

CONSEJO DE REDACCIÓN

Dolores **AGUERREVERE**, Juan Domingo **ALFONZO PARADISI**, Jesús María **ALVARADO ANDRADE**, 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 **FAÚNDEZ LEDESMA**, Gerardo **FERNÁNDEZ**, Juan **GARRIDO ROVIRA**, María Amparo **GRAU**, Eugenio **HERNÁNDEZ BRETÓN**, Henríque **IRIBARREN**, Gustavo **LINARES**, Irma Isabel **LOVERA DE SOLA**, Henríque **MEIER**, Alfredo **MORLES**, José **MUCI-ABRAHAM**, Pedro **NIKKEN**, Gonzalo **PEREZ 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 ORDÓÑEZ**, 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@blegal.com

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

Email: fejv@cantv.net

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

© 1980, EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

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

Publicación Trimestral

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

1. Derecho público-Publicaciones periódicas

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

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

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

Impresión litográfica: Anauco Ediciones
La edición consta de 500 ejemplares

Portada: Lilly Brewer

Normas para el envío de originales

La Revista de Derecho Público aceptará artículos inéditos en el campo del derecho público. Los artículos deberán dirigirse a la dirección de email de sus directores o a la Revista de Derecho Público: revistade-derechopublico@bblegal.com

Se solicita atender a las normas siguientes:

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

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

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

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

SUMARIO

ESTUDIOS

Artículos

- La Revista de Derecho Público: Crónica de tres décadas de aventura editorial*, por Víctor Rafael **HERNÁNDEZ MENDIBLE** 7
- ¿Qué queda de lo Público?*, por Juan Antonio **GARCÍA AMADO** 17
- El servicio militar en la Constitución venezolana: ni militar, ni obligatorio*, por Eduardo **MEIER GARCÍA** 33
- Qui potest plus, potest minus. O de la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias inferiores al monto único tasado por ley*, por Alfredo **PARÉS SALAS** 49

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

- Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el cuarto trimestre de 2010*, por Marianella **VILLEGAS SALAZAR**..... 63

Comentarios Legislativos

- La Ley Orgánica del Poder Popular y la desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela*, por Allan R. **BREWER-CARIÁS** 81
- Sobre la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal o de cómo se implanta en Venezuela un sistema económico comunista sin reformar la Constitución*, por Allan R. **BREWER-CARIÁS** 102

*Sobre la nueva reimpresión por “supuestos errores” materiales de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, octubre de 2010, por Víctor Rafael **HERNÁNDEZ MENDIBLE** 110*

*Tras el rastro del engaño en la web de la Asamblea Nacional, por Antonio **SILVA ARANGUREN** 112*

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

*Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): cuarto trimestre de 2010, por Mary **RAMOS FERNÁNDEZ** y Mariánella **VILLEGAS SALAZAR**..... 117*

Comentarios Jurisprudenciales

*Oralidad y pruebas en la ley orgánica de la jurisdicción contencioso administrativa: notas a propósito de la sentencia de la Sala Política-Administrativa N° 1177 del 24 de noviembre de 2010, por Miguel Ángel **TORREALBA** 229*

ÍNDICE

Alfabético de la jurisprudencia 243

ESTUDIOS

Artículos

La Revista de Derecho Público: Crónica de tres décadas de aventura editorial

Víctor Rafael Hernández Mendible
*Profesor de Derecho Administrativo en la
Universidad Católica Andrés Bello
y Universidad Monteavila*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LOS AUTORES EN LA PRIMERA DÉCADA: DE 1980 A 1989
- III. LOS AUTORES EN LA SEGUNDA DÉCADA: DE 1990 A 1999
- IV. LOS AUTORES EN LA TERCERA DÉCADA: DE 2000 A 2009
1. *La edición ordinaria de la Revista.* 2. *Los números especiales de la Revista*
- V. CONSIDERACIONES FINALES

I. INTRODUCCIÓN

En 1980, fundada por el profesor Allan R. Brewer-Carías con la colaboración de la abogada Mary Ramos Fernández como Secretaria de Redacción de la misma, irrumpió en la vida académica jurídica venezolana la *Revista de Derecho Público*, que en los treinta años transcurridos sigue saliendo con regularidad cuatrimestral.

El primer número de la *Revista* fue presentado por quien hasta 1979 había sido el Director-fundador del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, el profesor Antonio Moles Caubet, señalando respecto a la temática que abarcaría “*toda el área de Derecho Público en su acepción estricta de Derecho de Estado, incluyendo así: el Derecho Público interno (Derecho Constitucional y su historia, Derecho Administrativo con sus múltiples modalidades y expresiones, Derecho Financiero y Derecho Tributario), como también el Derecho Público externo (Derecho Internacional propiamente dicho con sus secuelas Derecho Internacional Económico y Derecho Comunitario)*”¹.

La *Revista de Derecho Público* bajo la conducción del profesor Brewer-Carías, quien ya para entonces era el Director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, nació con marcada intención de permanencia y así lo auguraba el presentador, quien al referirse a él sostenía que la “*inteligencia, laboriosidad y entusiasmo son una garantía de la calidad y perdurabilidad de la Revista que acaba de nacer*”².

La otra razón que hacía reposar múltiples esperanzas en esa empresa editorial, se justificaba en el empeño de constituir la en “*el testimonio del ascenso logrado por el Derecho*

¹ A. Moles Caubet, Presentación, *Revista de Derecho Público N° 1*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, p. 3.

² *Ob. cit.* p. 4.

*Público Venezolano*³, como lo habían alcanzado prestigiosas publicaciones europeas en sus países, como la *Revue de Droit Public*, la *Revue Française de Droit Administratif*, la *Rivista di Diritto Pubblico*, la *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, la *Revista de Administración Pública* y lo lograría posteriormente la entonces reciente *Revista Española de Derecho Administrativo*, función testimonial que hoy también comparte junto a sus hermanas americanas, la *Revista de Derecho Administrativo* y la *Revista de Administración Pública* (Argentina), la *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A & C* (Brasil), la *Revista de Derecho Público* (Uruguay) o la más nueva *Revista Statum Rei Romanae Mexicana de Derecho Administrativo*.

La responsabilidad de este acontecimiento cultural –como lo es toda publicación destinada a la difusión del pensamiento- le correspondió a la Editorial Jurídica Venezolana, que bajo la dirección de una fundación privada establecida por el propio profesor Brewer-Carías con la colaboración de Isabel Boscán de Ruesta, y de Mary Ramos Fernández quien la dirigió en sus años fundacionales y de consolidación, ha efectuado un trabajo encomiable no sólo para mantener la publicación durante todos estos años, sino para publicar y divulgar el pensamiento jurídico del país, dándole cabida siempre a los jóvenes juristas.

Hace cinco años atrás, con motivo de los 25 años de la aparición de la *Revista* y de la edición de su número centenario, su Director-fundador, fiel a los principios que justificaron su creación y que llevaron a sostener que se trataría de una publicación “*absolutamente impersonal*” y que “*No pertenece a ninguna institución, a ningún grupo ni a ninguna persona. Es sencillamente la materialización de una corriente de pensamiento en el que encuentra su propia identidad*”⁴, extendió una vez más, la invitación a juristas nacionales e internacionales para colaborar en una publicación onomástica, que dio como fruto “*El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público (1980-2005)*”⁵.

Hay que agregar un mérito adicional a la *Revista*, durante el tiempo transcurrido se han efectuado otros ensayos editoriales que a pesar de su empuje y calidad inicial, lamentablemente han gozado de menos fortuna, logrando una permanencia efímera en el mundo académico jurídico, entre otras razones como consecuencia de la situación político-económica que ha caracterizado al país durante los últimos dos lustros, donde se ha transitado decidida y planificadamente hacia la destrucción de la Democracia, las instituciones y el Estado de Derecho; sin embargo, la *Revista* ha sobrevivido y más importante aún, ha estado presente para dar testimonio de tales acontecimientos.

En estos momentos en los cuales el Derecho en general y nuestra disciplina jurídica en particular, atraviesan por múltiples dificultades institucionales, constituye un acto de fe seguir creyendo en el Derecho Público.

Ahora, que muchos estudiantes, noveles y veteranos abogados pierden la ilusión y la esperanza al ver el resquebrajamiento de las instituciones democráticas establecidas en la Constitución, se puede tomar el ejemplo de una generación de entonces jóvenes juristas, entre quienes destacaban Eduardo García de Enterría, Fernando Garrido Falla, Jesús González Pérez, José Luís Villar Palasí, Manuel Alonso Olea, Luís Jornada de Pozas, Segismundo Royo-Villanova, Manuel Ballbé, Manuel Clavero Arévalo, Laureano López Rodo y Fernando

³ *Ob. cit.* p. 4.

⁴ *Ob. cit.* p. 3.

⁵ AA.VV. (Dir. A. R. Brewer-Carías), *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público (1980-2005)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

Sainz de Bujanda, que iniciaron su actividad académica cuando en su país no existían ni democracia, ni constitución, ni derechos humanos, ni estado de derecho y juntos fundaron la prestigiosa *Revista de Administración Pública*, que este año cumple 60 años de edición ininterrumpida⁶.

Fue en este espacio académico donde se formularon, debatieron y expusieron las tesis doctrinales que servirían de sustento al restablecimiento de las instituciones democráticas en España y fueron ellos los llamados a trabajar en la reconstrucción del Estado de Derecho y del ingreso a la Unión Europea, que colocó al país nuevamente en el sendero del progreso y desarrollo.

Ahora que finaliza la primera década del siglo XXI y la *Revista de Derecho Público* llega a los primeros 30 años, con aquella misma ilusión que un grupo de profesores del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, sumaron sus esfuerzos a los del profesor Brewer-Carías y de Mary Ramos Fernández para desarrollar esta obra científica, los actuales profesores de Derecho Administrativo y Constitucional de las más prestigiosas universidades del país, deben asumir con esperanza renovada la lucha por el restablecimiento de la Democracia y el Estado de Derecho en Venezuela, trabajando con la Constitución, los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos y los Principios Generales del Derecho, con sus libros, computadores y bolígrafos que son las únicas armas con las que cuentan las personas de bien, para enfrentar la barbarie que gobierna el país y contribuir a superar el primitivismo que actualmente ha colocado a la sociedad venezolana en la cola del mundo civilizado y desarrollado, que para vergüenza de todos los venezolanos ha convertido al régimen en el hazmerreír mundial y que ha impedido que Venezuela ingrese realmente al siglo XXI.

Es por ello que cabe reiterar la invitación efectuada en otras oportunidades tanto en la capital como en la provincia, a nivel nacional e internacional a continuar estudiando, investigando en los libros y en concreto en los trabajos publicados en la *Revista de Derecho Público*, a leer las leyes y analizar las sentencias –en especial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Internacional Penal–, para recibir el testigo de los maestros y persistir en la lucha por la reconstrucción del Derecho Público Democrático.

En razón de ello, el presente trabajo pretende recordar a aquellos académicos, jueces y abogados, tanto nacionales como internacionales, que han colaborado en la *Revista de Derecho Público* y que con sus aportes han contribuido al desarrollo de las instituciones jurídicas durante las tres décadas de existencia de la publicación que se conmemora.

Para una mayor claridad en la exposición de las ideas, se dividirá el presente trabajo en los siguientes puntos: Los autores de la Revista en la primera década: 1980 a 1989 (II); los autores de la Revista en la segunda década: 1990 a 1999 (III); los autores de la Revista en la tercera década: 2000 a 2009 (IV); y las consideraciones finales (V).

II. LOS AUTORES EN LA PRIMERA DÉCADA: DE 1980 A 1989

El honor de exponer sus reflexiones académicas en el primer número de la *Revista de Derecho Público* lo tuvieron el citado presentador Antonio Moles Caubet, así como los pro-

⁶ El día 5 de febrero de 2010, en el Teatro de las Cortes de San Fernando en Cádiz, la Asociación Española de profesores de Derecho Administrativo, le tributaron un homenaje a los integrantes de esta generación, en reconocimiento al aporte que realizaron al Derecho Administrativo, a través de la *Revista de la Administración Pública*, durante los primeros 180 números.

fesores José Guillermo Andueza, quien había sido Decano de la Facultad de Derecho; Allan Brewer-Carías, quien se desempeñaba como Director del Instituto de Derecho Público; José Melich Orsini, quien también fue Decano de la Facultad de Derecho; Gonzalo Pérez Luciani, Jesús Caballero Ortíz, Manuel Rachadell, Joaquín Rodríguez Falcón, Nelson Rodríguez García, todos profesores de la Universidad Central de Venezuela y Henrique Meier, profesor de la Universidad Católica Andrés Bello.

A ellos se sumaron en los números siguientes los profesores de la Universidad Central de Venezuela, Eloy Lares Martínez, Gustavo Planchart Manrique, Hildegard Rondón de Sansó, Ana Elvira Araujo, Emilio Figueredo Planchart, Antonio Linares, Andrés Aguilar M., Juan Garrido Rovira, José Muci Abraham, Mario Pesci-Feltri Martínez, Tomás Polanco Alcántara, Gustavo Urdaneta Troconis, Gustavo Tarre, Luis Torrealba Narváez, Absara Mariano, Leopoldo Borjas, Eduardo Vio Grossi, Isabel Boscán de Ruesta, Gabriel Ruán Santos, Hermes Harting, Armando Rodríguez, Ezra Mizrahi Cohén, Luís Henrique Farías Mata, Luciano Lupini Bianchi, Orlando Tovar Tamayo, Enrique Sánchez Falcón, Isidro Morales Paul, Rogelio Pérez Perdomo, José Urdaneta Pérez, Eloisa Avellaneda, Judith Rieber de Bentata, Raúl Arrieta, Enrique Lagrange, Oswaldo Anzola, Humberto Briceño León, Juan Ignacio Lessmann, Juan D'Stefano, Gustavo Linares Benzo, Pedro Nikken y Magdalena Salomón de Padrón.

Por la Universidad Católica Andrés Bello, participaron los profesores Cecilia Sosa Gómez, entonces Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas; Arístides Rengel Romberg, Emilio Ramos de La Rosa, Luis Beltrán Guerra Guerra, Carlos Ayala Corao, Román J. Duque Corredor, Tulio Alberto Álvarez, Hugo Nemirovsky, Henrique Iribarren Monteverde, Oswaldo Padrón Amaré, Gustavo Briceño, José Antonio Muci Borjas, Germán Acedo Payares, Alejandro Fuenmayor Espina, Jorge Andrés Neher y Alfredo Morles Hernández.

Por la Universidad de Carabobo, se encuentra la colaboración del profesor Antonio De Pedro; por la Universidad Nacional Abierta, del profesor Enrique Vilorio; por la Universidad de Los Andes, del profesor Fortunato González Cruz; por la Universidad del Zulia, del profesor José Molina Vega.

También participan en las publicaciones, destacados abogados como Maximiliano Hernández, Irma Isabel Lovera De Sola, Daniel Bendahán, Luis Alejandro Aguilar, Guillermo Altuve Williams, Gabriel Bentata, César Hernández, Manuel Peña López, Oswaldo Páez Pumar, Víctor Bentata, Freddy Vásquez Bucarito, Carlos J. Sarmiento Sosa, Francisco Javier Utrera, Ángela Jaffe Carbonell, Adela Vivas Arizabaleta, Guillermina Padilla, José Gregorio Salvuchi, Mery Bóveda, Gloria Solórzano y Vicente Amengual Sosa.

Entre los jueces colaboraron Antonio Angrisano, Luis Corsi, Pedro Miguel Reyes, Armidia Quintana Matos, Noelia González Ordoñez y René de Sola, para ese momento Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

La sección de Información Legislativa se encontraba a cargo de la profesora Ana María Ruggeri y la de Información Jurisprudencial, a cargo de la Secretaría de Redacción de la Revista, Mary Ramos Fernández.

Entre los invitados internacionales en esa década se destacan José Roberto Dromi (Argentina), Donald C. Rowat (Canadá), Jaime Vidal Perdomo (Colombia), Eduardo Ortíz Ortíz (Costa Rica), Bárbara María Rodríguez Asswann (Costa Rica), Manuel Ventura Robles (Costa Rica), Juan Alfonso Santamaría Pastor (España), Alejandro Nieto (España), Jesús González Pérez (España), Eduardo García de Enterría (España), Luciano Parejo Alfonso (España), Dominique Latournerie (Francia), Marcial Rubio Correa (Perú), Alberto Ramón Real (Uruguay) y Héctor Gros Espiell (Uruguay).

III. LOS AUTORES EN LA SEGUNDA DÉCADA: DE 1990 A 1999

En este período de desarrollo y consolidación académica, se mantienen algunos de los profesores de la Universidad Central de Venezuela e ingresan otros. Entre quienes destacan se puede mencionar a Allan R. Brewer Carías, Gustavo Linares Benzo, Hildegard Rondón de Sansó, Ezra Mizrahi, Oswaldo Anzola, Pedro Nikken, Jorge Neher, Luciano Lupini Bianchi, Gabriel Ruán Santos, Humberto Romero Muci, Héctor Faúndez Ledesma, Elsa Amorer Reyes, Alí José Venturini, Juan Domingo Alfonso Paradisi, Armando Rodríguez, Alberto Blanco-Urbe Quintero, Mario Pesci-Feltri Martínez, José Muci-Abraham, Juan Garrido Rovira, Gustavo Urdaneta Troconis, Ana Elvira Araujo y Humberto Briceño León.

Por la Universidad Católica Andrés Bello, participaron los profesores Gustavo Briceño, Luis Ortiz Álvarez, Tulio Alberto Álvarez, José Antonio Muci-Borjas y Rafael Chavero.

Por la Universidad de Carabobo, se destaca la colaboración de la profesora Rosibel Grisanti Belandria.

Entre los abogados se cuentan las contribuciones de Pedro Miguel Reyes, Nelson Roth, José Gabriel Sarmiento Núñez, Carlos Sarmiento Sosa, José Peña Solís, María Gabriela Cuevas, Jorge Luis Suárez, Rómulo Parra, Isabel Boscán de Ruesta, Víctor R. Hernández-Mendible, Santos Michelena, Juanita Santander Gámez, Francisco Briceño, Marianella Zubillaga de Mejía, Víctor Bentata, Helbetía L. González, Luis Aquiles Mejía, Sonia Zapata Canillas, María Amparo Grau, Alfredo Benaím, Vicente Amengual Sosa, José Martínez Lema, Diógenes Bermúdez Alfonso, Hernando Díaz Candia, Orlando Cárdenas, Belkis Godoy Durán, Freddy Suárez Alcalde, María Magdalena Velásquez, Alejandra Figueiras Robisco, Diana González, Alberto Ruíz Blanco, Gonzalo Pérez Salazar, Annkarina Frías Tovar, Irene Paul Moros, Mariela Díaz Cestari, Aurilivi Linares Martínez, Alexander Gallardo, Germán Acedo Pallares, Rafael Guillod Troconis, Antonio Silva, Cosimina Pellegrino Pacera, Isabel Gómez, Carlos Luis Carrillo Artiles, Pablo Marín Adrián, Lucila Santana de Sira, Claudia Nikken, Giuseppe Rosito, Luis Fraga, César Carballo Mena y Irmisabel Lovera De Sola.

Todas las contribuciones de los autores mencionados estuvieron acompañadas de los aportes efectuados por la Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Josefina Calcaño de Temeltas, el Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Asdrúbal Aguiar Aranguren y el Magistrado de la Corte Internacional de Justicia, Andrés Aguilar Mawdsley.

La sección de Información Legislativa pasó a la responsabilidad de Caterina Balasso Tejera y la de Información Jurisprudencial, siguió siempre a cargo de la Secretaría de Redacción de la *Revista*, Mary Ramos Fernández.

Entre los invitados internacionales destacan Beltrán Gambier y Carlos Zubiaur (Argentina), Eduardo Ortíz Ortíz (Costa Rica), Luciano Parejo Alfonso (España), José Eugenio Soriano García (España) y Tomás Cano Campos (España).

IV. LOS AUTORES EN LA TERCERA DÉCADA: DE 2000 A 2009

La tercera década se desarrolla bajo el signo de la destrucción del Estado de Derecho, que se ha descrito anteriormente de la siguiente manera: “Actualmente Venezuela tiene un Estado caracterizado –al margen de la Constitución– por ser fuertemente centralista y unitario en el modelo de organización territorial; excesivamente presidencialista, caudillista y militarista en el ámbito gubernamental; absolutista y totalitario en el desempeño político del poder; ampliamente intervencionista en lo económico; irresponsable y desestabilizador en el ámbito internacional; policial y represivo en el ámbito de los derechos humanos; ideologizante y retrógrado en el ámbito educativo; y profundamente paternalista, demagogo y populista en el

ámbito social, lo que conduce erróneamente a que algunos que no tienen una firme y clara concepción democrática, responsable y plural del ejercicio del Poder, crean que se trata de un Estado aparentemente fuerte en la consecución de sus fines, pero en la realidad es institucionalmente débil e ineficiente para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de las personas⁷.

Tal situación no sólo es apreciada así por los juristas demócratas venezolanos, sino que también es percibida por todos los juristas comprometidos con la Democracia en el exterior del país, tal como lo testifica Eduardo García de Enterría -al referirse a la persecución política en contra del Director de la *Revista de Derecho Público*, que lo ha llevado al exilio-, quien califica la presente realidad venezolana como un régimen de gobierno dictatorial⁸.

Sin embargo, este panorama lejos de ahuyentar a los juristas, ha traído la incorporación de nuevos colaboradores comprometidos con las instituciones democráticas y el Estado de Derecho, ratificándose así la pluralidad que caracteriza la Revista como fiel testimonio de la realidad.

En este período se deben distinguir dos momentos: Uno, vinculado a la edición ordinaria de la Revista en medio de las dificultades provocadas por la situación política y el otro, concretamente relacionado con los números especiales dedicados a exponer el fraude constitucional fraguado desde el régimen para eternizarse en el poder.

1. *La edición ordinaria de la Revista*

En la tercera década los profesores de la Universidad Central de Venezuela siguen liderados por Allan R. Brewer Carías, quien fue acompañado por Manuel Rachadell, Juan Carlos Márquez, Alejandra Figueiras Robisco, Claudia Nikken, Carlos Luis Carrillo Artiles, Cosimina Pellegrino Pacera, Gustavo Linares Benzo, Armando Rodríguez, Luis Salamanca, Eugenio Hernández-Bretón, Gustavo Tarre y Humberto Romero Muci.

Por la Universidad Católica Andrés Bello, participaron los profesores Juan Cristóbal Carmona Borjas, Ignacio de León, Gustavo Briceño Vivas, Rafael Chavero, José Antonio Muci Borjas, Alejandro Enrique Otero, César A. Esteves, Jesús María Casal, Ricardo Antela y Asdrúbal Aguiar A.

