con carácter provisional, es de estricto carácter discrecional.

Al efecto, en ese fallo la referida Sala concretamente señaló:

“Sin duda, hay una distinción entre jueces de carrera y jueces provisorios: Los primeros adquieren titularidad luego de la aprobación del concurso; en cambio, los jueces y juezas provisorios se designan de manera discrecional, previo análisis de credenciales. Los jueces y juezas de carrera gozan de estabilidad y sólo pueden ser sancionados o destituidos de sus cargos si se demuestra, en el curso de una audiencia oral y pública con garantías de defensa, y regulado por el Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (publicado en la *Gaceta Oficial* n.º 38.317, del 18 de noviembre de 2005) que han resultado incurso en faltas disciplinarias previstas en la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura y la Ley de Carrera Judicial, no así los jueces y juezas provisorios, que son susceptibles de ser separados del cargo de la misma manera como fueron designados: discrecionalmente.” (Resaltado del presente fallo).

Asimismo, en la citada decisión la Sala Constitucional ratificó su posición previamente fijada en la sentencia n.º 280 del 23 de febrero de 2007, en el sentido siguiente:

“(…) como el derecho de defensa y el debido proceso (artículo 49 constitucional) deben respetarse al imputado por la falta disciplinaria, él debe, en principio, ser sometido a acusación y procedimiento, y por ello la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial debe solicitar a la Inspectoría General de Tribunales el inicio del procedimiento disciplinario con instrucción del respectivo expediente, con el fin de recibir la acusación para así no convertirse en juez y parte. Pero es obvio que en casos de graves errores judiciales inexcusables reconocidos en sentencia firme por las Salas de este Tribunal Supremo, o desacatos a órdenes judiciales, la investigación de la Inspectoría General de Tribunales puede limitarse a oír al Juez sobre las causas del error, o del desacato o incumplimiento, sin necesidad de seguir un largo procedimiento, para preparar la consiguiente acusación, fundada en los fallos que califican el grave error inexcusable o el desacato, y entonces no tienen razón para que la instrucción dure los noventa días que según el artículo 41 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura puede durar la investigación. Por ello -a juicio de esta Sala, y como una alternativa- si en un término de diez (10) días hábiles de la recepción por la Inspectoría General de Tribunales de las sentencias de las Salas a que se refiere este fallo, no existe acusación por parte de ella, la Sala respectiva podrá informarlo a la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, de quien depende jerárquicamente la Inspectoría General de Tribunales (artículo 17 de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) para que remueva al Inspector, o nombre un Inspector General de Tribunales *ad hoc*, que supla al omiso en sus funciones respecto a la aplicación de las sanciones del artículo 40 numerales 4 y 11 de la Ley de Carrera Judicial.

Lo hasta ahora señalado sólo es aplicable a los jueces de carrera, ya que los provisorios, accidentales u otros jueces que son de libre nombramiento y remoción por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, pueden ser removidos por dicha Comisión con notificación a la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de lo resuelto con estos jueces, a fin de la ratificación de lo decidido.”

Aplicando el criterio expuesto al caso bajo examen, debe esta Sala Político-Administrativa Accidental destacar que el extinto Consejo de la Judicatura, mediante la Resolución n.º 62 de fecha 16 de julio de 1999, designó al recurrente como Juez del Juzgado de Primera Instancia del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, con carácter provisorio, por lo que ese cargo era de los llamados “de libre nombramiento y remoción”, ya que no tuvo su origen en concurso de oposición.

De manera que la situación del abogado Wilmer José Muñoz Bravo, se ubica en la posición de quien ha ingresado al Poder Judicial de manera provisorio, al haber sido designado sin que mediara el mencionado concurso.

En el caso de autos, de la lectura del acto impugnado aprecia la Sala que, si bien es cierto que la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia no indicó los fundamentos de hecho y de derecho que sustentaron la remoción del accionante, esto no le era exigible dada la naturaleza del cargo ocupado por el recurrente, a saber, de Juez Provisorio.

De tal modo que esta Sala ratifica que la Comisión Judicial tiene potestad para dejar sin efecto el nombramiento del actor, prescindiendo de procedimiento alguno para ello y de la obligación de motivar su decisión de remoción, dado que la estabilidad de los jueces provisorios y temporales siempre estará sujeta a que concursen para ganar la titularidad del cargo, circunstancia que no ha sido verificada en este caso.

Así pues, a pesar que el acto recurrido deja sin efecto la designación del recurrente como Juez por las “observaciones formuladas” ante la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, no se le ha atribuido falta disciplinaria alguna.

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas y conforme a la transcrita doctrina de la Sala Constitucional, este Órgano Jurisdiccional debe desestimar las denuncias del recurrente relativas a los vicios de incompetencia en que habría incurrido la Comisión Judicial; a la violación al debido proceso, al derecho a la defensa y a la presunción de inocencia; así como a los principios de confianza legítima, discrecionalidad e inmotivación y, en consecuencia, encuentra ajustado a derecho el acto administrativo emanado de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, mediante el cual dejó sin efecto la designación en el cargo de Juez provisorio que ostentaba el actor. Así se declara.

2. *El Poder Estatal*

A. *Concejos Legislativos. Diputados: Requisitos de postulación*

TSJ-SE (4)

21-1-2009

Magistrado Ponente: Juan José Núñez Calderón

Caso: Atilio Rafael Maldonado López vs. Consejo Nacional Electoral.

Los candidatos al cargo de Diputados al Consejo Legislativo de alguna entidad federal, deben demostrar a efectos de la aceptación de su postulación, que durante un período continuo de cuatro (4) años previos a la elección, han residido en la misma entidad federal que aspiran representar, ello, a fin de establecer un criterio objetivo de vinculación espacial entre electores y elegido.

Como se observa de la narrativa expresada en la presente decisión, la parte recurrente solicitó la declaratoria de nulidad de la Resolución del Consejo Nacional Electoral N° 080916-940, de fecha 16 de septiembre de 2008, mediante la cual se declaró con lugar la impugnación de la admisión de la postulación del ciudadano NIXON A. MORENO

MERCHÁN, ya identificado, al cargo de Diputado al Consejo Legislativo del estado Mérida por parte de la organización política Unidos para Venezuela (UNPARVE), ello, al considerar que la decisión se encuentra viciada de falso supuesto, por cuanto -a su juicio- el candidato NIXON MORENO sí demostró cumplir con el requisito de residencia previa establecido en la ley, e igualmente aceptó expresamente la postulación que se le hizo, de allí que -estima- su candidatura debió ser admitida.

Por su parte, el apoderado judicial del Consejo Nacional Electoral señaló que el ciudadano NIXON A. MORENO MERCHÁN, ya identificado, no reside en el estado Mérida desde hace dos (2) años aproximadamente, representando un hecho comunicacional que dicho ciudadano se encuentra viviendo, en trámite de asilo diplomático, en la sede de la Nunciatura Apostólica con sede en la ciudad de Caracas, por una parte; y, por la otra, indicó que el candidato no efectuó la manifestación de aceptación de su postulación en la Constancia de Aceptación diseñada por el ente rector del Poder Electoral para tal fin, y que por ende, se incumplió con el requisito que al respecto exige la ley.

Planteada así la controversia, la Sala Electoral pasa a decidir el fondo del asunto, y en tal sentido observa lo siguiente:

De la revisión de las Normas para regular la Postulación de candidatas o candidatos a Gobernadora o Gobernador, Legisladora o Legislador al Consejo Legislativo, Alcaldesa o Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas, Concejala o Concejal al Cabildo Metropolitano de Caracas, Alcaldesa o Alcalde del Distrito del Alto Apure, Concejala o Concejal al Cabildo Distrital del Alto Apure y Alcaldesa o Alcalde de Municipio, para las elecciones a celebrarse en noviembre de 2008, contenidas en la Resolución n.º 080721-658 de fecha 21 de julio de 2008, se aprecia que el artículo 3, numeral 5, establece lo siguiente:

Para ser candidata o candidato a Legisladora o Legislador al Consejo Legislativo se requiere: (...) 5.- Haber residido cuatro años consecutivos en la entidad federal correspondiente, en cualquier momento antes de la elección.

En tal sentido, se observa que los candidatos al cargo de Diputados al Consejo Legislativo de alguna entidad federal, deben demostrar a efectos de la aceptación de su postulación, que durante un período continuo de cuatro (4) años previos a la elección, han residido en la misma entidad federal que aspiran representar, ello, a fin de “*establecer un criterio objetivo de vinculación espacial entre electores y elegido. Este parámetro sirve para potenciar la idoneidad del candidato a ser electo, en la medida en que supone que dada su mayor conexión con aspectos propios de la vida local o regional, habrá de tener un mayor conocimiento acerca de las políticas públicas a ser implementadas*” (sentencia N° 1680 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 06 de agosto de 2007, caso *Pedro Santaella Hernández*).

En virtud de lo anterior, y a efectos de demostrar el cumplimiento del requisito de admisibilidad en comento, el ciudadano NIXON MORENO, suscribió un formato de declaración de residencia (folio 40 del expediente administrativo) mediante el cual manifiesta, de conformidad con lo exigido en el artículo 15 de las Normas para regular la Postulación de candidatas o candidatos a Gobernadora o Gobernador, Legisladora o Legislador al Consejo Legislativo, Alcaldesa o Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas, Concejala o Concejal al Cabildo Metropolitano de Caracas, Alcaldesa o Alcalde del Distrito del Alto Apure, Concejala o Concejal al Cabildo Distrital del Alto Apure y Alcaldesa o Alcalde de Municipio, para las elecciones a celebrarse en noviembre de 2008, que “[ha] residido en [ese] circuito, en la siguiente dirección de domicilio: Residencias Masculinas de la ULA, durante (5) años inmediatamente anteriores a [su] postulación como (...) candidato a Legislador del municipio (...) Libertador, del estado Mérida” (corchetes de la Sala).

En ese orden de ideas, y como quiera que la declaración jurada que realiza un aspirante a un cargo de elección popular en cuanto al lugar y años de residencia que posee en la entidad territorial por la cual se postula, merece una presunción de certeza que debe ser desvirtuada a través de prueba en contrario (sentencia n.º 87 de esta Sala de fecha 20 de julio de 2000, caso *Karl Oscar Bernard*), en virtud de que todas las relaciones jurídico administrativas están sujetas al principio de la buena fe, corresponde a esta Sala determinar si se desvirtúa o se mantiene la presunción de validez de la declaración jurada ofrecida por el ciudadano NIXON MORENO, ya identificado, al momento de su postulación, para ello advierte lo siguiente: Es del conocimiento público, por cuanto ha sido ampliamente difundido por los medios de comunicación social escritos, radiales y audiovisuales, que el ciudadano NIXON MORENO, ya identificado, tiempo antes de su postulación (el cual no viene al caso determinar, por cuanto el requisito de residencia establecido es de carácter ininterrumpido e **inmediatamente anterior a la postulación**), se encontraba refugiado en la sede de la Nunciatura Apostólica, ubicada en la ciudad de Caracas, estado Miranda, tramitando la concesión de un asilo diplomático ante la Santa Sede (Vaticano), de allí que resulta evidente la inexistencia del cumplimiento del requisito de nexa territorial del mencionado ciudadano en el período determinado en la normativa electoral ya destacada.

En razón de ello, concluye esta Sala que tal hecho -no residencia en el estado Mérida- es de carácter notorio y comunicacional, por cuanto “1) *Se trata de un hecho, no de una opinión o un testimonio, sino de un evento reseñado por el medio como noticia; 2) Su difusión es simultánea por varios medios de comunicación social escritos, audiovisuales, o radiales, lo cual puede venir acompañado de imágenes; 3) (...) no resulte sujeto a rectificaciones, a dudas sobre su existencia, a presunciones sobre la falsedad del mismo, que surjan de los mismos medios que lo comunican, o de otros y, es lo que esta Sala ha llamado antes la consolidación del hecho, lo cual ocurre en un tiempo prudencialmente calculado por el juez, a raíz de su comunicación; y 4) Que los hechos sean contemporáneos para la fecha del juicio o de la sentencia que los tomará en cuenta (...)”* (sentencia n.º 9 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 07 de febrero de 2001, caso *Sergio Omar Calderón Duque*).

Con fundamento en todo lo anterior, debe esta Sala desestimar la veracidad de la declaración jurada brindada por el ciudadano NIXON MORENO, ya identificado, ante el Consejo Nacional Electoral, y declara configurado el incumplimiento del requisito previsto en el artículo 3, numeral 5 de las Normas para regular la Postulación de candidatas o candidatos a Gobernadora o Gobernador, Legisladora o Legislador al Consejo Legislativo, Alcaldesa o Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas, Concejala o Concejal al Cabildo Metropolitano de Caracas, Alcaldesa o Alcalde del Distrito del Alto Apure, Concejala o Concejal al Cabildo Distrital del Alto Apure y Alcaldesa o Alcalde de Municipio, para las elecciones a celebrarse en noviembre de 2008.

Ello así y visto que el incumplimiento por parte de los postulados de alguno de los requisitos previstos en los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 16 *eiusdem*, entre los que se encuentra el señalado nexa de territorialidad entre el candidato y la entidad federal que aspira representar, produce que la postulación se tenga como “no presentada”, conforme lo establece el artículo 19 *íbidem*, esta Sala considera inoficioso revisar el resto de las denuncias efectuadas por la parte actora, al haber quedado demostrado que el ciudadano NIXON MORENO, no cumple con el requisito de residencia previa en los términos y condiciones exigidas en la normativa electoral. Consecuencia de lo cual, se declara SIN LUGAR el recurso contencioso electoral intentado contra la Resolución del Consejo Nacional Electoral n.º 080916-940, de fecha 16 de septiembre de 2008, publicada en la *Gaceta Electoral* n.º 459 del 08 de octubre de 2008, mediante la cual se declaró con lugar la impugnación de la admisión de la postulación del

ciudadano NIXON MORENO, titular de la cédula de identidad n.º 10.745.223, al cargo de Diputado al Consejo Legislativo del estado Mérida por la organización política Unidos para Venezuela (UNPARVE). Así se decide.

3. *El Poder Municipal*

A. *Participación ciudadana*

TSJ-SC (2)

29-1-2009

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Rosa Yamilet Guevara Belisario vs. Concejo Municipal del Municipio Chaguaramas del Estado Guárico.

En el marco constitucional y legal las actuaciones del Municipio en el ámbito de sus competencias deben desarrollarse incorporando la participación ciudadana al proceso de definición y ejecución de la gestión pública y al control y evaluación de sus resultados, en forma efectiva, suficiente y oportuna -Cfr. Artículo 168 de la Constitución-, con lo cual se reafirman los postulados del principio de participación que caracteriza el sistema constitucional vigente.

B. *Procedimiento para la formación de Ordenanzas Municipales en materia presupuestaria*

TSJ-SC (2)

29-01-2009

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Rosa Yamilet Guevara Belisario vs. Concejo Municipal del Municipio Chaguaramas del Estado Guárico.

La Sala analiza el procedimiento para la elaboración y aprobación de las Ordenanzas de Presupuesto.

En el contexto expuesto, el motivo específico que legitima a los actores para solicitar la tutela cautelar se fundamenta a su juicio, en el incumplimiento del procedimiento legalmente establecido para la formación de las Ordenanzas Municipales en materia presupuestaria; la imposibilidad de asumir los gastos necesarios para la satisfacción de las necesidades del Municipio Chaguaramas del Estado Guárico, en los términos en los cuales fue aprobada la respectiva Ordenanza de Presupuesto; en la arbitrariedad del Concejo Municipal al aprobar un presupuesto que rompe con el principio de proporcionalidad de conformidad con los principios contenidos en los artículos 311 y 315 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; así como en la omisión del Concejo Municipal de aprobar la utilización de recursos provenientes de la Gobernación del Estado Guárico por concepto de situado constitucional.

Al respecto, la Sala advierte que la Ordenanza presupuesto expresa los planes locales, elaborados dentro de las líneas generales del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación aprobadas por la Asamblea Nacional, en aquellos aspectos que exigen, por parte del sector público, captar y asignar recursos conducentes al cumplimiento de las metas de desarrollo económico, social e institucional del país. Como sostiene GONZALO MARTNER “Presupuestar es uno de los elementos del proceso total de la planificación. La programación implica, primero la formulación de objetivos y el estudio de las alternativas de la acción futura para alcanzar los fines. En segundo lugar, implica la reducción de estas alternativas

de un número muy amplio a uno pequeño y, finalmente, la prosecución del curso de la acción adoptada; a través de un programa de trabajo” -Vid. MARTNER, GONZALO. Planificación y Presupuesto por Programas, Editores S.A., Primera Edición, México, 1967, p. 62 y siguientes-.

Así, el presupuesto se constituye en un instrumento estratégico de planificación, administración y de gobierno local, que exige captar y asignar recursos conducentes al cumplimiento de las metas de desarrollo económico, social e institucional del Municipio, y será ejecutado con base en los principios de eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal -Cfr. Artículos 311 y 315 de la Constitución, en concordancia con el artículo 227 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal-.

No obstante, en el marco constitucional y legal las actuaciones del Municipio en el ámbito de sus competencias deben desarrollarse incorporando la participación ciudadana al proceso de definición y ejecución de la gestión pública y al control y evaluación de sus resultados, en forma efectiva, suficiente y oportuna -Cfr. Artículo 168 de la Constitución-, con lo cual se reafirman los postulados del principio de participación que caracteriza el sistema constitucional vigente.

Sobre este aspecto, la Sala ha señalado en desarrollo del principio de participación que *“(...) Si se afirma que en virtud de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el ejercicio de la actividad gubernamental debe darse en el marco del principio de participación, entonces se tiene que dotar a todos los habitantes de mecanismos de control para permitir que ellos mismos tutelen la calidad de vida que desean (...). Al consagrar la Constitución la participación como principio, no solamente se establece un parámetro interpretativo del ordenamiento jurídico, sino una verdadera obligación en todos los órganos del Poder Público de materializar ese principio en el desarrollo de sus competencias, por lo que el Estado y los ciudadanos deberán actuar en un marco de responsabilidad y eficacia mínima. Esa responsabilidad y eficacia, que se deriva del ejercicio directo del Poder Público por la sociedad organizada, no se circunscribe al reconocimiento del control social o comunitario -al margen de los controles intraestatales- sino la imposición a cargo de la sociedad en su conjunto y cada uno de sus integrantes del principio de autoresponsabilidad, ya que el pueblo (...) al tener la posibilidad de determinar los parámetros en los cuales se desarrollará su actividad, debe asumir las consecuencias de la calidad y efectividad de su intervención o de su falta de participación. El alcance del principio de participación en el ordenamiento jurídico venezolano, se materializa tanto en el derecho de los ciudadanos a tomar parte en el ejercicio del poder público y su control, sino fundamentalmente en el principio de autoresponsabilidad, el cual postula que la sociedad debe beneficiarse e igualmente sufrir los efectos de su participación o abstención (...)” -Cfr. Sentencias de esta Sala n.º 471/06 y 1.117/06-.*

Ese carácter dogmático del principio de participación como manifestación del ejercicio de la soberanía por parte del pueblo, es un valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico que atañe al altísimo papel que ha sido reconocido a la voluntad popular, como manifestación del ejercicio de la democracia participativa y protagónica, cuyo contenido axiológico se deriva claramente de los artículos 2, 3 y 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contando con vasto desarrollo en el catálogo abierto de derechos políticos, especialmente en las normas contenidas en el Capítulo IV del Título II de nuestra Carta Magna.

El propio Preámbulo del Texto Fundamental anuncia el *“(...) fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica (...)”*, propugnando como valores superiores *“(...) la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la*

solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político (...)” (artículo 3 *eiusdem*). En esta tarea, ya con el ánimo de materializar tales postulados, se dispone claramente que “(...) *La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público (...)*”.

Así, en el arquetipo planteado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no sólo la nueva división del Poder Público Nacional responde, como en el caso del Poder Electoral, al reconocimiento de un Estado regido por un sistema democrático participativo que reconoce como uno de sus principios esenciales el ejercicio de la soberanía por el pueblo, quien la ejerce de forma directa o indirecta de conformidad con la Constitución y las leyes -*Vid.* Artículos 3, 62 al 74 de la Constitución-, lo cual generó un replanteamiento de las funciones y competencias asignadas al órgano electoral (Consejo Nacional Electoral) -vgr. Iniciativa legislativa, competencias normativas y privilegios entre otros- (*Cfr.* Sentencias de esta Sala Nros. 934/06 y 471/06, casos: “*Exssel Alí Betancourt Orozco*” y “*Gaetano Minuta Arena*”, respectivamente); sino que se incorpora y reconoce la necesidad de incluir la participación ciudadana directa en los medios de planificación, ejecución y control en materias tales como políticas u obras públicas.

Como resultado de las anteriores premisas, en lo que se refiere al procedimiento para la elaboración y aprobación de las Ordenanzas de Presupuesto, el legislador estableció un procedimiento especial en el cual se incorpora como concepto el denominado “*presupuesto participativo*”, en el cual los ciudadanos y ciudadanas del correspondiente Municipio proponen, deliberan y deciden en la formulación, ejecución, control y evaluación del presupuesto de inversión anual municipal -*Cfr.* Artículos 268 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y 34 al 40 de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública-.

De ello resulta pues, que el incumplimiento de los extremos establecidos en los artículos 34 al 40 de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública y en general de los postulados que garantizan la formación efectiva y aprobación del plan y presupuesto de inversión anual, en los términos del artículo 54 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, se constituyen en una presunta violación que incide directamente en el principio de participación -*Cfr.* Artículo 168 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-.

De igual forma, tal principio es recogido en el artículo 168 de la Constitución en los siguientes términos: “(...) *Las actuaciones del Municipio en el ámbito de sus competencias se cumplirán incorporando la participación ciudadana al proceso de definición y ejecución de la gestión pública y al control y evaluación de sus resultados, en forma efectiva, suficiente y oportuna, conforme a la ley (...)*”, lo cual es desarrollado por el legislador en los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y, en particular, en su artículo 54, al establecerse que “(...) *Durante el proceso de discusión y aprobación de las ordenanzas, el Concejo Municipal consultará al alcalde o alcaldesa, a los otros órganos del Municipio, a los ciudadanos y ciudadanas, a la sociedad organizada de su jurisdicción, y atenderá las opiniones por ellos emitidas (...)*”.

La norma parcialmente transcrita, constituye la materialización del postulado constitucional de la participación como derecho político a nivel local, lo cual en el presente caso comporta para su efectivo cumplimiento, que toda actuación de los órganos del Poder Público Municipal, responda a la satisfacción de las necesidades e intereses de la colectividad del Municipio Chaguarama del Estado Guárico.

Así, el derecho a participar debía concretarse en el presente caso en que durante el proceso de discusión y aprobación de la ordenanza de presupuesto, el Concejo Municipal consultará a la alcaldesa recién electa, a los otros órganos del Municipio, a los ciudadanos y la sociedad organizada de su jurisdicción, siendo una obligación atender a las opiniones por ellos emitidas, en el marco del ordenamiento jurídico estatuario aplicable.

Ciertamente, bajo el principio de racionalidad y no arbitrariedad que debe regir para todo ejercicio del Poder Público, no es posible concebir la idoneidad del instrumento fundamental para la ejecución de los planes de desarrollo económico y social (ordenanza de presupuesto), sin que el mismo responda -bajo los principios y normativas aplicables- a los programas y obras que el alcalde recién electo ofreció en su campaña, y que la comunidad en definitiva respaldó con su voto.

Al respecto, consta en las actas del expediente que la accionante no sólo consignó para la consideración del Concejo Municipal un “*Anteproyecto de Ordenanza del Presupuesto del año 2009*”, el mismo día en el cual se efectuaba la segunda discusión del Proyecto de Ordenanza presupuesto presentado por “(...) *Alcaldesa saliente Leda. Mary Luz Pérez* (...)”, sino que el Concejo Municipal del Municipio Chaguaramas del Estado Guárico, le informó su negativa de considerar dentro de sus facultades las observaciones presentadas en el referido anteproyecto -siendo que el referido órgano legislativo contaba con tiempo para atender tal requerimiento hasta el 15 de diciembre de 2008, conforme al artículo 233 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal-, mediante Oficio S/N del 9 de diciembre de 2008, en los siguientes términos:

“(...) Por medio del presente me dirijo a usted en la oportunidad de dar respuesta a oficio emanado de su despacho de fecha 08/12/08 donde presenta el Anteproyecto de Ordenanza del Presupuesto del año 2009 y a su vez de manifestarle que según lo establecido en el artículo 232 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, el Proyecto de Ordenanza de Presupuesto de Ingresos y Gastos del Municipio junto con el Plan Operativo Anual deberá ser presentado por el Alcaldesa o Alcaldesa ante este Cuerpo Legislativo antes del lero. de noviembre del año anterior a su vigencia. En tal sentido cumpla con notificarle que el mismo fue remitido ante este despacho el 31/10/2008 por la Alcaldesa saliente Leda. Mary Luz Pérez y ya quedó asentado en Sesión Ordinaria N° 34 de fecha 05/11/2008 bajo el Acta N° 34. De igual forma se le dio lera discusión en Sesión Ordinaria N° 37 de fecha 04/12/2008, Por lo tanto el Ante Proyecto enviado por usted a este Concejo Municipal no da lugar de acuerdo a lo previsto y establecido en la Ley Orgánica del Poder Publico Municipal (...)”.

Asimismo, respecto de la denuncia sobre la arbitrariedad del Concejo Municipal al aprobar un presupuesto que vulnera los principios de proporcionalidad y eficiencia de conformidad con los artículos 311 y 314 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se reitera la jurisprudencia respecto del control judicial de los actos con rango de ley, los cuales no pueden exceder o violar el marco de la regulación constitucional en los cuales se fundamenta su procedencia, ya que incluso los actos de la Asamblea Nacional Constituyente para la elaboración de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “(...) como todo acto dictado por el Poder Público, están sujetos al estricto control jurisdiccional que hace posible la existencia del Estado de Derecho (...)” -Vid. Sentencias de esta Sala n.º 6/2000 y 2.194/2007-.

Así, se insiste que es un dogma de nuestro sistema de justicia aquel según el cual todo acto de una autoridad en ejercicio del Poder Público, contrario al ordenamiento jurídico vigente es nulo, ya que ninguna actividad del Estado puede vulnerar la Constitución y pretender mantener su validez; siendo obligación ineludible del Poder Judicial, declarar nulos todos los actos contrarios a la Constitución, ya que desconocer este fundamental aserto, equivaldría a afirmar la arbitrariedad como principio y excluir los más arraigados valores sobre los cuales se sustenta todo Estado de Derecho.

Por ello, si bien la Constitución surge, o se explica, sobre la base de un acuerdo político, o de un hecho político, “(...) *es necesario que luego de concluido el momento constituyente, se imponga la normalidad que contribuya a la realización de dichos objetivos; nada mejor para ello que la prevalencia de una normatividad que, en última instancia, funde su legitimidad en el acuerdo constituyente y en la aceptación por la mayoría de las reglas de juego allí convenidas. El carácter prescriptivo de la Constitución, que está asociado también con la necesidad de encontrar día a día el punto de convergencia o de reconocimiento entre las diversas tendencias que actúan en el ámbito de lo público y con el mantenimiento de la paz social, exige que los actores de mayor peso en la escena nacional, así como las instituciones públicas y los ciudadanos en general, amolden sus conductas y ordenen sus iniciativas en el marco de las normas y los principios establecidos en la misma (...)*” -Vid. Sentencia de esta Sala n.º 23/2003-.

Al seguir esta Sala la línea conceptual trazada, no debe suponerse de ningún modo la preponderancia del Poder Judicial sobre el resto de los Poderes Públicos. Su contenido significa simplemente que la voluntad del pueblo materializada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es superior a todos los órganos del Poder Público, y que donde la voluntad de éstos se halla en oposición a la Constitución, los jueces deben imponer el contenido del Texto Fundamental, “(...) *Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son (...)*” -Vid. Alexander Hamilton, *The Federalist* n.º 78, *The Judiciary Department*; y Alexander Hamilton, James Madison Y John Jay, *El Federalista*, Edición del Fondo de Cultura Económica. México, 1957-.

Se reitera entonces, que la labor de esta Sala Constitucional consiste fundamentalmente en mantener abierta la posibilidad de que en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidos los órganos del Poder Público, deben cumplir con sus objetivos y tomen las decisiones pertinentes en la consecución de los fines del Estado, y una vez que hayan actuado o decidido, según sea el caso, controlar conforme a la competencia que la Constitución le atribuye, la correspondencia de dichas actuaciones con la norma fundamental.

Ahora bien, desde una perspectiva general puede afirmarse que el legislador tiene en materia económica una amplia discrecionalidad en cuanto al mérito y oportunidad de medidas económicas -Vid. Sentencia de esta Sala n.º 1.444/2008-. No obstante, dicha discrecionalidad se ejerce bajo la premisa de que “(...) *el sometimiento pleno a un control jurisdiccional de los diversos actos que emanan de los órganos del Poder Público, ha sido un logro en el desarrollo del Estado, máxima expresión de sujeción colectiva a una autoridad, con miras a la consecución última del interés general, y en definitiva como una garantía del Estado de Derecho (...)*” -Vid. Sentencias de esta Sala n.º 1.815/2004 y 1.117/2006-, **por lo que sería un despropósito, y así lo entiende esta Sala, que actos como la determinación del contenido del presupuesto municipal queden excluidos del control, ya que ellos no sólo causan efectos jurídicos, sino vienen determinados por un conjunto de normas que condicionan su validez** -tales como, el procedimiento aplicable (Cfr. Artículos 268 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y 34 al 40 de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública), los principios que los rigen (principios de eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal -Cfr. Artículos 311 de la Constitución y 227 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal-) y su vinculación con los fines que la propia constitución y ley establece (vgr. Desarrollo económico y social)- **o limitan la discrecionalidad del órgano legislativo** -vgr. En materia de gastos de inversión (Cfr. Artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal)-.

Por ello, se debe afirmar que la discrecionalidad propia de las decisiones políticas al manifestarse, pueden concretarse “(...) *en ejecución, diseño, planificación, evaluación y seguimiento de las líneas de gobierno y del gasto público, lo que quiere decir que la política*

no se agota con el actuar jurídico. En aquel entendido los actos sí son controlables por los órganos jurisdiccionales, pero sólo en sus elementos jurídicos (conformidad a derecho de una actuación específica, no general o abstracta). Los criterios de oportunidad y conveniencia escapan del control del juez, así como también escapan, por ejemplo, los elementos políticos de los actos administrativos o de gobierno, o las razones de oportunidad y conveniencia de las leyes (Vid. Sent. n.º 1393/2001 SC/TSJ). De lo contrario se vulneraría la libertad con la que debe contar el Estado para adoptar y aplicar las políticas que considere más eficaces para la consecución de sus fines (entre los que está las garantías de goce y disfrute de los derechos prestacionales), lo que explica que el único control sobre tales aspectos sea, en principio -ya se verá que esa exclusividad posee algunas matizaciones-, el político a través de los diferentes medios de participación que la Constitución y las leyes establecen (la ciudadanía, durante el ejercicio de la función gubernativa y administrativa, ante la evidente incapacidad de la Administración de planificar de forma eficaz y eficiente su actividad para satisfacer la procura existencial, retirará la confianza que mediante el sufragio le otorgó a sus representantes, como muestra de un proceso de deslegitimación de los actores), lo cual en modo alguno implica reivindicar la tesis de los actos excluidos, teoría superada con argumentos tan contundentes que sería ocioso tratar de reproducirlos en esta sentencia, pues lo que se pretende es recalcar la imposibilidad del juez de entrar a cuestionar la oportunidad y conveniencia de la administración, del gobierno o de la legislación, o la imposibilidad material o técnica que en ocasiones existe de hacer efectivos, esto es, ejecutables, los fallos que ordenan el cumplimiento de determinadas obligaciones, no de negar el derecho de acción de los ciudadanos (...)" (Cfr. Sentencia de esta Sala n.º 1.002/04, caso: "Federación Médica Venezolana").

Se reitera entonces, la idea de que no existen actos de los órganos que ejercen el Poder Público que puedan desarrollarse al margen del derecho, aislado de vinculaciones jurídicas. La regulación de la competencia del órgano, los principios constitucionales sobre los fines del Estado, sobre los derechos fundamentales, lo que esta Sala ha denominado elementos jurídicos, forman un entramado vinculante para una decisión que, aun siendo discrecional políticamente, no se desarrolla en este sentido al margen del derecho.

En el presente caso, se observa que de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -artículos 168, 311 y 314- y la Ley Orgánica del Poder Público Municipal -artículos 54, 227 y 230-, la formulación y ejecución de la ordenanza de presupuesto no sólo deberá fundamentarse en los principios de eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal, sino que su elaboración exige la asignación prioritaria de los recursos al cumplimiento de las metas y desarrollo económico social e institucional del Municipio, razón por la cual, en los presupuestos públicos anuales de gastos, en todos los niveles de Gobierno, debe establecerse de manera clara, para cada crédito presupuestario, el objetivo específico a que esté dirigido, los resultados concretos que se espera obtener y los funcionarios públicos o funcionarias públicas responsables para el logro de tales resultados.

Asimismo, corre inserto en los anexos al escrito contentivo del recurso de nulidad interpuesto, la Ordenanza del Régimen de Organización y Funcionamiento del Concejo Municipal del Concejo Municipal de Chaguaramas y sus Dependencias Auxiliares, según la cual la "(...) *Formulación del presupuesto del Concejo Municipal, deberá hacerse tomando en consideración las limitaciones financieras y presupuestarias del Municipio (...)*".

De igual forma, de las actas del expediente se constató que durante el año dos mil ocho la partida presupuestaria para el funcionamiento del Concejo Municipal del Municipio Chaguarama del Estado Guárico fue de cuatrocientos cuarenta mil tres bolívares (Bs. 440.003) y en la ordenanza impugnada fue elevada a novecientos veintiún mil bolívares (Bs. 921.003), lo

cual constituye un incremento de más del ciento por ciento en relación con el año anterior; asimismo, que la partida de gastos para el funcionamiento de la Contraloría Municipal fue igualmente triplicada al pasar de doscientos cuarenta mil bolívares (Bs. 240.000) para el año dos mil ocho, a novecientos ochenta y cinco mil bolívares (Bs. 985.405) para el año dos mil nueve.

Ciertamente, la Sala advierte de los documentos anexos presentados por la recurrente que “(...) del presupuesto asignado al Concejo Municipal, se puede evidenciar que para el año 2008 presentó un incremento de 29,42%, en comparación al año 2007, siendo el caso contrario lo expresado en el Proyecto de Ordenanza de presupuesto anual de Ingresos y egresos para el ejercicio fiscal 2009, presentado por la Alcaldesa saliente Mary Luz Pérez y sancionada por el Órgano Legislativo Municipal, en el cual sufre un incremento considerable en un 109,33%, con respecto al año anterior (2008), que si lo comparamos con el Situado Municipal 2009 (Constitucional) asignado por el Gobierno Nacional, por un monto de **Bs.7.985.988,00, (SIETE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO BOLIVARES)**, representa un 11, 53%, y por ende afecta las proyecciones en cuanto a inversión se refiere en el Municipio, así mismo se evidencia que no se tomó en consideración el incremento que sufrió el Situado Municipal, que solo fue de un 35,42% respecto al año 2008 (...). Así mismo, se efectúa la comparación a la Contraloría del Municipio Chaguaramas, en donde se puede evidenciar que para el año 2008, presentó un incremento de 33,40%, en comparación al año 2007, presentando la misma situación del Concejo Municipal en el Proyecto de Ordenanza de Presupuesto Anual de Ingresos y Egresos para el ejercicio fiscal 2009, el cual sufre un incremento considerable en un 311,00%, con respecto al año anterior (2008), que si lo comparamos con el Situado Municipal 2009 (Constitucional) asignado por el Gobierno Nacional, por un monto de **Bs.7.985.988,00, (SIETE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO BOLIVARES)**, representa un 12, 35% (...) el incremento del Concejo Municipal y Contraloría Municipal representa un 23,88 del Situado Constitucional, y por ende afecta las proyecciones del Gasto de Personal, funcionamiento e Inversión de la Alcaldía del Municipio Chaguarama (...)”.

Al respecto, **el órgano legislativo como se señaló anteriormente, es ciertamente libre en los extensos límites de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para optar entre todas las posibles alternativas la vía de proceder que considere en cada caso más conveniente, así como el escoger las razones que mejor puedan justificar su elección, lo cual debe producirse igualmente en el marco de las razones que concreta y racionalmente permita la norma que le sirva de fundamento jurídico.**

Por ello, las “(...) razones del Legislador han de ser, pues, coherentes con los fines a los que la norma legal ha de orientarse, es decir, susceptibles de explicar satisfactoriamente la adecuación a esos fines de los medios y las técnicas puestas en juego, su potencial aptitud, por lo tanto, para servir a los fines perseguidos, así como su capacidad para alcanzarlos sin imponer sacrificios innecesarios por excesivos. Deben ser también necesariamente razones consistentes con la realidad objetiva, con los hechos que constituyen el punto de partida de la decisión a adoptar, porque sobre los hechos ni el Legislador, ni nadie, como es obvio, puede reclamar poder de disposición alguno (...)”, por lo que comparte esta Sala que “(...) constituye arbitrariedad, en efecto, actuar «sin razones formales, ni materiales» (Sentencia de 19 de julio de 1982); la carencia de toda explicación racional (Sentencia de 29 de julio de 1982); el «capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o de distorsión en los efectos legales» (Sentencias de 11 de junio de 1987, 29 de noviembre de 1988 y 4 de julio de 1991); la «falta de justificación» y la «flagrante contradicción» interna («en el mismo sistema») de la norma (Sentencia de 22 de marzo de 1988); la contradicción con la

naturaleza de la institución regulada (el Consejo General del Poder Judicial: Sentencia de 29 de julio de 1986); la falta de coherencia cuando los fines no se compadecen con los medios o la técnica legal empleados (Sentencia de 11 de junio de 1987) e, incluso, la falta de proporción entre los medios empleados y los fines perseguidos «cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza» (Sentencias de 23 de mayo de 1985, 11 de junio de 1987, 29 de noviembre de 1988 y 22 de abril de 1993) (...)» -Cfr. Tomas-Ramón Fernández. De la Arbitrariedad del Legislador, Una crítica ala jurisprudencia Constitucional, Civitas, Madrid 1998, p. 157-162.

Así, que el legislador en el ejercicio de sus funciones deba actuar bajo el principio de racionalidad o de no arbitrariedad, comporta que toda medida adoptada debe responder o ser idónea a los fines y límites que el ordenamiento jurídico establece, lo cual en el caso de la formulación del presupuesto local, encuentra entre otras restricciones, la adecuación de la inversión a las necesidades de la comunidades o que de los ingresos previstos en el presupuesto municipal al menos el cincuenta por ciento deba destinarse a gastos de inversión en áreas preferentes como salud, educación, saneamiento ambiental y a los proyectos de inversión productiva que promuevan el desarrollo sustentable del Municipio; ello trae como consecuencia fundamental, que la prioridad para la asignación de los ingresos debe tenerla la Alcaldía, vale decir el Alcalde -a quien corresponde el gobierno y administración del Municipio- y demás órganos o dependencias cuya competencia sea la satisfacción de necesidades en tales áreas.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, la Sala no advierte preliminarmente del texto de la Ordenanza objeto del recurso interpuesto y de los elementos de convicción que cursan en autos, que la misma sea de conformidad con la normativa vigente, el resultado de la consolidación de los requerimientos formulados en el Plan Municipal del Desarrollo, los consejos comunales, las organizaciones vecinales y comunitarias, a través del proceso de formación del presupuesto participativo, para responder a las necesidades reales de la comunidad, lo cual afectaría entre otras actividades la prestación de servicios públicos, el pago de salarios o contrataciones de obras públicas.

Tales circunstancias generan en esta Sala, en principio, la convicción que el acto impugnado no fue el resultado del procedimiento establecido por la Ley Orgánica del Poder Público Municipal para la aprobación de las Ordenanzas Municipales en concordancia con la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, por cuanto en apariencia no se ajustó a los principios y normativas que regulan la elaboración de las ordenanzas de presupuestos, con lo cual la ejecución del mismo afectaría de forma inmediata el cumplimiento de las metas de desarrollo económico, social e institucional del Municipio, bajo los principios de eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal, lo cual contravendría el principio de participación consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con lo cual estima satisfecha la presunción de buen derecho. Así se declara.

De igual forma, la ejecución del acto impugnado generaría a juicio de esta Sala, un desequilibrio en la satisfacción de las necesidades de inversión en el Municipio Chaguaramas del Estado Guárico, irreparable o de difícil reparación por la definitiva, toda vez que para lograr el desarrollo económico y social del mismo, conforme a los postulados para la consolidación de los requerimientos formulados, en el Plan Municipal del Desarrollo, por los consejos comunales, las organizaciones vecinales y comunitarias, resultaba necesario el efectivo cumplimiento del proceso de formación del presupuesto participativo.

De la revisión efectuada a los recaudos acompañados al presente expediente, la Sala estima que existen elementos que sirven de convicción acerca de las lesiones graves o de difícil reparación que se le estarían ocasionando al recurrente además del colectivo del Municipio

Chaguaramas del Estado Guárico, en la medida que la ejecución de un presupuesto que -en principio-, no responde a las necesidades de la comunidad para el año 2009, respecto de la inversión en áreas tales como salud, educación, saneamiento ambiental y vías terrestres, generaría un incumplimiento de su oferta electoral e impediría una gestión eficiente de los recursos asignados al Municipio en el que ejerce sus funciones, afectando por consiguiente la gestión de la recurrente.

En ese sentido, la Sala advierte que la asignación de un millón de bolívares (Bs. 1.000.000), al Municipio Chaguarama del Estado Guárico, según Decreto del Gobernador del Estado Guárico identificado bajo el n.º 78 del 23 de diciembre de 2008, no se encuentra incluido en “(...) la Ordenanza de Ingresos y Gastos para el ejercicio económico financiero del año 2009, aprobada por el Concejo Municipal del Municipio Chaguaramas del Estado Guárico, en su sesión ordinaria n.º 38, en fecha ocho de Diciembre del año 2008 (08-12-2008), publicada en la Gaceta Municipal n.º 2008-01-12 (...)”, y no ha sido entregado para su disposición a la Alcaldía del Municipio Chaguaramas del Estado Guárico, lo cual afecta igualmente la ejecución de proyectos de inversión necesarios para el desarrollo adecuado y eficiente de los servicios prestados por la Alcaldía del Municipio Chaguaramas del Estado Guárico, en materia de “solventar situaciones de: Alumbrado Público, Limpieza, Seguridad, Bacheo, Problemática del Agua, Culminación de Obras, Trasporte y mejoras al mal estado de las escuelas en cuanto al techado”.

Por ello, esta Sala observa que de los hechos narrados por la parte accionante, así como del análisis de las actas procesales, se evidencia la existencia de una situación que amerita la utilización, por parte de esta Sala Constitucional, de sus amplios poderes cautelares, por lo cual declara procedente la medida cautelar innominada solicitada y, en consecuencia, suspende la Ordenanza de Ingresos y Gastos para el ejercicio económico financiero del año 2009, aprobada por el Concejo Municipal del Municipio Chaguaramas del Estado Guárico, en su sesión ordinaria n.º 38, en fecha ocho de Diciembre del año 2008 (08-12-2008), publicada en la Gaceta Municipal n.º 2008-01-12; ordena la reconducción del presupuesto del ejercicio anterior (2008) de conformidad con el artículo 234 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, para el Municipio Chaguaramas del Estado Guárico. En tal sentido, vista procedencia de la reconducción del presupuesto de conformidad con la medida cautelar acordada por esta Sala, la misma advierte que la asignación de un millón de bolívares (Bs. 1.000.000), según el Decreto del Gobernador del Estado Guárico identificado bajo el n.º 78 del 23 de diciembre de 2008, para la ejecución de proyectos de inversión necesarios para el desarrollo adecuado y eficiente de los servicios prestados por la Alcaldía del Municipio Chaguaramas del Estado Guárico, se considera incluido en el respectivo presupuesto reconducido de conformidad con el artículo 234 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal en concordancia con los artículos 6 y 39.2.b, de la Ley la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. Así se declara.

Finalmente, se ordena publicar en la *Gaceta Municipal del Municipio Chaguaramas* del Estado Guárico el texto íntegro del presente fallo.

C. *Órganos Municipales: Sindicatura Municipal*

TSJ-SPA (0079)

22-1-2009

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Hilda Marisela Vera, Yasmín Betancourt, José Esteban Villamizar Rodríguez y otros. (Interpretación de los artículos 30 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, 95 ordinales 12 y 15 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y numeral 6 del artículo 266 de la Constitución).

La Sindicatura constituye junto a la Secretaría y al Cronista del Municipio un *órgano auxiliar*, dirigido fundamentalmente a representar y defender judicial y extrajudicialmente los intereses del Municipio y en tal sentido, ha de tenerse en cuenta que dicho órgano debe atender a las instrucciones que le imparta el Ejecutivo municipal en las materias propias de la administración del Municipio, en razón de la dependencia jerárquica derivada de las consideraciones expuestas relativas al origen de la designación del Síndico Procurador o Síndica Procuradora Municipal, así como del personal adscrito a las oficinas de este órgano auxiliar, en virtud de lo establecido en el artículo 118 *eiusdem*.

Aclaradas las dudas relativas al nombramiento del personal de la Sindicatura, debe hacerse referencia a la solicitud planteada acerca de la estructura funcional de dicho órgano y a la mencionada autonomía funcional que podría derivarse de su composición estructural.

Al respecto se observa, que de acuerdo al enunciado del Capítulo VI de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal intitulado *Órganos Auxiliares*, la Sindicatura no es un órgano independiente y autónomo del Poder Público Municipal, como sí lo es por ejemplo la Contraloría Municipal, la cual conforme al enunciado del artículo 101 *eiusdem*, goza de autonomía orgánica, funcional y administrativa. Por el contrario, la Sindicatura constituye junto a la Secretaría y al Cronista del Municipio un *órgano auxiliar*, dirigido fundamentalmente a representar y defender judicial y extrajudicialmente los intereses del Municipio y en tal sentido, ha de tenerse en cuenta que dicho órgano debe atender a las instrucciones que le imparta el Ejecutivo municipal en las materias propias de la administración del Municipio, en razón de la dependencia jerárquica derivada de las consideraciones expuestas relativas al origen de la designación del Síndico Procurador o Síndica Procuradora Municipal, así como del personal adscrito a las oficinas de este órgano auxiliar, en virtud de lo establecido en el artículo 118 *eiusdem*. Asimismo, conforme a este último artículo, dicho funcionario o funcionaria debe atender a las instrucciones del Concejo Municipal en las materias relacionadas a su competencia y concretamente ejercer las funciones de Fiscal de la Hacienda Pública Municipal a solicitud del Alcalde o Alcaldesa, según el artículo 120 de la vigente ley que rige a las entidades municipales. De lo expuesto se concluye en relación a la solicitud planteada, que al ser la Sindicatura un órgano auxiliar del Poder Público Municipal y depender administrativamente en lo relativo al ingreso, nombramiento, remoción, destitución y egreso de su personal del Ejecutivo municipal, se encuentra inserto en la estructura funcional del Poder Público Municipal y no goza de autonomía funcional ni administrativa, encontrándose sujeto a la normativa establecida en las ordenanzas municipales dictadas de conformidad con los lineamientos expuestos en la Ley. Así se declara.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. Régimen General. Legislación Económica: Discrecionalidad

TSJ-SC (2)

29-1-2009

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Rosa Yamilet Guevara Belisario

El legislador tiene en materia económica una amplia discrecionalidad en cuanto al mérito y oportunidad de medidas económicas.

Ahora bien, desde una perspectiva general puede afirmarse que el legislador tiene en materia económica una amplia discrecionalidad en cuanto al mérito y oportunidad de medidas económicas -*Vid.* Sentencia de esta Sala n.º 1.444/2008-. No obstante, dicha discrecionalidad se ejerce bajo la premisa de que “(...) *el sometimiento pleno a un control jurisdiccional de los diversos actos que emanan de los órganos del Poder Público, ha sido un logro en el desarrollo del Estado, máxima expresión de sujeción colectiva a una autoridad, con miras a la consecución última del interés general, y en definitiva como una garantía del Estado de Derecho (...)*” -*Vid.* Sentencias de esta Sala n.º 1.815/2004 y 1.117/2006-, **por lo que sería un despropósito, y así lo entiende esta Sala, que actos como la determinación del contenido del presupuesto municipal queden excluidos del control, ya que ellos no sólo causan efectos jurídicos, sino vienen determinados por un conjunto de normas que condicionan su validez** -tales como, el procedimiento aplicable (*Cfr.* Artículos 268 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y 34 al 40 de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública), los principios que los rigen (principios de eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal -*Cfr.* Artículos 311 de la Constitución y 227 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal-) y su vinculación con los fines que la propia constitución y ley establece (*vgr.* Desarrollo económico y social)- **o limitan la discrecionalidad del órgano legislativo** -*vgr.* En materia de gastos de inversión (*Cfr.* Artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal)-.

Por ello, se debe afirmar que la discrecionalidad propia de las decisiones políticas al manifestarse, pueden concretarse “(...) *en ejecución, diseño, planificación, evaluación y seguimiento de las líneas de gobierno y del gasto público, lo que quiere decir que la política no se agota con el actuar jurídico. En aquel entendido los actos sí son controlables por los órganos jurisdiccionales, pero sólo en sus elementos jurídicos (conformidad a derecho de una actuación específica, no general o abstracta). Los criterios de oportunidad y conveniencia escapan del control del juez, así como también escapan, por ejemplo, los elementos políticos de los actos administrativos o de gobierno, o las razones de oportunidad y conveniencia de las leyes (Vid. Sent. n.º 1393/2001 SC/TSJ). De lo contrario se vulneraría la libertad con la que debe contar el Estado para adoptar y aplicar las políticas que considere más eficaces para la consecución de sus fines (entre los que está las garantías de goce y disfrute de los derechos prestacionales), lo que explica que el único control sobre tales aspectos sea, en principio -ya se verá que esa exclusividad posee algunas matizaciones-, el político a través de los diferentes medios de participación que la Constitución y las leyes establecen (la ciudadanía, durante el ejercicio de la función gubernativa y administrativa, ante la evidente incapacidad de la Administración de planificar de forma eficaz y eficiente su actividad para satisfacer la procura existencial, retirará la confianza que mediante el sufragio le otorgó a sus representantes, como muestra de un proceso de deslegitimación de los actores), lo cual en modo alguno implica reivindicar la tesis de los actos excluidos, teoría superada con argumentos tan contundentes que sería ocioso tratar de reproducirlos en esta sentencia, pues lo que se pretende es recalcar la imposibilidad del juez de entrar a cuestionar la oportunidad y conveniencia de la administración, del gobierno o de la legislación, o la imposibilidad material o técnica que en ocasiones existe de hacer efectivos, esto es, ejecutables, los fallos que ordenan el cumplimiento de determinadas obligaciones, no de negar el derecho de acción de los ciudadanos (...)*” (*Cfr.* Sentencia de esta Sala n.º 1.002/04, caso: “Federación Médica Venezolana”).

Se reitera entonces, la idea de que no existen actos de los órganos que ejercen el Poder Público que puedan desarrollarse al margen del derecho, aislado de vinculaciones jurídicas. La regulación de la competencia del órgano, los principios constitucionales sobre los fines del Estado, sobre los derechos fundamentales, lo que esta Sala ha denominado elementos jurídicos, forman un entramado vinculante para una decisión que, aun siendo discrecional políticamente, no se desarrolla en este sentido al margen del derecho.

En el presente caso, se observa que de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -artículos 168, 311 y 314- y la Ley Orgánica del Poder Público Municipal -artículos 54, 227 y 230-, la formulación y ejecución de la ordenanza de presupuesto no sólo deberá fundamentarse en los principios de eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal, sino que su elaboración exige la asignación prioritaria de los recursos al cumplimiento de las metas y desarrollo económico social e institucional del Municipio, razón por la cual, en los presupuestos públicos anuales de gastos, en todos los niveles de Gobierno, debe establecerse de manera clara, para cada crédito presupuestario, el objetivo específico a que esté dirigido, los resultados concretos que se espera obtener y los funcionarios públicos o funcionarias públicas responsables para el logro de tales resultados.

Asimismo, corre inserto en los anexos al escrito contentivo del recurso de nulidad interpuesto, la Ordenanza del Régimen de Organización y Funcionamiento del Concejo Municipal del Concejo Municipal de Chaguaramas y sus Dependencias Auxiliares, según la cual la “(...) *Formulación del presupuesto del Concejo Municipal, deberá hacerse tomando en consideración las limitaciones financieras y presupuestarias del Municipio (...)*”.