Por la Universidad Monteávila, los profesores José Ignacio Hernández, Director del Centro del Estudios de Derecho Público y Daniela Urosa Maggi; por la Universidad del Zulia, la profesora María Elena León Álvarez; por la Universidad José María Vargas, el profesor Manuel Rojas Pérez y por la Universidad Simón Bolívar, el profesor Jesús María Alvarado.

Entre los abogados que han enviado sus aportes, aunque existen algunos conocidos como Irma Isabel Lovera De Sola, Judith Rieber de Bentata, Vicente Amengual Sosa y Nelson Socorro, también aparecen rostros nuevos como Luis Alfonso Herrera, Carlos García Soto,

⁷ Víctor R. Hernández-Mendible, La oralidad en el orden jurisdiccional administrativo, *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público (1980-2005)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 905-906.

⁸ Eduardo García de Enterría, *Palabras de presentación del Profesor Allan R. Brewer-Carías en el acto de presentación del libro "La Ciudad Ordenada"*, en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, en el cual se le confirió a él, el título de *Miembro Honorario*, el 11 de junio de 2008, consultada en original. También puede consultarse en *Revista de Derecho Público N° 114*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 273-275.

Juan Carlos Bracho Gherzi, Francisco Gámez Arcaya, Andrés Troconis, Oscar Rodríguez Pacannis, Carlos Urdaneta Sandoval, Alfredo Ledo Nass, Ivor Mogollón Rojas, Daniel Leza Betz, María de los Ángeles Delfino, Diego Barboza Siri, Giancarlo Henríquez Maionica, Carlos González Urdaneta, Luís A. Hernández, Gigliana Rivero, Sacha Rohán Fernández Cabrera, Tomás Arias Castillo, Gladys Mata Marcano, Marilena Asprino Salas, Karina Anzola y Betty Andrade.

Igualmente cabe destacar la colaboración del ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Consejero permanente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Pedro Nikken y de la ex-Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Cecilia Sosa Gómez.

La sección de Información Legislativa pasó a cargo de Marianella Villegas Salazar y la de Información Jurisprudencial, continuó bajo la responsabilidad de la Secretaría de Redacción de la Revista, Mary Ramos Fernández, con la colaboración de Marianella Villegas Salazar.

Ente los invitados internacionales también surgen nuevos nombres y repiten algunos conocidos, como Dieter Nohlen y Nicolas Nohlen (Alemania), Alejandro Daniel Perotti (Argentina), Claudia Caputi (Argentina), Marcelo Figueiredo (Brasil), Roberto Chacón De Albuquerque (Brasil), Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (Perú), Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (España), Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (España), Olivo A. Rodríguez Huerta (República Dominicana) y Carlos E. Delpiazzo (Uruguay).

2. *Los números especiales de la Revista*

Las graves circunstancias acontecidas en el país entre 2007 y 2008, originadas por las actuaciones ejecutadas por el Gobierno y la Asamblea Nacional, que valiéndose del ordenamiento jurídico conspiraron una vez más para violar la Constitución, –ya lo habían hecho desde los cuarteles en la década de los ochenta y noventa- motivaron a los profesores José Antonio Muci Borjas, de la Universidad Católica Andrés Bello y Carlos Luis Carrillo Artiles, de la Universidad Central de Venezuela, ambos miembros activos del Consejo de Redacción, a plantearle al Director de la *Revista*, en atención a las propuestas de reforma constitucional presentadas en 2007 y rechazadas por el pueblo en el referendo de 2 de diciembre de 2007, sacar sendos números monotemáticos de la *Revista*, dedicados a analizar tales propuestas y sus secuelas. Así, las ediciones de octubre-diciembre de 2007 y de julio-septiembre de 2008, se dedicaron monográficamente a efectuar “Estudios sobre la reforma constitucional de 2007” y “Estudios sobre los decretos leyes de 2007-2008” respectivamente. Fue así como el profesor Brewer-Carías asumió positivamente la sugerencia, realizó una amplia convocatoria a los académicos venezolanos y con la coordinación de los proponentes profesores Muci y Carrillo se logró una valiosa colaboración, sobre los temas vinculados a tales ediciones.

En los “Estudios sobre la reforma constitucional”, correspondiente a la edición octubre-diciembre de 2007, participaron por la Universidad Central de Venezuela, los profesores Allan R. Brewer-Carías, Gerardo Fernández, Alfredo Arismendi, Claudia Nikken, Manuel Rachadell, Ana Elvira Araujo García, Gustavo Linares Benzo, Gustavo Tarre Briceño, Carlos Luis Carrillo Artiles, Margarita Escudero León, Aurilivi Linares Martínez, Enrique Sánchez Falcón, Alberto Blanco Uribe-Quintero, Irma Isabel Lovera De Sola, Juan Carlos Prósquez, Juan Domingo Alfonso Paradisi, Gustavo Grau y Cosimina Pellegrino. Además, el profesor Román J. Duque Corredor, actual Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Por la Universidad Católica Andrés Bello participaron el Decano Jesús María Casal y los profesores, Freddy Orlando, Lolymar Hernández Camargo, José Amando Mejía Betancourt, Emilio Urbina Mendoza, Jorge Luis Suárez Mejías, Carlos Ayala Corao, José Antonio Muci Borjas, José Araujo Juárez, Ninoska Rodríguez Laverde, Víctor R. Hernández-Mendible, Alfredo Morles Hernández, Tamara Adrián, Uxúa Ojer, Alfredo Parés y Rafael Chavero.

Por la Universidad Metropolitana, el Decano Rogelio Pérez Perdomo y los profesores, Luis Abraham Vargas y María Verónica Espina Molina; por la Universidad Monteávila, el Decano Eugenio Hernández Bretón y el profesor, José Ignacio Hernández; por la Universidad Católica del Táchira, el ex-Decano José Luis Villegas Moreno; por la Universidad de Los Andes, el profesor Fortunato González Cruz; y por la Universidad Simón Bolívar, la profesora María Auxiliadora Andrade.

Entre los abogados destacan Betty Andrade Rodríguez, Giancarlo Henriquez Maionica, Juan M. Raffali, Carlos Urdaneta Sandoval, Ana Cristina Núñez Machado y José Rafael Bermúdez.

En los “Estudios sobre los decretos leyes”, de la edición correspondiente a septiembre-julio de 2008, participaron por la Universidad Central de Venezuela, los profesores Allan Brewer-Carías, Carlos Luis Carrillo Artiles, Aurilivi Linares Martínez, Manuel Rachadell, Cosimina Pellegrino Pacera, Jesús Caballero Ortíz, Alberto Blanco-Urbe Quintero, Alfredo Arismendi, Luis A. Herrera Orellana, Juan Domingo Alfonso Paradisi, José Gregorio Silva, Carlos Simón Bello Rengifo, Gustavo Grau, Juan Carlos Sainz Borgo y Jesús Escudero.

Por la Universidad Católica Andrés Bello, aportaron sus contribuciones los profesores Lolymar Hernández Camargo, José Vicente Haro García, Freddy J. Orlando, Ana Cristina Núñez Machado, Alfredo Morles Hernández, Tamara Adrián Hernández, José Amando Mejía Betancourt y Antonio Planchart.

De la Universidad Metropolitana colaboraron los profesores Jorge Kiriakidis e Irma Isabel Lovera De Sola; de la Universidad de Carabobo, las profesoras Marie Picard de Orsini y Judith Useche; de la Universidad Monteávila, los profesores Carlos García Soto, Carlos Wefefe y José Ignacio Hernández; de la Universidad Simón Bolívar, el profesor Jesús María Alvarado Andrade; y de la Universidad José María Vargas, el profesor Manuel Rojas Pérez.

Los aportes de los abogados se materializaron a través de Juan Korody Tagliaferro, Andrés Ortega, Luis Mariano Rodríguez, Patricia Zúñiga, Margot Araujo Medina, Francis Pérez Graziani, Valentina Cabrera Medina, Grazietta González Alfonso, Marieta Fuentes Heredia, Andrés Ortega, Erika Cornilliac, Oscar Moréan, Olimar Méndez Muñoz, Juan Manuel Raffali, Karina Anzola Spadaro, Juan Cristóbal Carmona Borjas, Karla D’Vivo Yusti, Betty Andrade Rodríguez y Ramón Aguilar.

Este número contó por primera vez con el aporte de una economista, Ana Carolina González.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Tal como se puede apreciar la *Revista de Derecho Público* con sus 124 números, se suma a las publicaciones que le antecedieron y a las que se publicaron de manera concomitante, para contribuir a la construcción de un auténtico Derecho Administrativo venezolano, cuyo prestigio y originalidad le ha llevado a situarse entre los más reconocidos de Iberoamérica.

Es por esta razón que con motivo de estos 30 años y por instancia del actual Subdirector de la Revista, profesor José Ignacio Hernández González, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, bajo la presidencia del profesor Román José Duque Corredor, en 2010, ha dictado un Acuerdo en homenaje a la *Revista de Derecho Público*.

No cabe más que sumarse a este reconocimiento y terminar felicitando y agradeciendo a todos los colaboradores a lo largo de este tiempo y en particular a los responsables de la permanencia y vigencia de la publicación, el Director Allan R. Brewer-Carías⁹, la Secretaria de Redacción Mary Ramos Fernández¹⁰ y su actual Subdirector José Ignacio Hernández, a quien le ha tocado codirigir en el momento más complejo para la Revista.

Las felicitaciones y el agradecimiento también son extensibles para Gabriela Oquendo, quien ha seguido la labor de Mary Ramos Fernández en la gerencia de la Editorial, quienes silenciosamente han hecho el milagro económico y editorial de que la *Revista* haya salido y siga existiendo a pesar de todo.

Finalmente, hago votos porque todos sigan disfrutando de mucha salud, durante los próximos años, para poder seguir colaborando con ellos, en la tarea de mantener de pie y encendida la atalaya que ilumina el quehacer del Derecho Público en Venezuela.

⁹ Entre los héroes anónimos -aunque no tanto- menciona el Director de la Revista a las señoras Francis Gil y Mirna Pinto, quienes en diferentes momentos han desempeñado un rol protagónico en la producción editorial de la *Revista de Derecho Público*. Allan R. Brewer-Carías, Prólogo, *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público (1980-2005)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 17.

¹⁰ El Director-Fundador de la Revista cuenta 25 años después de publicado el primer número que “Yo tenía el compromiso vital de sacarla y de que fuera duradera, para lo cual requería de colaboradores que tuvieran el mismo grado de compromiso. Tuve la fortuna de encontrar dicha persona, en la abogada Mary Ramos Fernández, quien había trabajado conmigo desde sus años de estudiante. Desde el inicio me acompañó en la edición de la Revista como Secretaria de la Redacción, y lo más importante, en la tarea cotidiana de recopilar y seleccionar las sentencias de la entonces Corte Suprema de Justicia, ahora Tribunal Supremo de Justicia, y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y estudiar y sistematizar la jurisprudencia en la forma de presentación y clasificación que siempre ha aparecido en la Información Jurisprudencial de todos los números de la Revista. No sólo yo debe agradecer la colaboración de Mary durante todos estos años, sin la cual la Revista simplemente no hubiera podido aparecer, sino que creo que todos los lectores y usuarios de la Revista tenemos que agradecerle su callada y permanente dedicación, sin lo cual no tendríamos todos de este instrumento tan importante para conocer la realidad jurídica venezolana”. Allan R. Brewer-Carías, Prólogo, *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público (1980-2005)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 16-17.

¿Qué queda de lo público?

Juan Antonio García Amado
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León

Resumen: *Se examina la evolución de los partidos y corrientes de opinión que se dicen de izquierda. Dicho examen se hace sobre el trasfondo de una exposición de las doctrinas principales en el debate contemporáneo de la Filosofía Política. Se explica que mientras tradicionalmente la izquierda democrática ha defendido el Estado como instrumento de igualdad de oportunidades entre los ciudadanos, hoy esa izquierda pone el Estado al servicio de nuevos mitos colectivistas y orgánicos, patrioterros incluso, como aquellas formas de nacionalismo y comunitarismo que históricamente han sido patrimonio de la derecha más rancia. Al tiempo, la defensa de la libertad individual es reemplazada por un paternalismo que viene a decirnos que debemos vivir virtuosos, sanos y bien hablados, aunque aumenten las desigualdades y la pobreza de muchos. La izquierda, así, ha acabado “plagiando” los viejos planteamientos de los partidos conservadores y traicionando los propósitos de justicia para los individuos, que eran su principal razón de ser.*

SUMARIO

- I. LA GRAN PREGUNTA: ¿CUÁNDO SE ECHÓ A PERDER LA IZQUIERDA?
 - 1. *¿Derecha e izquierda? ¿Conservadores y progresistas? A. Conservadores y progresistas. B. Liberalismo económico vs. Estado social.*
- II. RECAPITULACIÓN SOBRE EL SENTIDO POSIBLE DEL ESTADO Y DE LO PÚBLICO
- III. BIEN, PERO INSISTAMOS: CUÁNDO Y CÓMO SE ECHÓ A PERDER ASÍ LA IZQUIERDA
 - 1. *Una línea histórica que se quiebra.* 2. *Una línea doctrinal que nos desconcierta*
- IV. LA SÍNTESIS DE LOS ENGAÑOS

I. LA GRAN PREGUNTA: ¿CUÁNDO SE ECHÓ A PERDER LA IZQUIERDA?

Es famosa y muy repetida la pregunta que Mario Vargas Llosa, en el inicio su novela *Conversación en la catedral*, pone en boca del personaje Zavalita: ¿cuándo se jodió el Perú? Pues aquí, si se me permite, parafraseo y me pregunto cuándo se jodió la izquierda y, con ella, el sentido de lo público.

Para que esta pregunta encaje con la que se contiene en el título de este escrito, habrá que explicar que una de las señas de identidad del pensamiento y la doctrina política que podemos denominar de izquierda o progresista se halla en la confianza en “lo público”, en el Estado y sus medios, como instrumento para la promoción y gestión de reformas sociales que conduzcan a una mejor protección de la libertad y a una mayor garantía del ejercicio de las libertades de modo equitativo, es decir, en condiciones de igualdad de oportunidades. Son muchas las ideas implicadas en esta afirmación y convendrá que las vayamos desglosando, a fin de que se entienda cabalmente tanto aquella pregunta como la tesis que mantendré al responderla.

1. *¿Derecha e izquierda? ¿Conservadores y progresistas?*

En primer lugar, se impone dar sentido a esa dicotomía entre derecha e izquierda o entre conservadores y progresistas, para que no se piense que simplemente sucumbimos a los esquematismos propios de la propaganda electoral y de unos partidos que ocultan mediante vacíos eslóganes su íntima desideologización y su perfecta equivalencia e intercambiabilidad en la práctica política concreta.

Por supuesto, cualquier clasificación que se haga de doctrinas políticas estará referida a modelos o tipos ideales, sin perjuicio de que en la realidad de cada caso puedan los contornos ser menos nítidos, y al margen de que el panorama práctico no nos ofrezca contraposiciones tan diferenciadas, sino un continuum y una cierta fluctuación. Por hacer una comparación a efectos aclaratorios de esto, es como cuando en nuestra vida ordinaria clasificamos a las personas con las que tratamos en simpáticas o antipáticas. Pondremos a unos o a otros a este o a aquel lado y entenderemos que las diferencias son de grado, no terminantes. Pero si alguien no nos entiende bien y nos pide que explicitemos los fundamentos de esa catalogación, seguramente le daremos sentido a base de construir un modelo teórico o ideal de sujeto simpático y de sujeto antipático, caracterizando a cada uno de esos modelos por una serie de notas que se pretenden definitorias. Cuestión distinta es que algunas de esas notas puedan contener márgenes de vaguedad y que, en consecuencia, resulte dudosa su aplicación en un caso y, por tanto, la ubicación de tal o cual individuo en un punto preciso dentro de esa escala que va de la perfecta simpatía a la completa antipatía.

Hecha esa precisión y no perdiéndola de vista en las calificaciones políticas que estamos usando aquí, es preciso que situemos la izquierda -tal como ha venido entendiéndose en los últimos siglos, prácticamente desde que el concepto de izquierda surge en la vida política moderna y contemporánea- por referencia a una doble contraposición: la que se da frente a los conservadores y la que se manifiesta respecto a los enemigos del Estado.

A. *Conservadores y progresistas*

El conservadurismo tiene su esencia obvia en el propósito de conservar, de mantener algo tal como es y cómo fue hasta ahora. Al conservadurismo político pertenecerán, pues, aquellas doctrinas que arrancan de una valoración positiva de la configuración social, económica, moral y política del presente, razón por la que el objetivo es mantenerla en lo principal y evitar su crisis o transformación.

En otras palabras, al conservador le gusta sustancialmente la sociedad tal como es ahora mismo, por lo que no desea que cambie. El conservador tiende a pensar o temer que cualquier cambio sea para peor, salvo, si acaso, el que se dirija a recuperar esencias del pasado, como tradiciones, ritos, ceremonias, etc.

A lo que acabamos de decir debemos añadir una excepción: cuando se encuentra en una sociedad que ha mutado mucho o rápidamente y que ha dejado atrás sus señas de identidad y sus modos tradicionales, el conservador no quiere conservar lo que ahora mismo existe, sino romper con ello para retornar a ese pasado que se habría abandonado. En suma, el conservador es alguien que tiende a valorar el presente por lo que éste se parezca al pasado; cuanta más inmovilidad y permanencia de las estructuras sociales, mejor.

Lo opuesto al conservadurismo es el progresismo. Progresista es el que cree en el progreso; es decir, quien piensa que la sociedad debe cambiar, evolucionar hacia nuevas formas de relación y organización que rompan con las tradicionales y hoy establecidas, pues tanto las antiguas como las presentes se consideran injustas o claramente mejorables en lo que a su justicia se refiere. Así como el conservador mira al pasado para legitimar el presente, presen-

te que tendrá por tanto mejor cuanto menos rompa con lo de antaño, el progresista se fija en el futuro para justificar el presente, y éste valdrá como paso hacia ese porvenir que se quiere mejor.

Los partidarios del progreso y los partidarios de la inmovilidad o, incluso, y si así se puede decir, del “regreso”, se diferenciarán en su manera de entender la función del Estado. Mientras que los progresistas lo contemplan como un instrumento de transformación social y piensan que la acción política ha de servir para dirigir desde el Estado esos cambios sociales que, rompiendo con las estructuras sociales, económicas, morales y políticas heredadas, avancen hacia modos de vida colectiva más justos que los presentes, los conservadores asignan al Estado el cometido principal de respaldar, sea mediante la educación, sea a través, incluso, de la coacción, el orden tradicional y sus bases morales, jurídicas, económicas y políticas. Al conservador le interesa sobremanera que el Estado contribuya a la “conservación” de asuntos tales como los viejos usos, las costumbres ancestrales, la moral tradicional, la religión de los antepasados, el folklore heredado, los ritos arcaicos, etc., etc., pues en ese conjunto ve el cemento principal que mantiene aglutinada a esa sociedad y que impide su transformación, tan temida.

Una pregunta empieza a inquietarnos, y luego daremos cuenta de ella: ¿por qué en nuestros días se considera progresista la política conservadora de tradiciones, formas de vida, lenguas, usos sociales, folklores, etc.?

B. *Liberalismo económico vs. Estado social*

Si ya empezamos a sospechar, visto lo anterior, que existe una (autodenominada) izquierda que es profundamente conservadora y que le va comiendo el terreno al conservadurismo de toda la vida, ahora vamos a comprobar que también hay una derecha no conservadora. Aquí la contraposición se traza entre partidarios de un Estado mínimo, pasivo, con muy pocas funciones, y los defensores de un Estado activo y que dirija y gestione (o al menos controle la dirección y gestión) de asuntos muy relevantes de la vida social.

Como siempre, en el lenguaje político actual fallan las etiquetas, para empezar. A los que no quieren apenas Estado podemos llamarlos liberales, pero, como liberales los hay de muchos tipos, tal como más adelante comprobaremos, será mejor que los denominemos ultraliberales. Estiman que la única forma de organización social que es respetuosa con las libertades fundamentales de los sujetos, la única que no engendra esclavitudes y opresión, es la que se basa en los mecanismos del mercado, de un mercado no interferido y en el que los resultados del libre intercambio de oferta y demanda no son alterados por ningún tipo de intervención o medida coactiva de los poderes públicos, del Estado. Todo para el mercado, nada para el Estado, ése podría ser el lema que resumiera esta postura. O casi nada para el Estado, pues lo único que a los poderes públicos les ha de competir es el mantenimiento del orden social básico, del que permita el libre desenvolvimiento de los individuos y del sistema económico de mercado. Es decir, el Estado tiene que velar para que nadie mate ni robe ni esclavice a otros. Fuera de eso, la organización social legítima sería aquella en la que nada se impone desde los poderes públicos y todo se fía a la espontaneidad de la oferta, la demanda y los precios no intervenidos. Y, a partir de ahí, al que Dios se la dé, San Pedro se la bendiga. ¿Qué hacen falta carreteras o escuelas? Que las paguen los que las necesitan o desean usarlas. Nada de servicios públicos, nada de recaudar –coactivamente- impuestos para “regalar” cosa alguna a quien no pueda o no desee pagar su precio.

En este capítulo la actitud que –a falta de mejores etiquetas- podemos volver a llamar progresista o de izquierda se caracteriza por entender que, ciertamente, la libertad es supremo bien para cada persona, pero, precisamente por eso, tiene que estar garantizada para *cada*

persona, y por ello ha de ser libertad en igualdad: todos tienen que (poder) ser igualmente libres, y, en consecuencia, no hay más libertad legítima que la libertad en igualdad. No se trata de que haya que convertirnos a todos en iguales, pasarnos por el mismo molde, hacernos idénticos, sino de que cada cual ha de contar con las mismas posibilidades sociales de realizar su vocación o luchar por sus aspiraciones personales, y por eso han de existir, conjuntamente y de la mano, los derechos sociales y los servicios públicos.

No es bastante que a mí el Derecho me reconozca la posibilidad *jurídica* de comprarme una casa de quinientos metros cuadrados cerca de la playa más hermosa del país o de llegar a presidente del mayor banco o de ganar el mejor premio literario que se otorgue en este Estado. Ese reconocimiento es el mismo para mí y para cualquier otro ciudadano, pues ninguno está excluido de nada de eso por nacer en tal o cual familia, en este o en aquel barrio, o por ser hombre o mujer, o bajo o alto. Pero, además de esa igualdad o no discriminación *en el Derecho y ante el Derecho*, debemos considerar también las posibilidades y probabilidades fácticas, materiales, de cada uno. Admitido que esos y otros golosos puestos o posiciones sociales se alcancen en régimen de libre competición y que conseguirá más altas metas quien tenga mayores capacidades, acumule mejores méritos y haga valer más laboriosidad y constancia, la pregunta es ésta: ¿dependerá solamente de eso, de las capacidades, los méritos personales y los temperamentos, o resultará que la suerte está echada de antemano, que se juega con las cartas marcadas, que falta *fair play* en la competencia social?