De igual forma, de las actas del expediente se constató que durante el año dos mil ocho la partida presupuestaria para el funcionamiento del Concejo Municipal del Municipio Chaguarama del Estado Guárico fue de cuatrocientos cuarenta mil tres bolívares (Bs. 440.003) y en la ordenanza impugnada fue elevada a novecientos veintiún mil bolívares (Bs. 921.003), lo cual constituye un incremento de más del ciento por ciento en relación con el año anterior; asimismo, que la partida de gastos para el funcionamiento de la Contraloría Municipal fue igualmente triplicada al pasar de doscientos cuarenta mil bolívares (Bs. 240.000) para el año dos mil ocho, a novecientos ochenta y cinco mil bolívares (Bs. 985.405) para el año dos mil nueve.

Ciertamente, la Sala advierte de los documentos anexos presentados por la recurrente que “(...) *del presupuesto asignado al Concejo Municipal, se puede evidenciar que para el año 2008 presentó un incremento de 29,42%, en comparación al año 2007, siendo el caso contrario lo expresado en el Proyecto de Ordenanza de presupuesto anual de Ingresos y egresos para el ejercicio fiscal 2009, presentado por la Alcaldesa saliente Mary Luz Pérez y sancionada por el Órgano Legislativo Municipal, en el cual sufre un incremento considerable en un 109,33%, con respecto al año anterior (2008), que si lo comparamos con el Situado Municipal 2009 (Constitucional) asignado por el Gobierno Nacional, por un monto de Bs.7.985.988,00, (SIETE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO BOLIVARES), representa un 11, 53%, y por ende afecta las proyecciones en cuanto a inversión se refiere en el Municipio, así mismo se evidencia que no se tomó en consideración el incremento que sufrió el Situado Municipal, que solo fue de un 35,42% respecto al año 2008 (...). Así mismo, se efectúa la comparación a la Contraloría del Municipio Chaguaramas, en donde se puede evidenciar que para el año 2008, presentó un incremento de 33,40%, en comparación al año 2007, presentando la misma situación del Concejo Municipal en el Proyecto de Ordenanza de Presupuesto Anual de Ingresos y Egresos para el ejercicio fiscal 2009, el cual sufre un incremento considerable en un 311,00%, con respecto al año anterior (2008), que si lo comparamos con el Situado Municipal 2009 (Constitucional) asignado por el Gobierno Nacional, por un monto de Bs.7.985.988,00, (SIETE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO BOLIVARES), representa un 12, 35% (...) el incremento del Concejo Municipal y Contraloría Municipal representa un 23,88 del Situado Constitucional, y por ende afecta las proyecciones del Gasto de Personal, funcionamiento e Inversión de la Alcaldía del Municipio Chaguarama (...)*”.

Al respecto, el órgano legislativo como se señaló anteriormente, es ciertamente libre en los extensos límites de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para optar entre todas las posibles alternativas la vía de proceder que considere en cada caso más conveniente, así como el escoger las razones que mejor puedan justificar su elección, lo cual debe producirse igualmente en el marco de las razones que concreta y racionalmente permita la norma que le sirva de fundamento jurídico.

Por ello, las “(...) razones del Legislador han de ser, pues, coherentes con los fines a los que la norma legal ha de orientarse, es decir, susceptibles de explicar satisfactoriamente la adecuación a esos fines de los medios y las técnicas puestas en juego, su potencial aptitud, por lo tanto, para servir a los fines perseguidos, así como su capacidad para alcanzarlos sin imponer sacrificios innecesarios por excesivos. Deben ser también necesariamente razones consistentes con la realidad objetiva, con los hechos que constituyen el punto de partida de la decisión a adoptar, porque sobre los hechos ni el Legislador, ni nadie, como es obvio, puede reclamar poder de disposición alguno (...)”, por lo que comparte esta Sala que “(...) constituye arbitrariedad, en efecto, actuar «sin razones formales, ni materiales» (Sentencia de 19 de julio de 1982); la carencia de toda explicación racional (Sentencia de 29 de julio de 1982); el «capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o de distorsión en los efectos legales» (Sentencias de 11 de junio de 1987, 29 de noviembre de 1988 y 4 de julio de 1991); la «falta de justificación» y la «flagrante contradicción» interna («en el mismo sistema») de la norma (Sentencia de 22 de marzo de 1988); la contradicción con la naturaleza de la institución regulada (el Consejo General del Poder Judicial: Sentencia de 29 de julio de 1986); la falta de coherencia cuando los fines no se compadecen con los medios o la técnica legal empleados (Sentencia de 11 de junio de 1987) e, incluso, la falta de proporción entre los medios empleados y los fines perseguidos «cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza» (Sentencias de 23 de mayo de 1985, 11 de junio de 1987, 29 de noviembre de 1988 y 22 de abril de 1993) (...)” -Cfr. Tomás-Ramón Fernández. *De la Arbitrariedad del Legislador, Una crítica a la jurisprudencia Constitucional*, Civitas, Madrid 1998, pp. 157-162-.

Así, que el legislador en el ejercicio de sus funciones deba actuar bajo el principio de racionalidad o de no arbitrariedad, comporta que toda medida adoptada debe responder o ser idónea a los fines y límites que el ordenamiento jurídico establece, lo cual en el caso de la formulación del presupuesto local, encuentra entre otras restricciones, la adecuación de la inversión a las necesidades de la comunidades o que de los ingresos previstos en el presupuesto municipal al menos el cincuenta por ciento deba destinarse a gastos de inversión en áreas preferentes como salud, educación, saneamiento ambiental y a los proyectos de inversión productiva que promuevan el desarrollo sustentable del Municipio; ello trae como consecuencia fundamental, que la prioridad para la asignación de los ingresos debe tenerla la Alcaldía, vale decir el Alcalde -a quien corresponde el gobierno y administración del Municipio- y demás órganos o dependencias cuya competencia sea la satisfacción de necesidades en tales áreas.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, la Sala no advierte preliminarmente del texto de la Ordenanza objeto del recurso interpuesto y de los elementos de convicción que cursan en autos, que la misma sea de conformidad con la normativa vigente, el resultado de la consolidación de los requerimientos formulados en el Plan Municipal del Desarrollo, los consejos comunales, las organizaciones vecinales y comunitarias, a través del proceso de formación del presupuesto participativo, para responder a las necesidades reales de la comunidad, lo cual afectaría entre otras actividades la prestación de servicios públicos, el pagos de salarios o contrataciones de obras públicas.

Tales circunstancias generan en esta Sala, en principio, la convicción que el acto impugnado no fue el resultado del procedimiento establecido por la Ley Orgánica del Poder Público Municipal para la aprobación de las Ordenanzas Municipales en concordancia con la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, por cuanto en apariencia no se ajustó a los principios y normativas que regulan la elaboración de las ordenanzas de presupuestos, con lo cual la ejecución del mismo afectaría de forma inmediata el cumplimiento de las metas de desarrollo económico, social e institucional del Municipio, bajo los principios de eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal, lo cual contravendría el principio de participación consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con lo cual estima satisfecha la presunción de buen derecho. Así se declara.

V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Actos Administrativos*

A. *Vicios de fondo. Usurpación de Funciones*

TSJ-SPA (0013)

14-01-2009

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Carlos Andrés Pérez Pérez vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

Expuesto lo anterior, entiende la Sala que con su planteamiento el accionante pretende evidenciar que el órgano sancionador incurrió en usurpación de funciones, la cual constituye un vicio que tiene lugar cuando una autoridad legítima dicta un acto invadiendo la esfera de competencias de un órgano perteneciente a otra rama del Poder Público, violentando de ese modo las disposiciones contenidas en los artículos 136 y 137 de la Constitución de la República que consagran, por una parte, el principio de separación de poderes, en razón del cual cada rama del Poder Público tiene sus funciones propias, y se establece, por otra, que sólo la Constitución y la ley definen las atribuciones del Poder Público y a tales normas debe sujetarse su ejercicio.

De manera que al invadirse la esfera de atribuciones que es propia de otro órgano del Poder Público, se estaría incurriendo en una incompetencia manifiesta, lo cual se traduciría necesariamente en la nulidad absoluta del acto impugnado. Asimismo, se habla de extralimitación de atribuciones cuando una autoridad investida legalmente de funciones públicas, dicta un acto que constituye un exceso de las atribuciones que le han sido conferidas.

Ahora bien, la Sala considera necesario aclarar que, por constituirse los jueces en funcionarios destinados a ejercer la administración de justicia, mal puede pretenderse el ejercicio de una actividad de tan delicada naturaleza, sin el sometimiento debido a la supervisión de un órgano que controle el cumplimiento de esta labor.

En seguimiento de esta regla, el Constituyente de 1961 dispuso en un primer momento, la creación del Consejo de la Judicatura, el cual se consagró 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 guardó vigencia hasta el momento en que entró en vigor la Constitución de 1999, y hoy ha sido sustituido, mientras se crea la jurisdicción disciplinaria, por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

B. *Vicios de forma. Inmotivación***TSJ-SPA (0004)****14-01-2009**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Héctor Daniel Lamedá Rodríguez vs. Resolución de la Contraloría General de la República.

Referente al vicio de inmotivación, la doctrina administrativa ha concebido la motivación como la expresión sucinta de los fundamentos de hecho y de derecho que dan lugar a la emisión de un acto por parte de la Administración, independientemente de la falsedad o no de la fundamentación expresada, siendo así necesario distinguir entre la motivación y el motivo del acto, el cual forma parte de los elementos de fondo del acto administrativo. De allí que la falsedad del motivo pueda acarrear la nulidad absoluta del acto, mientras que los vicios en la motivación sólo producen su anulabilidad, siendo subsanables en cualquier caso, salvo que afecten el derecho a la defensa del particular.

VI. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA1. *El Contencioso Administrativo de Anulación*A. *Medidas Cautelares*a. *Oposición***TSJ-SPA (17)****14-1-2009**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Fundación Pro-Patria 2000.

El artículo 602 del Código de Procedimiento Civil prevé la oportunidad de oponerse a las medidas preventivas cuando ya éstas han sido ejecutadas, puesto que de conformidad con lo establecido en el artículo 601 del mismo Código, en aquellos casos en los que el tribunal encontrase suficientes las pruebas producidas para solicitar las medidas cautelares, "...decretará la medida solicitada y procederá a su ejecución", debiendo dictarse dicho decreto en el mismo día en que se haga la solicitud, lo cual si bien no siempre ocurre así, como es lógico suponer, deja muy poco margen de tiempo para que el afectado, aun cuando se encuentra citado, se oponga a la medida solicitada aún no decretada.

La medida acordada en el presente proceso, a saber, embargo preventivo de bienes muebles, es una de las medidas cautelares nominadas previstas en el Código de Procedimiento Civil, cuyo procedimiento se encuentra regulado en los artículos 601 al 606 del mencionado cuerpo normativo, siendo el artículo 602 *eiusdem* el que determina la oportunidad para realizar la oposición a dichas medidas en los términos siguientes:

"Artículo 602.- Dentro del tercer día siguiente a la ejecución de la medida preventiva, si la parte contra quien obre estuviere ya citada; o dentro del tercer día siguiente a su citación, la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella, exponiendo las razones o fundamentos que tuviere que alegar.

Haya habido o no oposición, se entenderá abierta una articulación de ocho días, para que los interesados promuevan y hagan evacuar las pruebas que convengan a sus derechos. (...)”.

Del artículo parcialmente citado *supra* se desprenden dos posibilidades: la primera de ellas, que la medida sea ejecutada cuando la parte contra quien obre se encuentre ya citada, caso en el cual el lapso para la oposición comenzará a correr desde la ejecución de la medida; y la segunda, que habiéndose ejecutado la medida aún no se haya citado a la parte contra quien obra, supuesto en el que se computará el lapso para la oposición desde que se realice su citación.

Los supuestos regulados por la norma en comento, resultan cónsonos con el tratamiento general que se da a las medidas preventivas y con la finalidad que están destinadas a cumplir. De esta forma, tenemos que las medidas cautelares ordinariamente se otorgan *inaudita altera parte*, es decir, sin escuchar a la otra parte, pues en virtud de la naturaleza de este tipo de medidas, normalmente son solicitadas, decretadas y practicadas antes de que se fije el contradictorio en el juicio, todo ello con el objeto de garantizar que el fallo definitivo que recaiga en el proceso pueda materializarse, ya que de auspiciarse el conocimiento de la parte contra quien obra la medida solicitada y la contención entre los actores del proceso, previo a su otorgamiento sería probable que el posible obligado se insolventara vaciando el contenido y efectividad de la medida e imposibilitando que se asegure la ejecución de la sentencia definitiva que resuelva el proceso.

De allí, que en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil se prevea la oportunidad de oponerse a las medidas preventivas cuando ya éstas han sido ejecutadas, puesto que de conformidad con lo establecido en el artículo 601 del mismo Código, en aquellos casos en los que el tribunal encontrase suficientes las pruebas producidas para solicitar las medidas cautelares, “...decretará la medida solicitada y procederá a su ejecución”, debiendo dictarse dicho decreto en el mismo día en que se haga la solicitud, lo cual si bien no siempre ocurre así, como es lógico suponer, deja muy poco margen de tiempo para que el afectado, aun cuando se encuentra citado, se oponga a la medida solicitada aún no decretada.

b. *Suspensión de efectos del acto administrativo*

TSJ-SPA (368)

18-3-2009

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Banco Mercantil, C.A., Banco Universal vs. INDECU (hoy INDEPABIS).

El análisis de los requisitos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* para proceder a la suspensión de los efectos de los actos administrativos no es de obligatoria consideración en todos los casos, pues en algunas circunstancias se ha establecido la omisión de tales requisitos, tomando además en cuenta que la no ejecución de dichos actos administrativos no causaría un perjuicio irreparable a la Administración o a los particulares, todo ello con el fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la presunción de inocencia de los particulares frente a la Administración

....Alegaron los referidos apoderados judiciales que la sentencia apelada se encontraba viciada de falsa suposición, por cuanto hubo una “...errada apreciación de los hechos respecto a la supuesta solicitud de suspensión de efectos de la Resolución Recurrída, lo cual es un hecho inexistente toda vez que el Mercantil no solicitó medida cautelar alguna en la

oportunidad en que interpuso el recurso contencioso administrativo de nulidad (...) ya que sólo afirmó que, como consecuencia de la interposición del recurso contencioso administrativo de nulidad, se debían entender suspendidos los efectos de la multa impuesta por el INDECU tal y como lo establece el artículo 152 de la LPCU” (sic) (Negrillas del presente fallo).

Con relación al vicio de suposición falsa invocado por la parte apelante, esta Sala en sentencias números 1.507, 1.884 y 256 de fechas 8 de junio de 2006, 21 de noviembre de 2007 y 28 de febrero de 2008, ha establecido lo siguiente:

“(...) el referido vicio no está previsto expresamente como uno de los supuestos del artículo 244 eiusdem; sin embargo, la suposición falsa se refiere al hecho de que el juez atribuya a instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene, o dé por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos o cuya inexactitud resulta de actas e instrumentos del expediente.

Por lo tanto, si bien no está establecida en forma expresa como una causal de nulidad de acuerdo a las normas señaladas, debe entenderse que, cuando el juez se extiende más allá de lo probado en autos, es decir, atribuye a instrumentos o actas del expediente menciones que no contienen, o dé por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos o cuya inexactitud resulta de actas e instrumentos del expediente, estará sacando elementos de convicción y supliendo excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados; en consecuencia, no estará dictando una decisión expresa, positiva y precisa respecto del material probatorio y estará infringiendo las disposiciones de los artículos 12 y 243, ordinal 5º, del Código de Procedimiento Civil (Vid. Sentencia N° 4577 de fecha 30 de junio de 2005)”.

A los fines de constatar la existencia de la presente denuncia esta Sala observa que la parte apelante en el recurso contencioso administrativo de nulidad, interpuesto el 3 de marzo de 2008 ante las Cortes de lo Contencioso Administrativo, adujo lo siguiente:

“DE LA SUSPENSIÓN DE EFECTOS AUTOMÁTICA

Ciudadanos Magistrados, de conformidad con el artículo 152 de la LPCU, ratificamos que la interposición del presente recurso contencioso administrativo de nulidad apareja la suspensión automática de los efectos de la Resolución Recurrída, en razón de lo cual al admitirse el recurso solicitamos a esa Corte que reitere al INDECU que se abstenga de iniciar cualquier trámite tendente a requerir el pago de la multa impuesta en esa Resolución” (Subrayado y mayúsculas de la Cita).

Asimismo se observa que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en la sentencia apelada al pronunciarse sobre “...la solicitud de medida cautelar de suspensión de efectos alegada por la recurrente...”, declaró “...improcedente...” la suspensión de efectos del acto administrativo impugnado, fundamentándose en que el artículo 152 de la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 no preveía la “suspensión automática” del acto administrativo recurrido y que para que ello procediera se debían reunir en forma concurrente los requisitos exigidos generalmente para el otorgamiento de las medidas cautelares, esto es el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, lo cual no se había cumplido en el presente caso.

De lo expuesto se evidencia que la referida Corte Segunda incurrió en un error de apreciación de los hechos al considerar que la apelante había solicitado la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado, suspensión que fue declarada improcedente, cuando realmente lo solicitado en el recurso de nulidad fue que se le participara “...al INDECU que se abstenga de iniciar cualquier trámite tendente a requerir el pago de la multa impuesta en esa Resolución”, en virtud de lo previsto en el artículo 152 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, que disponía la “suspensión automática” de los efectos de los actos administrativos de multa dictados por el referido organismo cuando fueran recurridos, razón por la que se declara procedente la denuncia planteada. Así se determina.

Como consecuencia de la anterior declaratoria se revoca la decisión apelada en cuanto a la declaratoria de improcedencia de la solicitud de suspensión de efectos del acto administrativo impugnado. Luego, con fundamento en el artículo 209 del Código de Procedimiento Civil pasa la Sala a pronunciarse acerca de la petición formulada por la recurrente en relación con el artículo 152 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004.

Al respecto, el artículo 152 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.930 del 4 de mayo de 2004, aplicable *ratione temporis* (derogada por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada en la mencionada *Gaceta Oficial* N° 5.889 Extraordinario de fecha 31 de julio de 2008), establece lo siguiente:

“Artículo 152.- Dictada la sanción por el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), éste notificará a los interesados por cualquiera de estos mecanismos, personalmente o mediante correo certificado con acuse de recibo; o por carteles en un diario de circulación en la localidad.

En los casos de imposición de multas se acompañará a la notificación la correspondiente planilla de liquidación para que el sancionado proceda a pagar el monto de la multa en una institución bancaria designada por el Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), dentro de los quince días hábiles siguientes después de efectuada la respectiva notificación, salvo que el sancionado haya interpuesto recursos administrativos o judiciales que estén pendientes de decisión.

Transcurrido dicho lapso, sin que la multa impuesta mediante decisión firme fuere cancelada, la planilla de liquidación adquirirá fuerza ejecutiva y el Instituto se encargará de su recaudación efectiva por vía extra judicial o judicial, según el caso” (Negrillas de la Sala).

Del artículo transcrito se desprende que las multas impuestas por el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) deberán pagarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes después de efectuada su notificación “...salvo que el sancionado haya interpuesto recursos administrativos o judiciales que estén pendientes de decisión”, caso en el cual se entenderá suspendida la exigibilidad de dicho pago hasta tanto sea decidido el referido recurso, por lo que de ella se deduce que la referida norma contiene un mandato dirigido a la Administración a los fines de que no exija el pago previsto en el acto administrativo de multa que haya sido recurrido, sin que para tal situación sea necesario una solicitud del recurrente y una declaratoria judicial que ordene a la Administración cumplir con lo dispuesto en la Ley, supuesto de derecho que además es diferente a la “suspensión automática” prevista en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en el que sí se exige al administrado solicitar la suspensión de efectos del acto administrativo recurrido y al tribunal contencioso acordar tal suspensión. En efecto, la mencionada normativa en materia de telecomunicaciones es del tenor siguiente:

“Artículo 205. La interposición de acciones contencioso administrativas contra las multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones suspenderán su ejecución, cuando así lo solicite expresamente el actor en su recurso.

Sin perjuicio de lo anterior la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá hacer uso de las medidas cautelares a que se refiere el Código de Procedimiento Civil en materia de créditos fiscales” (Negrillas del fallo).

Respecto a la constitucionalidad de la precitada norma de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones la Sala Constitucional de este Alto Tribunal dispuso que el análisis de los requisitos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* para proceder a la suspensión de los efectos de los actos administrativos no es de obligatoria consideración en todos los casos,

pues en algunas circunstancias se ha establecido la omisión de tales requisitos, tomando además en cuenta que la no ejecución de dichos actos administrativos no causaría un perjuicio irreparable a la Administración o a los particulares, todo ello con el fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la presunción de inocencia de los particulares frente a la Administración. En efecto, en la sentencia N° 2.412 del 18 de diciembre de 2006 la referida Sala Constitucional dispuso lo que sigue:

“Al respecto, se aprecia que el mencionado artículo establece una medida cautelar ope legis, es decir, de suspensión de los efectos del acto impugnado de manera automática previa interposición del recurso contencioso de nulidad y efectivo cumplimiento por la parte actora de los requisitos de admisibilidad verificados por el órgano jurisdiccional.

Es de destacar que lo afirmado por la Sala Político Administrativa con relación al necesario análisis de los requisitos del fumus boni iuris y el periculum in mora, para proceder a la suspensión de los efectos del acto administrativo no es una condición indispensable y obligatoria de consideración en todas las medidas cautelares, ya que el legislador ha establecido en ciertos casos la omisión de tales requisitos, por no considerarlo procedente, ya que la no ejecución del acto no causaría un perjuicio irreparable ni a la Administración Pública ni a los particulares o, ha previsto en un caso concreto la revisión de uno de ellos.

(... Omissis...)

En idénticos términos se aprecia que el supuesto contemplado en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no responde a un deslizo o a una actuación arbitraria y caprichosa concebida por el legislador buscando mermar los intereses de la Administración sino que, por el contrario, se pueden apreciar disposiciones en similares términos establecidas en diversos cuerpos normativos (Vgr. Artículo 94 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística), los cuales tienen por objeto garantizar y asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares y el derecho a la presunción de inocencia, establecidos en los artículos 26 y 49.2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por encontrarse éste en una situación de desigualdad procesal (vgr. Antejudicio administrativo, prerrogativas procesales) con respecto a la Administración...”.

De lo expuesto se deriva que la solicitud efectuada por el apelante en su recurso de nulidad, relativa a que se participe “...al INDECU que se abstenga de iniciar cualquier trámite tendente a requerir el pago de la multa impuesta en esa Resolución”, resultaría –en un primer término- improcedente (por innecesaria) pues, como antes se precisó, el artículo 152 de la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 contiene un mandato dirigido a la Administración que le impide materializar el cobro de la multa, que se traduce en la imposibilidad de ejecutar el acto administrativo cuando éste sea recurrido -como sucedió en autos-, no siendo por lo tanto indispensable una solicitud del recurrente y un mandato de los juzgados contenciosos administrativos que conozcan de la legalidad del acto impugnado para que dicha Administración cumpla con el dispositivo en cuestión, a diferencia de lo que ocurre con los casos de “suspensión automática” prevista en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones –referida por la parte recurrente, en equiparación a la norma en estudio-, en los que sí corresponde al administrado solicitar la suspensión de efectos del acto administrativo recurrido y al tribunal contencioso acordarla.

Ante un eventual cobro por parte de la Administración de la multa impuesta e impugnada en sede administrativa o judicial, le bastaría a la parte apelante alegar y demostrar que recurrió del acto administrativo que se pretendiera ejecutar, materia cuyo conocimiento le estaría atribuido al tribunal que conozca del cobro de la multa impuesta.

No obstante lo anterior se advierte que, con posterioridad a la interposición de la apelación (21 de abril de 2008), el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) -hoy Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y

Servicios (INDEPABIS)- fue notificado (16 de mayo de 2008 – folio 104) por parte del Juzgado de Sustanciación de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de la admisión del presente recurso contencioso administrativo de nulidad, consecuencia de lo cual mal pudiera el mencionado Instituto pretender el cobro de la multa impuesta, todo con fundamento en la norma en cuestión, en conocimiento como está de la interposición del recurso de nulidad de autos.

Por tanto, a juicio de esta Sala la pretensión cautelar formulada ha sido satisfecha, motivo por el cual carece de objeto emitir pronunciamiento alguno al respecto.

En atención a lo expuesto este Alto Tribunal declara con lugar la apelación interpuesta, y en consecuencia, revoca la sentencia apelada, en cuanto a la declaratoria de improcedencia de la solicitud de suspensión de efectos del acto administrativo impugnado, y declara que ha sido satisfecha la petición formulada por el recurrente en relación con la aplicación del artículo 152 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004. Así se determina.

B. *Intervención de terceros: tercero adhesivo*

TSJ-SPA (290)

4-3-2009

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Solven, C.A. vs Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT).

Respecto a la forma de intervención de los terceros en los procesos ya iniciados suele diferenciarse, a fin 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.

Una vez expuestas las anteriores consideraciones, debe esta Sala pronunciarse sobre las solicitudes de adhesión formuladas por las sociedades mercantiles precedentemente identificadas, como terceros coadyuvantes de la empresa recurrente, cuando afirman tener derechos comunes a los alegados por aquella y un interés jurídico actual, en su carácter de contribuyentes especiales de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela y en el ordinal 1° del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, y subsidiariamente en el ordinal 3° de la norma en referencia, aplicables supletoriamente en virtud de lo establecido en el primer aparte del artículo 19 de la ley que rige este Máximo Tribunal.

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 Código de Procedimiento Civil, que establece:

“Artículo 370: Los terceros podrán intervenir, o ser llamados a la causa pendiente entre otras personas en los casos siguientes:

1° Cuando el tercero pretenda tener un derecho preferente al del demandante, o concurrir con éste en el derecho alegado, fundándose en el mismo título; o que son suyos los bienes demandados o embargados, o sometidos a secuestro o a una prohibición de enajenar y gravar, o que tiene derecho a ellos.

2° Cuando practicado el embargo sobre bienes que sean propiedad de un tercero, éste se opusiere al mismo de acuerdo a lo previsto en el artículo 546.

Si el tercero, sólo es un poseedor precario, a nombre del ejecutado, o si sólo tiene un derecho exigible sobre la cosa embargada, podrá también hacer la oposición, a los fines previstos en el aparte único del artículo 546.

3° Cuando el tercero tenga un interés jurídico actual en sostener las razones de alguna de las partes y pretenda ayudarla a vencer en el proceso.

4° Cuando alguna de las partes pida la intervención del tercero por ser común a éste la causa pendiente.

5° Cuando alguna de las partes pretenda un derecho de saneamiento o de garantía respecto del tercero y pida su intervención en la causa.”.

Conforme a la previsión transcrita, suele diferenciarse la forma de intervención de los terceros en los procesos ya iniciados, para oponerse a las pretensiones de las partes o para coadyuvar en la defensa y sostener las razones litigiosas de una de ellas, atendiendo a la voluntariedad de dicha intervención o a su carácter forzoso. Así, en anteriores oportunidades la Sala se ha pronunciado sobre el tema, señalando que:

“...En efecto, los terceros pueden intervenir en los procesos pendientes entre otras personas, en unos casos voluntariamente, pretendiendo, total o parcialmente, la cosa o derecho litigioso (intervención excluyente: tercería y oposición a medidas de embargo; ordinales 1° y 2°, artículo 370 *eiusdem*); en otros forzosamente llamados por la parte o por el juez (ordinales 4° y 5° del citado artículo 370 y 661 *eiusdem*); y por último, entre otros supuestos, espontáneamente (intervención adhesiva), para sostener las razones de algunas de las partes, por ‘un interés jurídico actual’, para ayudarla a vencer en el proceso (ordinal 3° artículo 370, ya mencionado).” (Sentencia n.º 474 de fecha 26 de septiembre de 1991, caso: *Rómulo Villavicencio*).

Tal distinción resulta necesaria, ya que de la precisión a la que se arribe 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 decisión *supra* citada la Sala expresó:

“Ciertamente que por la índole del procedimiento de anulación, las intervenciones excluyentes y forzadas, no son aplicables, limitándose entonces, el interés de la distinción entre los terceros que concurren a dicho procedimiento espontáneamente, porque en algunos supuestos son verdaderas partes y en otros simples terceros. En efecto, en estos casos, de 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 este 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, tal como fue advertido anteriormente por esta Sala, los actos administrativos cuya nulidad se debate poseen efectos generales, por lo 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, antes citada, 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 impugnar el acto demandado.

VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de Inconstitucionalidad: Medidas Cautelares*

TSJ-SC (2)

29-1-2009

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Rosa Yamilet Guevara Belisario vs. Concejo Municipal del Municipio Chaguaramas del Estado Guárico.

La medida de inaplicación de una norma sólo puede ser acordada cuando exista una verdadera y real justificación, ya que su manejo desequilibrado causaría un quebrantamiento del principio de autoridad.

La doctrina de la Sala en materia de solicitud de medida cautelar acumulada al recurso de nulidad por inconstitucionalidad (*Cfr.* Fallo de esta Sala n.º 1.181/2001), ha sido conteste en afirmar que la medida de inaplicación requerida supone una interrupción temporal de la eficacia del contenido normativo de la disposición impugnada y que, como tal, constituye una importante excepción legal al principio general, según el cual, con base en la presunta validez intrínseca a todo acto legal, éste tiene fuerza obligatoria y produce todos sus efectos desde el momento mismo de su publicación en la *Gaceta Oficial*, aplicándose únicamente como medida de protección cuando sea muy difícil reparar por sentencia definitiva los daños que resulten de la aplicación del contenido normativo del texto legal impugnado, por tanto, para que pueda ser acordada, tiene que existir una verdadera y real justificación, ya que su manejo desequilibrado causaría un quebrantamiento del principio de autoridad.

Adicionalmente, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala en cuanto a que los extremos requeridos por el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, son necesariamente concurrentes junto al especial extremo consagrado en el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que debe existir fundado temor de que se causen lesiones graves o de difícil reparación cuyo origen ha de ser la aplicación de la norma impugnada, de manera tal que faltando evidencia de cualquiera de estos elementos, el juez constitucional no podría bajo ningún aspecto decretar la medida preventiva, pues estando vinculada la controversia planteada en sede constitucional con materias de Derecho Público, donde puedan estar en juego intereses generales, el juez debe además realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión de intereses generales en un caso concreto.

2. *Recurso de revisión sentencias en materia constitucional. Requisitos: Copia certificada del fallo a revisarse*

TSJ-SC (227)

16-3-2009

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Sonia Herminia Gómez y otros. (Revisión de sentencia de la Sala Político Administrativa).

Quien pide una revisión de Sentencia debe presentar copia certificada del fallo a revisarse, no pudiendo suplirse ello, ni siquiera por la vía del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, ya que en materia de revisión no hay contraparte que controle lo aportado por el solicitante.

Aprécia la Sala del examen de la solicitud de revisión interpuesta los abogados José Antonio Muci Borjas y Alfredo Parés Salas, actuando en el carácter de apoderados judiciales de los ciudadanos Sonia Gómez Lozada, Raúl Gómez Lozada y Gerardo Gómez Lozada, que éstos identificaron el fallo impugnado y acompañaron a su escrito la impresión de la página web de este Máximo Tribunal de la decisión que se impugna, pero no anexó copia certificada de dicha decisión, lo cual es necesario para el examen de la solicitud formulada.

A este respecto, esta Sala Constitucional en sentencia n.º 1.137, del 8 de junio de 2005 (caso: *Domitila Pantoja Sinchi*), estableció que:

“...la necesidad de consignar un instrumento fehaciente, obedece a la certeza que debe obtener esta Sala, respecto del contenido del fallo que pretende impugnarse a través de la revisión, más aún cuando ésta es ejercida en contra de una decisión emanada de otra Sala de este Máximo Juzgado, dada la entidad de la sentencia que pretende revertirse. La doctrina de la notoriedad judicial, que ha mantenido esta Sala y que sigue vigente, se refiere a que ella puede (como facultad) indagar en los archivos del Tribunal, la existencia de fallos que se hayan dictado y que sean conexos con la controversia. Considera la Sala que se trata de un conocimiento que puede adquirir el tribunal, sin necesidad de instancia de las partes, ya que su archivo y las causas que lo componen las conoce el Tribunal. Pero el hacer uso de estos conocimientos, es facultativo del juez, ya que ninguna ley lo obliga a tener que hurgar en cada caso, si existe o no una sentencia dictada por alguna de las Salas de este Tribunal Supremo de Justicia...”

Por ello, la Sala ha considerado que quien pide una revisión debe presentar copia certificada del fallo a revisarse, no pudiendo suplirse ello, ni siquiera por la vía del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, ya que en materia de revisión no hay contraparte que controle lo aportado por el solicitante.

De allí que, a juicio de esta Sala, quien incoa una revisión tiene la carga de aportar copia certificada de la decisión impugnada, por no ser función de la Sala recabar dicho fallo, y sin que esto menoscabe la facultad de fijar los hechos en base a los conocimientos adquiridos como órgano judicial. Así, para abocarse a las solicitudes de revisión presentadas se requiere que el solicitante facilite la copia certificada de la sentencia impugnada (*Vid.* Sentencia de esta Sala n.º 150/2000, caso: *José Gustavo Di Mase y otros*).

En este contexto, la Sala, mediante sentencias n.º 157, del 2 de marzo de 2005 (caso: *Grazia Tornatore de Morreale*) y n.º 406, del 5 de abril de 2005 (caso: *Carmen Beatriz Rodríguez Parada*) dispuso que:

“... en los casos en que la solicitud de revisión de una sentencia no se acompañe con la copia certificada de la misma, se declarará inadmisibile de conformidad con el artículo 19, quinto aparte de la Ley que rige a este Alto Tribunal...”.

De allí que, constatado que en el caso de autos no se acompañó copia certificada del instrumento fundamental de la presente solicitud, concluye que la revisión solicitada resulta inadmisibile, de conformidad con lo previsto en el quinto aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Cfr. Sentencia de la Sala n.º 1.137 del 8 de junio de 2005, caso: *Domitila Pantoja Sinchi*). Así se decide.

3. *Acción de Amparo Constitucional*

A. *Finalidad: Protección de derechos constitucionales y no una nueva instancia judicial*

TSJ-SC (225)

16-3-2009

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Wilmer Reyes Núñez vs. Decisión Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo.

Al juez constitucional sólo es competente para enjuiciar las actuaciones de los órganos del poder público que sean dictadas en menoscabo de los derechos o garantías constitucionales de los justiciables, pero en ningún caso se puede revisar la aplicación del derecho, a menos que de ella derive una lesión directa a una norma consagrada en nuestra Carta Fundamental.

Ha sido sometido al examen de esta Sala la sentencia emanada del Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Bancario, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, que declaró improcedente *in limine litis* la acción de amparo propuesta, al considerar que la pretensión del accionante, ciudadano Wilman Reyes Núñez, se encuentra dirigida a cuestionar el criterio del sentenciador sobre la valoración de las pruebas aportadas en el juicio y los hechos controvertidos.

Constató el a quo constitucional, una vez analizadas las actas del expediente, que el accionante “... tuvo acceso a la jurisdicción y en todo momento se le permitió hacer uso de todos los fenómenos procesales y exponer sus argumentos durante la secuela del juicio, es decir, que no se le conculca de modo alguno su derecho a la defensa y mucho menos el derecho a un proceso debido...”, dejando expuesta la pretensión del mismo al interponer la acción de amparo, la cual radica en que “...se active el mecanismo constitucional denunciando violaciones de carácter legal y constitucional por los criterios asumidos en la sentencia cuestionada...”.

Ahora bien, cabe resaltar que en el procedimiento de amparo el juez enjuicia las actuaciones de los órganos del poder público o de los particulares, que hayan podido lesionar los derechos fundamentales, pero, en ningún caso, puede supervisar, por ejemplo, la aplicación o interpretación del derecho ordinario, por parte de la administración o de los órganos judiciales, a menos que de ella se derive una infracción directa de la Constitución.

No se trata de una nueva instancia judicial o administrativa, ni de la sustitución de los medios ordinarios para la tutela de los derechos o intereses, sino de la reafirmación de los valores constitucionales que desarrollan los derechos fundamentales, revisar la interpretación

que de éstas ha realizado la administración pública o los órganos de la administración de justicia, o establecer si los hechos de los que se deducen las violaciones constitucionales, constituyen una violación directa de la Constitución, y así lo ha establecido esta Sala en Sentencia n.º 828 del 27 de julio de 2000 (caso: *Segucorp C.A. y otros*), oportunidad en que señaló:

“...Para que el amparo proceda, es necesario que exista una infracción por acción u omisión a una norma constitucional, sea esta realizada mediante desconocimiento, mala praxis, o errada interpretación de normas legales o sub-legales, siempre que ella enerve el goce y ejercicio pleno de un derecho constitucional (...*omissis*...)”

Los errores de juzgamiento sobre la aplicabilidad o interpretación de las normas legales, en principio no tienen por qué dejar sin contenido o normas legales, en principio no tienen por qué dejar sin contenido o contradecir una norma constitucional, motivo por el cual ellos no pueden general amparos.

Lo que los generan es cuando los errores efectivamente hagan nugatoria la Constitución, que la infrinjan de una manera concreta y diáfana. Es decir, que el derecho o garantía constitucional, en la forma preceptuada en la Constitución, quede desconocido...”

Efectivamente, al juez constitucional sólo le está dado enjuiciar las actuaciones de los órganos del poder público que sean dictadas en menoscabo de los derechos o garantías constitucionales de los justiciables, pero en ningún caso se puede revisar la aplicación del derecho, a menos que de ella derive una lesión directa a una norma consagrada en nuestra Carta Fundamental.

Al respecto, esta Sala en sentencia n.º 3149 del 6 de diciembre de 2002, (caso: *Edelmiro Rodríguez Lage*), estableció:

“... el accionante sólo ha pretendido impugnar el fondo de la decisión dictada por el Juzgado Superior, el cual le fue adverso, para lograr la revisión del criterio de interpretación del Juzgador en su decisión, atacando así, la valoración del juzgador.

En tal sentido, resulta oportuno referir que, en reiteradas oportunidades, la Sala ha establecido que, en virtud de la autonomía e independencia de la que gozan los jueces al decidir, los mismos, si bien deben ajustarse a la Constitución y a las leyes al resolver una controversia, disponen de un amplio margen de valoración sobre los medios probatorios y del derecho aplicable a cada caso, por lo cual pueden interpretarlos y ajustarlos a su entendimiento, como actividad propia de su función de juzgar, sin que el juzgador de amparo pueda inmiscuirse dentro de esa autonomía del juez en el estudio y resolución de la causa, salvo que tal criterio viole, notoriamente, derechos o principios constitucionales, supuesto que, en el presente caso, no se verificó.

De manera que, en el caso de autos, las violaciones constitucionales carecen de fundamento jurídico, dado que la actuación procesal realizada por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, se encuentra ajustada tanto al derecho a la defensa, como al debido proceso, por cuanto, en efecto, estimó los alegatos expuestos por el accionante, al igual que valoró pero desechó las pruebas que le servían de fundamento a los mismos”.

Por tanto, vale recordar, que por su misma naturaleza la demanda de amparo no puede convertirse en una tercera instancia en la cual se juzgue nuevamente sobre el mérito de una controversia ya conocida y juzgada por los jueces de la causa, o se valore el mérito de las pruebas que ya fueron objeto de su soberana apreciación.

B. *Admisibilidad: Existencia de vías judiciales ordinarias***TSJ-SC (50)****3-2-2009**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Yanyna Farache y otro vs. Consejo Nacional Electoral.

Corresponde ahora analizar lo concerniente a la admisibilidad de la presente demanda, a cuyo efecto se observa que los hechos denunciados como lesivos se refieren a una actuación administrativa del Poder Electoral, concretamente la resolución dictada por el referido órgano comicial el 11 de diciembre de 2008, a través de la cual se acordó “*Aprobar el cuadro Estadístico del registro Electoral correspondiente al corte definitivo del 11 de diciembre de 2008, el cual alcanza una cantidad de 16.949.033 electores, de los cuales son venezolanos 16.767.511 y extranjeros 181.552...*”.

Al respecto, ha asentado suficientemente esta Sala, que toda persona tiene derecho a disponer de un medio que lo ampare contra actos u omisiones que vulneren sus derechos fundamentales. Al respecto y sobre la base del artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cabe acotar que no puede considerarse la acción de amparo constitucional como la única vía idónea para el restablecimiento inmediato de la situación jurídica alegada como infringida, toda vez que, como ha sostenido esta Sala de forma inveterada en diversos fallos, no toda transgresión de derechos y garantías constitucionales está sujeta de inmediato a la tutela del amparo, ya que para ello existen las vías procesales ordinarias, conforme a las cuales, todos los jueces de la República deben restituir la situación jurídica infringida, antes que la lesión se haga irreparable.

De los argumentos presentados por los presuntos agraviados, la Sala evidencia que los actores cuentan con el recurso contencioso electoral, a través del cual se puede ventilar denuncias relativas a la lesión de derechos o intereses legítimos imputables al Consejo Nacional Electoral, los cuales en el presente caso se refieren a circunstancias de orden sub-legal, pues los hechos dañosos alegados se refieren a una decisión administrativa que determinó el padrón de votantes en el procedimiento referendario del 15 de febrero del presente año.

Ello así, se advierte que la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política regula el recurso contencioso electoral de una manera breve y sumaria, de forma tal que se diluciden, en el menor tiempo posible, los reclamos que se funden en violaciones de orden electoral. En efecto, el artículo 235 *eiusdem*, dispone:

“(...) El Recurso Contencioso Electoral es un medio breve, sumario y eficaz para impugnar los actos, las actuaciones y las omisiones del Consejo Nacional Electoral y para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por éste, en relación a la constitución, funcionamiento y cancelación de organizaciones políticas, al registro electoral, a los procesos electorales y a los referendos.

Los actos de la administración electoral relativos a su funcionamiento institucional serán impugnados en sede judicial, de conformidad con los recursos y procedimientos previstos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia o en otras leyes (...)”.

En tal sentido, el artículo 236 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, dispone lo siguiente:

“(...) Artículo 236. El Recurso Contencioso Electoral podrá ser interpuesto, por los partidos políticos y los grupos de electores, y por las personas naturales o jurídicas que tengan interés según sea el caso, para impugnar la actuación, o la omisión de que se trate, contra los siguientes actos o actuaciones del Consejo Nacional Electoral:

1. *Los actos administrativos de efectos particulares;*
2. *Los actos administrativos de efectos generales;*
3. *Las actuaciones materiales y las vías de hecho;*
4. *La abstención o negativa a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes; y,*
5. *Las resoluciones que decidan los recursos jerárquicos en sentido distinto al solicitado o cuando no se dicte decisión en el plazo estipulado (...)*”.

En relación con la eficacia del recurso contencioso electoral, la Sala estableció en sentencia n.º 381/2003, que el aludido medio judicial presenta características propias de la acción de amparo, como la sumariedad, la brevedad y la inmediación, lo cual conduce a considerar que, en materia electoral, el recurso contencioso electoral constituye la vía ordinaria idónea para dilucidar este tipo de pretensiones (Cfr. Sentencia de esta Sala n.º 2.477/2004 y 2.478/2004).

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas, esta Sala estima que los accionantes disponían del recurso contencioso electoral, como vía idónea a ser ejercida en sede judicial y, en consecuencia, como quiera que no se evidencia de las actas del expediente que exista una situación de hecho que permita afirmar que los quejosos puedan sufrir una desventaja inevitable o que la lesión denunciada devenga en irreparable por la circunstancia de utilizar y agotar la vía judicial previa, porque los medios procesales preexistentes son insuficientes para restablecer la situación infringida, o cuando su procedimiento -dada la naturaleza de la infracción alegada- no cumple con la finalidad de lograr la protección de forma inmediata, toda vez que en el marco de los procesos contenciosos electorales, la parte accionante cuenta con la posibilidad de solicitar medidas cautelares capaces de tutelar la violación o amenaza de violación de sus derechos e intereses -vgr. Amparo cautelar, suspensión de efectos y medidas cautelares innominadas-.

Por lo antes expuesto y, de conformidad con el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, (No se admitirá la acción de amparo: 5.- Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes. En tal caso, al alegarse la violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales, el Juez deberá acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 y 26 de la presente Ley, a fin de ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado) la Sala declara la inadmisibilidad del amparo de autos, por lo que resulta inoficioso pronunciarse en relación con la medida cautelar innominada solicitada, por su carácter instrumental y accesorio respecto de la acción principal. Así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

2. La mayoría sentenciadora declaró la inadmisión de la demanda de autos de conformidad con el artículo 6.5 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Garantías Constitucionales, porque la parte actora disponía de la pretensión contenciosa recurso contencioso electoral a que se refiere el artículo 236 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política como vía judicial ordinaria idónea para la protección de su situación jurídica. En criterio de la Sala, no se evidenciaría del expediente que exista una situación de hecho que permita afirmar que los quejosos puedan sufrir una desventaja inevitable o que la lesión denunciada devenga en irreparable por la circunstancia de que utilicen y agoten la vía judicial previa.

Lo que pretenden los accionantes es que se deje sin efecto la resolución del Consejo Nacional Electoral de 8 de enero de 2009 que, cuando determinó que el registro electoral para el referendo aprobatorio de la enmienda constitucional que fue propuesta por la Asamblea Nacional sería el que fue aprobado en sesión de ese cuerpo del 11 de diciembre de 2008, les impidió su inscripción en el mismo como nuevos votantes y, por ello, no podrán votar en el evento referendario. Pretenden también, en consecuencia, que se disponga su inscripción en el Registro Electoral y la de todas las personas que cumplieron la mayoría de edad después del 11 de diciembre de 2008, para que puedan participar como electores en esos comicios.

La demanda fue presentada seis días después de la publicación de la resolución y un mes antes de la oportunidad para la que se ha convocado el referendo, con lo cual, en opinión de quien se aparta del criterio mayoritario, las características de urgencia e inminencia que son la esencia de la naturaleza misma del amparo, están presentes indubitablemente en este caso, en el cual no sería posible el dictado de una cautelar anticipativa –en contrario a lo que afirmó el fallo que antecede- porque sería irreversible, ni el cabal desarrollo del proceso contencioso electoral en forma suficientemente celerante para que fuese oportuna. Sólo los lapsos brevísimos del amparo constitucional podrían satisfacer tempestivamente, si fuese procedente, la pretensión de hacer de los quejosos porque, además, aún si no se les reconoce su legitimación para la defensa de un interés colectivo, por razones elementales de igualdad, habría que extender un eventual dispositivo favorable a lo que pretenden a todos los ciudadanos que se encuentren en su misma situación jurídica, como lo han hecho tanto la antigua Corte Suprema de Justicia como esta Sala, en situaciones análogas (*Vid.* s.S.C. n.º 2675 de 17.12.01, exp. n.º 01-0725), para lo cual se requeriría del mayor tiempo posible.

En cuanto a la urgencia en la reparación como nota esencial del amparo constitucional en la forma en que lo recogió el artículo 27 constitucional, aunque se trata de un tema en el que hay el más amplio consenso desde el mismo inicio del desarrollo jurisprudencial y doctrinario de la institución –previo al legislativo-, resulta pertinente el recordatorio de los términos en que esta misma Sala se ha pronunciado reiterada y pacíficamente al respecto:

La acción de amparo constitucional, conforme al artículo 27 de la vigente Constitución, y a los artículos 1 y 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, tiene por fin impedir que una situación jurídica sea lesionada en forma irreparable, por la violación de derechos o garantías constitucionales de aquél que se encuentre en dicha situación, impidiendo que el daño a ella se cause (amenaza de infracción) o que no continúe, caso en que el amparo persigue se restablezca la misma situación existente antes de la lesión, o una semejante a ella, si no pudiera lograrse un restablecimiento idéntico. (...).

Es esta condición de reparabilidad inmediata de la situación, la base en que se funda la acción de amparo, hasta el punto que la acción es inadmisibles cuando la amenaza no sea inmediata, o cuando la lesión sea irreparable, por no ser posible el restablecimiento de la situación jurídica infringida (numerales 2 y 3 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales). (s. S.C. n.º 848 de 28-07-00, exp. n.º 00-0529, caso *Baca*. Subrayado y destacado añadidos)

En criterio de la Sala, el abandono del trámite a que se refiere el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales puede asumirse –entre otros supuestos, como la falta de comparecencia a la audiencia constitucional- una vez transcurrido un lapso de seis meses posteriores a la paralización de la causa por falta de interés procesal de la parte actora. Ello es producto del reconocimiento, a partir de signos inequívocos –el abandono, precisamente- de que dicha parte ha renunciado, al menos respecto a esa causa y a este medio procesal, a la tutela judicial efectiva y al derecho a una pronta decisión que le confiere la Constitución; por otra parte, y desde otro punto de vista, el principio de la tutela judicial efectiva no ampara la desidia o la inactividad procesal de las partes.

Tal conclusión deriva de la propia naturaleza del amparo como medio judicial reservado para la tutela inmediata de los derechos y garantías constitucionales cuando las vías ordinarias no resultan idóneas, tal como se desprende de la letra del artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que estatuye para el amparo –al unísono, cabe destacar, con varios tratados internacionales en materia de derechos humanos- un procedimiento breve, gratuito y no sujeto a formalidad en el que la autoridad judicial competente tiene potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella y en la que todo tiempo es hábil y el tribunal debe tramitarlo con preferencia a cualquier otro asunto. Así ha sido declarado por la jurisprudencia patria pacíficamente, aún antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En efecto, si el legislador ha estimado que, como consecuencia de ese carácter de urgencia que distingue al amparo, la tolerancia de una situación que se entiende lesiva de derechos fundamentales, por más de seis meses, entraña el consentimiento de la misma y, por tanto, la pérdida del derecho a obtener protección acelerada y preferente por esa vía, resulta lógico deducir que soportar, una vez iniciado el proceso, una paralización de la causa sin impulsarla por un espacio de tiempo semejante, equivale al abandono del trámite que había sido iniciado con el fin de hacer cesar aquella situación lesiva o amenazadora de derechos fundamentales. Por tanto, resultaría incongruente con la aludida naturaleza entender que el legislador hubiere previsto un lapso de caducidad de seis meses para la interposición de la demanda y, al propio tiempo, permitiese que se tolerase pasivamente la prolongación en el tiempo de la causa, sin la obtención de un pronunciamiento, por un lapso mayor a aquél.

Así, a pesar de que el dictado de la providencia que libró la orden de notificación coloca el peso de la reanudación del procedimiento en cabeza del Tribunal, esta circunstancia no releva al actor, supuestamente urgido de la tutela constitucional, de su carga de tomar conocimiento de la causa y de actuar en el procedimiento a través del cual pretendía, ante la falta de idoneidad de las vías ordinarias de protección constitucional, el restablecimiento urgente de una determinada situación jurídica todavía reparable. (s.S.C. n.º 982 de 06.06.01, exp. n.º 00-0562, caso: *José Vicente Arenas Cáceres*. Subrayado añadido).

3. De vuelta al caso de autos, la urgencia y trascendencia que caracterizan el asunto de la convocatoria a referendo aprobatorio que hizo el Consejo Nacional Electoral para el próximo 15 de febrero, fue reconocida por esta misma Sala en otros veredictos de esta misma fecha -que admitieron y resolvieron sendas solicitudes de interpretación de los artículos 6, 340, 342 y 345 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Exps. n.ºs 08-1610 y 08-1617)-, en los siguientes términos:

DE LA URGENCIA DEL CASO

..., la Sala ha admitido la posibilidad de omitir el llamado a los mencionados órganos del Poder Moral, así como de los terceros interesados, en condiciones de urgencia que ameriten un pronunciamiento inmediato que resuelva la interpretación solicitada (Vid. stc. n.ºs 457/2001, caso: *Francisco Encinas Verde*; 2231/2002, caso: *Fiscal General de la República* y, más recientemente, 1939/2008, caso: *República Bolivariana de Venezuela*).

En el presente caso, la Sala tiene la convicción de que la inminente celebración de un referendo aprobatorio respecto de la propuesta de enmienda constitucional sancionada por la Asamblea Nacional y en atención a la especial relevancia que reviste el asunto en los términos planteados *supra*, amerita que la presente causa sea resuelta sin (*sic*) la menor dilación posible, por lo que pasará inmediatamente a pronunciarse sobre su procedencia. Así se establece. (Subrayado añadido).

La contradicción, siempre inaceptable, esta vez, más allá del caso concreto, hiere la confianza legítima y la seguridad jurídica de todos los usuarios del servicio de justicia en forma especialmente acentuada, por la simultaneidad de los criterios contrarios y la trascendencia general de la materia en la que se produjo.

4. Por otra parte, es pertinente que se destaque que en las controversias que esta Sala resolvió en los precedentes que se invocaron, las sentencias n.ºs 2.477 y 2.478 de 2004, las pretensiones de quienes demandaron entonces no eran análogas a las de la parte actora en esta oportunidad, por lo que sus conceptos no son necesariamente aplicables a estas últimas. En efecto, el veredicto que se registró con el n.º 2.477 el 26 de octubre de 2004, decidió acerca de una petición de que se impidiese la reapertura del Registro Electoral y, el n.º 2.478, recayó con relación a la solicitud de que se ordenase al Consejo Nacional Electoral la entrega inmediata de copias certificadas de determinados documentos que, según se arguyó, constituían elementos esenciales para el ejercicio de recursos judiciales contra el referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República que se celebró el 15 de agosto de 2004.