Plateémoslo de otro modo. Ahora mismo, mientras yo escribo estas líneas o usted las lee, están naciendo varios niños en España. Unos vendrán al mundo en familias muy acomodadas, pongamos que en la alta burguesía financiera con residencia en la calle Serrano de Madrid o en una espaciosa casa de La Moraleja; otros, en una familia gitana de un barrio marginal de alguna ciudad de provincias. Y ahora preguntémosnos: ¿son las mismas o, al menos, similares las posibilidades y probabilidades de que esos dos niños alcancen metas como las antes reseñadas a título de ejemplos? La respuesta es, obviamente, que no. El destino de cada uno de ellos no dependerá meramente de que sea más listo, más hábil, más voluntarioso y con mejores y más variados talentos o de que esté escasamente dotado de todo ello. Eso es lo que se denomina la lotería natural: los atributos personales con los que cada uno nace, que son los que le caen en suerte, por puro azar o por determinaciones genéticas completamente ajenas a la voluntad. Dependerá grandemente ese destino, además y muy principalmente, de lo que se llama la lotería social: de que venga al mundo acá o allá, en tal o cual familia, en tal o cual marco económico, en tal o cual ambiente. Eso tampoco se elige. Y la pregunta es: por qué, si mis capacidades y virtudes son mayores que los del hijo de papá económicamente pudiente y si puedo acumular más amplios méritos con mi esfuerzo, ha de ser mi destino peor, por qué he de tener menos posibilidades, por qué no han de ser *iguales mis oportunidades* a la hora de hacer mi vocación y de labrar mi vida en libertad. Por qué, si él y yo aspiramos por igual a ser catedráticos de universidad o ministros o banqueros, él lo tiene más fácil que yo aunque sea más torpe y bastante más zángano.

El ultraliberal contestaría que qué le vamos a hacer, que cada cual goza tiene la suerte que le toca y que intentar corregir, desde el Estado y con medios coactivos -como los impuestos-, lo que de lamentable podamos ver en esa distribución de las suertes, en los resultados de la lotería natural y la lotería social, acaba resultando fuente de mayor injusticia y de desastres peores. ¿Por qué? Porque cuando el Estado se mete a reordenar la sociedad a su gusto o según lo que le parezca más equitativo al gobernante de turno, suceden siempre dos cosas negativas. Una, que se hace añicos la libertad individual, la única que existe y merece reconocimiento, ya que ese Estado que redistribuye y reordena no dejará que cada uno haga lo que desee con su vida y con su propiedad; es decir, la alternativa a aquellas loterías es el Estado autoritario, y no caben arreglos intermedios. O son libres y se autogobiernan los parti-

culares, o se mete el Estado a gobernarlos y entonces la libertad se la apropia el Estado y los ciudadanos dejan de ser tales y pasan a súbditos, poco menos que a esclavos. Para esos ultra-liberales, entre el Estado mínimo que ellos quieren y el Estado totalitario no hay espacio para términos medios.

Y la otra mala consecuencia sería el empobrecimiento general. El Estado gestor y redistributivo devora recursos, sale muy caro, acaba “comiéndose” él -su burocracia- lo que recauda con el pretexto de brindar servicios y garantizar derechos y justicias. En el puro mercado no alterado por el Estado habrá desigualdades grandes entre los que tengan más y los que posean menos, pero la dinámica económica y productiva será tan potente que hasta los que lleven peor suerte acabarán viviendo mejor que si es el Estado el que se dedica a protegerlos.

Por su parte, el que llamamos progresista o de izquierda alegrará que nadie tiene por qué disfrutar en plenitud y sin restricción lo que no merece, y no merecida es, por ejemplo, la fortuna que alguien recibe en herencia o la cuna privilegiada en que nació. Porque, por las mismas, tampoco el que sacó bolas negras en la lotería natural y en la lotería social ha hecho nada que le lleve a merecer tanta desgracia. Bien está que la libertad básica de cada uno se respete y que a nadie se fuerce a vivir como no pretende o a hacer lo que no le agrada, pero también se debe mirar el otro lado de la moneda: es igualmente lamentable e injusto que quien tiene capacidad personal para alcanzar determinadas cimas no pueda llegar a ellas por razón de los obstáculos sociales con que se encuentra sin culpa ninguna, simplemente por no haber nacido en otra casa u otro barrio.

Así que para la izquierda la consigna se llama igualdad de oportunidades. No que todos vivamos igual y tengamos lo mismo, se admite que haya distintas posiciones sociales, responsabilidades diversas y niveles económicos distintos; que, sin ir más lejos, puedan unos ciudadanos ganar más que otros y disfrutar mayor bienestar. Pero se trata de que las oportunidades de lograr las posiciones mejores o más ambicionadas sean para todos las mismas. A eso se llama igualdad de oportunidades.

Con una comparación se verá todavía más claro. Imaginemos una competición atlética, mismamente una carrera de mil metros lisos. Admitimos que el ganador se hará con un buen premio, que el segundo llevará el siguiente premio en valor y que para el tercero será la tercera recompensa. Admitimos también que hay competición y no, por ejemplo, sorteo del resultado -de los premios- o prohibición de los torneos atléticos. Pero, además y si queremos que el resultado sea justo, debe estar garantizado el juego limpio, a fin de que gane el más rápido y no el ventajista o el amigo de los árbitros. Si la carrera es de mil metros, la línea de salida ha de ser para todos la misma y estar precisamente a esa distancia para cada cual, a mil metros de la meta. Si, por contra, el competidor A sale a diez metros de la meta, el B a los mil preceptivos y el C a diez mil, ¿quién será con toda probabilidad el vencedor? Sin duda, A. ¿Por ser el más veloz, el que mejor entrenó, el más competente corredor? No, por la ventaja de la que disfrutó frente a los otros participantes. Entonces, si antes de dar la señal de salida A, B y C están situados de esa manera, a esas distancias de la línea de meta, ¿qué debemos hacer para que la carrera sea en verdad una contienda atlética como se pretende? Pues mover a “A” hacia atrás -o descalificarlo si se resiste-, exactamente novecientos noventa metros, y mover a “C” hacia adelante, concretamente nueve mil metros. Y entonces sí, que gane el mejor y que cada uno se lleve el premio que mereció; porque sólo entonces el premio de cada quien será el merecido.

Apenas hará falta traducir la comparación. Para que en la competición social las oportunidades sean iguales, habrá que quitar a los que tengan más para dar a los que tengan menos.

Pero no es quitar por quitar ni dar por el mero gusto de regalar, no. Lo hace el Estado y con el fin de otorgar sentido pleno a la libertades con cuya garantía se legitima. Lo hace el Estado y debe hacerlo allí donde las libertades individuales no han de ser puro escarmio para algunos y donde, además, las Constituciones consagran los llamados derechos sociales, que son derechos basados en la equiparación material mínima para el disfrute igual de la libertad, y derechos que no pueden cumplirse sin la presencia y la acción de un Estado que mediante servicios públicos brinda a cada ciudadano la satisfacción de sus necesidades más básicas: educación, sanidad, vivienda, alimento, abrigo... Porque sin un mínimo de todo eso, nadie es libre, por mucho que el Código Civil explique que cada uno pueda hacer cualquier cosa que no perjudique a otro ni ofenda el orden público.

En resumen, que hay una derecha antiestatista que sólo confía en el mercado, y existe una izquierda que ve en el Estado el único o el principal recurso para una distribución de la riqueza a través de la prestación de derechos sociales que, a su vez, procuran la igualdad de oportunidades entre los ciudadanos. En esta izquierda, por consiguiente, hay mucho más espacio para lo público del que quiere aquella derecha.

Pero si de las doctrinas y los modelos pasamos a la cruda realidad, corremos peligro de recaer en la perplejidad y hasta en la melancolía. Pues no podremos reconocer como izquierda, sino como impostura política de la peor calaña, a un partido que, por mucho que se diga izquierdista, logra en sus años de gobierno que la distancia entre pobres y ricos crezca en lugar de menguar, como ha ocurrido en España en los tiempos del zapaterismo; a un partido que, por mucho que se diga izquierdista, consigue que servicios públicos tan fundamentales como el de la educación pierdan calidad y eficacia, en lugar de mejorar. Alguien nos está dando gato por liebre y por eso es necesario que tengamos claridad sobre las ideas, para poder, luego, juzgar con propiedad sobre el sentido y la justificación de las políticas concretas.

II. RECAPITULACIÓN SOBRE EL SENTIDO POSIBLE DEL ESTADO Y DE LO PÚBLICO

Sabemos ya que a algunos no les gustan nada los Estados y creen que difícilmente puede verse como legítima una autoridad estatal que está por definición abocada a limitar nuestras libertades primeras, las de vivir como queramos y hacer lo que nos dé la gana. Son los ultraliberales, que, sin embargo, se inclinan ante el mercado y la suerte que en él se reparte, aceptando como destino ineluctable tanto lo que dicte el azar, ese azar que nos lleva a nacer acá o allá y con unos u otros atributos, como lo que determine el juego aleatorio de la oferta y la demanda en un sistema económico en el que todos tratamos de maximizar nuestra ventaja imponiéndonos a los competidores. Para los ultraliberales no queda sitio en un Estado legítimo para derechos sociales ni para servicios públicos ni para políticas públicas, con la única salvedad de la seguridad, del orden mínimo que sea salvaguarda de nuestra vida, nuestras libertades, entendidas como ausencia de interferencias ajenas, y nuestra propiedad. Esos ultraliberales tienen enfrente, en la izquierda, toda una tradición política de empeño en la igualdad de oportunidades y de justificación del Estado por su función de garante de los derechos sociales que a ella conducen.

También hemos visto que esos ultraliberales sólo en cierto sentido son conservadores, pues en su afán por eliminar trabas a la libertad de mercado y en el mercado y en su empeño por ver en todo sujeto un *homo oeconomicus* igual ante la ley, han combatido y combaten todo límite y todo vínculo social basado en tradiciones, en sistemas morales densos y comunitarios o en la sobrevaloración de lo colectivo frente a lo individual. En ese sentido, el liberalismo todo, y también el liberalismo económico, ha cumplido históricamente un papel

liberador, una función esencial a la hora de romper con la desigualdad ante la ley y con los lazos comunitarios que en el Antiguo Régimen ataban a los individuos a su tierra y a su oficio, a la religión o a la moral antiguas y a la autoridad establecida. Sólo que hoy, cuando las bases jurídicas y éticas del mercado parecen plenamente aseguradas, ese ultraliberalismo economicista opera como freno de las reformas sociales y como impedimento para políticas redistributivas que, desde el Estado y lo público, intenten que cada ser humano tenga en la vida unas oportunidades similares a las de cualquier otro. Es decir, mientras el liberalismo ha servido y sirve para velar porque cada ciudadano pueda ser jugador en el mercado, sin que ninguno quede de antemano excluido, formalmente discriminado, a la izquierda le ha tocado pelear para que en ese juego haya *fair play*, condiciones iguales que hagan que los resultados finales tengan más que ver con el merecimiento de cada uno que con la suerte o el azar, con la lotería natural o -sobre todo- social.

Si el Estado se justifica por este compromiso con la igualdad de oportunidades y los derechos sociales, si el Estado, además de poner orden frente a la violencia, ha de establecer condiciones para una mínima justicia de las relaciones sociales, va de suyo que ha de ser titular de ciertas potestades, prestador de determinados servicios y gestor de sus propios bienes, esos que en ejercicio de potestades como las fiscales se procura para poder atender dichos servicios públicos. Ése es el lugar de lo público, el espacio que al Estado le corresponde en el marco de la interacción social. El Estado, entonces, no está ahí para que seamos buenos, para que vivamos de una manera u otra, para decirnos lo que hemos de pensar, lo que podemos decir o lo que tengamos que creer, sino para permitirnos realizar nuestros planes de vida sin discriminación y participar en la competición social bajo pautas equitativas y de juego limpio.

Así son las cosas según la historia y sobre el papel, en los libros, pero... Pero cómo se explica, entonces, que a día de hoy se consideren progresistas y se propugnen desde la auto-denominada izquierda políticas de retirada del Estado de servicios esenciales, políticas de penetración de la lógica económica y del criterio del puro beneficio monetario en ámbitos en los que la guía ha de ser la búsqueda de utilidades de otro tipo para los ciudadanos. Pensemos en el empeño, tan repetido, en poner a las universidades a merced de las necesidades de la empresa, en buscar que sean las empresas privadas las que se vayan haciendo cargo de la financiación de los estudios universitarios y de las investigaciones que a ellas les interesen; en el acoso a y abandono de las disciplinas que de modo inmediato, directo y rápido no sirvan para producir beneficio empresarial o rendimiento económico bruto. O pensemos en cómo el servicio público de Justicia se ve acorralado por la propaganda “progresista” en favor de sistemas alternativos de solución de conflictos (mediación, conciliación, arbitraje), con los que hacen su agosto empresas nuevas y gabinetes bien relacionados; o recapitemos sobre el auge que en el sistema de justicia penal va tomando la negociación de la pena entre la víctima y el acusado, con las instituciones del Estado como testigos o fedatarias. Todo eso supone la reintroducción en el servicio de la Justicia de la dispar correlación de fuerzas y las asimetrías de poder e influencia que en la sociedad se dan y que habría que ir corrigiendo en lugar de santificar de tal manera. Y qué decir de la delegación que de parte de su función asistencial y prestacional para los más desfavorecidos de dentro o de fuera de sus fronteras hace el Estado en favor de las ONGs, que -al margen de la meritoria labor de algunas- se gestionan con la oscuridad de las empresas o asociaciones privadas, pero que dejan de ser “no gubernamentales” a la hora de reclamar que sus ingresos provengan del erario público. ¿Es en verdad social y servidor de políticas de progreso un Estado que retorna a los esquemas de la caridad privada y que, todo lo más, da él mismo limosnas en lugar de asegurar servicios e igualar oportunidades?

También sabemos que hay una parte de la derecha, la conservadora, la tradicionalista, que no es enemiga del Estado, sino que lo quiere bien fuerte y activo, mas no para que emprenda políticas sociales que enmienden las injusticias heredadas y equiparen las oportunidades vitales de los ciudadanos, sino para que respalde y perpetúe el statu quo; para que proteja los valores comunitarios frente al riesgo de su disolución o su mutación donde impere la libertad individual; para que eduque a los sujetos en el amor a la cultura común y en la adoración a las señas de identidad colectiva; para que use el poder coactivo para proteger y hasta imponer una lengua, una fe, unos hábitos, cualquier cosa que valga para que el Estado siga siendo Estado-nación y no Estado de los ciudadanos-individuos libres e iguales en derechos; para que desde el Estado se amparen los esquemas habituales de dominación política, éstos que han de hacer que sigan gobernando los de siempre, los puros, los de aquí, los de las familias como es debido, los que llevan los genes de la raza elegida, los que conocen la tierra porque ha sido suya siempre y la economía local porque siempre la han explotado sus familias. Ese conservadurismo que ansía que a la Historia se le rinda culto para que el poder se herede como parte de ese patrimonio históricamente legitimado; que desea que la moral de la colectividad no cambie para que, desde ella, se siga venerando y obedeciendo al cura, al alcalde y al patrón; ese conservadurismo que sabe que si a cada ciudadano se le da la ocasión de irse, sea materialmente, cruzando fronteras, sea intelectualmente, ampliando horizontes mediante una educación integral y una cultura libre, se irán muchos, la mayoría; ese conservadurismo tiene sus mejores servidores hoy, aquí y ahora, en... los que se dicen progresistas, los que se pretenden de izquierda y pugnan por la insolidaridad entre las partes del país, los que se fingen de izquierda y sacrifican las elecciones individuales en el altar de las identidades colectivas.

Ahí vemos a nuestra izquierda desnortada, haciendo el juego al ultraliberalismo económico a base de someter los servicios públicos principales a la lógica empresarial y del beneficio privado, y sirviendo al conservadurismo más rancio mediante la traición a la libertad individual y el echarse en brazos de un comunitarismo tradicionalista y nostálgico de los vínculos sociales premodernos. Ahí contemplamos, perplejos, a nuestra izquierda soltando la bandera de la igualdad de oportunidades y queriendo que el Estado piense como una empresa más y se codee con las empresas de toda la vida. Ahí la tenemos, poniendo separaciones entre los ciudadanos a base de fomentar cualesquiera identidades grupales parciales, en vez de hacer del conjunto una sociedad de individuos libres que entre sí compiten pero con lealtad a las reglas del juego común y con conciencia de que el interés general es lo que de común tienen los intereses de cada uno cuando los intereses de cada uno no los manipula alguna secta.

En esa situación está “lo público” en este instante. El Estado se adelgaza para que el beneficio privado tenga más donde expandirse, en la convicción de que, como motor del progreso, mejor será confiar en el egoísmo que en la solidaridad. Pero, al tiempo, el Estado no deja ni de recaudar ni de engordar las plantillas de sus supuestos servidores, pues, por un lado, nuevas tareas comunitarias, nuevos servicios a identidades, culturas y tradiciones ocupan el lugar que debería ser de las políticas de igualdad de oportunidades, y, por otro lado, el Estado se ha vuelto, descaradamente, el abrevadero de una clase política profesionalizada y que ya no compite en el campo de las ideas y los programas, sino que pugna nada más, y se apuñala y miente y manipula, por el comederio, por el privilegio, por lo que el poder público tiene de espacio privilegiado para vender favores y comprarlos, para corromper y corromperse, para ganar ventaja para sí y para los de uno, para elevarse sobre el común de los mortales y dominarlos para siempre. Por eso la vida política actual, también la que hacen los partidos que se dicen de izquierda o progresistas, es profundamente reaccionaria, clasista de nuevo modo, mentirosa, indecente. Por eso, desde la lealtad a la democracia y desde los valores que

históricamente han dado su sentido a la izquierda, es necesario ahora, más que nunca, recuperar la política para la ciudadanía. Hay que hacer política, tenemos que hacer política, debemos saltar a la arena política y, desde ahí, se impone cambiar las reglas del juego para que vuelvan a ser las de un juego democrático genuino, leal y honesto.

III. BIEN, PERO INSISTAMOS: CUÁNDO Y CÓMO SE ECHÓ A PERDER ASÍ LA IZQUIERDA

Viene de lejos. Con el inevitable esquematismo y bajo advertencia de que se trata aquí de componer hipótesis teóricas que necesitarían extensa contrastación y amplio debate, diremos que hay dos momentos críticos: 1917 y 1989. Obvio resulta que con tales fechas ponemos símbolos temporales más que señalar momentos exactos. Lo que se quiere decir es que una primera catástrofe ocurrió cuando, en su lucha contra el capitalismo, el leninismo quiso suprimir el mercado y reemplazarlo por una economía centralizada y colectivista. Se quiso construir igualdad sin libertad y, paradójicamente, hubo que armar nuevos lazos sociales y nuevos fundamentos de legitimidad estatal a base de inventar un sujeto colectivo, el proletariado, que fuera titular de la política, el interés y los derechos, pero bajo la batuta del Partido y en una dictadura que el Partido ejercía en su nombre, en nombre y por el bien del pueblo trabajador.

El segundo momento crítico para la izquierda está representado por la caída del Muro de Berlín y la hecatombe de los regímenes comunistas de la Europa Oriental. Una parte del pensamiento político de la izquierda había quedado para siempre enredado en aquel colectivismo leninista, marcado por esa mitología del proletariado como clase universal y como organismo suprapersonal erigido en verdadero sujeto de la Historia. Resultó que el proletariado o se había difuminado como clase social en el Occidente capitalista, y no digamos en términos de “conciencia de clase” o, en la Europa del llamado comunismo real, el proletariado no quería más que librarse de la “nomenklatura” gobernante, nueva casta explotadora y fieramente opresiva, y pasar al capitalismo. Desigualdades ya tenían, y hambre; así que, al menos, que se pudiera disfrutar de un poco de libertad y probar suerte.

¿Era el momento, en 1989, para que el pensamiento político de izquierda se olvidara de mitos colectivistas, de fantasmagorías comunitarias, y volviera a colocar al individuo concreto, al de carne y hueso, al ciudadano particular y de a pie, en el centro de sus programas políticos? Sí, era el momento, pero muchos lo desaprovecharon. Nuevos mitos comunitarios vinieron a sustituir a los mitos caídos y nuevas políticas identitarias, tan falaces, tan “ideológicas” (en el sentido marxista de la ideología como falsa conciencia, como conciencia manipulada) como aquella “política de clase” ocuparon el sitio de las anteriores. La izquierda no quiso retomar el pensamiento político en términos de pensamiento del interés individual y de la agregación de intereses individuales como interés general, sino que siguió jugando a la política de grupos, a buscar grupos y colectividades como titulares de los supremos derechos y de los mejores intereses. Y, ante todo, reapareció la nación, reapareció la comunidad cultural, reapareció la idea de pueblo nacional como suprapersona que ha de ser liberada. La autodeterminación de los pueblos se puso por delante de la autodeterminación de las personas. Muchos dejaron de ser comunistas para ser decididamente reaccionarios, pero siempre con un rictus totalitario. Conservar esencias nacionales y culturales se vio como más necesario y meritorio, en cuanto empresa política, que asegurar la solidaridad entre todos los ciudadanos de cualquier Estado o del mundo entero. La izquierda descubre el valor de las tradiciones, las mismas que siempre había defendido el conservadurismo como su principal signo de identidad política; la izquierda descubre lo que desde los tiempos de la Revolución Francesa había mantenido el pensamiento político más retrógrado y nostálgico de los regímenes antiguos: que la vida de un ciudadano no tiene sentido pleno si no es atada a esquemas culturales co-

munitarios, a una cultura compacta y omniabarcadora, a patrones morales, sociales e históricos que asignen a cada sujeto su identidad específica, que no será específica suya, sino compartida con todos los de su pueblo o su nación. Tomados de uno en uno, los individuos humanos no somos nada, el valor nos lo da, todo, nuestro patrimonio cultural, el que heredamos, el que mamamos, aquel del que se nos imbuye en nuestra particular colectividad desde que nacemos, el que nos hace españoles o catalanes o gallegos o castellanos antes que ciudadanos del mundo y el que nos autoriza y hasta nos impele a ser más leales a nuestra comunidad que a la humanidad toda y a reservar nuestra solidaridad para los de nuestro pueblo antes que para “los otros”, los ajenos, los distintos, los desconocidos.