El primero de estos actos jurisdiccionales, sin embargo, se apoyó en otro, el n.º 381 de 26 de febrero de 2003, el cual hizo suyo un criterio de la Sala Electoral que también contradujo la mayoría con la decisión que antecede.

En aquella, esta Sala sostuvo (y subrayó):

Por consiguiente, concluye esta Sala que, en casos como el de autos, no se puede permitir al accionante la escogencia de la vía de impugnación, de forma alternativa, entre el amparo constitucional y el recurso contencioso electoral, dado que aceptar la admisibilidad del amparo, en este tipo de situaciones, pudiera traer, como consecuencia, decisiones contradictorias, pues estando prevista una legitimación activa tan amplia para intentar el recurso contencioso electoral, si algún legitimado intentara este recurso y se acordara un amparo con el mismo objeto, se pudieran generar sentencias que acarrearían efectos jurídicos distintos y excluyentes entre sí, porque los supuestos a ser examinados en cada caso obedecen a una naturaleza distinta.

En este sentido, estima esta Sala oportuno destacar que ya la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en la aludida sentencia del 4 de agosto de 2000, precisó cuándo puede resultar admisible en materia electoral el ejercicio de una acción de amparo constitucional, al disponer:

“...la acción de amparo constitucional si puede ser admisible en materia electoral, pero solo cuando se denuncia violación de derechos constitucionales relacionados con actos electorales que se inscriben dentro del proceso electoral, que no suponen la finalización del mismo, pues no se justifica esperar la culminación del mismo para denunciar una violación flagrante de un derecho constitucional, en los casos de la inscripción en el Registro Electoral, de la postulación de los candidatos, inscripción o rechazo a determinada candidatura, así como la fijación de fechas para las elecciones, no así para aquellos relacionados con la votación, escrutinios, totalización y proclamación de los candidatos, que si conforman la fase final del proceso electoral, por ser el recurso idóneo para impugnar estos actos el contencioso electoral, al ser sumario, breve y eficaz, aportar elementos probatorios necesarios para la valoración del Juez y proporcionar las garantías de un debido proceso, que por demás puede ser aun más expedito si se considera que los lapsos procesales pueden ser reducidos hasta la mitad, como ha venido haciendo esta Sala en todos los casos que ha tramitado y decidido desde el mes de enero de 2000, en virtud de la urgencia del caso derivada de la necesidad de dilucidar la legitimidad del titular de un cargo de elección popular.

Así se declara”. (Subrayado esta Sala Constitucional). (Destacado añadido).

En consecuencia, estima el disidente que la demanda que encabeza estas actuaciones ha debido ser admitida y tramitada con la mayor celeridad, en forma cónsona con la trascendencia de la pretensión que fue sometida a consideración de este tribunal constitucional y en armonía con los criterios jurisprudenciales que éste había establecido y aplicado en forma pacífica con anterioridad y con el que expresó, específicamente respecto del evento referendario que recientemente fue convocado, en esta misma oportunidad.

TSJ-SPA (22)

30-1-2009

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Carmen Cristina Peraza de Molina y otros.

Ante la interposición de una demanda de amparo contra una actuación judicial, el tribunal constitucional debe proceder a la verificación de la existencia o no de un eficaz medio de defensa o de impugnación contra la decisión o acto procesal que se ataca, máxime si se atiende al deber tuitivo de los derechos y garantías fundamentales que la vigente Constitución impone a todos los jueces de la República en su loable misión de impartir justicia, de lo cual se concluye que el amparo constituye un instituto adicional para la defensa de tales derechos y garantías.

La representación judicial de la parte demandante delató, como fundamento de la pretensión de amparo, la violación a sus derechos al debido proceso, a la tutela judicial eficaz y al principio de la primacía del fondo sobre las formas que acogieron los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como también denunció la existencia de un desorden procesal para la fundamentación de la escogencia de la vía de amparo. En la oportunidad de la celebración de la audiencia pública, la representación de la tercera interviniente presentó escrito mediante el cual solicitó la declaratoria de inadmisión de esta demanda de amparo de conformidad con el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales por la falta de ejercicio del recurso de casación. En esa oportunidad, la Sala dictó auto para mejor proveer y solicitó del juzgado supuesto agravante la remisión de las copias certificadas de las actuaciones del expediente que se abrió con ocasión de la demanda por cumplimiento de contrato que ocasionó la decisión objeto de la solicitud de protección constitucional, luego de cuyo examen, se observa:

El artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales establece lo siguiente:

Artículo 6. No se admitirá la acción de amparo:

(...)

5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes. (...)

Ante la interposición de una demanda de amparo contra una actuación judicial, el tribunal constitucional debe proceder a la verificación de la existencia o no de un eficaz medio de defensa o de impugnación contra la decisión o acto procesal que se ataca, máxime si se atiende al deber tuitivo de los derechos y garantías fundamentales que la vigente Constitución impone a todos los jueces de la República en su loable misión de impartir justicia, de lo cual se concluye que el amparo constituye un instituto adicional para la defensa de tales derechos y garantías.

En el presente caso, los demandantes de la tutela constitucional tenían a su disposición el ejercicio del recurso de casación contra la decisión que emitió el Juzgado Superior Tercero Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, el 12 de diciembre de 2006, de acuerdo con el criterio jurisprudencial que emitió la Sala Constitucional en sentencia n.º 1573 de 12 de julio de 2005, (caso: *Carbonell Thielsen, C.A.*), en la cual se pronunció con respecto al necesario cumplimiento con los requisitos de admisibilidad del recurso de casación. Y con respecto a la determinación de la cuantía se estableció que, de acuerdo

con el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, “...el monto que se exigía para acceder a la sede casacional era en un principio el que excediera de doscientos cincuenta mil bolívares (Bs. 250.000,00); luego, a partir del 22 de abril de 1996, por Decreto Presidencial N° 1.029, cambió esa suma, aumentándola en la cantidad que excediera de cinco millones de bolívares (Bs. 5.000.000,00). Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela a partir del 20 de mayo de 2004, dicha cuantía quedó modificada, exigiéndose ahora que el interés principal del juicio exceda de tres mil unidades tributarias (3.000 U.T.)...”.

Asimismo, en sentencia n.° 1032 de 5 de mayo de 2003, (Caso: *Poliflex C.A.*), esta Sala señaló que es la cantidad que fuera exigida al momento de la interposición de la demanda, la que determina la suficiencia de la cuantía del juicio para la admisión o no del recurso de casación. Esto debe ser así “...pues es en ese momento en el cual el actor determina el derecho a la jurisdicción y la competencia por la cuantía y por ello considera cumplido el quantum requerido por el legislador para acceder en sede casacional, pues las partes no están en disposición de prever las modificaciones de la cuantía a que hubiere lugar durante la tramitación del proceso para acceder en casación”.

En el caso que se analiza, la parte que petitionó la tutela constitucional interpuso su demanda por cumplimiento de contrato, cuya cuantía fijó en la cantidad de doce millones de bolívares (Bs 12.000.000) antes del 30 de junio de 1998, que es la oportunidad en que el Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara dictó el auto de admisión. En consecuencia, las partes disponían del recurso de casación, ya que, para ese momento, la cuantía mínima requerida para la admisión de ese recurso extraordinario era la suma de cinco millones de bolívares (Bs. 5.000.000), según lo estableció el Decreto Presidencial n.° 1.029, que se publicó en *Gaceta Oficial* del 22 de enero de 1996, vigente desde el 22 de abril del mismo año, para los asuntos civiles y mercantiles.

No obstante lo anterior, esta Sala Constitucional dispuso la posibilidad de que el supuesto agraviado, en el escrito continente de su pretensión de tutela constitucional, justifique, mediante razones suficientes y valederas, la escogencia del amparo entre los medios ordinarios o extraordinarios de impugnación; tal justificación, constituye una carga procesal que el quejoso debe cumplir, pues de ello depende el éxito de su pretensión. Así lo determinó esta Sala, en sentencia n.° 939 del 9 de agosto de 2000, (caso: *Stefan Mar C.A.*).

Con respecto a dicha necesidad de justificación de su escogencia, esta Sala Constitucional se pronunció también en decisión n.° 369 de 24 de marzo de 2003 (caso: *Bruno Zulli Kravos*) en el siguiente sentido:

En criterio de esta Sala, dicha escogencia sólo se justificaría en circunstancias excepcionales como, por ejemplo, la falta de anuncio oportuno del recurso por desconocimiento de la existencia de la decisión que se hubiere dictado sin previa notificación de las partes para la continuación del juicio, en casos de paralización de la causa. En tal caso, sin que ello signifique que sea el único, encontraría el querellante la justificación necesaria que lo habilitaría para la interposición de una demanda de amparo.

De modo pues que, a juicio de esta Sala, si la decisión es susceptible de impugnación mediante el recurso extraordinario de casación, su falta de ejercicio configura, en principio, la causal de inadmisibilidad que establece el artículo 6, cardinal 5, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, salvo que el querellante ponga en evidencia razones suficientes y valederas que justifiquen realmente la

admisión del amparo respecto de una sentencia susceptible de que sea recurrida en casación.

La violación o amenaza de violación de derechos fundamentales, el urgente restablecimiento de la situación jurídica infringida, la eventual irreparabilidad del daño y la circunstancial inidoneidad e ineficacia de las vías, medios o recursos judiciales preexistentes (ordinarios o extraordinarios) en un caso concreto, son circunstancias determinantes de la admisibilidad y procedencia de una demanda de amparo.

Corresponde entonces al supuesto agraviado la puesta en evidencia, en el escrito continente de su demanda, de tales circunstancias, de lo cual dependerá, en gran medida, el éxito de su pretensión.

La escogencia, por parte del querellante, entre la demanda de amparo y las vías, medios o recursos judiciales preexistentes (ordinarios o extraordinarios) es la excepción, no la regla, y es posible sólo cuando las circunstancias a que se hizo referencia *supra* así lo ameriten, para lo cual, se insiste, es necesario que el agraviado las ponga en evidencia ante el Juez, quien, en definitiva, las ponderará en cada caso.

En el caso bajo análisis, el apoderado judicial del peticionario de tutela constitucional alegó, como fundamento de su escogencia, que el Juzgado Superior Tercero Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara “*dictó sentencia el 12 de diciembre de 2006, [que fue] notificada así: a la ciudadana CARMEN CRISTINA PERAZA DE MOLINA, el 19 de enero de 2007, mientras que al otro codemandado CARLOS MANUEL MOLINA MENDOZA, se le notificó por carteles, a pesar de tener domicilio procesal establecido en el propio libelo de demanda y la parte demandada-reconviniente, CONSTRUCTORA ANAMIR C.A. fue notificada el 26 de febrero de 2007...*”.

Con ocasión de este alegato, el cual fue calificado por la parte accionante como “*desorden procesal*”, en la oportunidad de la audiencia pública se dictó auto para mejor proveer, mediante el cual se requirieron, del Juzgado supuesto agravante, las copias certificadas de las actuaciones que habían surgido en el juicio en el cual se pronunció la actuación jurisdiccional contra la cual se dirige la presente demanda de amparo.

Así, en las copias certificadas que fueron remitidas a esta Sala se evidencia que, una vez que se publicó la sentencia del 12 de diciembre de 2006, el Juzgado Superior Tercero Civil Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara ordenó su notificación a las partes. En lo que respecta a la ciudadana Carmen Cristina Peraza, la misma se practicó, el 19 de enero de 2007, “*en la Torre David, piso 5, oficina de presupuesto, Departamento de Administración del S.E.N.I.A.T.*”, según la constancia que la alguacil de ese tribunal, ciudadana María José Rangel, expidió en esa misma oportunidad y acompañó con la boleta que fue firmada por “*LA NOTIFICADA*”.

En lo que respecta a la notificación del ciudadano Carlos Manuel Molina Mendoza, la alguacil dejó constancia de haberse trasladado al domicilio procesal de la abogada Nelly Cuenca de Ramírez, tal y como había sido señalado en su escrito de demanda, el cual fue consignado sin firmar “*...en virtud de que el día 23 de Enero de 2007, me trasladé a la carrera 18 entre calles 24 y 25 Edificio Fundacomún, piso 4 oficinas 4I y 4J, sede procesal de la abogada antes mencionada, según consta en el libelo de demanda, y no pud(o) localizarla por cuanto la misma no labora en dicha oficina.*”

El 13 de febrero de 2007, el tribunal que fue señalado como agravante ordenó que la notificación del ciudadano Carlos Manuel Molina Mendoza, se realizara mediante la publicación de un cartel en el diario “*El Impulso*”, de Barquisimeto.

El 16 de febrero de 2007, el Juzgado Superior Tercero Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara ordenó se agregara a los autos el ejemplar de la publicación del cartel de notificación que se hizo al ciudadano Carlos Manuel Molina Mendoza, que el ciudadano José Bavaresco Badell, con la asistencia del abogado Antonio Figueroa, consignó en el expediente. Ahora bien, ante la imposibilidad de la práctica de la notificación de la apoderada actora -a quien se dirigió la boleta- en la dirección que los demandantes habían señalado como su domicilio procesal, el Tribunal ordenó la publicación en la prensa de la misma, lo que no configura el desorden procesal que alegó la parte demandante de la tutela constitucional y por el contrario, evidencia que el juez de la causa cuidó el trámite para que la parte tuviera noticias del fallo que había sido pronunciado.

Por otra parte, tampoco configura desorden procesal el hecho de que a la co-demandante se le practicara su notificación en un lugar diferente del que ella señaló como su domicilio procesal, pues, en definitiva, lo importante es que ésta se lograra y ya el Alguacil, en la oportunidad de su traslado al domicilio procesal de su apoderada, había dejado constancia de que su apoderada, la abogada Nelly Cuenca de Ramírez “*no labora(ba) en dicha oficina*”, mención esta que no fue tachada de falsa, por lo que merece todo el valor probatorio que de ella se desprende. Se observa que la notificación de la co-demandante se practicó de manera personal, aún cuando en un lugar distinto del que había sido señalado como sede procesal de su apoderada, quien había sido buscada en la dirección que indicó en el escrito de demanda y no pudo ser encontrada en la misma. De ello es expresa demostración la firma que dicha ciudadana estampó en la boleta que le fue presentada, por lo que no puede alegarse la existencia de un motivo suficiente y valedero para que los solicitantes de este amparo optaran por el mismo, en lugar del ejercicio oportuno del recurso de casación del cual disponían.

En definitiva, la peticionaria de tutela constitucional tenía a su disposición un medio de impugnación capaz del logro del restablecimiento de su situación jurídica supuestamente lesionada, cuya falta de agotamiento, junto con la ausencia de razones valederas para la justificación de la escogencia del amparo, constituyen motivos más que suficientes para la desestimación de la pretensión de tutela constitucional por inadmisión.

En conclusión, toda la argumentación anterior permite el encuadramiento de la pretensión de tutela constitucional en la causal que preceptúa el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales por lo que se revoca el pronunciamiento de admisión que pronunció esta Sala el 8 de octubre de 2007, y, en consecuencia, se deja sin efecto la medida cautelar innominada que decretó esta Sala en esa oportunidad. Así se decide.

TSJ-SPA (8)

30-1-2009

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Giegerling de Lourdes Méndez Blanco

Son inadmisibles las pretensiones de amparo que se propongan contra pronunciamientos judiciales, sin que, previamente, se hubiesen agotado los medios ordinarios u extraordinarios de impugnación preexistentes, a menos que el peticionario alegue y pruebe causas o razones valederas que justifiquen la escogencia de dicho mecanismo de tutela a derechos constitucionales

En el caso bajo análisis se observa que la legitimada activa propuso pretensión de amparo contra el acto de juzgamiento que emitió el Tribunal Tercero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, el 03 de diciembre

de 2007, mediante el cual declaró su incompetencia para el conocimiento de la pretensión que, por estimación y cobro de honorarios profesionales, propuso la peticionaria contra Flor Amaya Correa.

La quejosa denunció, como fundamento de su pretensión de amparo, la violación a sus derechos a la tutela judicial eficaz, de acceso a la justicia, al juez natural y de petición que acogieron los artículos 26, 49.4 y 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto el Tribunal Tercero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas declaró su incompetencia para el conocimiento de la pretensión de estimación y cobro de honorarios profesionales, en razón de que se había producido sentencia definitiva en primera instancia en el proceso laboral donde estos, supuestamente, se habían causado, aun cuando su demanda la introdujo antes de la publicación del referido acto decisorio.

Por su parte, el Tribunal Noveno Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas declaró la inadmisión de la demanda de tutela constitucional con base en el cardinal 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por cuanto la peticionaria de amparo no agotó el medio de impugnación procesal que tenía disponible, este es, la regulación de competencia.

Ahora bien, en el caso *sub examine*, se desprende de los autos que la peticionaria de tutela constitucional propuso, el 19 de octubre de 2007, ante la Unidad de Recepción y Distribución del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, pretensión de estimación y cobro de honorarios profesionales contra Flor Amaya Correa, mediante escrito dirigido al juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución de ese Circuito Judicial; posteriormente, el 25 de ese mismo mes y año, solicitó la admisión de su pretensión. Luego, el 29 de octubre de 2007, el Juzgado Segundo de Primera Instancia de Juicio de ese Circuito Judicial dio por recibido el expediente y, posteriormente, declaró su incompetencia (05-11-07) y declinó la competencia en el Juzgado Tercero de Primera Instancia de Juicio, quien, el 03 de diciembre de 2007, se declaró, a su vez, incompetente y declinó la competencia en un Juzgado de Municipio del Área Metropolitana de Caracas (con fundamento en la sentencia de esta Sala Constitucional n.º 3325/05).

En primer lugar, observa la Sala que las sucesivas declaratorias de incompetencia por parte de dos tribunales parecen indicar que el segundo de ellos ha debido plantear, de oficio, la regulación de la competencia. Sin embargo, tal obligación no existía debido a que, en este caso, no está involucrado algún supuesto de competencia donde estuviese interesado el orden público (por la materia o por el territorio en los casos que indica el artículo 47 del C.P.C.), sino ante un supuesto de competencia *sui generis*, donde la situación que va a debatirse (estimación y cobro de honorarios), aún cuando es claramente Civil, puede resolverla un juzgado con competencia en materia laboral o en cualquiera otra, desde luego que bajo la regulación del Código de Procedimiento Civil y la Ley de Abogados, es decir que, en esos casos, como en el presente, no es aplicable el artículo 70 de la Ley Adjetiva Civil, el cual dispone:

Quando la sentencia declare la incompetencia del juez que previno, por razón de la materia o por el territorio o 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. (Resaltado añadido).

En conclusión, en virtud de que el juzgado supuesto agravante no tenía la obligación de solicitar la regulación del conflicto de competencia en los términos de la norma que se transcribió, era carga de la legitimada activa la interposición de un medio de impugnación para la

restitución de su situación jurídica subjetiva supuestamente lesionada por el último de los pronunciamientos judiciales.

En tal sentido, la Sala observa:

El artículo 69 del Código de Procedimiento Civil dispone:

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...

Por su parte, el artículo 71 *eiusdem* establece:

La solicitud de regulación de la competencia se propondrá ante el Juez que se haya pronunciado sobre la competencia, aún en los casos de los artículos 51 y 61, expresando las razones o fundamentos que se alegan...

Esta Sala Constitucional ha declarado la inadmisión de pretensiones de amparo que han sido propuestas contra actos de juzgamiento susceptibles de ser cuestionados mediante la regulación de competencia (*Vid.*, entre otras, ss. S.C. n.ºs 989/02, 2463/03 y 900/07), en los siguientes términos:

Ahora bien, los problemas de competencia de los órganos jurisdiccionales se concentran en la determinación del juez que ha de dirimir la controversia planteada, de acuerdo a la esfera de actividad delimitada por la ley. Para resolver estas situaciones el legislador dispuso reglas específicas en la Sección VI del Título I del Código de Procedimiento Civil referidas a la regulación de la competencia, las cuales establecen un procedimiento sencillo y expedito que permite resolver la incidencia planteada cuando el juez, de oficio, se declara incompetente para conocer de un determinado juicio.

En tal sentido, el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil establece que “*la incompetencia por la materia y por el territorio en los casos previstos en la última parte del artículo 47, se declarará aun de oficio, en cualquier estado e instancia del proceso...*”; por otra parte, establece el artículo 69 *eiusdem*, que la sentencia en la cual el juez se declara incompetente, quedará firme si no se solicita la regulación de competencia por las partes, dentro de los cinco (5) días siguientes a su pronunciamiento, mientras que los artículos 71 y siguientes establecen el procedimiento de la regulación de la competencia.

De acuerdo a lo señalado, es evidente que la ley adjetiva pone a disposición de los justiciables la utilización de un medio de impugnación especial en los casos de decisiones de órganos jurisdiccionales que declaren su incompetencia para conocer de las acciones intentadas, que consiste en diferir el conocimiento y resolución de la cuestión de competencia planteada ante un tribunal jerárquicamente superior a aquél que dictó la decisión impugnada.

Por eso, esta Sala juzga que el medio de impugnación legalmente establecido respecto de la declinatoria de competencia de un juzgado para conocer de un juicio, es la solicitud de regulación de la competencia prevista en los artículos 71 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Así se declara. (s.S.C. n.º 989 del 29-05-02. (Resaltado añadido).

En razón de lo anterior, se desprende que el juzgado *a quo* constitucional declaró acertadamente la inadmisión de la pretensión de amparo, por cuanto, efectivamente, la legitimada activa equivocó el medio de impugnación, cuando interpuso la apelación contra la decisión objeto de amparo, el cual no fue oído; así como, contra dicha negativa intentó recurso de hecho, que también fue desestimado por falta de fundamentación; lo cual equivale a la falta de agotamiento del medio de impugnación *ad hoc*, este es, la regulación de competencia, lo cual permite la subsunción de su pretensión en la causal de inadmisión que preceptúa el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En efecto, el artículo 6, cardinal 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales dispone textualmente lo siguiente:

Artículo 6. No se admitirá la acción de amparo:

(...)

5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes. En tal caso, al alegarse la violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales, el Juez deberá acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 y 26 de la presente Ley, a fin de ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado.

Con fundamento en la norma que fue transcrita esta Sala ha establecido, en reiteradas decisiones, las condiciones en las cuales opera la demanda de amparo, para lo cual ha indicado, reiteradamente, que son inadmisibles las pretensiones de amparo que se propongan contra pronunciamientos judiciales, sin que, previamente, se hubiesen agotado los medios ordinarios u extraordinarios de impugnación preexistentes, a menos que el peticionario alegue y pruebe causas o razones valederas que justifiquen la escogencia de dicho mecanismo de tutela a derechos constitucionales (*Vid.*, entre otras, ss. S.C. n.º 939/00; 1496/01; 2369/01 y 369/03).

Así, en ese sentido, esta Sala, en sentencia n.º 939/00 (caso: *Stefan Mar C.A.*), expresó:

En este contexto es menester indicar que la postura que sirve de fundamento al fallo apelado ha sido corregida progresivamente por esta Sala hasta el punto de considerar que la parte actora puede optar entre el ejercicio de la acción de amparo y la vía de impugnación ordinaria (*vid* sentencia de fecha 15 de febrero de 2000 entre otras); no obstante, para ello debe poner en evidencia las razones por las cuales decidió hacer uso de esta vía -amparo- ya que de lo contrario se estarían atribuyendo a este medio procesal los mismos propósitos que el recurso de apelación, lo cual no ha sido en ningún momento la intención del legislador. (Subrayado y negrillas añadidos).

En otra oportunidad, cuando extendió la necesidad de dicha justificación a los mecanismos de impugnación extraordinarios, expresó:

El recurso de casación es una petición extraordinaria de impugnación cuya formalización exige el cumplimiento de ciertos requisitos formales, tanto desde el punto de vista del abogado que lo redacta (*ex* artículo 324 del Código de Procedimiento Civil) como de la técnica necesaria para el examen de las denuncias que en el se hacen, lo que lo diferencia, entre otras razones, del amparo.

Sin embargo, a juicio de esta Sala, tales argumentos no son suficientes como para que pueda prescindirse de su necesario agotamiento como medio judicial preexistente que ofrece el ordenamiento jurídico, (artículo 6, cardinal 5, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales), máxime si se toma en cuenta que su simple interposición suspende los efectos de la sentencia e impide su ejecución, lo que garantiza que la decisión, aun lesiva de derechos constitucionales, sea incapaz de alterar la esfera jurídica del supuesto agraviado; lo cual, aunado a la posibilidad de la obtención de protección de derechos y garantías constitucionales a través de la sentencia de casación, determina la idoneidad y eficacia del recurso de casación para el restablecimiento de la situación jurídica que se denunciare infringida. (*Vid.*, en el mismo sentido, respecto de las sentencias sometidas a apelación en ambos efectos, s.S.C. n.º 848 de 28-07-00, caso *Baca*).

En criterio de esta Sala, dicha escogencia sólo se justificaría en circunstancias excepcionales como, por ejemplo, la falta de anuncio oportuno del recurso por desconocimiento de la existencia de la decisión que se hubiere dictado sin previa notificación de las partes para la continuación del juicio, en casos de paralización de la causa. En tal caso, sin que ello signifique

que sea el único, encontraría el querellante la justificación necesaria que lo habilitaría para la interposición de una demanda de amparo.

De modo pues que, a juicio de esta Sala, si la decisión es susceptible de impugnación mediante el recurso extraordinario de casación, su falta de ejercicio configura, en principio, la causal de inadmisibilidad que establece el artículo 6, cardinal 5, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, salvo que el querellante ponga en evidencia razones suficientes y valederas que justifiquen realmente la admisión del amparo respecto de una sentencia susceptible de que sea recurrida en casación.

La violación o amenaza de violación de derechos fundamentales, el urgente restablecimiento de la situación jurídica infringida, la eventual irreparabilidad del daño y la circunstancial idoneidad e ineficacia de las vías, medios o recursos judiciales preexistentes (ordinarios o extraordinarios) en un caso concreto, son circunstancias determinantes de la admisibilidad y procedencia de una demanda de amparo.

Corresponde entonces al supuesto agraviado la puesta en evidencia, en el escrito continente de su demanda, de tales circunstancias, de lo cual dependerá, en gran medida, el éxito de su pretensión.

La escogencia, por parte del querellante, entre la demanda de amparo y las vías, medios o recursos judiciales preexistentes (ordinarios o extraordinarios) es la excepción, no la regla, y es posible sólo cuando las circunstancias a que se hizo referencia *supra* así lo ameriten, para lo cual, se insiste, es necesario que el agraviado las ponga en evidencia ante el Juez, quien, en definitiva, las ponderará en cada caso (s.S.C. n.º 369/03, del 24-03. Resaltado añadido).