Sí, en eso vino a dar la izquierda, en el nacionalismo, en tradicionalismo, en la insolidaridad, en las políticas antisociales, en la instrumentalización del Estado para beneficio de las comunidades, beneficio que nunca es propiamente para las comunidades, sino para los que en ellas mandan y dominan con el apoyo y la legitimación de las tradiciones, los mitos y la manipulación de las conciencias. En eso vino a parar la izquierda, y la que tenemos en España es síntesis perfecta de todos los descarríos. Ahí los vemos, diciéndose progresistas y felices de codearse con banqueros y familias de las de “toda la vida”, jugando a las aristocracias, haciéndose sitio al lado de la “nobleza” de sangre o económica, dando aliento a los viejos poderes, alimentando los mitos populares que más obnubilan al pueblo. Pura suplantación, impostura manifiesta. Ya no va quedando izquierda ni afán de reformas ni propósito de progreso, sólo grupúsculos conservadores que en nada más se diferencian que en las siglas y en unas pocas poses. Que alguien nos diga, si no es así, qué tienen de distinto, en la teoría o en la práctica, en el decir o en el hacer, el PP y el PSOE, si hablamos de España.

1. *Una línea histórica que se quiebra*

Echemos un rapidísimo vistazo a la historia del Estado moderno y a las fuentes de su legitimidad, a la sucesión doctrinal que le va dando su sentido y justificando su existencia y su papel como actor social.

Para entender la configuración del Estado moderno debemos tomar en cuenta la convulsión provocada por la Reforma protestante. A lo largo de la Edad Media, la férrea homogeneidad religiosa permitía entender que el gobierno servía al tiempo a fines mundanos y trascendentes, con prevalencia de estos últimos. El valor primero que debía inspirar la acción política era la verdad, y el fundamento último de toda verdad era religioso. Por eso, porque el gobierno se subordinaba a la verdad, no cabía la libertad, pues sería libertad para el yerro. Si el gobierno debía coadyuvar para conducir a los súbditos a la salvación del alma, la primera libertad vetada debía ser la libertad religiosa.

La Reforma de Lutero trajo las guerras de religión que asolaron Europa con la máxima crueldad. Era una guerra sin concesiones y de exterminio, pues el enemigo lo era antes que nada en la fe y a cada bando lo inspiraba, en su celo homicida, el Dios que tenía por verdadero y sediento de venganza del infiel. Por eso, porque Europa se desangraba en guerras para las que no se avizoraba más final que el que siguiera al exterminio de un bando por el otro, algunos grandes pensadores políticos empezaron a proclamar que alguien debía interponerse entre los contendientes para obligarlos a dejar de matarse. Fue la tarea que autores como Bodino y Hobbes encomendaron al Estado, entendido como Estado soberano e identificado inicialmente con la propia figura del monarca. Así, en sus inicios el Estado moderno se conforma como Estado absoluto, como Estado en el que el rey puede decir “El Estado soy yo” porque su persona y la persona jurídica del Estado aún no se han diferenciado, igual que el patrimonio del Estado y el patrimonio del monarca se confunde todavía.

Ese Estado absoluto, que es soberano y, como tal, expresión de una voluntad suprema no sometida a límite, monopoliza el uso de la fuerza y sienta normas de Derecho que con su fuerza respalda. Y todo ese inmenso poder monopolístico se legitima por su función, por un rendimiento para los súbditos: la seguridad. Si la fuerza del Estado vale para imponer la paz social, el Estado es legítimo y goza de fundamento la obligación general de obediencia; si no, si no se aseguran vidas y haciendas, cada individuo recupera la soberanía de sí mismo y a cada uno compete defenderse por sí de sus semejantes.

Pero el enorme poder que el monopolio estatal de la fuerza concede a los gobernantes acaba siendo un peligro para los súbditos mismos. Hemos puesto todas las armas en manos del Estado para que nuestro vecino no nos mate ni nos robe ni nos esclavice, pero ahora es ese Leviatán el que nos amenaza. Así que vendrán otros autores, como Locke y Kant, a añadir exigencias nuevas para la legitimidad del poder estatal. Para que un Estado se legitime tendrá que ser capaz de mantener la paz, sin duda, pero habrá de hacerlo de conformidad con las leyes, y con sus regidores a ellas sometidos. Ya no es absoluto el Estado, porque quienes tienen su gobierno no pueden disponer lo que quieran ni hacer lo que se les antoje con tal de que por la fuerza puedan imponerse. Esa fuerza tiene que ser fuerza legal y en su trato con los ciudadanos -que ya no súbditos- no podrá rebasarse un límite decisivo: no podrá anularse la libertad de los individuos, la libertad idéntica de todos y cada uno de los individuos. Kant sintetiza para la posteridad la nueva condición del Estado legítimo: será aquel en el que la libertad de cada uno sea la máxima que permita la conciliación de esa libertad suya con la de todos los demás. Todos libres del mismo modo y en la misma medida. Libertad igual para todos bajo idénticas leyes. Ha surgido el Estado liberal de Derecho.

El paso siguiente vendrá de la mano de Marx y el pensamiento socialista. Que a todos se nos reconozca igual de libres y que la libertad de cada uno sea límite frente al abuso del poder es logro compatible con que unos exploten a otros, es algo que no impide que unos tengan mucho y materialmente puedan hacer mucho, y que otros nada tengan y no les quede más que venderse por un mendrugo. Fue el socialismo el que puso las bases para que el Estado se le encargara una nueva misión que condicionaba su legitimidad, la de velar porque nadie abuse de nadie ni lo explote y la de hacer que las necesidades básicas de cada ciudadano estén satisfechas al menos en el grado mínimo necesario para que llamarlo libre no sea hacerle mofa. Ha aparecido, pues, la justificación para la acción estatal en pro de los derechos sociales, ha surgido el fundamento para el Estado social de Derecho.

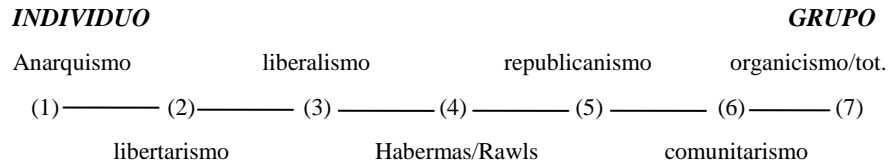
El gran desafío del Estado moderno ha sido el de conciliar esos tres fundamentos de legitimidad (paz/seguridad, libertad, igualdad de oportunidades) que se han ido superponiendo en esa evolución histórica, el de conseguir tanto que la absolutización del valor anterior no impida el cumplimiento del siguiente, como que la realización del siguiente no se haga a costa del anterior. En concreto y paso a paso: que la absolutización de la seguridad como tarea del Estado no anule la libertad, pero también que el cuidado estatal de la libertad no desemboque en anarquía y guerra civil; que la exaltación de la libertad ciudadana como fuente de la legitimidad del Estado no lleve a una sociedad sin igualdad de oportunidades y donde algunos tienen todo mientras otros malviven o mueren de hambre, pero también que la equiparación material no se cumpla al precio de suprimir la libertad.

De todas las desviaciones posibles de esa síntesis difícil entre valores en permanente tensión (seguridad, libertad, igualdad) enseña buenos ejemplos la historia contemporánea. Pero una daño muy particularmente a la izquierda: la desviación colectivista que supuso el leninismo-estalinismo, liberticida, totalitario, asesino. Si en toda la secuencia que sucintamente hemos expuesto se aprecia que la razón de ser del Estado es el cuidado del individuo y de sus derechos, con el leninismo se cambia el enfoque y ya no va a ser el sujeto de carne y

hueso el centro de atención del Estado y el gobierno, sino que el Estado se justificará por atención a un ser colectivo, al proletariado como clase universal. La revolución, entonces, ya puede hacerse contra los hombres.

2. *Una línea doctrinal que nos desconcierta*

Ahora fijémonos en los debates de las últimas décadas en el campo de la Filosofía Política. Coloquemos las doctrinas principales en una línea imaginaria, tal que así:



Leído de izquierda a derecha y de los números más bajos a los más altos, este esquema nos da cuenta de corrientes doctrinales que van de un mayor individualismo y una menor justificación del Estado, a la demanda de mayor presencia estatal para el cumplimiento de objetivos que alcanzan más allá de la mera libertad individual. Expliquémoslo muy sucintamente.

El anarquismo plenamente individualista, tal como habría estado representado, por ejemplo, por Max Stirner, exalta la libertad de los individuos y no ve que con ella pueda ser compatible ningún Estado, ninguna autoridad común, colectiva, pública.

El llamado libertarismo, el que hace unas pocas décadas encarnó, por ejemplo, Robert Nozick, hace de la libertad individual un axioma incontestable, una especie de derecho natural, y no ve más Estado legítimo que el que cualquier ciudadano pudiera consentir (y voluntariamente quisiera pagar) nada más que para asegurarse que nadie lo va a matar ni esclavizar ni robar. Pero, para ese libertarismo o ultraliberalismo, no resulta aceptable ningún Estado que quiera servir a pautas de justicia o que quite a cualquier ciudadano nada que éste no quiera dar. No se admite, pues, ni Estado social ni intervencionismo estatal de cualquier especie ni interferencia ninguna del Estado en el mercado.

Existe también en el debate filosófico-político contemporáneo lo que podríamos llamar un liberalismo de rostro más humano, como el que defendió Isaiah Berlin. Para estos liberales, la libertad es lo primero, y sin respeto a la libertad individual ningún Estado podrá legitimarse, pero la libertad también se relaciona con las posibilidades de hacer más cosas o menos, con las oportunidades vitales. Por eso no hay libertad verdadera para quien no pueda satisfacer unas necesidades mínimas, y de ahí que se justifique que el Estado pueda sacrificar alguna porción de libertad de algunos para colocar a todos en situación de competir bajo una libertad que sea real y no meramente nominal. No es que tenga que gestionarse desde el poder estatal una idea de justicia o de procurarse un modelo de sociedad justa, sino que lo que la sociedad haya de ser tiene el Estado que dejarlo a resultas de la interacción libre de los ciudadanos; sólo que esa interacción debe ser así, precisamente, entre ciudadanos libres, y quien no tiene ni para comer o no puede salir del analfabetismo no es propiamente libre. Hasta ahí, hasta la procura de esas mínimas condiciones de la libertad, llega, para estos liberales, la justificación del Estado y de las políticas públicas.

Tratadistas de la importancia contemporánea de Rawls o Habermas se ubican en lo que podríamos calificar como planteamiento liberal-socialdemócrata, pues insisten en que libertad e igualdad (como igualdad de oportunidades sentada desde la garantía de los derechos

sociales) se requieren mutuamente y tienen idéntica importancia. De nada valen los bienes materiales a quien no es libre para disponer de ellos y de nada sirve que las oportunidades vitales sean iguales cuando la tiranía impone a todos hacer lo mismo; pero, por otra parte, tampoco es útil una libertad que no se refleje en medios para realizarse. Yo sólo soy libre si tengo posibilidad de conseguir con mi esfuerzo los medios para hacer mi vocación, si no estoy excluido de antemano de lo que podría hacerme feliz; pero tampoco me sirven esos medios, aunque alguien –el Estado– me los regalara, si con ellos he de hacer lo que el Estado quiera y no lo que sea mi deseo. Por tanto, los derechos sociales se explican al servicio de la libertad individual, no de fines de ningún ente colectivo o del Estado mismo como organismo, y los derechos de libertad –incluidos los derechos políticos– tienen que ser alimentados y dotados de sentido mediante la disposición de las herramientas para hacer esa libertad algo más que puramente nominal o al alcance nada más que para unos pocos.

Hasta aquí, en esa secuencia (números 1 a 4 del esquema de arriba) que va del individualismo anarquizante hasta la justificación de un Estado bien activo, el centro sigue siendo el ciudadano individual. Lo que se debate es cuánto Estado es conciliable con la libertad de las personas o con qué tipo de Estado puede la vida de los sujetos ser más plena, más auténticamente humana, más acorde con aquella dignidad que Kant pusiera como definitoria del ser humano. Menos Estado, como quieren los más liberales, o más Estado, como propugnan esos que hemos llamado liberal-socialdemócratas, pero siempre para bien del sujeto individual y para que tenga éste una libertad que sea la mayor y la mejor.

Pero a medida que nos desplazamos a los siguientes puntos del esquema, el debate ya no versará sobre la conciliación entre individuo y Estado, sino entre individuo y comunidad. Ahora ya no se trata de ver cuánto Estado puede tolerar la libertad individual sin que la dignidad humana quede irremisiblemente dañada, sino cuánta libertad puede soportar una comunidad cultural sin descomponerse. Porque la libertad individual admisible será sólo aquella que quepa dentro de la comunidad y no resulte una amenaza para la pervivencia de la cultura que la amalgama y para la identidad que la hace única y distinta, que le da, en tanto que comunidad, su personalidad peculiar. Esa es la clave de estas posturas comunitaristas en su conjunto. La moral suprema ya no será, pues, la moral individual, sino la moral colectiva. La obligación primera de cada ciudadano no será la que le dicte su conciencia moral individual, sino que será la obligación política, la obligación hacia la comunidad. El supremo bien y el interés dominante no serán los que cada individuo para sí y por sí determine, sino el bien de la colectividad en tanto que ente suprapersonal, y el interés colectivo en tanto que interés de la comunidad en sí. El conflicto entre derechos individuales y derechos colectivos o grupales se resuelve a favor de estos últimos. Por poner un ejemplo: entre el derecho de cada uno a hablar la lengua que en cada momento desee o a rotular su comercio en el idioma que prefiera y el derecho de la comunidad a que su lengua se mantenga o no sufra el acoso de otras culturas y otros idiomas, se prefiere lo segundo y, por tanto, se considera legítimo y justo que los poderes públicos discriminen al que no hable la lengua comunitaria o sancionen a quien ponga sus carteles en una lengua diferente de la que debe ser común y prioritaria para que la nación sea y siga siendo hasta el fin de los tiempos.

Esa tendencia se manifiesta suavemente en el republicanismo, que resalta sólo que no estará asegurada la libertad de nadie allí donde los ciudadanos no se sientan antes que nada comprometidos con esa comunidad política que asegura la libertad de todos y donde no ejerzan la virtud política y no participen con lealtad en los procesos de decisión colectiva, aun a costa de sacrificar en pro de tal comunidad partes de sus bienes, de su tiempo y de su libertad. En cambio, con el comunitarismo de autores como McIntyre, Sandel o Taylor se subraya que la primera y más alta obligación moral de cada individuo es la de servir a su comunidad cultural y someterse a sus dictados y su bien, pues cuanto es cada uno, en tanto que sujeto

moral, lo que piensa y ansía, su concepción del bien y de lo justo, son cosas, todas, que recibe de esa comunidad, que ella ha proyectado en cada uno de esos individuos a través de la socialización, a través de las instituciones de esa comunidad que lo han acogido y orientado: la familia, la escuela, las prácticas comunitarias de todo tipo. Sin la comunidad nada sería sujeto ninguno, sólo algo vacío, como una hoja en blanco, como un recipiente sin contenido. Por eso, igual que nos debemos a la madre que nos alumbró, nos debemos a la comunidad cultural que nos ha conformado y tenemos que protegerla de cuantos rivales y enemigos amenazan su ser y su identidad. Y, al igual que ése de defensa de las señas de identidad comunitaria es el primer deber moral de cada sujeto, ése es también el fin principal del Estado, que vuelve a ser, como antiguamente y más que nunca, Estado-nación, forma política de un pueblo, de una comunidad con identidad propia que a través del Estado se autodetermina para perpetuarse y crecer. Ante la envergadura de ese objetivo colectivo y ante el protagonismo de ese ser suprapersonal, llámese nación, comunidad o pueblo, cómo no han de ceder los derechos individuales y las libertades de los particulares.

No hará falta recordar que la apoteosis de ese colectivismo comunitarista y nacionalista no está por llegar, sino que ya aconteció en el siglo XX en los fascismos y en el nazismo. En una parte del totalitarismo que el siglo XX conoció, por tanto. Porque en la otra parte de ese totalitarismo, la que corresponde al comunismo llamado real, también se negó el valor del individuo por contraste con los intereses del grupo y también se sacrificó la libertad a fin de realizar un bien más alto, la beatitud social, la perfección, el paraíso sobre la tierra. Los unos querían acabar con el individualismo en nombre de la supremacía del pueblo y los otros querían terminar con el capitalismo en nombre de la supremacía de la clase proletaria. Y unos y otros acabaron con la libertad y asesinaron con saña. Para nada. Para demostrar, ojalá que para siempre, que cuando el ser humano deja de ser sujeto y se convierte en objeto, en pura herramienta de cualesquiera quiméricas empresas colectivas, no se implanta ninguna justicia, sino que sólo se retorna al salvajismo y a la violencia sin freno, a la ley del más fuerte, a la iniquidad extrema.

IV. LA SÍNTESIS DE LOS ENGAÑOS

¿Se habrá deslegitimado, a los ojos de sus votantes y de los ciudadanos en general esa izquierda que ha roto inconfesamente con su lugar en el abanico de las posturas políticas y con su razón de ser? En parte se ha deslegitimado, pero en parte también ha conseguido disfrazar su traición mediante un desplazamiento de las etiquetas. Quiero decir que la hábil jugada ha consistido en presentar como izquierdistas y liberadores de la opresión ciertos objetivos que siempre lo habían sido de la derecha, en particular de la derecha más rancia y conservadora. O quizá se pueda dar cuenta de esa mutación con una explicación distinta: las fuerzas que secularmente venían sosteniendo a los conservadores han descubierto que les resulta más rentable colonizar los programas políticos de los partidos que estaban en la izquierda, y ahora ya pueden seguir defendiendo lo de siempre, tanto el orden económico impuesto como las ideologías reaccionarias que lo sustentan y le dan un halo de virtud y de necesidad, pero con la pose y las galas del progresismo. Ahora quien resulta tachado de reaccionario y decadente es el que discute que los dineros públicos vayan a levantar bancos arruinados por la avaricia desmedida de sus gestores, o quien sigue opinando que los nacionalismos y patriotismos son la quintaesencia del pensamiento antiilustrado y la disculpa mejor para la insolidaridad entre los humanos, o los que opinan que no sólo hay cárceles con barrotes de hierro, sino que también existen cárceles culturales y comunitarias y que se construyen cuando las señas de identidad grupal se santifican y a los individuos no se les prestan las herramientas para escapar de esa celda de las religiones heredadas, los usos impuestos, los mitos alienantes o la Historia como predestinación de naciones y tribus.

Por dos vías principales ha conseguido la izquierda rehacer su discurso ideológico y camuflar, al menos en apariencia, su traición a la libertad y a la igualdad de oportunidades. Conforme a la primera, lo que se abandona de cuidado de la libertad individual y de las condiciones de esa libertad, para que cada persona viva como quiera, es sustituido por un paternalismo estatal que trata de llevar a cada ciudadano a la vida buena y virtuosa. Al mismo tiempo que se nos vigila cada vez más, que se nos limitan cada vez más libertades tan cruciales como la de saber, decir o proponer, se finge que se nos cuida porque no se nos deja fumar o tomar ciertos alimentos o emborracharnos o asistir a algunos espectáculos. Si a los ciudadanos se nos viera como adultos, no habría pretexto para que nos tutelaran con tanto celo, y por eso somos tratados como adolescentes medio incautos a los que no se puede dejar a su aire. Se repartirá cada vez más injustamente la riqueza, aumentará la distancia entre pobres y ricos, subirán los índices de pobreza o desamparo, se desviarán ingentes cantidades de fondos públicos para financiar empresas que no buscan más beneficio que el suyo, como es natural, subirá la impunidad de los delincuentes políticos y los de cuello blanco, dejará la educación pública de ser camino hacia la igualdad de oportunidades, habrá enfermos de primera y de segunda según que puedan pagarse o no la sanidad privada, se inventarán nuevos instrumentos financieros y fiscales para que las grandes fortunas no tributen apenas..., pero podemos estar contentos porque el poder nos cuida y ya no nos permite fumar en los restaurantes o contemplar corridas de toros en algunos territorios. Aquel paternalismo que era característica del conservadurismo de base religiosa ha sido heredado por unos partidos pretendidamente de izquierda. Muchísimas gracias por esta nueva forma de liberación y por esta denodada batalla contra la injusticia social.

La otra vía para el disimulo ya se ha mencionado antes y consiste en la reasunción de mitos colectivistas. Una vez decaído el mito del proletariado como clase llamada a dirigir el tránsito hacia el fin de la Historia y hacia la implantación de una justicia universal sin vuelta atrás, la izquierda mira al pasado y se empeña en legitimarse echando mano de mitos nacionales y populares, de tradiciones, de ritos ancestrales, de leyendas sobre tribus y batallas, de memoria de pretéritas opresiones. No mejora la sanidad para los oprimidos del país que sea, no disminuye la cantidad de crímenes en los barrios marginales, no están mejor alimentados ahora los niños que nacen en las villas de miseria, no se cuida mejor el medio ambiente en los campos o las ciudades, no hay más becas para los que no tienen dinero ni más hospitales para los enfermos, pero..., pero vamos a rememorar las injusticias que padeció hace quinientos años nuestro pueblo o vamos a rescatar las narraciones populares o vamos a declarar oficial esta o aquella lengua o vamos a alzar altares para las religiones que se estaban perdiendo. A eso, que *–mutatis mutandis–* habría hecho las delicias de un Bonald o un De Maistre o un Donoso Cortés o, incluso y sin ánimo de comparar, de más de cuatro hitlerianos o franquistas, a eso se le llama hoy hacer política izquierdista y empeñarse en la liberación de los humildes.

No cabe escarnio más grande, no es imaginable dislate mayor, nadie podrá dar mejor ejemplo de traición a los menesterosos. No ha de extrañar tampoco que la derecha y sus partidos tradicionales se suman en el desconcierto y se queden sin referencias y sin discurso. Han soportado un indudable plagio y, además, quienes los reemplazan en esa función de perpetuar estructuras heredadas y de asegurar que nada cambie en la distribución del poder real y la riqueza cierta, tienen a su favor una legitimidad heredada y una presunción de buena intención. De ahí que las más hondas reformas para limitar derechos de los ciudadanos o para recortar conquistas de los trabajadores o para adelgazar el Estado y aminorar derechos sociales los hagan en muchos lugares, como mismamente España, los partidos que se afirman izquierdistas y de progreso, socialistas incluso.