En el caso bajo análisis, se observa que la supuesta agraviada, en su demanda de amparo, no justificó la escogencia del amparo como medio idóneo para el restablecimiento de la situación jurídica que le habría sido lesionada; por el contrario, como se expresó, equivocó el medio adecuado de impugnación.

En conclusión, toda la argumentación anterior permite la ubicación de la demanda de tutela constitucional que encabeza estas actuaciones en la causal de inadmisión que preceptúa el cardinal 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y, por ende, la confirmación de la sentencia objeto de apelación. Y así se decide.

C. Medidas Cautelares

a. Poder Cautelar del Juez

TSJ-SC (18)

30-1-2009

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Ysa Chópita García vs. Decisión Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito y Protección del Niño y del Adolescente del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre.

Lo importante de la medida que se solicita con el amparo, es la protección constitucional que se pretenda y, al igual que en los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la protección constitucional se concreta suspendiendo efectos lesivos o amenazantes, y es éste el tipo básico de medidas que puede pedir el accionante, y cuyo decreto queda a criterio del juez de amparo si lo estima o considera procedente para la protección constitucional sobre la cual gravita la inmediatez del daño.

La parte actora solicitó, en su petitorio, el decreto de medida cautelar innominada de suspensión de los efectos del veredicto que emitió, el 29 de julio de dos mil ocho (2008), el Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito y Protección del Niño y del Adolescente del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, en expediente n.º 08-4559.

Respecto del poder cautelar del Juez en el procedimiento de amparo constitucional, la Sala ha considerado lo siguiente:

Lo importante de la medida que se solicita con el amparo, es la protección constitucional que se pretenda y, al igual que en los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la protección constitucional se concreta suspendiendo efectos lesivos o amenazantes, y es éste el tipo básico de medidas que puede pedir el accionante, y cuyo decreto queda a criterio del juez de amparo si lo estima o considera procedente para la protección constitucional sobre la cual gravita la inmediatez del daño. Es más, no permitiendo la estructura del proceso de amparo una específica oposición a la medida que se pide con la solicitud de amparo, el juez debe analizar muy bien los efectos que puede causar la medida que decreta, teniendo en cuenta la actuación de los afectados y el carácter reversible de lo que decreta, en el sentido de que si el accionante no tuviese razón, la medida no perjudica al accionado. Esto sin perjuicio de la responsabilidad proveniente del error judicial. (s.S.C. n.º 156 de 24 de marzo de 2000).

Ante la solicitud de medidas provisionales de carácter preventivo o cautelar, el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil exige al juez que compruebe la existencia de dos extremos fundamentales y concurrentes: a) que exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*); y, b) que se acompañe un medio de prueba que constituya una presunción grave del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*). Estos requisitos deben cumplirse, no sólo cuando se trata de las medidas típicas de embargo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar, sino respecto de las que autoriza el Parágrafo Primero del artículo 588 *eiusdem*, las medidas innominadas, cuando hubiere fundado temor de que una parte pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.

b. *Juez declarado incompetente*

TSJ-SC (64)

0-2-2009

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Roxana Orihuela Gonzatti vs. Rector Universidad Central de Venezuela.

La Sala dicta medida cautelar hasta tanto los órganos jurisdiccionales competentes resuelvan con carácter definitivo la acción de amparo constitucional.

...No obstante la declaratoria que antecede, y aun cuando correspondería al Juzgado Superior con competencia en materia contencioso administrativa de la Región Capital pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, esta Sala, con base al criterio sostenido en sentencia n.º 2.723 del 18 de diciembre de 2001, caso: "*Tim International B.V.*" y reiterado en sentencia n.º 1.679 del 19 de agosto de 2004, caso: "*Carmen Luisa Belloso de Pérez*", según la cual esta Sala, en virtud de la facultad que le otorga al juez el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil puede "(...) *decretar medidas preventivas a pesar de declararse incompetente, salvo decidir el fondo (...)*" y luego de un análisis de las alegaciones y las pruebas aportadas por la accionante, observa que en el presente caso se justifica el ejercicio de sus poderes cautelares en el presente juicio de amparo constitucional, pues la naturaleza de las denuncias expuestas por la accionante comprometen la transparencia de un procedimiento dirigido a proveer un cargo para acceder a la categoría de miembro ordinario del personal

docente y de investigación, en perjuicio de una docente que cuenta con dieciséis (16) años de ejercicio ininterrumpido en la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, en condición de contratada y sin antecedentes disciplinarios que, además, despoja de los beneficios inherentes a la seguridad social, reconocidos por el Acta Convenio suscrito entre la Universidad Central de Venezuela y la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela (APUCV) vigente a sus dos padres, como ciudadanos de la tercera edad y a su menor hijo, lo que incide perniciosamente en la preservación de su derecho a la salud, en los términos plasmados por el Constituyente en el artículo 86 de la Carta Magna.

Tales circunstancias, ameritan, en criterio de la Sala el otorgamiento de la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, suspende los efectos jurídicos del veredicto dictado en el concurso de oposición celebrado el 15 de octubre de 2008 en la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, para la provisión de un cargo a tiempo convencional en la Cátedra de Derecho Internacional Público y se ordena a la parte señalada como agravante, esto es a la ciudadana Rectora de la Universidad Central de Venezuela, darle continuación al contrato de trabajo docente suscrito entre dicha Casa de Estudios y la ciudadana Roxana Orihuela Gonzatti. Como consecuencia de dicho mandato, la accionante seguirá prestando sus servicios de docencia e investigación en la cátedra de Derecho Internacional Público, Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y, en virtud de ello, gozará de todos los beneficios socioeconómicos inherentes a su condición de docente hasta tanto los órganos jurisdiccionales competentes resuelvan con carácter definitivo la presente acción de amparo constitucional.

Asimismo, advierte la Sala a la accionante que deberá cumplir estrictamente con aquellos deberes que le impone el contrato de trabajo y la Ley de Universidades vigente durante la tramitación del presente juicio de amparo constitucional, con el propósito de no interrumpir o desmejorar la formación académica de aquellos estudiantes universitarios cuyo derecho a la educación, en tanto derecho humano reconocido por el artículo 102 constitucional, subyace en la presente controversia. Así se decide.

Finalmente, esta Sala considera menester advertir al órgano jurisdiccional que se ha declarado como competente que como quiera que es legítimo el ejercicio de la presente acción de amparo constitucional para las violaciones alegadas, debe evaluar la idoneidad de los demás medios procesales disponibles por la accionante, considerando también que se han realizado actos que impiden la caducidad para acudir a aquellas vías, y en tal sentido, el tiempo transcurrido deberá ser tomado en cuenta a los efectos de determinar el vencimiento de los plazos respectivos para ejercer los recursos correspondientes (*Vid.* Sentencia de esta Sala n.º 73 del 4 de febrero de 2003, caso: “*Alfredo José Rojas Hernández*”).

4. *Acción de Hábeas Data*

TSJ-SC (224)

16-03-2009

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Randy José Quintero Reyes vs. Centro de Información Policial del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

La Sala reitera su jurisprudencia en materia de habeas data.

Vista la declinatoria de competencia efectuada por el Juzgado Trigésimo Primero de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, esta Sala pasa a pronunciarse acerca de su competencia para conocer del presente asunto.

Se ha sostenido reiteradamente que compete a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el conocimiento de las acciones autónomas cuyo objeto sea la protección de los derechos que se expresan en el artículo 28 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mientras la norma constitucional que le sirve de fundamento, carezca de desarrollo legislativo, tal como se estableció en sentencia N° 1.050, del 23 de agosto de 2000 (caso: “*Ruth Capriles Méndez y otros*”), en los términos que se expresan a continuación:

“...esta Sala debe previamente dilucidar si es competente para conocer de la presente acción (...) De tratarse de un amparo constitucional, esta Sala será competente, como también lo sería si lo incoado es una acción prevista en la Carta Fundamental para que los derechos constitucionales se apliquen de inmediato, y así se declara (...) El artículo 28 de la vigente Constitución establece el derecho de las personas a conocer la información que sobre ellas, hayan sido compiladas por otras. Dicha norma reproduce un derecho reconocido en varios países como Suecia, Noruega, Francia y Austria, entre otros. Tanto el Estado, como los particulares, mediante diversas formas de compilación de datos: manuales, computarizados, etc., registran y almacenan datos e informaciones sobre las personas o sobre sus bienes, y en vista que tal recopilación puede afectar la vida privada, la intimidad, el honor, la reputación, la vida económica y otros valores constitucionales de las personas naturales o jurídicas, la Constitución, para controlar tales registros, otorga varios derechos a la ciudadanía que aparecen recogidos en el artículo 28 citado. Estos derechos son: 1) El derecho de conocer sobre la existencia de tales registros. 2) El derecho de acceso individual a la información, la cual puede ser nominativa, o donde la persona queda vinculada a comunidades o a grupos de personas. 3) El derecho de respuesta, lo que permite al individuo controlar la existencia y exactitud de la información recolectada sobre él. 4) El derecho de conocer el uso y finalidad que hace de la información recolectada sobre él. 5) El derecho de actualización, a fin que se corrija lo que resulta inexacto o se transformó por el transcurso del tiempo. 6) El derecho a la rectificación del dato falso o incompleto. 7) El derecho de destrucción de los datos erróneos o que afectan ilegítimamente los derechos de las personas. Se trata de derechos que giran alrededor de los datos recopilados sobre las personas o sobre sus bienes, por lo que se requiere un interés, personal, legítimo y directo en quien ejerza estos derechos, ya que es la información sobre su persona y bienes el que lo origina. Basta leer el artículo 28 de la vigente Constitución, para que todos estos derechos puedan identificarse. Dicha norma reza (...) Como se evidencia de la lectura de la norma, quien quiere hacer valer estos derechos (que conforman el *habeas data*), lo hace porque se trata de datos que le son personales, y ello mediante una acción que aun no ha desarrollado la ley, lo que a juicio de esta Sala no impide -que mientras la ley la establezca- se incoe mediante el recurso de amparo constitucional, si es que la infracción de los derechos que otorga el artículo 28 citado, lesionan la situación jurídica de las personas. Quien no alega que el *habeas data* se solicita para obtener información sobre sus datos registrados, carece de interés legítimo en tal acción, ya que no hace uso del derecho que otorga dicha norma, con los otros derechos que nacen de la misma, los cuales giran alrededor de las informaciones personales”.

En este orden de ideas, en sentencia N° 332, del 14 de marzo de 2001 (caso: “*INSA-CA*”), esta Sala ratificó su competencia para conocer de las acciones de *habeas data*, declarando expresamente el carácter vinculante de dicha interpretación, al disponer lo siguiente:

“Ha sido criterio de esta Sala, sostenido en fallos de 20 de enero y 1° de febrero de 2000, que las normas constitucionales tienen vigencia plena y aplicación directa, y que cuando las leyes no han desarrollado su ejercicio y se requiere acudir a los tribunales de justicia, debido a la aplicación directa de dichas normas, es la jurisdicción constitucional, representada por esta Sala Constitucional, la que conocerá de las controversias que surjan con motivo de las normas constitucionales aun no desarrolladas legislativamente, hasta que las leyes que regulan la jurisdicción constitucional, decidan lo contrario. Con esta doctrina la Sala evita la dispersión que ocurre en otros países, donde la acción de *habeas data* que se incoa autónomamente, ha sido conocida por Tribunales Civiles, o de otra naturaleza, tomando en cuenta la afinidad de la materia que conoce el tribunal con la que se pretende ventilar con el *habeas data*. Existiendo en el país una Sala Constitucional, específica para conocer lo relativo a las infracciones de

la Carta Fundamental, no parece lógico, ante el silencio de la ley, atribuir el conocimiento de estas causas a tribunales distintos. Tal interpretación es vinculante a partir de esta fecha y así se declara. Ahora bien, en cuanto a los amparos por infracción del artículo 28 constitucional, se aplican las disposiciones y competencias ordinarias en la materia”.

Ahora bien, a los efectos de determinar la competencia para conocer del presente asunto, corresponde determinar cuál es la naturaleza jurídica de la solicitud *sub-examine*. Al respecto, del análisis del escrito presentado, se evidencia que el mismo efectivamente contiene una acción de *habeas data*, toda vez que, la pretensión fundamental del mismo consiste en “dejar sin efectos las solicitudes policiales”, contenidos en el Sistema de Información Policial del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, a fin de “evitar detenciones arbitrarias y el impedimento del libre tránsito”, específicamente, una información referida a procesos penales a los cuales se le vincula, la cual, a su decir, es lesiva a sus derechos constitucionales, por lo que de conformidad con los reiterados criterios asentados en las precitadas sentencias, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia resulta competente para conocer de la misma. Así se declara.

Ahora bien, luego de afirmada su competencia para conocer del presente asunto, la Sala pasa a pronunciarse sobre la acción de *habeas data* incoada por el accionante, con fundamento en las consideraciones que se explanan a continuación:

En primer lugar, la Sala reitera la doctrina sostenida en la decisión n° 1771, del 23 de agosto de 2004 (Caso: “*Inocencia Mantilla Silva*”), referida a la naturaleza de la información contenida en los registros policiales, en el cual se estableció lo siguiente:

“...los archivos oficiales cumplen una finalidad relacionada con la actividad funcional del órgano y ellos contienen los documentos a los cuales refiere dicha actividad, por tanto, lo ajeno a ella, no debe formar parte del archivo o registro. Siendo ello así, no cabe duda que los archivos de los órganos de policía contienen datos e informaciones relacionadas con la actividad que les es propia, bien la de prevención, represión o investigación de delitos. La prevención, represión o comprobación de la existencia de un hecho punible constituyen actividades donde al mismo tiempo, se constituyen en acopio de información y receptáculos de datos múltiples y complejos, por tanto es evidente que llega un momento en que para desarrollar las señaladas actividades, las policías registran una serie de datos personales no sólo del detenido, sino también del denunciante, del ofendido y de los testigos del hecho. Esta reunión de datos o registros bajo una finalidad específica, no debería traspasar los muros para dentro de los cuales fue generada. En consecuencia, resulta fácil visualizar, que el derecho consagrado en el artículo 28 constitucional, está íntimamente ligado al uso y fin que el órgano hace de la información guardada. Si la finalidad o el uso viola otros derechos constitucionales o legales, tales registros se convierten en ilegales (total o parcialmente) y deben ser destruidos o limitados. Sin embargo, la destrucción, la actualización o la rectificación de los datos implica que el accionante pruebe la existencia de la información y, según sea su pedimento, prueba además, que la misma no es actualizada, o que es errónea o adquirida ilegítimamente o la falsedad del asiento en el registro que solicita se destruya”.

Asimismo, la Sala reitera la doctrina plasmada en el fallo n.° 1259, del 26 de junio de 2006 (Caso: “*Wilson Hernández Duarte*”), en el cual se estableció lo siguiente:

“La prueba de la existencia de la información, esto es, el conocimiento del contenido del registro, a fin de hacer valer el derecho de destrucción, supone un acceso previo a lo registrado, a lo cual también el accionante tiene derecho, incluso extrajudicialmente o potencialmente por la vía administrativa, según el caso. Ha establecido la Sala que ‘...la presentación por parte del accionante del dictamen expedido por el Cuerpo Investigativo Policial que resulta de la solicitud del procedimiento de exclusión de datos –en caso de que éste no satisfaga enteramente la solicitud del requirente- cumple cabalmente con el requisito de admisibilidad de presentación de documento fundamental, dispuesto en el párrafo quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Sin embargo, en atención al principio de li-

bertad de prueba, lo anterior no constituye perjuicio alguno para que el accionante pueda presentar sustitutamente cualquier otro documento que sirva como medio probatorio de la existencia indiscutible de los registros policiales; tales como, las copias certificadas del expediente del caso principal donde conste la existencia de los registros policiales o alguna acta expedida por el Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, que igualmente refleje la permanencia de los datos falsos o erróneos. Así se decide'. (Exp. N° 05-1964, caso: *Pedro Reinaldo Carbone Martínez*). Ahora bien, consta en el oficio 3338 del 10 de mayo de 2006, emanado del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, que el ciudadano WILSON HERNÁNDEZ DUARTE aparece registrado en la División de Información Policial del referido organismo, en virtud de encontrarse 'SOLICITADO según telegrama 747 de fecha 19-07-91, San Juan de los Morros, requerido por el Juzgado Quinto en lo Penal según oficio 3264, boleta n.º 80 del 04-07-91, delito Hurto (*sic*)'. Siendo ello así, es indudable que al hoy accionante le asisten los derechos consagrados en el artículo 28 Constitucional, que son: 1) de conocer sobre la existencia de los registros, 2) de acceso individual a la información, 3) de respuesta, lo que permite controlar la existencia y exactitud de la información recolectada sobre él, 4) de conocer el uso y finalidad que hace de la información quien la registra, 5) de actualización, a fin que se corrija lo que resulta inexacto o se transformó por el transcurso del tiempo, 6) de rectificación del dato falso o incompleto y 7) de destrucción de los datos erróneos o que afectan ilegítimamente sus derechos individuales. Sin embargo, consta igualmente en la comunicación referida que 'la Asesoría Jurídica Nacional del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, consciente de la problemática que aqueja a los ciudadanos que aparecen registrados en nuestro sistema policial, ha implementado desde hace ya algún tiempo, un procedimiento interno que le permite a éstos solicitar a la administración su exclusión del sistema computarizado consistente en lo siguiente: PROCEDIMIENTO DE EXCLUSIÓN POR OFICIO: El Tribunal que conoce de la causa dirige comunicación en la cual solicita le sea dejado si efecto el registro policial que presenta la persona (...). PROCEDIMIENTO DE EXCLUSIÓN A SOLICITUD DE PARTE INTERESADA: El interesado solicita al tribunal que conoció de la causa, copia certificada de la decisión definitivamente firme del caso que se le imputa, la consigna ante esta Asesoría Jurídica conjuntamente con (...) y un escrito mediante el cual solicita su exclusión del Sistema Integrado de Información Policial, se realiza un estudio previo el cual que[da] plasmado en un dictamen (...) y de ser procedente se ordena a la División de Análisis y Control de Información Policial se proceda a la exclusión del sistema. PROCEDIMIENTO DE EXCLUSIÓN POR PRESCRIPCIÓN: En aquellos casos en que al interesado se le hace imposible la obtención de la copia certificada (...) bien sea por el tiempo transcurrido y el cambio de sistema, o en casos excepcionales como el ocurrido en el Estado Vargas (...) o en aquellos casos en que la causa se encuentra en estado original en la dependencia en la cual se inició, pero ha transcurrido tiempo suficiente que se hace evidente la prescripción de la acción penal, igualmente éste debe presentar un escrito motivado solicitando su exclusión del sistema (...) donde previo estudio de cada caso en particular, dependiendo del tipo de delito y la pena aplicable, se procede a dicha exclusión (*sic*)'. (Resaltado de este fallo). **El señalado procedimiento interno, implementado por la Asesoría Jurídica Nacional del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, a fin de que cualquier ciudadano que aparezca registrado en los archivos que lleva dicho órgano de investigación policial, pueda solicitar su exclusión del sistema computarizado, en principio, hace improbable por la vía judicial el ejercicio de los derechos constitucionales que conforman el tantas veces señalado artículo 28, toda vez que es este trámite, petición-respuesta, o la solicitud no contestada, el paso previo para dicho ejercicio. En casos como el de autos, esto es, los referidos a la exclusión de los registros policiales, la fase extrajudicial debe agotarse, debido a que las acciones a incoarse dependerán en parte de lo que en ella suceda (...)** Conforme lo precedente expuesto, estima esta Sala que la acción de habeas data incoada resulta inadmisibles conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por no haber acompañado el ciudadano WILSON HERNÁNDEZ DUARTE, el documento fundamental de su demanda, como lo sería el dictamen de la Asesoría Jurídica Nacional del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, respecto a su solicitud de exclusión del registro que ese organismo tiene sobre su persona.

Así se declara” (Resaltado del presente fallo) (*Vid.* sentencia N° 1281 del 26 de junio de 2006, caso: *Pedro “Reinaldo Carbone Martínez”*).

Así pues, tal como se desprende de las sentencias precitadas, por una parte, existe un procedimiento interno en el Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, para que las personas interesadas soliciten su exclusión del sistema computarizado que lleva esa institución y, por otra, en todo caso es necesario que esas personas agoten la fase extrajudicial destinada a tal fin (exclusión del señalado sistema), debido a que las acciones a incoarse dependerán en parte de lo que en ella suceda.

En tal sentido, la Sala ha señalado que *“la presentación por parte del accionante del dictamen expedido por el Cuerpo Investigativo Policial que resulta de la solicitud del procedimiento de exclusión de datos, en caso de que éste no satisfaga enteramente la solicitud del requirente, se entenderá que cumple cabalmente con el requisito de admisibilidad de presentación de documento fundamental, dispuesto en el párrafo quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia para la presentación el habeas data”* (sentencia N° 1281, del 26 de junio de 2006), *“lo que no constituye perjuicio alguno para que el accionante pueda presentar sustitutivamente cualquier otro documento que sirva como medio probatorio de la existencia indiscutible de los registros policiales”* (sentencia n.° 2371 del 15 de diciembre de 2006).

Ahora bien, en el presente asunto, el accionante no demostró haber agotado la fase extrajudicial que tiene a su disposición para requerir la exclusión de los registros policiales presuntamente contenidos en el Sistema de Información Policial del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, pues no acompañó su solicitud de *habeas data* con el documento indispensable de la misma, como bien pudo ser el dictamen de la Asesoría Jurídica Nacional del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, respecto a la interposición de una solicitud de exclusión del registro que ese organismo tiene sobre la persona del ciudadano Randy José Quintero Reyes, lo cual, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, determina la inadmisibilidad de la presente solicitud de *habeas data*. Así se decide.

VIII. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. Régimen Legal Estatutario: Exclusión para el personal contratado

TSJ-SPA (11)

14-1-2009

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: María Encarnación Carvajal Ochoa vs. Asamblea Nacional.

El personal contratado del Estado no se encuentra amparado por el régimen estatutario aplicable a los funcionarios públicos, consagrado en la Ley del Estatuto de la Función Pública, sino que está sometido a las disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo.

Conforme quedó expuesto, en el presente caso, la representación judicial de la ciudadana **MARÍA ENCARNACIÓN CARVAJAL OCHOA**, solicitó *“la nulidad del acto administrativo contenido en la comunicación signado con las letras y números DAL-N°060112-050, de fecha 5 de enero de 2006, emanado de la Presidencia de la ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA”*, a través del cual se le notificó que mediante punto de cuenta n.° DAL 0001 de esa misma fecha, el Presidente de la Asamblea Nacional, aprobó su remoción y retiro del cargo de *“Asistente Parlamentario”*.

Así, de la revisión del expediente específicamente del folio 14 al 17, se desprende que en fecha 5 de enero de 2001 el ciudadano Willian Lara, actuando como Presidente de la Asamblea Nacional, suscribió con la ciudadana María Encarnación Carvajal un contrato de servicios profesionales.

En tal sentido, el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece:

“Artículo 146. Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratadas, los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la ley.

(omissis)”.

Asimismo, la Ley del Estatuto de la Función Pública, publicada en la *Gaceta Oficial* n.º 37.482 del 11 de julio de 2002, reimpresa el 6 de septiembre de 2002, publicada en la *Gaceta Oficial* n.º 37.522, consagra en los artículos 38 y 39 lo siguiente:

“Artículo 38. El régimen aplicable al personal contratado será aquél previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral.”.

“Artículo 39. En ningún caso el contrato podrá constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública”. (Resaltado de la Sala).

Del análisis de las normas transcritas, se desprende que el personal contratado del Estado no se encuentra amparado por el régimen estatutario aplicable a los funcionarios públicos, consagrado en la Ley del Estatuto de la Función Pública, sino que está sometido a las disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo.

Aunado a lo antes expuesto, de la revisión del contrato de trabajo suscrito entre las partes, se constata, específicamente de la cláusula décima segunda, lo siguiente:

“**DÉCIMA SEGUNDA:** *Queda expresamente convenido entre las partes que LA CONTRATADA desarrolla a favor de EL CONTRATANTE una actividad profesional que se regirá por lo establecido en el presente contrato y supletoriamente por las disposiciones contempladas en la Ley Orgánica del Trabajo. En ningún caso, LA CONTRATADA podrá ser reputada como personal de carrera legislativa, según lo dispuesto en los artículos 146 de la Constitución y 84 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea nacional*”.

Conforme a lo antes expuesto, en el presente caso, la relación que dio origen a la reclamación, se inició y culminó bajo las estipulaciones de un contrato de trabajo, supuesto que de conformidad con las normas antes transcritas, se encuentra excluido de la aplicación del régimen de los funcionarios de carrera y dado que se evidencia del escrito libelar que la accionante lo que pretende es el pago “de la remuneración que tenía asignada (...), mientras sea tramitada por la Asamblea Nacional, [su] inclusión en el Seguro Social y se precise una asignación por pensión especial, en razón de su enfermedad y de la edad (...)”, esta Sala, conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, declara como tribunal competente para conocer del asunto, a los Juzgados de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas. Así se decide.

Con vista en los razonamientos previamente señalados, debe esta Sala declinar la competencia para conocer el “recurso de nulidad” interpuesto por la representación judicial de la ciudadana María Encarnación Carvajal Ochoa. En consecuencia, se ordena remitir el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (URDD) de los Juzgados de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo

del Área Metropolitana de Caracas, a los fines de que el tribunal que resulte competente se pronuncie al respecto, con base en lo establecido en el artículo 124 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se declara.

2. *Régimen de los Funcionarios Municipales*

A. *Personal de la Sindicatura Municipal*

a. *Nombramiento*

TSJ-SPA (0079)

22-1-2009

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Hilda Marisela Vera, Yasmín Betancourt, José Esteban Villamizar Rodríguez y otros. (Interpretación de los artículos 30 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, 95 ordinales 12 y 15 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y numeral 6 del artículo 266 de la Constitución).

Si bien la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no establece ahora expresamente a quien corresponde lo relativo al ingreso, nombramiento, remoción, destitución y egreso del personal de la Sindicatura, es al Alcalde o Alcaldesa a quien se atribuye la designación del personal adscrito a las oficinas de la Sindicatura, en razón de que dicho funcionario es quien ejerce la máxima autoridad en materia de administración de personal, conforme lo establece el numeral 7 del artículo 88 *eiusdem*.

Indica la parte actora, que el motivo central de la solicitud de interpretación radica en la necesidad de esclarecer el contenido y alcance “...del Capítulo VI, Sección Segunda: De la Sindicatura, De los **artículos 115 al 121 LEY ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL** en cuanto al vacío que presenta, en relación con el **Artículo 76 numeral 15 de la antigua LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN MUNICIPAL**, en lo atinente al nombramiento del personal que labora en esa Sindicatura, así como el **Artículo 88 ordinal 7° y 95 ordinales 12° y 15° de la LEY ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL...**”.

En tal sentido argumenta que en ninguno de los referidos artículos de la vigente Ley Orgánica del Poder Público Municipal (publicada en la *Gaceta Oficial* n.º 38.421 del 21 de abril de 2006) se menciona si corresponde al Ejecutivo o al Legislativo de la entidad local el nombramiento del personal de la Sindicatura Municipal, como sí lo establecía expresamente el artículo 76 numeral 15 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal confiriendo al Concejo Municipal dicha atribución.

Como consecuencia del vacío legal indicado anteriormente, plantea una serie de dudas que en su opinión, deben ser aclaradas por este Máximo Tribunal relativas a la estructura funcional de la mencionada Sindicatura. Asimismo, esclarecer cuál es el sentido, propósito, alcance y vigencia de los conceptos estabilidad laboral en el sector público, “...en base a los principios constitucionales de intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales...”.

Ahora bien, con el objeto de dilucidar las dudas planteadas por los solicitantes, se observa que la mencionada Ley Orgánica del Poder Público Municipal en su Sección Segunda dispone lo relativo a la Sindicatura, precisando específicamente en los artículos 116 y 117 lo siguiente.

“...Artículo 116. El síndico procurador o síndica procuradora será designado o designada por el alcalde o la alcaldesa, previa autorización del Concejo Municipal, en la sesión ordinaria siguiente a la de instalación de éste último órgano o dentro de la sesión más inmediata posible. Cuando el Concejo Municipal no apruebe tal designación, deberá hacerlo mediante acto explícito y motivado.

Artículo 117. Cuando el Concejo Municipal no apruebe la designación hecha por el alcalde o alcaldesa, éste o ésta deberá proponer una terna acompañada de los soportes académicos y de cualquier otro orden que sustenten sus postulaciones y el Concejo Municipal deberá pronunciarse dentro de los quince días continuos siguientes a favor de una de las postulaciones presentadas; en defecto de lo cual, el alcalde o alcaldesa podrá designar a quien estime más apropiado dentro de la terna de postulados...”.

De los artículos transcritos se evidencia que la vigente Ley Orgánica del Poder Público Municipal, cambió el ámbito competencial relativo a la designación del Síndico Procurador o Síndica Procuradora Municipal, adjudicando dicha atribución al Alcalde o Alcaldesa previa autorización del Concejo Municipal (artículo 116), cómo órgano que ejerce el control político de la entidad local. No obstante, de conformidad con el artículo 117 *eiusdem* cuando el Concejo Municipal no apruebe dicha designación deberá proponer una terna acompañada de los soportes académicos y de cualquier otro orden que sustenten sus postulaciones, debiendo proceder entonces el mencionado órgano deliberante a pronunciarse en favor de una de las postulaciones presentadas, dentro de los quince días continuos siguientes, “...en defecto de lo cual, el alcalde o alcaldesa podrá designar a quien estime más apropiado dentro de la terna de postulados...”. Así, de conformidad con las disposiciones mencionadas, corresponde al Ejecutivo municipal la designación del Síndico, cuyas funciones son conexas a la administración del Municipio.

En virtud de lo anterior, la duda planteada se circunscribe a determinar a quién corresponde (Ejecutivo o Legislativo municipal) el nombramiento del personal de la Sindicatura Municipal, en razón del *vacío legislativo* existente luego de la lectura concatenada del citado Capítulo VI, Sección Segunda. *De la Sindicatura*, con los artículos 88 ordinal 7 y el artículo 95 ordinales 12 y 15, relativos a las obligaciones y atribuciones que ejercen el Alcalde o la Alcaldesa y el Concejo Municipal.

La duda planteada, a decir de los solicitantes, surge en virtud de la declaratoria expresa contenida anteriormente en el numeral 15 del artículo 76 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, en el cual se precisaba que correspondía al Concejo Municipal además del nombramiento del personal de las oficinas de dicho órgano deliberante, el del personal de las Secretaría y el de la Sindicatura.

A los efectos de analizar este planteamiento, considera la Sala necesario transcribir el contenido de los referidos artículos de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

“...Artículo 88. El alcalde o alcaldesa tendrá las siguientes atribuciones y obligaciones:

...Omissis...

7. Ejercer la máxima autoridad en materia de administración de personal y, en tal carácter, ingresar, nombrar, remover destituir y egresar, conforme a los procedimientos administrativos establecidos en la ordenanza que rige la materia, con excepción del personal asignado al Concejo Municipal(...)”. (Negrillas de esta sentencia).

A su vez, el artículo 95 relativo a los deberes y atribuciones del Concejo Municipal consagra lo siguiente:

“ (...)12.Ejercer la autoridad en materia del sistema de administración de recursos humanos y, en tal carácter, podrá nombrar, promover, remover y destituir, de conformidad con los procedimientos establecidos en la ordenanza que rija la materia, con excepción del personal de otros órganos del Poder Público Municipal

...Omissis...

15. Nombrar el personal de las oficinas del Concejo Municipal, de la Secretaría y del Cronista del Municipio (...)”. (Negritas de esta sentencia).

Ahora bien, antes de pronunciarse acerca de la solicitud planteada, debe esta Sala precisar que el proceso de interpretación jurídica o hermenéutica requiere precisar el sentido gramatical (artículo 4 del Código Civil) y el análisis integral del texto legal en su conjunto, e incluso de éste aunado al de otros instrumentos normativos del ordenamiento jurídico.

En tal sentido, de la lectura concatenada de los citados artículos de la vigente Ley Orgánica del Poder Público Municipal, se observa en primer término, el cambio competencial hecho por el Legislador en favor del Ejecutivo municipal a los efectos de la designación del Síndico Procurador o Síndica Procuradora, ya que por el contrario, la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal establecía dicha competencia en favor del Concejo o Cabildo en el artículo 86 *eiusdem*.

A su vez, además del mencionado cambio competencial, el Legislador suprimió expresamente la atribución conferida anteriormente (en el numeral 15 del artículo 76 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal), al Concejo Municipal para designar el personal de las oficinas de la Sindicatura, quedando tan sólo a su cargo el nombramiento fuera de su seno, del personal de la Secretaría y del Cronista (órganos auxiliares de la entidad local), conforme a lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 95 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

En este contexto vale agregar que las referidas modificaciones de la vigente Ley que rige a las entidades municipales, entre otras, se llevó a cabo a los efectos de deslindar las funciones ejecutivas que ejerce el Alcalde o Alcaldesa de las funciones legislativas desarrolladas por el Concejo Municipal como órgano deliberante local y de control, superando así las críticas doctrinarias relativas a los eventuales conflictos que pudiesen surgir entre el Alcalde y el Concejo, así como las posiciones discordantes surgidas entre la Cámara de Diputados y la del Senado del antes denominado Congreso Nacional, en torno a la aprobación del Proyecto de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, relativas a la dependencia administrativa de la Sindicatura.

En razón de lo expuesto se concluye que de acuerdo a los nuevos enunciados de los referidos numerales 12 y 15 del artículo 95 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, al Concejo o Cabildo sólo le corresponde el nombramiento de su personal y el de la Secretaría y el Cronista y que en virtud de la atribución expresa en favor del Alcalde o Alcaldesa para designar al Síndico Procurador o Síndica Procuradora, esta Sala interpreta que si bien este cuerpo normativo no establece ahora expresamente a quien corresponde lo relativo al ingreso, nombramiento, remoción, destitución y egreso del personal de la Sindicatura, es *al Alcalde o Alcaldesa a quien se atribuye la designación del personal adscrito a las oficinas de la Sindicatura*, en razón de que dicho funcionario es quien ejerce la máxima autoridad en materia de administración de personal, conforme lo establece el numeral 7 del artículo 88 *eiusdem*.

No obstante, para mayor abundamiento resulta pertinente referir el contenido del ordinal 5 del artículo 74 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal en el cual se establecía lo siguiente:

“...Artículo 74. Corresponde al Alcalde, como jefe de la rama ejecutiva del Municipio, las funciones siguientes:

...Omissis...

5° Ejercer la máxima autoridad en materia de administración de personal y, en tal carácter, nombrarlo, removerlo o destituirlo, conforme a los procedimientos establecidos, **con excepción del personal asignado a la Cámara, Secretaría y Sindicatura Municipal, cuya administración corresponde al Concejo o Cabildo, a proposición de los respectivos titulares;**(...)” (Negrillas de esta sentencia).

Conforme a la referida disposición, la cual debía leerse en el mencionado texto normativo de manera concatenada al numeral 15 del artículo 76 de la citada Ley Orgánica de Régimen Municipal, se evidencia que además de atribuirse anteriormente al Concejo Municipal la facultad para designar al personal de las oficinas de la Sindicatura, estaba previsto también como parte de este procedimiento, que la selección del personal fuese propuesta por los titulares de los referidos órganos auxiliares, es decir, el Secretario o Secretaria y el Síndico Procurador o Síndica Procuradora, razón por la cual considera este Máximo Tribunal que ante la interpretación planteada y en resguardo del espíritu, propósito y razón del instrumento jurídico vigente, debe llenarse en forma semejante este vacío normativo concluyendo que es del Ejecutivo Municipal en la persona de su Alcalde o Alcaldesa, de quien depende administrativamente el personal adscrito a las oficinas de la Sindicatura, *a proposición del titular o la titular de este órgano auxiliar*, es decir, del Síndico o Síndica Procuradora. Así se declara.

b. *Estabilidad Laboral*

TSJ-SPA (0079)

22-1-2009

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Hilda Marisela Vera, Yasmín Betancourt, José Esteban Villamizar Rodríguez y otros. (Interpretación de los artículos 30 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, 95 ordinales 12 y 15 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y numeral 6 del artículo 266 de la Constitución).

El personal de carrera adscrito a la Sindicatura en términos generales goza de la estabilidad derivada del artículo 146 de la Constitución, salvo las excepciones previstas para los cargos de libre nombramiento y remoción, el personal contratado y el obrero.

Finalmente se observa que los solicitantes y las solicitantes requieren que se “...*declare, cuál es el sentido, propósito, alcance y vigencia, de los conceptos Estabilidad Laboral, en el Sector Público, en base a los principios constitucionales de intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales...*”.

Conforme al planteamiento anterior, considera la Sala oportuno reiterar que el recurso de interpretación no tiene por finalidad efectuar un análisis académico o en abstracto de ciertos conceptos o términos, sino establecer el contenido y alcance de una o ciertas disposiciones legales a efectos de su aplicación concreta, resultando por consiguiente improcedente formular la solicitud en los términos en que ha sido planteada a objeto de que este Máximo Tribunal se pronuncie en relación a los conceptos de estabilidad laboral en el sector público, solicitud ésta que resulta genérica e indeterminada al no precisar la norma o el conjunto de disposiciones en torno a las cuáles ha de circunscribirse la requerida interpretación.

No obstante, en virtud de que la apoderada judicial de los solicitantes y las solicitantes hace referencia concretamente en el escrito de su solicitud de interpretación a la estabilidad laboral del personal de la Sindicatura, ha de precisar la Sala que la mencionada garantía deriva de su condición de funcionarios públicos o funcionarias públicas en igualdad de condiciones a todos aquéllos y aquellas que ejercen la función pública, siempre y cuando cumplan con los requisitos y extremos consagrados en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con respecto al cual ha establecido la Sala (Ver Sentencia n.º 0626 del 21-5-2008, *Revista de Derecho Público* n.º 114, p. 232 y ss).

Por tanto se deduce que la estabilidad laboral de los funcionarios deriva del cumplimiento de ciertas exigencias relativas fundamentalmente al concurso de oposición como se ha indicado. En consecuencia, se observa que el personal de carrera adscrito a la Sindicatura en términos generales goza de la estabilidad derivada del citado artículo constitucional, salvo las excepciones previstas para los cargos de libre nombramiento y remoción, el personal contratado y el obrero. Así, al no encontrarse excluida la generalidad de dichos funcionarios de la aplicación de la Ley del Estatuto de la Función Pública (publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.482 de fecha 11 de julio de 2002 y reimpressa por error material en la *Gaceta Oficial* n.º 37.522 del 6 de septiembre de 2002) como sujetos que ejercen la función pública a nivel Municipal, se encuentran amparados por el régimen general establecido en dicha Ley. Así se declara.

Comentarios Jurisprudenciales

EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO CONSTITUYENTE: EL CASO DEL FINANCIAMIENTO DE LAS CAMPAÑAS ELECTORALES DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN VENEZUELA

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia n° 780 de 8 de mayo de 2008 dispuso como interpretación constitucional vinculante, que el artículo 67 de la Constitución, que prohíbe el financiamiento público de las asociaciones políticas, no dice tal cosa, sino que lo que dice es que se prohíbe solo financiar “los gastos corrientes e internos” de los mismos, prohibición que no resulta extensiva a las campañas electorales. En esta forma, la Sala Constitucional ha mutado ilegítimamente la Constitución, sustituyéndose a la voluntad popular y al poder constituyente originario, implementando lo que se buscaba con la rechazada Reforma Constitucional de 2007.*

I. LA PROHIBICIÓN DEL FINANCIAMIENTO PÚBLICO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y SUS CAMPAÑAS ELECTORALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

El artículo 67 de la Constitución de 1999 expresamente prohibió “el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado”, al establecer enfáticamente que el mismo “no se permitirá”,¹ cambiando así, radicalmente, el régimen de financiamiento público a los partidos políticos que se había previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1998.

En dicha Ley se había buscado establecer un mayor equilibrio y equidad para la participación de los partidos en la vida democrática y en especial en las campañas electorales, tratando de mitigar los desequilibrios y perversiones que podían producirse con el solo financiamiento privado a los partidos, con el riesgo de presencia de “narcofinanciamiento” por ejemplo, y el eventual financiamiento público indirecto, irregular y corrupto, sólo para los partidos de gobierno,² que en un sistema donde no existe control fiscal ni parlamentario del ejercicio del poder, puede magnificarse.

1 Véase sobre la versión inicial de esta norma y sobre nuestra propuesta para su redacción en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II (9 septiembre - 17 octubre 1999). Fundación de Derecho Público - Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1999. p.129 en 4e.

2 Véase en general sobre el tema, Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el financiamiento de los partidos políticos en Venezuela” en *Financiamiento y democratización interna de partidos*

A tal efecto, en el artículo 203 de la Ley Orgánica se dispuso lo siguiente:

Artículo 203. El Consejo Nacional Electoral fijará en su presupuesto anual una partida destinada al financiamiento ordinario de los partidos políticos nacionales. En el presupuesto correspondiente al año de celebración de elecciones nacionales o regionales, se incluirá también una partida destinada a contribuir al financiamiento de la propaganda electoral de los partidos. Ambas partidas se distribuirán en forma proporcional a la votación respectiva nacional obtenida en las elecciones inmediatamente anteriores para la Cámara de Diputados. Las erogaciones correspondientes las hará el Consejo Nacional Electoral en el transcurso de ese año electoral.

El Consejo Nacional Electoral, de acuerdo con sus disponibilidades presupuestarias, podrán contratar espacio en las televisoras y radioemisoras comerciales para facilitar la propaganda electoral de los partidos. Estos espacios se distribuirán en la forma anteriormente indicada, entre los partidos que tengan acreditados representantes ante en ese organismo. El Consejo Nacional Electoral podrá, en lugar de contratar los espacios, asignar directamente los recursos correspondientes a los partidos.

Los partidos políticos y grupos de electores estarán obligados a llevar una contabilidad especial donde consten, junto con los ingresos, los egresos por concepto de propaganda. Los libros de contabilidad y sus soportes estarán a la disposición del Consejo Nacional Electoral y de la Contraloría General de la República.

Dichos partidos y grupos de electores presentarán pruebas fehacientes del gasto en los términos señalados en la ley que rige esta materia y esta Ley.

Las partidas presupuestarias señaladas en este artículo, se incluirán en la asignación destinada al Consejo Nacional Electoral. Este organismo depositará los fondos correspondiente a dicha partida en el Banco Central de Venezuela y éste pagará, durante el primer trimestre del ejercicio presupuestario, directamente a los Partidos Políticos o grupos de electores beneficiarios, ateniéndose, en caso de retraso, a lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo.

Con la prohibición constitucional de este artículo, quedó entonces derogado el régimen de financiamiento público a los partidos políticos, abandonándose la tendencia inversa que predomina en el derecho comparado.

Incluso, para evitar cualquier financiamiento público indirecto, no sólo la Constitución estableció expresamente que los funcionarios públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna (Art. 145); sino que las direcciones de las asociaciones con fines políticos no pueden contratar con entidades del sector público (Art. 67). El primer principio, sin embargo, desde que se publicó la Constitución, ha sido sistemáticamente vulnerado al ejercer el Presidente de la República, algunos de sus Ministros y otros altos funcionarios de la Administración Pública, y el Presidente de la Asamblea Nacional, los principales cargos directivos del partido de gobierno.

Lo cierto, en todo caso, es que desde la Ley de Presupuesto Nacional de 2000, cesó el financiamiento público a los partidos políticos o asociaciones con fines políticos, eliminándose la mencionada partida presupuestaria que exigía la Ley Orgánica.

políticos. Memoria del IV Curso Anual Interamericano de Elecciones, San José, Costa Rica, 1991, pp. 121 a 139.

II. LA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN 2007 PARA PERMITIR EL FINANCIAMIENTO PÚBLICO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y SU RECHAZO POR LA VOLUNTAD POPULAR

Esta prohibición constitucional expresa sobre el financiamiento público de los partidos políticos, 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, con la cual expresamente se buscó modificar la mencionada prohibición constitucional.

En efecto, tanto en las *Propuestas de Reforma Constitucional* que formuló la Comisión Presidencial para la Reforma Constitucional en junio de 2007,³ 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 Nacional,⁴ se buscó modificar la prohibición establecida en el artículo 67 de financiamiento de los partidos políticos con fondos provenientes del Estado, previéndose en la norma, al contrario, que “el Estado podrá financiar las actividades electorales”, pero sin indicarse si se trata de un financiamiento a los partidos políticos en general. En las propuestas se preveía, además, una remisión a la ley para establecer “los mecanismos para el financiamiento, el uso de los espacios públicos y accesos a los medios de comunicación social en las campañas electorales, por parte de las referidas asociaciones con fines políticos”.

En las *Propuestas de Reforma Constitucional* de junio 2007, se agregaba que la ley debía establecer esos mecanismos “para el financiamiento transparente de las actividades electorales”, el uso de los espacios públicos y acceso a los medios de comunicación social en las campañas electorales, por parte de las asociaciones con fines políticos”.

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

Por otra parte, tanto en las *Propuestas de Reforma Constitucional* como en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional*, en relación con el mismo artículo 67 se buscaba establecer una prohibición general en cuanto al “financiamiento a las asociaciones con fines políticos o a quienes participen en procesos electorales por iniciativa propia, por parte de gobiernos o cualquier otra entidad pública o privada extranjeros”.⁵

3 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.

4 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

5 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 consti-*

El Proyecto de Reforma Constitucional fue definitivamente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, y en el mismo en definitiva se buscaba eliminar la prohibición que se establece en el artículo 67, y en cambio se disponía que “el Estado podrá financiar las actividades electorales”, pero sin precisar nada sobre el financiamiento en general a los partidos políticos como organizaciones con fines políticos.

Por otra parte, en la reforma sancionada se estableció, además, como se dijo, una remisión a la ley para establecer “los mecanismos para el financiamiento, el uso de los espacios públicos y accesos a los medios de comunicación social en las campañas electorales, por parte de las referidas asociaciones con fines políticos” (y no sólo de las “organizaciones con fines políticos”).

Por otra parte, en una forma evidentemente regresiva, la Reforma Constitucional sancionada en noviembre de 2007 eliminó la prohibición general que regula el artículo 67 de la Constitución de 1999, en el sentido de que “las direcciones de las asociaciones con fines políticos no podrán contratar con entidades del sector público”.

Por último, en la Reforma Constitucional sancionada, en el mismo artículo 67 se estableció una prohibición general en cuanto al “financiamiento a las asociaciones con fines políticos” y no sólo de las “organizaciones con fines políticos” o “a quienes participen en procesos electorales por iniciativa propia, por parte de gobiernos o cualquier otra entidad pública o privada extranjeros”. Esto implicaba, que ninguna asociación de la sociedad civil u ONG que pudiera tener fines políticos, como podría ser la defensa de los derechos humanos, podría recibir financiamiento ni siquiera de entidades privadas o fundaciones extranjeras.⁶

Como es sabido, la antes comentada Reforma Constitucional de 2007, sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, fue rechazada por voluntad popular expresada abrumadoramente contra su aprobación en el referendo del 2 de diciembre de 2007,⁷ con lo que el régimen de financiamiento a los partidos políticos, a su funcionamiento interno y a sus actividades electorales continuó prohibida en la Constitución.

III. DE CÓMO EL JUEZ CONSTITUCIONAL, MEDIANTE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL, REFORMÓ LA CONSTITUCIÓN, SUSTITUYÉNDOSE AL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO PARA ADMITIR EL FINANCIAMIENTO DE LAS ACTIVIDADES ELECTORALES DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Sin embargo, a pesar de dicha prohibición constitucional y del rechazo popular, es decir, por el poder constituyente originario que es el pueblo, expresada su voluntad en el referendo del 2 de diciembre de 2007, la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, actuando como Jurisdicción Constitucional, en sentencia n° 780 de 8 de mayo de 2008 (Exp. n° 06-0785),⁸ ha dispuesto mediante una interpretación constitucional vinculante, reformar la Cons-

tucional 2007, Colección Textos Legislativos, Nº 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 41 ss.

6 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, Nº 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 72 ss.

7 Véase Allan R. Brewer-Carías, “La proyectada reforma constitucional de 2007”, rechazada por el poder constituyente originario”, en *Anuario de Derecho Público 2007*, Universidad Monteavila, Caracas 2008.

8 Véase extractos de la sentencia en *Revista de Derecho Público* Nº 114, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2008, pp.127 y ss.

titución, sustituirse a la voluntad popular y al poder constituyente originario, al disponer que “en lo que respecta al alcance de la prohibición de financiamiento público de asociaciones políticas” contenida en la mencionada norma, la misma:

“se circunscribe a la imposibilidad de aportar fondos a los gastos corrientes e internos de las distintas formas de asociaciones políticas, pero ... dicha limitación, no resulta extensiva a la campaña electoral, como etapa fundamental del proceso electoral”.

Es decir, la Sala Constitucional, ante una norma tan clara e igualmente tan criticable como la contenida en el artículo 67 de la Constitución, cuya reforma se había intentado hacer en 2007 pero sin lograrse por ser rechazada por la voluntad popular, en esta sentencia ni más ni menos, se ha erigido en poder constituyente, sustituyendo al pueblo, y ha dispuesto la reforma de la norma, vía su interpretación, en el mismo sentido que se pretendía en la rechazada reforma constitucional, disponiendo en definitiva, que:

“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 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.”

La sentencia de la Sala Constitucional se dictó con motivo de un recurso de interpretación constitucional que dos partidos políticos que habían sido aliados gubernamentales hasta esos tiempos (Patria para Todos –PPT- y Por la Democracia Social -Podemos-) habían formulado ante la misma, el 25 de mayo de 2006, respecto del mencionado artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “en lo que respecta al alcance de la prohibición de financiamiento público de asociaciones políticas,” alegando que la norma al establecer que no se permitirá el financiamiento de origen público de los partidos políticos, sin embargo “no establece nada con respecto al financiamiento de las campañas electorales,” y que la norma “hace una distinción entre el financiamiento de las organizaciones con fines políticos y la regulación de la campaña electoral, por lo que resulta plausible concluir que la prohibición de financiamiento público está circunscrita a la actuación diaria de dichas organizaciones, sin que tal interdicción pueda extenderse a las campañas electorales;” la cual consideraron que era necesaria para “impedir que grupos económicos o “irregulares” se posesionen del Poder Público, lo cual, atentaría contra el orden democrático.”

Para resolver el recurso de interpretación interpuesto, la Sala Constitucional consideró que el poder de garantía constitucional que le ha sido atribuido, mediante el recurso de interpretación, tiene un fin “esclarecedor y complementivo y, en este estricto sentido, judicialmente creador; en ningún caso legislativo;” consistente:

“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.”

Para ello, ratificó la Sala que su doctrina de 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.⁹

Partiendo de este supuesto, la Sala entró a interpretar el concepto de democracia, deduciendo que la misma “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 se] como el poder del pueblo, pues éste es el titular del poder político.”

En la sentencia, la Sala continuó con sucesivas citas y transcripciones de textos y opiniones sobre la democracia de diversos autores, en particular, de Sartori, Arañjo Rentería, García Pelayo, Hariou, Naranjo Díaz y Calero, y terminó por referirse a la concepción de la democracia en la Constitución, y particularmente sobre “carácter participativo, lo cual, parte de una visión protagonista del pueblo y del espíritu cívico de su población;” precisando que 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.”

De allí pasó la Sala a considerar que “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.”

La conclusión de la Sala sobre el tema de los partidos políticos y la norma prohibitiva de su financiamiento público, fue en definitiva que “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,” por lo que

“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 Este-

9 Tal cómo lo decidió en sentencia N° 1581, dictada el 12 de julio de 2005 (caso: *Ángel Rafael Ávila y otros*), al considerar que la Constitución “...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 constitucionales. 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”.

ban (1993, *Curso de Derecho Constitucional Español II*. Madrid. 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.”

De lo anterior pasó la Sala Constitucional a distinguir lo que lamentablemente no está distinguido en la Constitución y que fue lo que se quiso reformar con la Reforma Constitucional rechazada por el pueblo, y es precisamente,

“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.”

Como resultado de esta distinción, la Sala Constitucional constató 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.”

Para ello es necesario vencer la desigualdad y establecer un equilibrio que surge, a juicio de la Sala y siguiendo lo expuesto por De Esteban (1993, *Curso de Derecho Constitucional Español II*. Madrid. p. 522, “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;” y por la otra, “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.”

Tales inconvenientes, dijo la Sala, que a juicio del referido autor “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.”

De ello concluyó la Sala, lo que por demás es sabido en todo el mundo democrático, que

“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 transparente, 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.”

Precisamente por ello, siendo el financiamiento de las campañas electorales la motivación fundamental del financiamiento de los partidos políticos, pues los mismos tienen por objeto conducir a la ciudadanía en las opciones democráticas que necesariamente desembo-

can en elecciones, la Ley Orgánica del Sufragio y participación Política había dispuesto el financiamiento de los partidos políticos; y ello fue lo que sin embargo, se eliminó expresamente en la Constitución de 1999.