El servicio militar en la Constitución venezolana: ni militar, ni obligado

Eduardo Meier García

*Master Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos
Universidad Carlos III de Madrid
Miembro de la "Asociación Iberoamericana de
Constitucionalismo y Democracia*

Resumen: *A pesar de que la Constitución reconoce la necesaria profesionalización de las Fuerzas Armadas, lo que debería incluir un servicio militar profesionalizado y debidamente remunerado, el legislador insiste en tener contingentes sin formación y utiliza la coerción para garantizarse la inscripción, la conscripción y el alistamiento de venezolanos 'elegibles' y 'aptos' para ser convertidos de la noche a la mañana en combatientes individuales. Sin dudas una posición estrictamente militarista, autoritaria y transpersonalista que choca con una Constitución que tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, y que impide supeditar el goce y disfrute de derechos fundamentales al cumplimiento de obligaciones militares. Con la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar (2009) no sólo se obvió el desarrollo legal del derecho-deber constitucional de prestación del servicio civil, que es una forma tan legítima e idónea como el servicio militar para 'honrar y defender a la patria', sino que con tal omisión se crea una situación de iniquidad y desigualdad 'en' la ley, discriminando sin causa a los ciudadanos que deseen realizar el servicio civil y en su caso la manifestación de la objeción de conciencia al servicio militar. Se patentiza una nueva confrontación entre la "cultura de los derechos humanos" y un poder salvaje e indómito basado en la razón de Estado, con estrategias muy claras de fuerza y de sumisión. Las reflexiones que siguen tratan, en consecuencia, de revitalizar el valor normativo y directamente aplicativo de la Constitución que -por lo menos formalmente- está vigente en Venezuela y de alertar sobre la inconstitucionalidad de la circunstancia en la que una persona que -tenga o no una fuerte convicción antimilitarista- es obligada bajo amenaza de sanción y de los impedimentos de estudio, trabajo, ingreso a la función pública, etc., a la inscripción forzosa de sus datos en el Registro Militar, por cuanto se vería afectada ilegítimamente en sus derechos, por lo que puede negarse a suministrar sus datos y a que sean incorporados en el Registro Militar (art. 28 de la Constitución), manifestando su intención de prestar el servicio civil (art. 134 de la Constitución) o señalando que es objetor de conciencia (art. 61 de la Constitución).*

SUMARIO

- I. PRESENTACIÓN
- II. EL DEBER CONSTITUCIONAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIO CIVIL O MILITAR
- III. EL SERVICIO MILITAR DESDE LA CONSTITUCIÓN DE 1999
- IV. EL DEBER DE DEFENDER LA PATRIA Y EL SERVICIO MILITAR
- V. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA FRENTE AL REGISTRO Y SERVICIO MILITAR
- VI. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE CONSCRIPCIÓN Y ALISTAMIENTO MILITAR DE 2009
- VII. CONCLUSIONES

I. PRESENTACIÓN

El 21 de octubre del año 2009 fue publicada en la *Gaceta Oficial* Nº 5.933, Extraordinario, la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar, que estipula en su disposición transitoria primera como fecha tope para la inscripción de todos los ciudadanos en el Registro Militar Obligatorio el día 21 de octubre de 2010.

Según tenemos noticias la Ley ha sido objeto de una reciente reforma parcial en la que se han suprimido las sanciones por la falta de inscripción tempestiva en el Registro Militar, no obstante nada se ha dicho sobre el servicio civil contemplado en el artículo 134 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como una prestación personal o deber constitucional análogo al servicio militar. Tampoco se ha informado sobre la posibilidad del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar.

Aunque no conocemos el contenido exacto de la reciente reforma de la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar (Octubre, 2010) porque no ha sido publicada en la *Gaceta Oficial*, sí sabemos que se mantiene su artículo 1 que prevé como objeto de la Ley establecer las normas que regulan el deber que tienen todos los venezolanos y venezolanas de cumplir el servicio militar, lo que se ratifica más adelante: “Los venezolanos y venezolanas en edad militar en conformidad con esta Ley, tienen el deber de prestar el servicio militar en la Fuerza Armada Nacional Bolivariana” (art. 6), y en ninguna parte del texto legal vigente y, entendemos, que en el de la reforma, figura la posibilidad de prestar el servicio civil.

Asimismo, a pesar de que la Constitución reconoce la necesaria profesionalización de las Fuerzas Armadas, lo que debería incluir un servicio militar profesionalizado y debidamente remunerado, el legislador insiste en tener contingentes sin formación, inexpertos e inidóneos y utiliza la coerción para garantizarse la inscripción, la conscripción y el alistamiento de venezolanos ‘elegibles’ y ‘aptos’ para ser convertidos de la noche a la mañana en combatientes individuales. Sin duda una posición estrictamente militarista que choca con la Constitución y con un Estado que tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad (Art. 3 de la Constitución).

De una contemplación rasante del ordenamiento jurídico venezolano se puede comprobar que, no sólo se obvió el desarrollo legal del deber constitucional o derecho-deber de prestación del servicio civil que es una forma tan legítima e idónea como el servicio militar para ‘honrar y defender a la patria’, sino que con tal omisión se crea una situación de iniquidad y desigualdad claramente inconstitucional, al impedir la prestación civil y en su caso la manifestación de la objeción de conciencia al servicio militar.

Podríamos afirmar que se trata de un simple olvido del legislador o que esta omisión es una muestra de la vocación militarista, autoritaria y transpersonalista del legislador y del gobierno venezolano, muy en contra de la Constitución y de la “...*fundamentación personalista y humanista de la doctrina de los derechos humanos, que [r]epresenta el intento de cristalización jurídica de la afirmación de que el hombre trasciende al Estado, que no se agota en él ni en la sociedad, aunque necesite de ambos para su desarrollo, [i]mpide el totalitarismo, la disolución del individuo en la colectividad. El que una sociedad sea personalista supone que el hombre tiene autonomía y un destino que supera y no se agota en el de la sociedad. [...]Ser personalista supone en definitiva ser antiautoritario, y ésta es la primera condición, la primera garantía del ejercicio de los derechos fundamentales*”¹

¹ Peces-Barba Martínez Gregorio. *Derechos fundamentales I. Teoría general*. (Biblioteca universitaria Guadiana), Guadiana de Publicaciones, Madrid, 1973, pp. 134 y s.s.

Podríamos afirmar también que con esta omisión se patentiza una nueva confrontación entre la “cultura de los derechos humanos”² -presente en buena parte de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela- por un lado, y un poder salvaje e indómito -por el otro- basado en la razón de Estado, con estrategias muy claras de fuerza y de sumisión.

Lo que sí es cierto es que la Constitución hecha en 1999 como un traje a la medida por una facción del país, se le quedó muy corto a ese proyecto político concreto. De allí los intentos de reforma y la última enmienda. El artificio se les escapó de las manos a sus artífices, que ya no pueden explicar cómo sus pretensiones políticas y hegemónicas chocan o simplemente no concuerdan siquiera con el Preámbulo constitucional en el que se procura: “...*el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna*[...]”

Las reflexiones que siguen tratan, en consecuencia, de revitalizar el valor normativo y directamente aplicativo de la Constitución que -por lo menos formalmente- está vigente en Venezuela y de alertar sobre la inconstitucionalidad de la circunstancia en la que una persona que -tenga o no una fuerte convicción antimilitarista- es obligada bajo amenaza de sanción y de los impedimentos de estudio, trabajo, ingreso a la función pública, etc., a la inscripción forzosa de sus datos en el Registro Militar, por cuanto se vería afectada ilegítimamente en sus derechos, por lo que puede negarse a suministrar sus datos y a que sean incorporados en el Registro Militar (art. 28 de la Constitución), manifestando su intención de prestar el servicio civil (art. 134 de la Constitución) o señalando que es objetor de conciencia (art. 61 de la Constitución).

También se advertirá en este análisis la inconveniencia de desconocer el ‘derecho’ o ‘derecho-deber’ a la prestación del servicio civil, al crearse con tal omisión una situación de desigualdad *en la ley*, discriminando sin causa a los ciudadanos que deseen realizar el servicio civil, anulando o menoscabando su reconocimiento constitucional e impidiendo su goce y ejercicio en condiciones de igualdad.

II. EL DEBER CONSTITUCIONAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIO CIVIL O MILITAR

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela formalmente vigente desde 1999 establece en el artículo 134 que: “[t]oda persona, de conformidad con la ley, tiene el deber de prestar los servicios civil o militar necesarios para la defensa, preservación y desarrollo del país, o para hacer frente a situaciones de calamidad pública. Nadie puede ser sometido a reclutamiento forzoso”.

² “La cultura de los derechos humanos, y consiguientemente el lenguaje que la significa, se inclina a la visión subjetiva, al referente individual, a la titularidad de los derechos, más que al sistema de normas que la sostiene y ampara. El sujeto y su protección es el núcleo central necesario para la comprensión del problema y el elemento unificador último, que comunica a todos los términos usados como sinónimos de derechos humanos”. *Vid.* Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*, Teoría General, con la colaboración de Rafael de Asís, Rafael Fernández Liesa y Ángel Llamas Gascón, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1^{era} reimpresión, Madrid, 1999, p.23.

En primer lugar, la disposición señala como sujeto del deber “*a toda persona*”, de lo que se deduce el carácter universal del deber constitucional de prestación de servicios personales a favor del Estado o de la Nación, y por otra parte su sometimiento a la ley o la necesidad de desarrollo legal, de manera que no puede establecerse prestación personal alguna que no esté sometida al principio de legalidad, esto es, a la ley previa, estricta, escrita y cierta.

Los deberes constitucionales por lo general son genéricos y determinables, principalmente porque tienen ante todo un valor fundamentalmente ideológico, propenden a la obediencia al Derecho, al cumplimiento espontáneo de ciertos valores culturales, políticos-ideológicos o metajurídicos, conductas o actitudes valiosas para el constituyente, que son formulados como proposiciones incompletas, de allí su remisión a la ley, que es justamente su instrumento de concreción.

Se deduce asimismo que el deber constitucional de prestación de servicios personales puede ser alternativamente de carácter civil o militar, no es conjuntivo ni excluyente. Esto quiere decir que la obligación personal e intransferible de prestar servicios a la Nación, prevista en el artículo 134 como un deber constitucional derivado de la responsabilidad social y la solidaridad ciudadana, establece la posibilidad de elegir entre prestar (i) el **servicio civil** o (ii) el **servicio militar**.

En consecuencia, el servicio civil es análogo al servicio militar. El servicio militar en la Constitución venezolana no tiene carácter obligatorio ni preferente o prioritario sobre el servicio civil. Tampoco el servicio civil es un servicio personal sustitutorio del militar para quienes alegasen la objeción de conciencia, con lo que se entendería reducido a esa función meramente sustitutiva, ‘*en defecto del*’ servicio militar.

De modo tal que si una ley impone que la prestación debe ser cumplida exclusivamente en el ámbito militar, impidiendo o frustrando que el ciudadano elija la opción de prestación civil, esa ley es inconstitucional y debe ser desaplicada o aplicada parcialmente hasta la declaratoria de inconstitucionalidad, porque todo acto o ley contrario a la Constitución es nulo, y los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores (art. 25 de la Constitución).

Si una ley impone que la prestación del artículo 134 citado debe ser cumplida exclusivamente en el ámbito militar o bien el legislador obvia desarrollar la posibilidad de su cumplimiento por medio del servicio civil, ambas circunstancias son inconstitucionales, comenzando porque tal omisión o desarrollo parcial es contrario a la defensa y el desarrollo de la persona y al respeto a su dignidad y porque contraviene los artículos 20, 61, 134 y 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, (i) al vulnerar el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, (ii) al quebrantar el derecho a manifestar la libertad de conciencia por medio de la objeción de conciencia al servicio militar, y por ende a su inscripción en el Registro Militar, (iii) desconocer el ‘derecho’ a la prestación civil, (iv) discriminando sin causa a los ciudadanos que deseen realizar la prestación civil, al anular o menoscabar su reconocimiento constitucional, su goce y su ejercicio en condiciones de igualdad.

Para precisar, las prestaciones civiles o sociales en su vertiente civil que aún no han sido legisladas, bien podrían ser las de protección civil, conservación del medio ambiente, servicios sociales, comunitarios o vecinales, educación, cultura, etc. y su concreción podría darse a través de ONG’s, instituciones descentralizadas, escuelas, universidades, asociaciones de vecinos, fundaciones, Alcaldías, etc. Siempre procurando que la prestación se cumpla en el ámbito territorial más cercano al ciudadano, sea acorde con sus características personales y se preste de la forma menos invasiva y perturbadora de sus convicciones de orden religioso, ético, moral, humanístico, filosófico, etc.

La doctrina se refiere a los servicios civiles como un posible modelo de intervención social que asegure la continuidad de determinados proyectos sociales; o que permita acometer éstos cuando sean de una envergadura tal que no puedan ser asumidos por el voluntariado.

Desde ese punto de vista, un cauce institucional cuyos principales objetivos serían los siguientes: en primer lugar, facilitar y garantizar el compromiso o la participación *estable o duradera* en actividades sociales; en segundo lugar, promover y asegurar la implicación de la ciudadanía -o de determinados sectores de la ciudadanía en asuntos de interés cívico y social (como una forma de promover el valor de la participación y los valores que encerrara esa experiencia de participación); y en tercer lugar dar garantía de permanencia a determinados proyectos o actividades (independientemente de quién y cómo participe)³.

Otra característica que se colige del artículo 134 constitucional, es que dicho deber constitucional se concretará exclusivamente en los supuestos de necesidad que prevé la Constitución, esto es, para hacer frente a la defensa, preservación y desarrollo del país o ante la urgencia comprobable de una calamidad pública.

Así, en la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (*Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinario de fecha 24 de marzo del año 2000) se señala que: “[e]n armonía con los principios de participación y solidaridad social se consagra el deber de toda persona de prestar servicio civil, militar y electoral, cuando sea necesario para la defensa, preservación y desarrollo de la Nación, o bien para hacer frente a situaciones de calamidad pública”.

Desde nuestra particular perspectiva, si se hace un examen contextualizado de la Constitución venezolana de 1999, veremos que –desde sus normas de apertura- tiene unas características tuitivas y protectoras de los derechos fundamentales, que los coloca como posiciones preferentes, en fin, con un carácter y un cariz democratizador y racionalizador del poder, induce a su interpretación y aplicación siempre a favor de los derechos humanos (*pro personae*) inspirándolo, informándolo y contextualizándolo, por lo que podríamos decir que la **Constitución material se inclina por la prestación preferente de los servicios civiles.**

En efecto, la Constitución pone el acento en que los **deberes constitucionales** se cumplan más allá de la razón de Estado, del voluntarismo estatal, sino centrados más bien en la responsabilidades sociales y la participación solidaria en la vida política, civil y comunitaria del país, siempre promoviendo y defendiendo los derechos humanos como fundamento de la convivencia democrática y de la paz social. Con lo cual se hace evidente la **prestación preferente de los servicios civiles, especialmente si lo que se pretende es el desarrollo**, más que la defensa y preservación del país, tarea esta última encargada constitucionalmente a la Fuerza Armada Nacional, “...una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional...” (Art.328 de la Constitución).

³ García Inda, Andrés. “El debate sobre el servicio civil y su marcojurídico: el artículo 303 de la Constitución”, En: *Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”*, N° 8, Año V, Enero-junio, 2000, p. 205.

III. EL SERVICIO MILITAR DESDE LA CONSTITUCIÓN DE 1999

En términos generales, el servicio militar consiste en un período de formación y adiestramiento básico de carácter militar para poder participar eficazmente, cuando las circunstancias lo exijan en tareas de defensa. De modo tal que se trata de una obligación que se concreta en una prestación personal especial, de una gran intensidad, pues su contenido no se reduce a realizar una actividad que puede ser más o menos gravosa, sino que la persona queda afectada por la exigencia de un comportamiento completamente determinado por los principios de obediencia, disciplina y fidelidad al servicio, produciendo como resultado un indubitable *vitae deminutio*, al comportar una restricción a la libertad personal.⁴

La Constitución de la República de Venezuela de 1961 en su artículo 53 señalaba que: “El servicio militar es obligatorio y se prestará sin distinción de clase o condición social, en los términos y oportunidades que fije la ley”. Asimismo, en el artículo 60 contemplaba que “La libertad y seguridad personales son inviolables, y en consecuencia: [...] 10.- Nadie podrá ser objeto de reclutamiento forzoso ni sometido al servicio militar sino en los términos pautados por la ley”.

Muy por el contrario, desde que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 entró en vigencia, se suprimió el servicio militar obligatorio y el reclutamiento forzoso. En efecto, el constituyente de 1999 contempló un auténtico derecho subjetivo de prestación de servicio civil o lo que es lo mismo, de no prestación del servicio militar, que se ve reforzado en la posibilidad constitucional de objetarlo.

El artículo 134 de la Constitución de 1999 contempla el servicio militar como un deber constitucional derivado de la responsabilidad social y la solidaridad ciudadana, estableciendo la posibilidad de elegir entre el servicio civil y el servicio militar. De forma tal que el servicio civil es análogo al servicio militar, no tiene carácter obligatorio ni preferente o prioritario sobre el servicio civil.

En tal sentido, el artículo 134 de la Constitución adscribe a todos y cada uno de los miembros individuales de la comunidad un derecho subjetivo que lo coloca en una posición o situación de elección entre el servicio militar y el servicio civil, y exige además el consecuente desarrollo legislativo y la garantía de las diferentes técnicas y medios de tutela frente a posibles vulneraciones de la autonomía de la voluntad.

De modo tal que la autodeterminación, la autonomía de la voluntad tiene en el artículo 134 de la Constitución venezolana un carácter objetivo que permite a las personas elegir en función de sus intereses o simplemente elegir el servicio civil sin necesidad de justificarlo, incluso sin necesidad de manifestar que se es objetor de conciencia. De modo tal que en la Constitución vigente los sujetos siempre son dueños de su destino en tanto que son seres morales racionales, a los que no se les puede restringir sus derechos y limitar su esfera de libertades en función de intereses colectivistas, estatistas, belicistas, o atendiendo al voluntarismo Estatal o a la razón de Estado.

Líneas arriba hemos afirmado que de una lectura contextualizada de la Constitución de 1999 se puede colegir la prestación preferente de los servicios civiles. Sin embargo, la sola lectura del artículo 134 pareciera presentarnos la idea de la neutralidad estatal, esto quiere decir que no se deduce del dispositivo constitucional una opción a favor del servicio militar

⁴ Balaguer Callejón, Francisco. *Derecho Constitucional*. Volumen II. AA.VV. Balaguer Callejón, Francisco (Coordinador), Tecnos, Madrid, p.321.

o de la prestación civil, es decir, de la lectura aislada del dispositivo no se desprende que la Constitución tome partido o aliente a que se tome partido a favor de una u otra forma de prestación.

No obstante, el legislador venezolano hasta ahora no ha desarrollado el servicio civil, a diferencia del servicio militar contenido en la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar, que lo define como “*aquél que cumple todo venezolano y venezolana en edad militar en la Fuerza Armada Nacional Bolivariana sometándose a la instrucción militar, de acuerdo con las normas establecidas en las leyes y reglamentos, con la finalidad de garantizar la independencia y soberanía de la Nación, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional.*” (art. 28)

Por su parte, el artículo 6 de la Ley en referencia lo considera un deber de todo venezolano de prestar el servicio militar en la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y estar sujeto a la instrucción militar de acuerdo con las normas establecidas en las leyes y reglamentos necesarios para la defensa, preservación y desarrollo integral del País.

Asimismo, el tiempo mínimo para cumplir el servicio Militar es de doce meses; la prolongación del mismo dependerá de la modalidad para prestar el servicio militar seleccionada por el alistado y según lo establecido en el Reglamento de la Ley y se cumplirá a tiempo completo y a tiempo parcial. En el primer caso, es aquél que cumple todo venezolano en edad militar, en forma regular, continua e ininterrumpida en las unidades militares operativas y administrativas que fije la Fuerza Armada Nacional Bolivariana. Los lapsos de prestación del servicio militar bajo esta modalidad, serán establecidos en el Reglamento de la Ley. Mientras que quienes se inscriban para prestar el servicio militar en forma parcial, permanecerán en los cuarteles durante un tiempo específico, que le permita realizar estudios o desempeñarse en un empleo, a los fines de garantizar su crecimiento profesional y la estabilidad económica y social propia y la de su núcleo familiar. Los lapsos de prestación del servicio militar bajo esta modalidad serán establecidos en el Reglamento respectivo, que aún no ha sido dictado (**arts. 29, 30, 31, 32**).

En todo caso, existen cuotas para las modalidades de cumplimiento del servicio militar, todo dependerá del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, a través de la juntas de conscripción y alistamiento, que fijará las cuotas de alistados que prestarán el servicio militar en las modalidades especificadas en la presente Ley. La Junta de Conscripción Municipal o Parroquial procederá en su debida oportunidad a convocar y reunir el contingente asignado, más un porcentaje adicional del veinte por ciento que les permita la selección de los aptos y los no aptos, sin perjuicio de cumplir con la cuota asignada (arts. 34 y 66).

IV. EL DEBER DE DEFENDER LA PATRIA Y EL SERVICIO MILITAR

Según el artículo 130 de la Constitución los venezolanos tienen el deber de honrar y defender a la patria, además de sus símbolos, valores culturales, resguardar y proteger la soberanía, la nacionalidad, la integridad territorial, la autodeterminación y los intereses de la Nación.

Aunque pueda pensarse que el deber de defender la patria se materializa en el uso de las armas, y que éste tiene en el cumplimiento del servicio militar su expresión por antonomasia, no puede caerse en el reduccionismo de identificar únicamente el deber de defender a la patria con el servicio militar.

El deber de defender a la patria puede ser concretado mediante la prestación de servicios civiles, lo que permite, como señala la doctrina, la posibilidad de apelar a un concepto más moderno, amplísimo e integrado de defensa que abarca también una dimensión civil.⁵

De modo tal que este deber, o derecho-deber de defender a la patria que tienen los venezolanos no se agota con el cumplimiento del servicio militar, que es sólo una de la especies del género configurado por el deber de defensa de la patria, la defensa de Venezuela que se predica de todos los venezolanos constituye un deber permanente mientras que la obligación de prestar el servicio militar, así como el servicio civil, se extinguen una vez satisfechos.⁶

Se puede defender y honrar a la patria sea o no con armas, de allí el carácter general y amplio del artículo 134 de la Constitución de 1999, apuntando a un concepto de defensa nacional y seguridad de la Nación propio del Estado Constitucional moderno y democrático que percibe la defensa global, integral y por supuesto militar, pero no se agota en ella al tener una clara connotación metajurídica y de alto valor ideológico, y por tanto genérico tanto subjetiva como objetivamente.⁷

Así, según el artículo 322 de la Constitución de 1999 “[l]a seguridad de la Nación es competencia esencial y responsabilidad del Estado, fundamentada en el desarrollo integral de ésta y su defensa es responsabilidad de los venezolanos y venezolanas; también de las personas naturales y jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado, que se encuentren en el espacio geográfico nacional”, lo que quiere decir que el deber de seguridad de la Nación exige la participación de todas las personas, no sólo de los venezolanos, que puede llevarse a cabo de muchas maneras, con lo cual la contribución o prestación dependerá de las circunstancias y de las posibilidades colectivas e individuales, no sólo con las armas. De manera tal que la misma legitimación constitucional tiene la prestación del servicio militar como la prestación de un servicio civil en aquellos casos, sea o no sustitutorio.⁸

Por ello en el artículo 326, al referirse a los principios de seguridad de la Nación se señala que la misma “se fundamenta en la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil para dar cumplimiento a los principios de independencia, democracia, igualdad, paz, libertad, justicia, solidaridad, promoción y conservación ambiental y afirmación de los derechos humanos, así como en la satisfacción progresiva de las necesidades individuales y colectivas de los venezolanos y venezolanas, sobre las bases de un desarrollo sustentable y productivo de plena cobertura para la comunidad nacional. El principio de la corresponsabilidad se ejerce sobre los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar”.