En la Constitución de 1999, en efecto, se establecieron formalmente un conjunto de regulaciones que evidenciaron lo que podría denominarse una reacción contra los partidos políticos, muchas de las cuales, sin embargo, en la práctica han constituido letra muerta. Entre estas se destacan las siguientes: primero, la eliminación del léxico constitucional de la misma expresión “partidos políticos” y su sustitución por el de organizaciones con fines políticos (art. 67); segundo, la imposición constitucional a los diputados de representar al pueblo en su conjunto y del voto a conciencia, sin estar sujetos a mandatos ni instrucciones, ni a ataduras partidistas (art. 201); tercero, la pretendida eliminación de las fracciones parlamentarias en la Asamblea Nacional, existiendo en su lugar “bloques de opinión”, los cuales controlan los votos en la misma forma; cuarto, la obligación de los representantes de rendir cuenta pública de su gestión (art. 197) y de acompañar su candidatura con un programa (art. 66); quinto, la obligación de los partidos políticos de escoger sus directivos y candidatos mediante procesos de votación internos (art. 67), lo cual no se ha cumplido; sexto, la atribución al Consejo Nacional Electoral de la organización de las elecciones internas de los partidos políticos (art. 293,6), lo cual si bien constituye una intolerable ingerencia estatal en la sociedad política tampoco se ha cumplido; y séptimo, precisamente la prohibición constitucional del financiamiento público a los partidos políticos (art. 67) lo cual lamentablemente ha provocado la posibilidad no sólo al financiamiento privado ilegítimo (narcotráfico, comisiones de partidos), sino al financiamiento público irregular.¹⁰

Y eso fue precisamente lo que se quiso corregir, de nuevo, con la proyectada Reforma Constitucional de 2007, la cual, sin embargo, fue rechazada por el pueblo.

Pero la Sala Constitucional, sin mayor rubor, se sustituyó al pueblo y asumió el rol de poder constituyente originario, disponiendo que lo que la Constitución prohíbe cuando establece en el artículo 67 que no se permite “el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado”, es sólo una prohibición al financiamiento por el Estado de “los gastos corrientes e internos de las distintas formas de asociaciones políticas”, pero no de la “campaña electoral, como etapa fundamental del proceso electoral.”

Es decir, el Juez Constitucional, simplemente, dispuso que la Constitución no dice lo que dice, sino todo lo contrario; que cuando dice que no se permite “el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado”, no es eso lo que establece, sino lo que prohíbe es solamente “el financiamiento de los gastos corrientes e internos de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado”; y que los gastos de las campañas electorales de dichas asociaciones con fines políticas, en cambio, si pueden ser financiadas con fondos provenientes del Estado.

Y para llegar a esta conclusión, en una sentencia innecesariamente atiborrada de citas de autores sobre las técnicas de interpretación y la noción de democracia, y sobre las bondades del financiamiento público de las campañas electorales de los partidos políticos, concluyó en la mencionada distinción, de que una cosa es que el Estado financie “los gastos corrientes e

10 Véase en Allan R. Brewer-Carías, “Regulación jurídica de los partidos políticos en Venezuela” en *Estudios sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*, Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer Carías de Derecho Público, Universidad Católica del Táchira, N° 9, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, pp. 655-686

internos” de los partidos políticos y otra cosa es que financie “sus campañas electorales,” deduciendo sin fundamento alguno que lo que la Constitución prohíbe es lo primero y no lo segundo.

Se trata de una conclusión absurda, que contra toda lógica democrática, se deriva de una premisa falsa, y es que en sistemas democráticos supuestamente podría ocurrir que el Estado financie los gastos corrientes e internos de los partidos. Ello no se concibe en las democracias, por lo que no requiere de prohibición alguna. En democracias lo que se financia es el funcionamiento de los partidos pero con miras siempre a las campañas electorales, al punto de que este se suspende si los mismos no llegan a obtener un determinado porcentaje de votación en las elecciones.

Puede ser muy loable la intención del Juez Constitucional de permitir el financiamiento de las campañas electorales de los partidos políticos con fondos provenientes del Estado, pero habiendo sido ello prohibido expresamente por la Constitución¹¹ (ya que no tiene lógica afirmar que lo que se prohíbe es lo que nunca se ha permitido: el financiamiento de los gastos corrientes e internos de los partidos), sólo reformándola es que se podría lograr lo contrario. Y ello fue lo que en este caso hizo el Juez Constitucional en Venezuela: reformar la Constitución, usurpando el poder constituyente originario que es del pueblo e, incluso contra su propia voluntad expresada cinco meses antes al rechazar precisamente esa reforma constitucional en igual sentido, estableció la posibilidad de financiar las campañas electorales de los partidos políticos.

11 Por ello fue, incluso, que entre otros aspectos salvamos nuestro voto en relación con dicha norma. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III (18 octubre-30 noviembre 1999). Fundación de Derecho Público - Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1999. pp. 239, 259.

EL JUEZ CONSTITUCIONAL vs. LA ALTERNABILIDAD REPUBLICANA (LA REELECCIÓN CONTINUA E INDEFINIDA)

Allan R. Brewer-Carías
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia n° 53 de 3 de febrero de 2009, declaró constitucional el proceso de “Enmienda Constitucional” de 2008-2009 que culminó con el referendo de 15 de febrero de 2009, mediante el cual se eliminó el principio constitucional “pétreo” de que el gobierno además de democrático y electivo debe ser siempre “alternativo”, confundiendo el principio de la “alternabilidad” con el principio “electivo”, estableciendo la posibilidad de la reelección continua e indefinida de cargos electivos, lo que incluso había sido rechazado expresamente por el pueblo en el referendo de diciembre de 2007 sobre la “Reforma constitucional” de 2007.*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en decisión N° 53 de 3 de febrero de 2009,¹ decidió allanar el camino constitucional para la realización del referendo aprobatorio que se realizó el 15 de febrero de 2009, en el cual se aprobó el proyecto de Enmienda Constitucional relativa a los artículos 160, 162, 174, 192 y 230 de la Constitución, que estableció en Venezuela el principio de la reelección continua de cargos electivos, contrariando el principio constitucional de la alternabilidad republicana (art. 6), y violando la prohibición constitucional de realizar una consulta popular sobre modificaciones a la Constitución ya rechazadas por el pueblo en un mismo período constitucional (art. 345).

Dos temas se sometieron a la interpretación de la Sala Constitucional en un recurso de interpretación que se había introducido el 11 de diciembre de 2008:

Primero, determinar si la prohibición constitucional establecida para someter a consulta popular una modificación constitucional ya rechazada popularmente en un mismo período constitucional también se aplica, cuando se somete la misma modificación a referendo por vía de Enmienda Constitucional, en el mismo período constitucional.

Segundo, determinar si la Enmienda de 2008-2009 que buscó establecer el principio de la reelección indefinida para cargos electivos, alteraba el principio de la “alternabilidad” del gobierno que el artículo 6 de la Constitución establece como un principio fundamental, que

1 Véase la sentencia n° 53, de la Sala Constitucional de 2 de febrero de 2009 (Caso: *Interpretación de los artículos 340,6 y 345 de la Constitución*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/53-3209-2009-08-1610.html>

además es de carácter pétreo (“El gobierno **es y será siempre**... alternativo...), y que es común en los sistemas presidenciales de gobierno.²

I. PRECISIÓN SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE ENMIENDA CONSTITUCIONAL Y REFORMA CONSTITUCIONAL.

Para entender adecuadamente la sentencia, hay que tener presente los elementos comunes y de distinción entre los procedimientos de *Enmienda Constitucional y la Reforma Constitucional*.

Ambos procedimientos de modificación de la Constitución **tienen en común**”, por una parte, que mediante ellos **no se puede alterar o modificar la estructura y principios fundamentales** de la Constitución (arts. 340 y 342). Ello sólo puede hacerse mediante el procedimiento de la Asamblea Nacional Constituyente (art. 347).

Por la otra, también tienen **en común** que ambos procedimientos **requieren de aprobación popular mediante referendo** para que la modificación tenga vigencia. En la Constitución no se regula poder constituyente “derivado” alguno. Solo hay un “poder constituyente originario” que es el pueblo, el cual tiene que aprobar por referendo tanto la Enmienda como la Reforma Constitucional, o la convocatoria a Asamblea nacional Constituyente.

La Asamblea Nacional y los órganos que tienen la iniciativa de Enmienda y de Reforma Constitucional, sólo coadyuvan en el proceso de modificación constitucional, pero no son “poder constituyente derivado”.

En cuanto a la **distinción** entre la Enmienda Constitucional y la Reforma Constitucional, la misma existe, en primer lugar en cuanto **al alcance** del procedimiento de modificación:

La Enmienda Constitucional tiene por objeto la adición o modificación de artículos de la Constitución (no la supresión de ellos).

En cambio, la Reforma Constitucional tiene por objeto la revisión parcial y sustitución de artículos, siempre que no se afecten, como se dijo, los principios y la estructura fundamental del texto (arts. 340, 342).

En segundo lugar, la otra distinción entre la Enmienda y la Reforma Constitucional se refiere a **la iniciativa y a la intervención de la Asamblea Nacional** en el procedimiento de modificación constitucional.

La Enmienda Constitucional no necesita ser discutida por la Asamblea Nacional, pero si su iniciativa parte de la propia Asamblea Nacional, la misma debe, primero apoyarla por el voto de al menos el 30% de sus integrantes y luego, aprobarla mediante el procedimiento de formación de las leyes con el voto de la mayoría de sus integrantes (art. 341).

En cuanto a la Reforma Constitucional, se debe presentar ante la Asamblea Nacional la cual siempre debe aprobarla en tres discusiones mediante voto de 2/3 de sus integrantes.

2 Las restricciones a la reelección presidencial son tradicionales en los sistemas presidenciales de gobierno, como son los de América Latina, y no en los sistemas parlamentarios como los que existen en Europa. Véase, Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008, pp. 106 ff.

Cuando la iniciativa de Reforma parta de la propia Asamblea Nacional, debe ser apoyada por mayoría de sus integrantes.

Por último, en tercer lugar, la Constitución también establece una distinción en cuanto a los efectos del rechazo popular de la modificación constitucional, en el sentido de que la prohibición constitucional de que se pueda presentar a la Asamblea Nacional otra iniciativa de reforma constitucional rechazada por el pueblo en el mismo período constitucional, sólo está establecida como efecto del rechazo a la Reforma Constitucional. Nada se establece en cuanto a los efectos del rechazo de la Enmienda Constitucional.

Fue en este marco constitucional, en el cual la Asamblea Nacional tomó la iniciativa y aprobó un proyecto de Enmienda Constitucional 2008-2009, que inicialmente sólo perseguía modificar el artículo 230 de la Constitución sobre reelección del Presidente, y que luego se extendió a los artículos 160, 162, 174 y 192 de la Constitución sobre reelección de otros cargos electivos, en los cuales se establecen límites para la reelección, a los efectos de eliminar dichos límites, el cual fue el definitivamente aprobado en el referendo del 15 de febrero de 2009.

Los Artículos 162 y 192 establecían que los miembros de Consejos Legislativos de los Estados y los Diputados a la Asamblea Nacional, sólo podrían reelegirse por dos períodos como máximo.

Los Artículos 160, 174, y 230 establecían que los Gobernadores y Alcaldes, y el Presidente de la República, solo podían reelegirse de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período.

II. EL SENTIDO DE LA PROHIBICIÓN TEMPORAL PARA LAS CONSULTAS AL PUEBLO SOBRE MODIFICACIÓN A LA CONSTITUCIÓN

Como es sabido, el 2 de diciembre de 2007 el pueblo rechazó con su voto popular expresado en el Referendo convocado para aprobar la Reforma Constitucional propuesta por el Presidente de la República ante la Asamblea Nacional, la propuesta, entre otros aspectos, de establecer la posibilidad de la reelección continua del Presidente de la República mediante la eliminación de la limitación constitucional a la reelección, antes indicada.³

Siendo la manifestación de la voluntad popular el rechazar la propuesta de modificación constitucional, conforme al artículo 345 de la Constitución no se podía someter de nuevo a consulta popular, la misma reforma en el mismo período constitucional.

Ello era lo que se había requerido que la Sala Constitucional interpretara. Sin embargo, sobre este primer punto respecto de si la prohibición contenida en el artículo 345 de la Constitución en el sentido de que la iniciativa de reforma constitucional que no fuese aprobada no podía presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional, la Sala Constitucional, confundiendo el sentido de la norma, sostuvo que la misma no estaba destinada a regular **los efectos de la manifestación de rechazo popular** de la modificación propuesta, sino que sostuvo que la norma estaba sólo **dirigida a regular a la Asamblea Nacional**, en el sentido de que lo que no podría era exigírsele que debatiera una reforma constitucional una vez que ya la había debatido en el mismo período constitucional y había

3 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)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

sido rechazada por el pueblo. La Sala olvidó que la norma constitucional a lo que estaba dirigida era a regular las consultas a la voluntad popular en materia de modificación de la Constitución y sus efectos, y no los efectos de los debates en la Asamblea Nacional.

En efecto, la prohibición constitucional de volver a someter a consulta una reforma rechazada, en realidad está dirigida a regular los efectos de la voluntad popular expresada mediante referendo, en el sentido de que no se puede consultar al pueblo de nuevo la misma modificación constitucional que el pueblo ya ha rechazado en un mismo período constitucional.

Lo importante de la prohibición establecida en un Título de la Constitución relativo a la “Reforma Constitucional” que en Venezuela sólo puede realizarse con la participación del pueblo, es que la misma se refiere precisamente a los efectos de la expresión de la voluntad popular que es manifestación del poder constituyente originario, y no a los efectos del debate que pueda haber habido en la Asamblea Nacional en la materia, que no es poder constituyente, ni siquiera derivado, ya que no puede haber modificación constitucional alguna sin aprobación popular.

La decisión de la Sala Constitucional fue una nueva burla a la Constitución al ignorar la prohibición de sucesivas consultas populares, basándose en dos artilugios que se utilizaron en este caso de la Enmienda 2008-2009: primero, el utilizado por la Asamblea Nacional, en su iniciativa de Enmienda, al extenderla a otros artículos constitucionales además del 230, para tratar de diferenciar la Enmienda de 2008-2009 de la rechazada Reforma Constitucional de 2007; y segundo, el utilizado por la Sala Constitucional al considerar que la prohibición constitucional de consultar al pueblo sobre reformas rechazadas es sólo formal respecto de las discusiones en la Asamblea Nacional, ignorando su propósito esencial de respetar la voluntad popular una vez que esta se ha expresado en forma negativa respecto de una modificación de la Constitución.

Esa voluntad hay que respetarla, que es lo que persigue la Constitución, por lo que una vez que el pueblo se ha manifestado rechazando una modificación al texto constitucional no se lo puede estar convocando sucesivamente sin límites en el mismo período constitucional para volver a pronunciarse sobre lo mismo.

III. EL PRINCIPIO DE LA ALTERNABILIDAD DEL GOBIERNO

Pero aparte de burlar la prohibición constitucional de sucesivas consultas populares en un período constitucional sobre modificaciones constitucionales una vez que el pueblo las ha rechazado, la Sala Constitucional procedió a mutar ilegítimamente la Constitución, eliminando el carácter de principio fundamental del gobierno que además de “democrático” y “electivo” conforme al artículo 6 de la Constitución, debe ser **siempre** “alternativo,” considerando que dicho principio no se altera con las reformas propuestas en la Enmienda Constitucional 2008-2009.

Esta, como se dijo, propugnó establecer en la Constitución la posibilidad de la reelección continua y sin límites de los cargos electivos lo cual, lo que fue aprobado en el referendo, pero sin duda, alterando un principio fundamental del constitucionalismo venezolano establecido desde 1830 en casi todas las Constituciones, que es el de la “alternabilidad” en el gobierno, y que en el artículo 6 de la Constitución de 1999 se formula como uno de los principios fundamentales del gobierno, con una fórmula que lo convierte en una de las llamadas “cláusulas pétreas” o inmodificables. Dispone la norma que “El gobierno **es y será siempre** ...alternativo...”, lo que implica que ello nunca podría ser alterado. Esa fue la voluntad del pueblo al aprobar la Constitución.

Este principio fue incorporado por primera vez en la historia constitucional como reacción al continuismo en el poder y entre otros aspectos, con base en la propia “doctrina de Simón Bolívar” en la cual la República se fundamenta conforme al artículo 1 de la Constitución, al expresar en su Discurso de Angostura que:

“...La continuación de la autoridad en un mismo individuo frecuentemente ha sido el término de los gobiernos democráticos. Las repetidas elecciones son esenciales en los sistemas populares, porque nada es tan peligroso como dejar permanecer largo tiempo en un mismo ciudadano el poder. El pueblo se acostumbra a obedecerle y él se acostumbra a mandarlo; de donde se origina la usurpación y la tiranía. ... nuestros ciudadanos deben temer con sobrada justicia que el mismo Magistrado, que los ha mandado mucho tiempo, los mande perpetuamente.”⁴.

De acuerdo con esta doctrina, en el constitucionalismo venezolano la palabra usada al expresar el principio del gobierno “alternativo” o de la “alternabilidad” en el poder, siempre ha tenido el significado que la misma tiene en castellano cuando se refiere a cargos, y que implica la idea de que las personas deben **turnarse sucesivamente** en los cargos o que los cargos deben desempeñarse **por turnos** (*Diccionario de la Real Academia Española*).⁵ Como lo señaló la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia n° 51 de 18-3-2002, alternabilidad significa “**el ejercicio sucesivo de un cargo por personas distintas, pertenezcan o no a un mismo partido.**”

Este principio de la alternabilidad, como principio fundamental, se concibió históricamente para enfrentar las ansias de perpetuación en el poder, es decir, el continuismo, y evitar las ventajas en los procesos electorales de quienes ocupan cargos y a la vez puedan ser candidatos para ocupar los mismos cargos. El principio de “gobierno alternativo,” por tanto, no es equivalente al de “gobierno electivo.” La elección es una cosa, y la necesidad de que las personas se turnen en los cargos es otra.

Ha sido este principio de la alternabilidad, como principio fundamental del constitucionalismo venezolano, el que ha implicado la inclusión en las Constituciones de limitaciones a las posibilidades de reelección en cargos electivos. Así sucedió en casi todas nuestras Constituciones, como las de 1830, 1858, 1864, 1874, 1881, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1936, 1845 y 1947⁶ en las que se estableció, por ejemplo, la prohibición de la reelección del Presidente de la República para el período constitucional inmediato. En la historia constitucional del país, en realidad, la prohibición de la reelección presidencial inmediata solamente dejó de establecerse en las Constituciones de los gobiernos autoritarios: en la efímera Constitución de 1857; en las Constituciones de Juan Vicente Gómez de 1914, 1922, 1925, 1928, 1929 y 1931, y en la Constitución de Marcos Pérez Jiménez de 1953.

La prohibición, en cambio, respecto del Presidente de la República, en el período democrático iniciado en 1958⁷ fue más amplia y se extendió en la Constitución de 1961 a los dos períodos siguientes (10 años). La flexibilización del principio, en cambio, se produjo en

4 Véase en Simón Bolívar, *Escritos Fundamentales*, Caracas, 1982.

5 Véase el Voto Salvado a la sentencia n° 53, de la Sala Constitucional de 2 de febrero de 2009 (Caso: *Interpretación de los artículos 340,6 y 345 de la Constitución*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/53-3209-2009-08-1610.html>

6 Véase el texto de todas las Constituciones en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, 2 vols., Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008.

7 Ver Allan R. Brewer-Carías, *Historia Constitucional de Venezuela*, 2 vols., Editorial Alfa, Caracas 2008.

la Constitución de 1999, en la cual se permitió la posibilidad de reelección presidencial de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período. Conforme a ella, ya se reeligió al Presidente Chávez en 2006, y a pesar de que fue sancionada por una Asamblea Nacional Constituyente enteramente controlada por él, diez años después el mismo Presidente ya reelecto, es quien propuso reformarla.

Como se dijo, alternabilidad del gobierno es un principio del constitucionalismo venezolano y además, propio de los sistemas presidenciales de gobierno, que se opone al continuismo o a la permanencia en el poder por una misma persona, por lo que toda previsión que permita que esto ocurra, es contraria a dicho principio.

Este principio, por tanto, no se puede confundir con el principio “electivo” del gobierno o el más general principio “democrático” que el mismo artículo 6 de la Constitución establece. Una cosa es poder elegir a los gobernantes, y otra cosa es el principio de alternabilidad que impide poder escoger al mismo gobernante ilimitadamente.

Es contrario a la Constitución, por tanto, interpretar, como lo hizo la Sala Constitucional en su sentencia n° 53 de 03-02-2009, que el principio de la alternabilidad “lo que exige es que el pueblo como titular de la soberanía tenga la posibilidad periódica de escoger sus mandatarios o representantes”, confundiendo “gobierno alternativo” con “gobierno electivo.” Por ello es falso lo que afirmó la Sala Constitucional en el sentido de que “sólo se infringiría el mismo si se impide esta posibilidad al evitar o no realizar las elecciones”. Con su sentencia, la Sala Constitucional de nuevo lo que hizo fue mutar ilegítimamente el texto de la Constitución, y al contrario de lo que afirmó, la eliminación de la causal de inelegibilidad para el ejercicio de cargos públicos derivada de su ejercicio previo por parte de cualquier ciudadano, sí trastocó el principio de alternabilidad en el ejercicio del poder.

Se insiste, lo expuesto por la Sala Constitucional se refirió al principio de gobierno “electivo” que en los términos del mismo artículo 6 de la Constitución, es el que implica que “el electorado, como actor fundamental del proceso democrático, acuda a procesos comiciales periódicamente en los que compitan, en igualdad de condiciones, las diversas opciones políticas que integran el cuerpo social;” pero no al principio de gobierno “alternativo” que implica que no se pueda elegir indefinidamente una misma persona para el mismo cargo, así haya hecho un “buen gobierno.” El principio de la alternabilidad, para evitar el continuismo en el poder, precisamente implica la limitación que el pueblo, como poder constituyente originario, se ha impuesto a sí mismo, en cuanto a que supuestamente pueda tener la “oportunidad de decidir entre recompensar a quienes estime como sus mejores gobernantes, o bien renovar completamente las estructuras del poder cuando su desempeño haya sido pobre.” Esta supuesta “oportunidad,” por el principio de la alternabilidad en la Constitución, pudo ejercerse antes de 1999, sólo después de que, en sus casos, transcurrieron uno o dos períodos constitucionales siguientes al ejercicio de la Presidencia por quien pretendiera de nuevo optar a dicho cargo, y en la Constitución de 1999 sólo ocurrió en 2006, por una sola vez para un período inmediato, mediante la reelección ya efectuada del Presidente Chávez. Pero establecer dicha “oportunidad” como reelección continua, sin límite, sería contrario al principio de la alternabilidad.

Por tanto, al contrario de que decidió la Sala Constitucional, la posibilidad de reelección continúa sí alteraba el principio fundamental del gobierno “alternativo”, que es uno de los valores democráticos que informan nuestro ordenamiento jurídico. Dicho principio, que se alteraba si se establecía la posibilidad de elección continua de cargos electivos y que es distinto del principio del gobierno “electivo,” al tener una formulación pética en el artículo 6 de la Constitución (es y será siempre) no podía ser objeto de modificación constitucional alguna,

y en el supuesto negado de que pudiera ser modificado, ello no podía realizarse ni por los procedimientos de Enmienda ni de Reforma Constitucional sino sólo mediante la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente.

La Sala Constitucional, con su sentencia nº 53 de 03-02-2009, una vez más al servicio del autoritarismo, sin embargo, mutó la Constitución a través de una interpretación, modificando ilegítimamente el sentido del principio del gobierno ‘alternativo’ que los venezolanos dispusieron **que siempre** debía regir sus gobiernos, obviando la prohibición constitucional de que se pudiera consultar en un mismo período constitucional, la voluntad popular sobre modificaciones constitucionales que ya el pueblo ha rechazado.

Esta inconstitucional sentencia, en todo caso, lo que tuvo por objeto fue despejar el camino para que el régimen autoritario pudiera someter a referendo una Enmienda Constitucional relativa a un principio fundamental, pétreo, de la Constitución, que sólo podía modificarse mediante la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente.

New York, febrero 2009

INDÍCE

ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

-A-

- Acción de Amparo. 168
 - Existencia de vías judiciales ordinarias. 170, 175, 178
 - Finalidad. 168
 - Medidas Cautelares. 182
 - Juez declarado incompetente. 183
 - Poder cautelar del Juez. 182
- Acción de Hábeas Data. 184
- Acción de Inconstitucionalidad. Medidas cautelares. 166
- Actos administrativos. 158
- Actos administrativos. Vicios. 158, 159
 - Vicios de fondo. Usurpación de funciones. 158
 - Vicios de forma. Inmotivación. 159

-C-

- Contencioso Administrativo. 159
 - Intervención de terceros. Tercero adhesivo. 164
 - Medidas cautelares. 159
 - Oposición. 159
- Suspensión de efectos del acto administrativo. 160
- Constitución. Reforma. Enmienda Constitucional. 89, 105

-F-

- Funcionarios Municipales. 190
 - Régimen. 190
 - Personal de la Sindicatura Municipal. 190
 - Estabilidad Laboral. 194
 - Nombramiento. 190

- Funcionarios Públicos. 188
 - Régimen legal Estatutario. Exclusión para el personal contratado. 188

-G-

- Garantías Constitucionales. 117
 - Garantía de acceso a la justicia. Intereses colectivos y difusos. 117, 130

-J-

- Jueces. Régimen disciplinario. 138

-L-

- Legislación Económica: Régimen. Discrecionalidad. 154
- Ley. Irretroactividad. 116

-O-

- Ordenamiento jurídico. 89, 105

-P-

- Poder Estatal. 142
 - Concejos Legislativos. Diputados: Requisitos de postulación. 142
- Poder Judicial. 134
 - Administración de la justicia. Criterios jurisprudenciales. 134
 - Régimen disciplinario de los jueces. 138, 139
- Poder Municipal. 145
 - Ordenanzas Municipales. Formación. Materia presupuestaria. 145

- Órganos Municipales. Sindicatura Municipal. 153.

- Participación ciudadana. 145

Poder Público Nacional. Régimen. 134

Principios fundamentales del Estado. 78

- Gobierno alternativo (reelección continua). 78

- Gobierno participativo. 86

-R-

Recurso de revisión. 167

- Sentencias en materia constitucional. Requisitos. Copia certificada del fallo a revisar. 167

-S-

Sentencia. Recurso de Revisión. En materia constitucional. Requisitos. 167

Sindicatura Municipal. Personal. 190

- Estabilidad Laboral. 193

- Nombramiento. 190

-T-

Tutela Judicial Efectiva. Contenido. 133