La seguridad de la Nación se fundamenta en la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil. No obstante será la Fuerza Armada Nacional como institución esencialmente profesional, sin militancia política, al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna, quien garantizará la independencia y soberanía de la Nación y asegurará la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional, teniendo como responsabilidad esencial la planificación, ejecución y control de las operaciones militares requeridas para asegurar la defensa de la Nación (artículos 328 y 329).

⁵ Balaguer Callejón, Francisco. *Derecho Constitucional, ob.cit*; p.318.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Balaguer Callejón, Francisco. *Derecho Constitucional, ob.cit*; p. 319.

V. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA FRENTE AL REGISTRO Y SERVICIO MILITAR

Toda persona puede expresar su voluntad de prestar su servicio personal en el ámbito civil, bien en ejercicio del deber constitucional-derecho subjetivo del artículo 134 constitucional o del derecho fundamental de objeción de conciencia (Art. 61) de la Constitución que contempla:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y a manifestarla, salvo que su práctica afecte su personalidad o constituya delito. La objeción de conciencia no puede invocarse para eludir el cumplimiento de la ley o impedir a otros su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos”.

Con lo cual la prestación militar no solo está supeditada a la objeción de conciencia, y al no tener la prestación civil un carácter sustitutorio sino principal, no puede ser cumplida, ni exigida coercitivamente la inscripción y el servicio militar hasta que no sea sancionada la ley que prevé el artículo 134 de la Constitución, esto es, la ley que regule las prestaciones de carácter civil.

En este caso en especial no se estaría alegando la objeción de conciencia para eludir el cumplimiento de la ley o impedir a otros su cumplimiento, sino que la propia Constitución resolvió el problema acordando las prestaciones de carácter civil (art. 134) para quienes libremente objetaren la realización del servicio militar bien amparándose en el derecho de objeción de conciencia o porque simplemente el servicio civil les parece más productivo o idóneo para el desarrollo y defensa nacional, más interesante, más acorde con sus circunstancias personales o simplemente menos restrictivo de sus libertades.

En efecto, toda persona en ejercicio de su libertad de conciencia y del derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, por motivos de conciencia o en virtud de una profunda convicción de orden religioso, humanista, humanitario, ético, moral, filosófico o de otra naturaleza puede negarse al uso de las armas o a toda prestación militar y en consecuencia, negarse al registro o inscripción militar, hasta tanto no exista un registro civil de prestaciones personales (art. 134 constitucional).

La objeción de conciencia existe cuando el comportamiento exigido es contrario a convicciones, creencias o ideas tan arraigadas e internalizadas que el sujeto las concibe como parte de su propia identidad y, en consecuencia, la realización de la actividad es vista como una traición a las propias convicciones. Por lo tanto se trata de “un derecho reaccional que surge sólo en los supuestos de obligaciones jurídicas contrapuestas, respecto de las cuales existen razones éticas o religiosas para reclamar un privilegio de desobediencia”⁹.

Por su parte, el Artículo 28 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contempla el derecho de toda persona de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos.

En este sentido, una persona de profunda convicción antimilitarista podría verse afectado ilegítimamente en sus derechos con la sola inscripción forzosa de sus datos en el Registro

⁹ Peces-Barba Martínez, Gregorio. “Desobediencia civil y objeción de conciencia”. En: *Anuario de Derechos Humanos*, N° 5, 1988-89, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, p. 176.

Militar¹⁰, vulnerándose su derecho a la autodeterminación informativa¹¹, toda vez que si puede solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de los datos que afecten sus derechos, *a fortiori*, puede negarse a suministrarlos y a que sean incorporados en un registro (art. 28 de la Constitución) que, como es el caso del Registro Militar, con la mera inscripción comienza a generar una serie de actividades administrativas y consecuentes obligaciones en cabeza del sujeto inscrito.

Muchos se preguntarán cuál es la afectación material de los derechos fundamentales de una persona que se vea obligada a la inscripción forzosa de sus datos en el Registro Militar. Por lo que es preciso acotarlo, comenzando por señalar que los artículos 64 y 65 de la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar de 2009, someten a un intenso control administrativo a los venezolanos y venezolanas en edad militar inscritos e inscritas, para determinar la clase, la calificación correspondiente y velar por el fiel cumplimiento del servicio militar y divide o califica con la sola inscripción en el registro de elegibles a todo aquel que tienen la edad para cumplir con el servicio militar y ser formado o formada como combatiente individual para la defensa integral de la Nación, y no elegibles a quienes presentan en el momento de su inscripción en el Registro Militar, alguno de los siguientes impedimentos, que no le permitan ser formado o formada como combatiente individual, instruido o instruida para atender alguna necesidad nacional: a) Constancia de enfermedad que impida la prestación inmediata del servicio militar; b) Padecimiento de enfermedad permanente; c) Estado civil casado o casada; d) Mujer en estado de gravidez; e) Único sostén de hogar; y f) Medida privativa de libertad firme o condena penal definitivamente firme.

Salvo estos casos excepcionales de no elegibilidad, la sola inscripción en el Registro Militar someterá a la persona a las cuotas de contingente asignado y en consecuencia la hará apta para el servicio e instrucción militar con miras a convertirla en combatiente individual, por lo que podrán ser convocadas en su momento por las Juntas de Conscripción Municipal o Parroquial y formar parte de una Clase.¹²

Asimismo, según el artículo 20 de la Ley de 2009 quienes se encuentren en edad para prestar el servicio militar, están incluidos en algunas de las siguientes situaciones, en las que se está prestando, se prestará o ya se prestó el servicio militar: 1. Actividad. 2. Excedencia; y 3. Reserva. Encontrándose en “*situación de excedencia, los venezolanos y venezolanas que no sean alistados o alistadas en su clase por habersele diferido o diferida del servicio militar*” (art. 23); de modo tal que “*...podrán ser convocados o convocadas para su alistamiento, y llamados o llamadas a recibir instrucción militar en los períodos, formas y condiciones que establezcan la [...] Ley y su Reglamento*”. (art. 27).

¹⁰ Artículo 62. Ley de Conscripción y Alistamiento Militar de 2009. “El Registro Militar tiene por finalidad, obtener los datos de los venezolanos y venezolanas, que cumplan con el deber de inscribirse, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley y su Reglamento”.

¹¹ En cuanto al derecho de autodeterminación informativa la doctrina señala que corresponde a toda persona en relación con sus datos personales y con cualquier información que le concierna, que permite al sujeto controlar la obtención, el uso y la divulgación de los datos que le conciernan. Vid. Gómez Sánchez, Yolanda. “La sociedad de la Información en Europa”, En: *Libertades Informativas*. Torres del Moral, Antonio (Director), Colex, Madrid, 2009, p.1246

¹² Artículo 11. Ley de Conscripción y Alistamiento Militar de 2009. Se denomina clase a los efectos del servicio militar, la agrupación de venezolanos y venezolanas nacidos o nacidas en un mismo año, la cual se designará en el registro para el servicio militar con el año en que se inicia la edad militar.

En tal sentido, la Ley no desarrolla el derecho de objeción de conciencia al servicio militar que sería un supuesto de no inscripción en el Registro Militar, y por ende, de no elegibilidad y de no convocatoria, considerando renuentes y sancionando a quienes no se inscriban en el plazo establecido (Artículo 61).

En la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar de 2009, todos los venezolanos, incluso los venezolanos por naturalización, tienen el deber de inscribirse en la Junta de Conscripción más próxima a su residencia o domicilio, y los que estén residenciados en el exterior cumplirán ese deber a través de las representaciones diplomáticas o consulares (Artículo 56).

En la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar de 2009 el servicio militar es obligatorio y el único supuesto de voluntariedad está previsto en el artículo 67, según el cual: *“Los venezolanos y venezolanas en edad militar que se encuentren fuera del territorio nacional, serán convocados y convocadas para cumplir voluntariamente el servicio militar, a través de las representaciones diplomáticas y consulares respectivas.”*

De modo tal que en la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar de 2009, tanto el registro como el servicio militar son obligatorios y se concretan en una serie de obligaciones y prestaciones personales especiales de una gran intensidad, en la que los sujetos quedan afectados en su libertad personal.

No obstante, la oposición o desobediencia al servicio militar en Venezuela, después de la Constitución de 1999, obedece principalmente a que la norma, la disposición constitucional contenida en el artículo 134 ha previsto como deber constitucional la prestación del servicio civil y por oposición al servicio militar, no sólo crea un deber jurídico sino un derecho subjetivo que se traduce en el derecho de cualquier persona a optar exclusiva y excluyentemente por realizar la prestación por medio del servicio civil, sin que ello pueda generar consecuencias jurídicas desfavorables o menoscabar sus derechos fundamentales.

El derecho de libertad de conciencia implícito en el artículo 134 de la Constitución es un derecho de libertad o derecho subjetivo que se caracteriza por su autonomía que implica que el titular tiene una *facultas agendi* que se sitúa, dentro de una perspectiva individual, en la imposibilidad de ser vulnerado tanto por parte de los poderes públicos como por terceros. A su vez, legitima la facultad que tienen sus titulares para exigir una determinada conducta positiva por parte del Estado. Los poderes públicos tienen la obligación de establecer mecanismos de tutela a favor de este derecho, como sería legislar y crear un registro o registros de prestación de servicios civiles, además de no poder limitarlo de una forma arbitraria excepto en lo estrictamente necesario, al conllevar el respeto a una máxima libertad posible y una mínima restricción necesaria.

VI. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE CONSCRIPCIÓN Y ALISTAMIENTO MILITAR DE 2009

La Ley de Conscripción y Alistamiento Militar publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.933 Extraordinario del 21 de octubre de 2009, que deroga la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar, publicada en la *Gaceta Oficial Extraordinario de la República de Venezuela* N° 2.306 del 11 de septiembre del año 1978 y su Reglamento *“tiene por objeto establecer las normas que regulan el deber que tienen todos los venezolanos y venezolanas de cumplir con el servicio militar, necesario para la defensa, preservación y desarrollo del País, o para hacer frente a situaciones de calamidad pública, según lo establecido en la Constitución de la República, así como las demás obligaciones relacionadas con la materia.”* (Art. 1).

En su artículo 3 establece que el servicio militar tiene como finalidad 1. Preparar a los venezolanos y venezolanas para la defensa integral de la Nación. 2. Mantener los efectivos de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana que fije el Presidente o Presidenta de la República y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana. 3. Facilitar una rápida y ordenada movilización militar. 4. Contribuir a la capacitación y adiestramiento de los venezolanos y venezolanas para que, una vez cumplido el servicio militar, estén en mejores aptitudes y actitudes, para participar en la defensa integral de la Nación.

La Ley de Conscripción establece el deber para todos los venezolanos en edad militar, esto es, entre los 18 y 60 años de edad de inscribirse y cumplir el servicio militar necesario para la defensa del país, **violando la disposición del artículo 134 de la Constitución que contempla la posibilidad de elección entre prestar el servicio civil o el servicio militar a la Nación.**

Como consecuencia de lo anterior, los poderes públicos venezolanos (Ejecutivo Nacional, Asamblea Nacional, Fuerza Armada, Defensoría del Pueblo, Fiscalía General, Poder Judicial, en fin) debería asumir una función positiva respecto del derecho de libertad de conciencia, que consiste en una acción dirigida a su reconocimiento, tutela y promoción, y que debe traducirse en la regulación jurídica de su ejercicio, que es una obligación de la Asamblea Nacional. Ello conlleva como hemos dicho el respeto a una máxima libertad posible y una mínima restricción necesaria. Los poderes públicos en su condición de garantes del derecho fundamental de libertad de conciencia, y de su más visible concreción como es la objeción de conciencia, han de abstenerse de concurrir o participar en cualquier acción que implique la aplicación inconstitucional de la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar, y el Poder Legislativo debería ponerse a legislar con todas las garantías de participación y consulta ciudadana y de respeto a la minorías para garantizar el ‘derecho’ de prestación de los servicios civiles.

En este mismo sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia debería declarar a la brevedad posible la inconstitucionalidad por omisión de la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar publicada en la Gaceta Oficial N° 5.933 Extraordinario del 21 de octubre de 2009, por cuanto se ha dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, al dictarse en forma incompleta el artículo 134; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.

En consecuencia, hasta tanto no se dicte ley que regule el servicio civil o se reforme la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar en el sentido de incluir las prestaciones sociales, nadie puede ser sometido a reclutamiento forzoso y obviamente **nadie puede ser sometido al servicio militar obligatorio, y con mayor razón, al cumplimiento de las obligaciones accesorias** previstas en la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.933 Extraordinario del 21 de octubre de 2009, como son:

1. El **deber de inscribirse** en la Junta de Conscripción más próxima a su residencia o domicilio dentro de los noventa días siguientes a la fecha en la cual cumplen la mayoría de edad, cuya disposición transitoria primera dio un plazo de un año para realizarlo, el cual vence el 21 de octubre de 2010¹³.

¹³ **Disposiciones Transitorias. Primera** Los venezolanos y venezolanas comprendidos o comprendidas entre los dieciocho y sesenta años de edad cumplidos, que no se hubieran inscrito en el registro militar, quedarán exentos de toda sanción por tal respecto, siempre que formalicen su inscripción dentro del año siguiente a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley.

2. El **deber de instrucción militar** para todos los venezolanos entre 18 y 60 años (art. 4 y 6 de la Ley de Conscripción y Alistamiento).

3. El **deber de notificar cualquier cambio** de residencia, de domicilio, de estado civil y cualquier otra circunstancia que involucre la prestación del servicio militar (art. 5 de la Ley de Conscripción y Alistamiento).

En consecuencia, nadie podrá ser sancionado por el incumplimiento de las denominadas obligaciones militares y la autoridad civil o militar que exija los documentos que acrediten el cumplimiento del servicio militar también incurre en responsabilidad.

Asimismo, responderán penal, civil y administrativamente los funcionarios civiles o militares y los particulares que con base en la falta de inscripción o de la realización del servicio militar denegaren la inscripción en institutos de educación diversificada o superior, pública o privada; coartaren el ejercicio del derecho al trabajo público o privado y el acceso a la función pública, vulneraren la obtención de becas públicas de estudio o la obtención de licencias para conducir vehículos.

Hasta tanto no se dicte ley que regule el servicio civil o se reforme la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar en el sentido de incluir las prestaciones sociales, quienes no se inscriban en el Registro Militar o quienes no notifiquen cualquier cambio en la información personal no podrán ser sancionados con multa. Tampoco podrán ser sancionados los funcionarios de la administración pública que contraten personal sin exigir la documentación militar; ni cualquier autoridad civil que no coopere en el proceso sin que dichas sanciones sean consideradas arbitrarias e inconstitucionales.

Reforzando el análisis, el Artículo 55 de la Ley define por **Conscripción** como el procedimiento inicial que deben cumplir los venezolanos y venezolanas en edad militar, para prestar el servicio militar y comprende las fases siguientes: 1. Inscripción. 2. Registro. 3. Calificación. 4. Convocatoria. 5. Reunión. 6. Entrega de las cuotas asignadas. Igualmente, **el artículo 61 de la Ley contempla que** los venezolanos que no se inscriban en el plazo establecido serán considerados **renuentes** y serán sancionados o sancionadas conforme a lo que se disponga en la Ley. **Asimismo, el artículo 62 contempla que** “[e]l Registro Militar tiene por finalidad, obtener los datos de los venezolanos, que cumplan con el deber de inscribirse, de acuerdo con lo establecido en la Ley y su Reglamento”.

Está claro que el procedimiento de conscripción no lo deben cumplir todos los venezolanos en edad militar, porque quien se niegue a hacerlo señalando su intención de prestar el servicio civil conforme al artículo 134 de la Constitución o ser objetor de conciencia (art. 61 de la Constitución) no puede ser compelido, coaccionado y sancionado y menos aún considerado renuente, toda vez que la Constitución establece como deber principal la prestación civil y exime al objetor de conciencia, conforme a dos derechos: (i) el derecho subjetivo o derecho –deber de prestación civil y (ii) el derecho constitucional a la objeción de conciencia al servicio militar.

Conforme a los artículos 21 y 134 de Constitución vigente el ‘derecho’ a la prestación del servicio civil goza de la misma legitimidad constitucional que el servicio militar, al ser el mismo fin constitucionalmente perseguido, esto es, el cumplimiento del deber de defender a la patria- por lo que al desconocerse u obviarse la posibilidad de prestación del servicio civil se discrimina sin causa a los ciudadanos que deseen realizar la prestación civil, anulando o menoscabando su reconocimiento constitucional, limitando su goce y su ejercicio en condiciones de igualdad.

La ausencia de una regulación legal y de un Registro que facilite las prestaciones civiles es una clara desigualdad constitucionalmente inadmisibles, por tratarse de una discriminación doblemente prohibida.

En primer término, por violación a la prohibición expresa del 134 de Constitución vigente de obviar el desarrollo del derecho-deber a la prestación del servicio civil e imponer la inscripción y prestación forzosa del servicio militar.

En segundo lugar, el derecho subjetivo a no ser discriminado del artículo 21.1 de la Constitución según el cual todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia no se permitirán discriminaciones fundadas en el credo, las creencias y las propias convicciones, o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona, que prohíbe la introducción injustificada o irrazonable de desigualdades en la ley.

Como consecuencia de lo anterior, hay que hacer una precisión en cuanto a la inscripción en el Registro Militar. Las autoridades competentes para la conscripción pueden obtener los datos de los venezolanos inscritos en el registro civil y electoral, que son los únicos autorizados constitucionalmente. En efecto, así lo advierte la Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar, independientemente de que esté plenamente operativo el Registro Civil de conformidad con la ley que lo regula, el Registro Militar emanará automáticamente del Registro Civil.

De modo tal que la inscripción en el Registro Militar no puede ser obligatoria para **i)** los venezolanos que manifiesten su intención de prestar el servicio civil o para **ii)** los objetores de conciencia.

Reiteramos, la persona que -tenga o no una fuerte convicción antimilitarista- es obligada bajo amenaza de sanción y de los impedimentos y de estudio, trabajo, ingreso a la función pública, etc., a la inscripción forzosa de sus datos en el Registro Militar se verá afectada ilegítimamente en sus derechos, por lo que puede negarse a suministrar sus datos y a que sean incorporados (art. 28 de la Constitución) en el Registro Militar, manifestando su intención de prestar el servicio civil (art. 134 de la Constitución) o señalando que es objetor de conciencia (art. 61 de la Constitución), debiendo la autoridad respectiva tomar nota de ello y dejar constancia de que la persona es objetor de conciencia, en ningún caso renuente, por lo que sobre es él o ella no procederá la inscripción, el registro, la clasificación ni la convocatoria, en fin, no procederá la elegibilidad, ni la posibilidad de aplicar las sanciones del **Capítulo XII de Ley de Conscripción y Alistamiento Militar**, en especial la prevista en el Artículo 82 que pretende sancionar a quienes no se inscriban en el Registro Militar en la oportunidad legal con multa equivalente a doce unidades tributarias (12 U.T.).

VII. CONCLUSIONES

1. No puede supeditarse el goce y disfrute de derechos fundamentales al cumplimiento de obligaciones militares, sin que ello sea una clara y abierta violación de los valores superiores que informan el ordenamiento jurídico y la actuación del Estado venezolano, que ha puesto por encima 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 y que tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución. (Art. 2 y 3 de la Constitución).

2. En el mismo sentido, de aplicarse las sanciones y restricciones a derechos fundamentales en los términos de la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar vigente, los funcionarios de los órganos del Poder Público que lo hicieren violarán la obligación de garantizar a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos (art. 19 de la Constitución).

3. Recordemos que según el Artículo 132 también de la Constitución, toda persona tiene el deber de cumplir sus responsabilidades sociales y participar solidariamente en la vida política, civil y comunitaria del país, promoviendo y defendiendo los derechos humanos como fundamento de la convivencia democrática y de la paz social. Además, todo ciudadano investido o no de autoridad, tiene el deber de colaborar en el restablecimiento de la efectiva vigencia de la Constitución, incluso con el desconocimiento de cualquier legislación que contrarie los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos (arts. 333 y 350 de la Constitución).

4. El poder no puede establecer restricciones ilegítimas y arbitrarias al Derecho, menos a derechos fundamentales sagrados como la educación y el trabajo. Por el contrario, el poder político en los Estados constitucionales contemporáneos ha sido penetrado y transformado por el Derecho, luego de un largo proceso de democratización y racionalización del poder y por ende, una pérdida del peso específico del Estado, que no obstante el gobierno venezolano se resiste a reconocer con este tipo de leyes.

5. De aplicarse las sanciones y restricciones a derechos fundamentales en los términos de la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar vigente, se ratificaría que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es una positivización aparente, forzando a pensarla como una de esas tantas Constituciones <fachada> e irrespetando la voluntad popular expresada en el texto constitucional al pretender subrogarse ilegítimamente en las facultades del poder constituyente originario, colocándose más allá de su condición de órgano constituido, en franca violación a *la supremacía constitucional*, al desaplicar la disposición del artículo 134 que exige –antes de cualquier sanción o restricción de derechos– se sancione la legislación que regule la prestación de los servicios civiles y le permita a los ciudadanos optar alternativamente por el servicio civil o bien por el servicio militar.

La Constitución venezolana vigente exige en su entramado normativo que los órganos del Estado se decanten por la democracia y no por la autocracia, por el poder limitado y delimitable por el Derecho y no por un poder salvaje y absoluto, por una sociedad abierta y plural y no por una sociedad cerrada y excluyente. Además contiene la obligación jurídica general y frente a todos (*omnium* y *erga omnes*) de reconocer la dignidad humana y respetar los derechos fundamentales de la persona, lo que conlleva el respeto a una máxima libertad posible y una mínima restricción necesaria, por lo que los poderes públicos venezolanos en su condición de garantes del derecho fundamental a la libertad de conciencia, y de la objeción de conciencia, han de abstenerse de concurrir o participar en cualquier acción u omisión que implique la aplicación inconstitucional de la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar antes y después de que se legisle con todas las garantías sobre la prestación de los servicios civiles.

Qui potest plus, potest minus *O de la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias* *inferiores al monto único tasado por ley*

Alfredo Parés Salas
Profesor de Derecho Administrativo (UCAB)

Resumen: *El presente ensayo sostiene la viabilidad de que la Administración Pública pueda imponer sanciones por debajo de un monto único establecido en una ley. La tesis se fundamenta en los principios de proporcionalidad, culpabilidad, la interpretación pro cives del principio de legalidad, a la luz de los principios favor libertatis y de intervención mínima, así como en el derecho fundamental de igualdad ante la ley y el principio según el cual quien puede lo más, puede lo menos.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA NECESARIA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROPORCIONALIDAD DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA, EN GENERAL, DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS SANCIONES, EN PARTICULAR, Y DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE CULPABILIDAD.
- III. LA INTERPRETACIÓN PRO CIVES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, A LA LUZ LOS PRINCIPIOS *FA VOR LIBERTATIS* Y DE INTERVENCIÓN MÍNIMA.
- IV. LA EFICACIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD ANTE LA LEY.
- V. LA APLICACIÓN AL CASO DE LA ESPECIE DEL PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO, CONFORME AL CUAL QUIEN PUEDE LO MÁS, PUEDE LO MENOS O QUI POTEST PLUS, POTEST MINUS.
- VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Las ideas expuestas en el presente artículo tienen por objeto intentar dar respuesta, de manera razonada, a la interrogante sobre la posibilidad que tiene la Administración pública de imponer sanciones pecuniarias por una cuantía menor a la fijada expresamente en una norma legal en la que no se prevé un rango entre un mínimo y un máximo, sino que, por el contrario, se tasa un monto único.¹ Podría afirmarse, como premisa de partida, que este tipo

¹ Un par de ejemplos los encontramos en el artículo 125 de la Ley de Aeronáutica Civil (*G.O.* 38.226 del 12/06/05), que contiene tres supuestos de sanciones por 1.000 U.T., catorce supuestos de sanciones por 2.500 U.T. y diez supuestos de sanciones por 5.000 U.T.; los artículos 126, 127, 128, 129 y 130 contienen sesenta y tres supuestos adicionales, cada uno de ellos sancionado con un monto fijo. La Ley de Transporte Terrestre (*G.O.* 38.985 del 01/08/08) prevé algunas infracciones sancionadas con montos mínimos y máximos, por ejemplo las de los artículos 183, 184 y 187 que van entre 500 U.T. y 1000 U.T. (incluso en algunos artículos la propia ley hace una graduación en cada uno de los numerales), pero en algunos casos de sanciones inferiores o muy leves,

de normas no son de recibo por el derecho administrativo sancionador. No obstante, nuestra pregunta no se plantea en este instante a nivel de creación de derecho, sino ya en su fase de aplicación por parte de la Administración: ¿Qué hacer ante la norma legal que establece una cuantía fija? ¿Puede la Administración aplicar una sanción menor a la establecida? Pues bien, decíamos que la incorporación de este tipo de normas no es de recibo, precisamente por las mismas razones o argumentos que emplearemos para arribar a una respuesta afirmativa a la recién formulada pregunta, a saber: (i) La necesaria aplicación del principio constitucional de proporcionalidad de la actuación administrativa, en general, del principio de proporcionalidad de las sanciones, en particular, y del principio constitucional de culpabilidad; (ii) La interpretación *pro cives* del principio de legalidad, a la luz de los principios *favor libertatis* y de intervención mínima; (iii) La eficacia del derecho constitucional de igualdad ante la ley; y, finalmente, (iv) La aplicación al caso de la especie del principio general del derecho, conforme al cual quien puede lo más, puede lo menos o *qui potest plus, potest minus*.

II. LA NECESARIA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROPORCIONALIDAD DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA, EN GENERAL, DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS SANCIONES, EN PARTICULAR, Y DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE CULPABILIDAD

Ya en el año 1994, Barnes resaltaba la importancia del principio de proporcionalidad en el derecho comunitario, el cual, por cierto, había sido ya catalogado como un «*supraprincipio*». En su Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario afirmaba que la proporcionalidad, «*en cuanto principio general del Derecho derivado de la idea de justicia material, se erige en piedra angular de todo ordenamiento jurídico*» y que, para el derecho alemán, cuya jurisprudencia lo ha venido desarrollando desde hace más de un siglo, es «*considerado ya como principio general que surca el entero Derecho Administrativo y Constitucional... ocupa un lugar destacado en la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa y apenas hay investigación doctrinal en el ámbito del Derecho Público que pueda excluir su estudio y aplicación*»². El principio constitucional de proporcionalidad es, pues, un «*principio propio del Estado de Derecho*»³, cuya dimensión, en palabras de Peña Solís, «*ha conducido a la doctrina a sostener que tiene un carácter general derivado de la misma esencia del Estado de derecho... debido... al carácter garantístico de la libertad personal y de la libertad en general de dicho principio*»⁴.

se fija una única suma 169, 170, 171, 173, 174, 175 y 183. El *in fine* del artículo 125 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios (G.O. 39.358 del 01/02/10) fija una multa única de 100 U.T. por cada hora de inasistencia injustificada a recibir charlas o talleres sobre los derechos de los usuarios. La Ley de Ilícitos Cambiarios (G.O.E. 5.975 del 17/05/10) prevé en su artículo 17 una multa de 1.000 U.T. a quienes ofrezcan, anuncien, divulguen a través de cualquier medio de información financiera o bursátil sobre las cotizaciones de divisas diferentes al valor oficial. Adicionalmente, el artículo 294 de la Ley General de Marinas y Actividades Conexas (G.O. 37.570 del 14/11/02) fija una multa de 100 U.T. y el artículo 109 de la Ley General de Puertos (G.O. 39.140 del 17/03/09) hace lo propio, por el monto de 50 U.T. Aun cuando en algunos casos pueda que se traten de multas de una cuantía no muy elevada, en otros casos dichas multas pueden ascender a más de US\$ 75.000,00, por lo que puede verse que el asunto no es baladí.

² Barnes, Javier, "Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario", *Revista de la Administración Pública* N° 135, Septiembre-Diciembre 1994, p. 495 y ss.

³ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 10^{ma} Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 183.

⁴ Peña Solís, José, *La potestad sancionatoria de la Administración Pública venezolana*, Colección de Estudios Jurídicos N°10, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, p. 184 y ss.

En concreto, define Barnes al aludido principio como aquel «en virtud del cual la intervención pública ha de ser «susceptible» de alcanzar la finalidad perseguida, «necesaria» o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles -ley del mínimo intervencionismo-) y «proporcional» en sentido estricto, es decir, «ponderada » o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades»⁵.

En nuestro ordenamiento jurídico positivo el principio se encuentra expresamente consagrado de manera general en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a tenor del cual «*aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma*». De igual modo, la Ley Orgánica de la Administración Pública lo incluye expresamente en su catálogo de principios del artículo 10, según el cual «*la actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de... proporcionalidad... con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales*».

Si bien es cierto que el principio de proporcionalidad, como recién se ha apuntado, es considerado un «*supraprincipio*» que informa todas las actuaciones estatales, de manera general, no es menos cierto que, de manera particular y en concreto, por lo que atañe al poder punitivo del Estado, éste también reviste una relevancia incuestionable; es, pues, «*uno de los principios constitucionales de garantía penal, comunes a todo el ordenamiento sancionador*»⁶. El principio de proporcionalidad no sólo tiene vigencia máxima en el ámbito del derecho penal, sino también en el derecho administrativo sancionador, ya que, como es bien sabido, éste se nutre de muchos de los principios de aquél, de lo cual ha dejado testimonio el Tribunal Supremo español, cuando ha afirmado que «*los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, en el Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado*»⁷. De esta realidad también da testimonio Nieto, quien afirma textualmente que «*en el momento actual es indiscutible la aplicación al Derecho Administrativo Sancionador de los principios del Derecho Penal*»⁸.

De ese principio general de proporcionalidad deriva el subprincipio de la proporcionalidad de las sanciones administrativas, el cual, ha sostenido la jurisprudencia patria, implica esencialmente que «*la sanción debe guardar correspondencia con la falta cometida... [y que]... la exigencia de lex certa obliga al redactor de la norma a definir tanto la infracción como la sanción, así como la correlación entre una y otra, y no puede entenderse como definida una sanción, agrega esta Sala, cuando no han sido establecidos los límites máximo y*

⁵ Barnes, Javier, «Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario», *Revista de la Administración Pública* N° 135, Septiembre-Diciembre 1994, p. 500.

⁶ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 10^{ma} Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 183.

⁷ Citado por García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 10^{ma} Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 170.

⁸ Nieto García, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, 3^{ra} Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 23.

mínimo de la misma»⁹. Este principio, pues, «*implica o exige una correspondencia entre la trascendencia, gravedad y los efectos de la acción infractora y la sanción que se aplique o imponga*»¹⁰. Como corolario de lo anterior -y parafraseando a García de Enterría y Fernández- habría que concluir que «*en cualquier caso, es siempre invocable en cuanto a la fijación de la cuantía de las multas el principio de proporcionalidad*»¹¹.

Sentado cuanto antecede, esto es, la inexcusable aplicabilidad del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria, al momento de la graduación de la sanción, resta entonces preguntarnos si es posible la aplicación de ese mismo principio en los casos en que la ley sólo fija un monto único como sanción imponible, especialmente si consideramos que «*el principio de proporcionalidad sólo puede operar cuando la Administración goza de... margen de actuación*»¹² o, lo que equivale a decir, como lo subraya Beltrán, que éste «*tiene su máxima proyección en el ejercicio de la facultad discrecional para determinar la sanción*»¹³.

¿Podría entonces hablarse de discrecionalidad ante una norma que consagra una única consecuencia jurídica? Como es bien sabido, la discrecionalidad administrativa, al menos por lo que atañe a la discrecionalidad electiva o «*Auswahlermessen*»¹⁴, reside del lado de la consecuencia jurídica de la norma y radica en la existencia de diversas opciones de decisión, todas amparadas por el ordenamiento jurídico. Maurer explica que la existencia de la discrecionalidad administrativa puede desprenderse no sólo de una expresa consagración legal -caso más común y en el que el empleo de verbos o frases como «*podrá*», «*estará facultado para*», entre otras expresiones, resulta capital para su determinación-, sino que también puede derivarse *implícitamente* del propio contexto de la regulación.¹⁵

Es claro, entonces, que en las hipótesis comprendidas dentro del objeto de estudio no nos hallamos en el caso de la consagración expresa de potestades discrecionales, por lo que la pregunta final sería entonces si del contexto y con base en los argumentos aquí planteados, podría concluirse que dentro de esa aparente potestad reglada reflejada en la norma que impone la sanción de cuantía única, se esconden o subyacen potestades discrecionales, que, como lo afirman García de Enterría y Fernández, son «*inexcusable[s] para el funcionamiento*

⁹ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa, 8 de octubre de 2003, sentencia N° 01519.

¹⁰ Beltrán Aguirre, Juan Luis, “Derecho administrativo sancionador: Principios informantes, en: Derecho Administrativo Sancionador: Teoría y Práctica”, Instituto Navarro de Administración Pública Pamplona, 2009, p. 60.

¹¹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 10^{ma} Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 201.

¹² Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, “El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho español”, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 19.

¹³ Beltrán Aguirre, Juan Luis, “Derecho administrativo sancionador: Principios informantes, en: Derecho Administrativo Sancionador: Teoría y Práctica”, Instituto Navarro de Administración Pública Pamplona, 2009, p. 60.

¹⁴ Maurer, Hartmut, “Introducción al derecho administrativo alemán”, Universidad Santo Tomás, 2008, p. 37.

¹⁵ Gesetztechnisch erfolgt die Ermessensermächtigung gelegentlich durch ausdrücklichen Hinweis auf das “Ermessen” meist jedoch durch Ausdrücke wie “kann”, “darf”, “ist befugt” usw. Verinzelt ist es auch aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung zu entnehmen en Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15th Edición, C.H. Beck, Munich, 2004, p. 135.

de la Administración»¹⁶. De contestarse afirmativamente la pregunta -como en efecto creemos que debe ser ésta respondida- no habrá otra conclusión que aceptar la plena aplicación del principio de proporcionalidad.

Otro argumento que juega a favor de la tesis expuesta se fundamenta en el llamado principio de *oportunidad*, el cual, como lo enseña Nieto, rige para la Administración en ejercicio de potestades sancionatorias y consiste precisamente en «la posibilidad o permisibilidad de poner en marcha tales consecuencias jurídicas [refiriéndose a la persecución y la aplicación de la sanción] ... o lo que es lo mismo: la Administración no está obligada por ley a castigar sino que simplemente se le autoriza a hacerlo [y, en consecuencia] ... se puede ser fácilmente tolerante con infracciones en las que media una culpabilidad leve y no estén en juego intereses públicos importantes»¹⁷. El principio de oportunidad es una de las manifestaciones concretas de la por los alemanes llamada discrecionalidad decisiva («*Entschließungsermessen*»), la cual responde «a la pregunta de si las autoridades deben ser activas e intervinientes»¹⁸ ante la verificación del supuesto de hecho consagrado en la norma. Pues bien, si se admite -como en efecto hace la doctrina al reconocer el principio de oportunidad- que la Administración no tiene el *deber* de perseguir y sancionar, sino que tiene la *posibilidad* de hacerlo, con mayor razón puede entonces concluirse, que en el caso en que ésta decida perseguir y sancionar y, luego de la sustanciación del expediente arriba a la convicción de que debe imponer una sanción, tampoco tendría el *deber* hacerlo por el monto máximo de la norma, sino nuevamente sólo la *posibilidad* de hacerlo, lo que equivale a decir que podría imponer una sanción por un monto menor al legalmente estipulado. Dicho en otras palabras, si se admite esa regla según la cual la imposición en sí de la sanción, esto es, el *todo*, no es un deber sino un *poder*, para mantener la coherencia del discurso, ha de aplicarse la misma regla, sobre una de sus *partes*, esto es, sobre la fijación del *quantum* de la multa.

Finalmente, también podría pensarse que, como consecuencia directa de la afectación del principio de proporcionalidad, en el sentido de la exclusión de plano de su aplicación, puede verse también vulnerada una faceta de otro de los principios fundamentales del derecho sancionador, cual es el de la *culpabilidad*. La culpabilidad y la proporcionalidad están íntimamente vinculadas, constituyendo, como bien lo apunta Ossa Arbeláez, dos «*supranaciones que presiden todo el esquema del jus puniendi*»¹⁹. La proporcionalidad sirve como instrumento práctico que dota de aplicabilidad y sentido a una de las facetas del principio de culpabilidad. Y en este sentido debe existir una correlación entre el grado de culpabilidad y la intensidad de la sanción. En la medida en que no puede aplicarse el principio de proporcionalidad, se frustra la eficacia de una de las facetas del principio de culpabilidad, ya que, para nada se ponderaría el grado de culpa del infractor -culpa leve, grave o dolo-, a los fines de la graduación de la sanción, vaciando así de contenido y aplicabilidad parte esencial del mencionado principio, sancionando de igual modo a quien, *gratia argüendi*, obra con culpa leve y a quien obra con dolo. Ese argumento debe ser también analizado a la luz del principio constitucional de *igualdad*, lo cual haremos más adelante en este estudio.

¹⁶ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 10ma Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, 5ª Edición, p. 436.

¹⁷ Nieto García, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, 3era Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 143.

¹⁸ Maurer, Hartmut, *Introducción al derecho administrativo alemán*, Universidad Santo Tomás, 2008, p. 36.

¹⁹ Ossa Arbeláez, Jaime, *Derecho administrativo sancionador: Una aproximación dogmática*, 2ª Edición, Legis, 2009, p. 420.

III. LA INTERPRETACIÓN PRO CIVES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, A LA LUZ LOS PRINCIPIOS *FA VOR LIBERTATIS* Y DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

No es muy difícil prever que el principal argumento que se opondría a la interpretación aquí propuesta es el de la inexorable rigidez del principio de legalidad. Así pues, si la ley establece una multa con una única cuantía, la Administración pública se hallaría atada de manos a ésta y no podría sino sólo sancionar por la suma establecida. Como lo veremos de inmediato, ese argumento adolece de lo que a nuestro entender puede ser un fallo: Por una parte, la descontextualización del principio de legalidad, y, por la otra, quizá consecuencia de la anterior, una errada concepción absoluta de dicho principio.

El principio de legalidad es una de las manifestaciones concretas del principio de estado de derecho.²⁰ Es, como lo enseña, Santamaría Pastor, «uno de los dogmas más tradicionales y arraigados de signo liberal democrático, habiéndose erigido en la manifestación primera y esencial del Estado de Derecho»²¹, con lo que coincide también Nieto, cuando afirma que «para la ideología del Estado democrático de Derecho es imprescindible, en efecto, la afirmación de la legalidad en el Derecho Administrativo Sancionador en cuanto que cabalmente constituye una de sus señas de identidad más características»²². Como manifestación de este principio recogido por el artículo 2º de nuestra Constitución, el principio de legalidad no sólo comparte su mismo rango, al estar reconocido de igual modo en el artículo 137 *eiusdem*, sino también su misma finalidad y razón de ser, a saber: La protección de los derechos fundamentales y libertades del ciudadano frente al poder público, pues, como lo admite Martín-Retortillo, «el largo proceso de afirmación del Estado de Derecho se formula, básicamente, frente al Poder en demanda de una protección efectiva de las situaciones de los ciudadanos»²³. En este mismo orden de ideas, la propia Ley Orgánica de la Administración Pública condiciona teleológicamente el principio de legalidad, en función de la «garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático»²⁴. Y es que el pivote central del derecho administrativo, de ello no hay lugar a duda alguna, se ha trasladado del régimen del aparato administrativo para concentrarse en el ciudadano y, más precisamente en la protección de sus derechos, garantías y libertades ante el poder público. De esta traslación dan constancia hoy en día la doctrina y los diversos ordenamientos jurídicos del mundo occidental. En nuestro país, al menos desde el plano normativo, la Constitución, la Ley Orgánica de la Administración Pública y la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos reconocen expresamente al administrado como el centro de esta construcción, poniendo expresamente a la Administración pública a su servicio.²⁵ La Administración, se dice, no es un fin en

²⁰ Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15ª Edición, C.H. Beck, Munich, 2004, p. 117.

²¹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, 3ª Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 90.

²² Nieto García, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, 3ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 202.

²³ Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 294.

²⁴ El artículo 4 dispone que «la Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico».

²⁵ El artículo 141 de la Constitución Bolivariana de la República de Venezuela establece que «la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de

sí misma, sino un medio que, en sabias palabras de Fernández, tiene por objeto «*la consecución de una «misión imposible»... la realización cotidiana de un auténtico milagro: hacer compatible el poder con la libertad, el interés público con el interés privado y asegurar la convergencia de tan dispares exigencias en un cierto punto de equilibrio*»²⁶.

Pues bien, el principio de legalidad se concreta, expresa y articula mediante un «*mecanismo técnico preciso*», a saber, la técnica de atribución de potestades o llamado principio de competencia. Como lo enseñan los maestros García de Enterría y Fernández, la legalidad «*otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda actuación administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido*»²⁷. Si la legalidad es entonces el principio constitucional general, la atribución de competencias es su implementación técnica, siendo que la norma legal atributiva se erige como «*fundamento previo y necesario*» de todas las actuaciones que se hallan comprendidas dentro del aludido apoderamiento, pero también como un «*límite o frontera a su ejercicio*»²⁸. Esa función de «*límite*» ha sido explícitamente destacada por la jurisprudencia española cuando se ha afirmado que «*la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el artículo 25.1 de la Constitución [artículo equivalente a nuestro artículo 49.6] ... el límite consistente en el principio de legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora*»²⁹. Ahora bien, como lo destaca Detterbeck, el principio de legalidad rige con plenitud sólo en el ámbito de las actuaciones de eficacia ablativa de la Administración o «*Eingriffsverwaltung*»³⁰, dentro de las cuales es la actividad sancionadora una de las principales. Así pues, en otras áreas y formas de actuación se aceptan matices al rigor de dicho principio.³¹ De allí que se considere que éste no es, como normalmente nunca suele serlo en el derecho, un principio absoluto. Sólo en la medida en que él sea útil para la protección de los derechos y libertades del individuo frente al poder público, encuentra aplicación. Con mayor o menor tino la jurisprudencia venezolana también ha aceptado algunos matices al principio de legalidad.³² Consecuencia de todo lo anterior es la conclusión

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». El artículo 5 de la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone, a su vez, que «*la Administración Pública está al servicio de las personas, y su actuación estará dirigida a la atención de sus requerimientos y la satisfacción de sus necesidades, brindando especial atención a las de carácter social*». El artículo 35 de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos dispone que «*la actividad de los órganos y entes de la Administración Pública debe estar dirigida a servir eficientemente a los particulares, mediante la plena satisfacción de las necesidades colectivas. En tal sentido, el funcionario público es, ante todo, un servidor público*».

²⁶ Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la administración*, 5^{ta} Edición, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 94 y 95.

²⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 10^{ma} Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 447.

²⁸ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, 3^{era} Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 92 y ss.

²⁹ SSTC 42/1987 y 3/1988 citadas por Nieto García, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, 3^{era} Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 214.

³⁰ Detterbeck, Steffen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7^{ma} Edición, C.H. Beck, Munich, 2009, p. 85.

³¹ En este sentido, también Jestaedt, Matthias, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, en: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13^{era} Edición, De Gruyter Recht, Berlin, 2005, p. 289.

³² Por su parte, la jurisprudencia nacional ha aceptado la relajación del rigor del principio de legalidad, a través de la recepción excepcional de la llamada teoría de las potestades implícitas, en ac-

preliminar de que el principio de legalidad -que más que tener como objeto principal el sano desarrollo de la actividad administrativa, desde el punto de vista objetivo, tiene como finalidad primordial la protección o resguardo, desde el punto de vista subjetivo, de las libertades y derechos del individuo frente al ejercicio del poder público, imponiéndole a éste limitaciones y fronteras a su actuación gravosa- *no es un principio absoluto*. Él se nos presenta, pues, con su mayor vigor, únicamente en la medida en sirva de presupuesto y *límite* a actuaciones estatales que incidan de manera desfavorable a aquél.

Y es precisamente esa faceta de la competencia como herramienta técnica, a saber, su función (de)limitadora del ejercicio de las potestades públicas, en particular de la potestad sancionatoria, sobre la que debemos ahora parar mientes. Si se entiende la competencia como una esfera o radio de acción únicamente *dentro del cual* puede actuarse válidamente, podría entonces afirmarse que también se obra bajo el amparo de ese principio *en tanto y en cuanto no se excedan los límites máximos* previstos en la norma o, dicho de otro modo, que *no es necesario que siempre se actúe al límite*. Toda actuación *atenuada* en función del propio titular de la protección brindada por el principio de legalidad, esto es, en aras de la libertad y derechos del ciudadano, se hallaría bajo su manto de cobertura. Ello adquiere aún mayor sentido, cuando se añaden a la ecuación el principio de interpretación *pro cives, favor libertatis* y el principio de *intervención mínima*, que nos fuerzan a interpretar siempre el principio de legalidad y las competencias en función del ciudadano y su libertad, como *valor superior* de nuestro ordenamiento jurídico, en el sentido de favorecer y permitir que la incidencia negativa en su esfera jurídica se dé únicamente en la medida de lo estrictamente necesario («*Übermaßverbot*»), garantizando así la supremacía constitucional de los principios y derechos a los que hemos aludido.

tuciones de eficacia no ablatoria. Pese a su extensión y con la venia del lector, nos permitimos transcribir el siguiente párrafo, por considerarlo de interés a los efectos del tema, tomado de la sentencia N° 0087 del 10 de febrero de 2004 del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa: «*A través de la atribución de una competencia como expresión de una potestad pública, se manifiesta el principio constitucional de legalidad, por lo que la competencia es de estricto derecho. Este criterio restrictivo de la legalidad, goza de cierta preponderancia en la doctrina administrativa nacional y es el sostenido por importantes representantes de la Doctrina Española... Ahora bien, para un gran sector de la Doctrina, esta regla de la competencia, admite excepciones, y es allí donde surge la tesis de las "potestades implícitas o inherentes". Esta tesis consiste en que aun cuando la competencia no esté expresamente contenida en una norma, es posible deducirla acudiendo a una interpretación finalista o sistemática de la norma. En este sentido, se explica que si la competencia no surge en forma concreta de la norma, debe establecerse si la actuación administrativa puede derivarse como consecuencia lógica del texto de la norma. Se señala como ejemplo, el caso de una norma que atribuye a la Administración Pública la potestad de vigilar la calidad de los vertidos industriales a los cauces públicos, de la que se puede inferir la atribución, -aun cuando la norma no señala nada al respecto-, de instalar instrumentos de medida y desagüe de las respectivas fábricas. En nuestro ordenamiento jurídico, aun cuando se parte de un principio de legalidad formalmente estricto, la Doctrina se inclina a aceptar esta tesis de las potestades implícitas. Sin embargo, se ha insistido que al constituir una excepción a la regla de competencia, su aplicación debe ser muy restrictiva, no admitiendo una interpretación extensiva, ni siquiera analógica de la legalidad como atributiva de poderes a la Administración, ya que justamente, esta es excepcional por cuanto supone restricciones a la libertad individual. En efecto, lo contrario daría origen a que se crearan facultades que afecten derechos subjetivos de particulares, violándose así, el principio de legalidad de la competencia. Como consecuencia de ello, debe señalarse que en el ejercicio de las potestades implícitas, la Administración no podría desplegar actuaciones que afecten los derechos subjetivos de los particulares, por cuanto ello podría suceder sólo mediante norma atributiva de competencia».*

Queda así, pues, allanado el camino para concluir que toda medida dictada dentro de la esfera de competencias máximas prevista por la norma, que, insistimos, se erige como *límite externo*, halla amparo en el principio de legalidad, siempre y cuando se concrete en un beneficio para el particular. Ello porque, insistimos, el principio de legalidad *se erige como una garantía* para éste de que la Administración pública no puede afectarle más allá de los límites sentados por el legislador, *pero no puede jamás entenderse como un obstáculo para impedirle una afectación menor de su esfera jurídica*. Así pues, el principio de legalidad no puede ser interpretado jamás *in peius*. Dentro de la propia actividad de eficacia ablatoria, una afectación de menor grado a la que cabría, de no hacerse la interpretación propuesta, es siempre de recibo, es siempre favorable, precisamente por ser menos gravosa a la que resultaría de una ciega, automática e irreflexiva aplicación -cual autómeta- de la norma legal.³³

La interpretación propuesta de este tipo de normas sancionatorias quedaría así comprendida dentro del principio de legalidad, siendo no sólo posible, sino también obligatorio que la Administración pública, atendiendo a las circunstancias de cada caso en concreto, pueda o, más bien, deba *graduar* las sanciones en función de la proporcionalidad. Ello porque, como lo enseña Maurer, la eficacia de los derechos fundamentales obliga a que la Administración, en el marco del procedimiento administrativo, interprete, complete y aplique las normas «*grundrechtskonform*», esto es, conforme con los derechos fundamentales y asegurando así la supremacía constitucional. En Venezuela, la Administración pública está obligada a respetarlos y garantizarlos, pues, como ya lo sabemos, corresponde a ésta, a tenor de lo previsto por los artículos 8 y 3 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, «*cumplir y hacer cumplir la Constitución*», siendo el objetivo principal de su «*funcionamiento hacer efectivos los principios, valores y normas consagrados en la Constitución... y en especial, garantizar a todas las personas, el goce y ejercicio de los derechos humanos*». En síntesis, la Constitución le prohíbe a la Administración pública quedarse de manos cruzadas ante normas legales que desconozcan principios y derechos constitucionales, en una suerte de espera pasiva so pretexto de espera a una reforma legislativa, sino que, dentro de cánones de interpretación como lo expuestos, debe ésta salvar la discrepancia con la Constitución, tomando un rol activo, siempre, eso sí, dentro de sus límites competenciales.

IV. LA EFICACIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD ANTE LA LEY

Ya hemos apuntado que la aplicación de plano de una sanción de cuantía única excluye la posibilidad de la ponderación de las circunstancias del caso, lo cual puede llevar a un desconocimiento del principio constitucional de proporcionalidad. Ahora bien, esa exclusión de la posibilidad de considerar las circunstancias concretas y puntuales que hacen de cada caso algo *único*, también se puede traducir en un desconocimiento del derecho y principio de igualdad ante la ley, salvaguardado por el artículo 21 de la Constitución y reconocida como valor superior del ordenamiento jurídico venezolano por sus artículos 1º y 2º.

Sin querer entrar aquí en mayores detalles sobre el complejo contenido y funciones de este principio y derecho, sí nos interesa destacar, parafraseando a Prieto Sanchís, que el principio de igualdad ante la ley «*encierra dos subprincipios: tratar igual aquello que es igual, y*

³³ Mismos argumentos sirven de base a los principios *in dubio pro reo, in dubio pro operario* e incluso a la única relajación posible del principio constitucional de irretroactividad de los actos estatales, cuyos efectos sólo pueden ser retrotraídos a situaciones consolidadas previas a su vigencia, todo ello siempre y cuando favorezcan al individuo, principios todos estos prácticamente incontrovertidos hoy en día.

tratar de forma desigual lo que es desigual»³⁴. Para nuestros propósitos resulta ahora relevante la formulación negativa del principio, esto es, la prohibición de dar igual tratamiento a hechos que se dan en circunstancias distintas, porque ello puede llevar incluso a resultados injustos, contrarios, pues, a la Justicia entendida como valor superior del ordenamiento jurídico. En el caso bajo examen, la imposición de exactamente la misma sanción pecuniaria a hechos que, si bien son subsumibles en el enunciado de la misma norma, *pueden haber sido realizados bajo las más diversas circunstancias* personales, de modo, tiempo o lugar o hasta incluso con diferentes grados de culpabilidad, daría lugar a una violación del principio de igualdad. La interpretación propuesta permite a la Administración ponderar y, en consecuencia, diferenciar las situaciones fácticas o sus circunstancias, con la finalidad de lograr una sanción efectivamente proporcional, una sanción que, en palabras del legislador, mantenga *«la debida proporcionalidad y adecuación»* entre hechos y consecuencias. Con base en esta tesis, es obvio que la Administración no podría sancionar por un monto mayor al previsto por la norma, pero sí por uno menor, permitiéndose así, dentro del límite máximo previsto por ley, el tratamiento diferenciado de situaciones diversas, de manera que, como lo consagra el artículo 21 constitucional, se garanticen las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva.

Usemos algunos ejemplos concretos para ilustrar el argumento. La vigente Ley de Aeronáutica Civil prevé en su artículo 126, numeral 1.1.8., una multa de 1.000 U.T. a la empresa de transporte aéreo que transporte *«pasajeros o carga sin la documentación exigida en el lugar de destino o dejarlos abandonados en este, por el incumplimiento de estos requisitos»*. Por una inobservancia, la empresa A omite comprobar si el pasajero X, a quien, por su nacionalidad, se le exige visado para ingresar a territorio venezolano, cuenta con la visa consular apropiada. Al arribar, la autoridad administrativa de inmigración le niega la entrada a X por falta de visa, por lo que A procede de inmediato a colocarlo en el siguiente vuelo de retorno al lugar del cual provino. A la empresa A nunca se le ha sancionado por la comisión de esta infracción. Por otra parte, se halla la empresa B, que entre sus equipos, opera varias aeronaves del tipo Boeing 747-400 con capacidad para 524 pasajeros. De los 504 pasajeros de diversas nacionales que se contabilizan en el vuelo de esta mañana, 403 requieren de visado consular para ingresar al país. B, empero, no comprueba la documentación de absolutamente ninguno de los 504 pasajeros y al serles negado el acceso a los 403 pasajeros, B sostiene que le resulta imposible retornarlos de inmediato a su lugar de destino. El traslado de vuelta tiene lugar, finalmente, dos días después. B, además, ha sido sancionada en diversas oportunidades por la comisión de idéntica infracción. No obstante las diferenciadas circunstancias fácticas apuntadas, tanto A como B son sancionadas exactamente con la misma multa de 1.000 U.T.

Otro ejemplo. El artículo 127, numeral 1.1., *eiusdem*, prevé que *«el comandante o piloto al mando de una aeronave será sancionado... por permitir el uso de aparatos de aerografía, cinematografía, aerotopografía y otros que posibiliten el levantamiento de información relativa a seguridad de estado, a bordo de una aeronave en vuelo»*. Durante la maniobra de aterrizaje del Boeing 747-400, piloteado por el comandante de vuelo S, un pasajero, titular de una visa de turismo, toma rápidamente dos fotos desde su puesto y a través de la ventanilla a varios helicópteros de fabricación rusa y de reciente adquisición por parte de la Aviación Militar Nacional Bolivariana que se hallan apostados frente al hangar 18. Por otra parte, el piloto M, comandante de vuelo de un turbohélice Cessna 406 Caravan, recibe al pasajero X, quien renta la aeronave por espacio de dos horas, durante las cuales le solicita a aquél que

³⁴ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 2^{da} Edición, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 181.

sobrevuele el Palacio de Miraflores, mientras éste realiza diversas tomas con un aparato fotográfico profesional, a lo cual el piloto no se opone. Antes bien, el piloto le ofrece de manera gratuita un breve sobrevuelo adicional sobre La Casona. Los pilotos S y M son sancionados, ambos, por 1.000 U.T.

Otro. El artículo 17 de la Ley de Ilícitos Cambiarios³⁵ sanciona con una multa de 1.000 U.T. a todas aquellas «personas naturales o jurídicas que ofrezcan, anuncien, divulguen de forma escrita, audiovisual, radioeléctrica, informática o por cualquier otro medio, información financiera o bursátil sobre las cotizaciones de divisas diferentes al valor oficial». En el blog «Economía de Hoy» el estudiante universitario M reseña las más recientes investigaciones económicas, así como artículos de prensa internacional. A pesar que el blog tiene principalmente fines académicos, se halla abierto al público en general. En la página principal del blog M ha colocado un link que lleva directamente a su página personal de Facebook, en la que en días pasados, escribió «Increíble, el dólar paralelo casi a BsF. 10,00 - Prepárense para lo que viene!!!».- La casa de bolsa L ofrece una variada gama de servicios bursátiles en su portal oficial. Recientemente L ha implementado una sofisticada plataforma tecnológica que, contra el pago de una remuneración mensual que se carga automática a la tarjeta de crédito del suscriptor, ofrece un servicio de información periódica sobre las variaciones significativas de una tasa de cambio no oficial e incluso envía al correo electrónico del suscriptor las llamadas «alertas» que le informan en tiempo real sobre las fluctuaciones favorables de la tasa de cambio no oficial.

En un breve tiempo el servicio ha adquirido una elevadísima cantidad de suscriptores a nivel nacional. El estudiante M y la empresa L son ambos sancionados, empero, por la misma suma de 1.000 U.T., equivalente hoy en día a US\$ 15.116,27.

V. LA APLICACIÓN AL CASO DE LA ESPECIE DEL PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO, CONFORME AL CUAL QUIEN PUEDE LO MÁS, PUEDE LO MENOS O QUI POTEST PLUS, POTEST MINUS

El derecho reconoce ciertos principios generales que informan el ordenamiento jurídico y con base en los cuales debe ser éste interpretado y aplicado por el operador jurídico. Conforme a uno de esos principios, la atribución de un poder jurídico específico a una persona no implica necesariamente para ésta una obligación o deber de ejercicio *in totum*, sino que ésta se hallaría habilitada para ejercerlo «parcialmente», por así decirlo. El aludido principio, que se conoce bajo el apotegma jurídico *qui potest plus, potest minus*, «consiste, entonces, en tener por ordenado o permitido de manera implícita, que se haga algo menor -de rango inferior- de lo que está ordenado o permitido expresamente por la ley. Quien puede lo más, puede lo menos»³⁶. Este principio parte de la idea de la norma atributiva de competencia como un límite externo al ejercicio de la misma. Este principio se fundamenta, finalmente, en el argumento de la lógica jurídica *a maiore ad minus*, que como algunos autores han apuntado, no se limita únicamente a ser un argumento de la lógica formal.

³⁵ Hemos usado el ejemplo por tomar uno cualquiera del ordenamiento jurídico vigente actual, dejando por un instante de lado nuestras consideraciones personales en torno a la (in)constitucionalidad de las prohibiciones contenidas en la aludida ley y al sistema de control cambiario en general.

³⁶ Jañez Barrio, Tarsicio, *Lógica Jurídica*, Editorial Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1999, p. 468.

La interrogante sobre si este principio puede aplicarse a la Administración pública en el ejercicio de su potestad sancionadora, a la luz del principio general del poder-deber, debe responderse de manera afirmativa. ¿Las razones?: Las mismas que se han venido exponiendo a lo largo de este breve ensayo.

VI. CONCLUSIONES

Hemos observado que es posible interpretar del contexto expuesto la existencia de potestades discrecionales en normas que establecen una cuantía fija como sanción, entendiéndola como un límite máximo. Hemos apuntado que esa interpretación del principio de legalidad, que permite atenuar la sanción, ponderando las circunstancias concretas de cada caso, está amparada por los principios *pro cives*, *favor libertatis* y de *intervención mínima* y permite garantizar el derecho a la igualdad, así como la aplicación y consecuente salvaguarda del principio de proporcionalidad, oportunidad y de culpabilidad. Adicionalmente, dijimos que esa interpretación puede fundamentarse, también, en el principio general del derecho *qui potest plus, potest minus*. Todo ello para concluir que la Administración pública no sólo puede, sino que además, para garantizar la vigencia y eficacia de la Constitución, los principios, valores superiores y derechos fundamentales que sirvieron de base a nuestra argumentación, debe contar con la posibilidad de imponer una sanción por una suma menor a la fijada por la ley, en aquellos casos en que las circunstancias por ella ponderadas hagan de esa solución la decisión proporcional, la decisión justa.

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL CUARTO TRIMESTRE DE 2011

Recopilación y selección
por Marianella Villegas Salazar
Abogado

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*. A. Poder Ejecutivo. a. Prohibición de usar el nombre, imagen y figura del Presidente de la República. b. Administración Pública: Clasificación y tratamiento de la información en la Administración Pública. c. Fondo Simón Bolívar para la Reconstrucción. B. Poder Legislativo: Asamblea Nacional. C. Distrito Capital. 2. *Poder Estatal*. 3. *Poder Municipal*. A. Ley Orgánica del Poder Público Municipal. B. Consejos Locales de Planificación Pública. 4. *Poder Popular y Estado Comunal*.

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema Financiero*. A. Administración Financiera. B. Liquidación y Cierre del Ejercicio Económico Financiero. C. Presupuesto y Endeudamiento Anual. 2. *Sistema de Planificación*. 3. *Sistema Impositivo*. A. Impuestos. a. Calendarios de los sujetos pasivos Ordinarios, Especiales y Agentes de Retención. b. Impuesto sobre la Renta. c. Impuesto al Valor Agregado: Exoneraciones. d. Timbre Fiscal.

III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Política de Relaciones Exteriores*. A. Tratados, Acuerdos y Convenios: Leyes aprobatorias. 2. *Seguridad y Defensa*. A. Ley de Conscripción y Alistamiento Militar. B. Cuerpos de Policía: Igualdad de género. C. Formación Policial. D. Ley sobre Delito de Contrabando. E. Ley Orgánica de Drogas. F. Orden Público. G. Emergencia Nacional.

IV. DESARROLLO ECONÓMICO

1. Sistema Económico Comunal. 2. *Régimen Cambiario: Adquisición de Divisas*. 3. *Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras*. A. Ley de Instituciones del Sector Bancario. B. Tasas de interés. C. Comisiones, tarifas y recargos. D. Encaje. E. Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares. 4. *Régimen del Mercado de Capitales*. 5. *Régimen de los Seguros*. 6. *Régimen del Comercio Interno*. A. Precios Máximos de Venta al Público. 7. *Régimen de Energía y Petróleo: Servicio Eléctrico*. 8. *Régimen del Turismo*. 9. *Sistema Económico Comunal*.

V. DESARROLLO SOCIAL

1. *Régimen de la Educación*. 2. *Régimen del Trabajo: Inamovilidad laboral*. 3. *Régimen de la Salud*. 4. *Régimen de los niños, niñas y adolescentes*. 5. *Régimen de la Cultura: Patrimonio Cultural venezolano*. 6. *Régimen de la Ciencia y Tecnología*.

VI. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen de Protección del Medio Ambiente y los Recursos Naturales*. 2. *Régimen de las Telecomunicaciones*. A. Ley Orgánica de Telecomunicaciones. B. Responsabilidad Social en Radio y Televisión. C. Divulgación y transmisión de contenidos.

I. ORDENAMIENTO ORGANICO DEL ESTADO

1. Régimen del Poder Público Nacional

A. Poder Ejecutivo

a. Prohibición de usar el nombre, imagen y figura del Presidente de la República

Decreto N° 7.836 de la Presidencia de la República, mediante el cual se prohíbe el uso del nombre, imagen y figura de la persona del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela para la identificación, nombre, denominación, caracterización, tipificación, calificación y designación de la generalidad de las obras de infraestructura de cualquier naturaleza, construcciones, edificaciones, establecimientos, recintos, instituciones educativas y médico asistenciales de cualquier nivel y tipo, vías de comunicación, lugares o sitios públicos y cualquier tipo de bienes inmuebles, ubicados en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, y cuya propiedad, administración gestión, dirección, tutela, control, construcción; elaboración y supervisión se encuentre asignada o de cualquier forma atribuida a los diversos órganos que integran la Administración Pública Nacional. *G.O.* N° 39.556 de 19-11-2010.

b. Administración Pública: Clasificación y tratamiento de la información en la Administración Pública

Providencia N° 009-10 del Ministerio del Poder Popular para Ciencia, Tecnología e Industrias Intermedias (SUSCERTE), mediante la cual se dicta la normativa de clasificación y tratamiento de la información en la Administración Pública. *G.O.* N° 39.579 de 22-12-2010.

c. Fondo Simón Bolívar para la Reconstrucción

Decreto N° 7.936 del Presidente de la República, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley Orgánica de Creación del Fondo Simón Bolívar para la Reconstrucción. *G.O.* N° 39.583 de 29-12-2010.

B. Poder Legislativo: Asamblea Nacional

Reforma del Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional. *G.O.* N° 39.580 de 23-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.014 Extraordinario de esa misma fecha).

C. Distrito Capital

Ley Especial de Timbre Fiscal para el Distrito Capital. *G.O.* N° 39.570 de 9-12-2010.

Ley del Cuerpo de Bomberos y Bomberas y Administración de Emergencias de Carácter Civil del Distrito Capital. *G.O.* N° 39.584 de 30-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.017 Extraordinario de esa misma fecha).

2. Poder Estatal

Ley de Reforma de la Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas. *G.O.* N° 39.584 de 30-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.017 Extraordinario de esa misma fecha).

3. Poder Municipal

A. Ley Orgánica del Poder Público Municipal

Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. *G.O.* N° 39.582 de 28-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.015 Extraordinario de esa misma fecha).

B. *Consejos Locales de Planificación Pública*

Ley de Reforma Parcial de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública. *G.O.* N° 39.584 de 30-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.017 Extraordinario de esa misma fecha).

4. *Poder Popular y Estado Comunal*

Ley Orgánica del Poder Popular. *G.O.* N° 39.578 de 21-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.011 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Orgánica de las Comunas. *G.O.* N° 39.578 de 21-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.011 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Orgánica de Contraloría Social. *G.O.* N° 39.578 de 21-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.011 Extraordinario de esa misma fecha).

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema Financiero*

A. *Administración Financiera*

Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. *G.O.* N° 39.556 de 19-11-2010. (*G.O.* N° 39.465 de 14-7-2010. Modificado el artículo 51).

B. *Liquidación y Cierre del Ejercicio Económico Financiero*

Providencia Conjunta N° 110, 01-2010 y 10-002 de la Oficina Nacional de Presupuesto, Oficina Nacional del Tesoro y Oficina Nacional de Contabilidad Pública, mediante la cual se regula la Liquidación y Cierre del Ejercicio Económico Financiero 2010. *G.O.* N° 39.541 de 29-10-2010.

C. *Presupuesto y Endeudamiento Anual*

Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal 2011. *G.O.* N° 39.573 de 14-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.006 Extraordinario de la misma fecha).

Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Fiscal 2011. *G.O.* N° 39.573 de 14-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.005 Extraordinario de la misma fecha).

2. *Sistema de Planificación*

Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular. *G.O.* N° 39.578 de 21-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.011 Extraordinario de esa misma fecha).

3. *Sistema Impositivo*

A. *Impuestos*

a. *Calendarios de los sujetos pasivos Ordinarios, Especiales y Agentes de Retención*

Providencias N° SNAT/2010/0091 y SNAT/2010/0092 del SENIAT, mediante las cuales se establecen los calendarios de los sujetos pasivos Ordinarios, Especiales y Agentes de Retención, que en ellas se mencionan, para las actividades y obligaciones que en ellas se señalan. (Impuesto al Valor Agregado; Retenciones de Impuesto al Valor Agregado; Retenciones de Impuesto Sobre la Renta; Estimadas de Impuesto Sobre la Renta, Declaración y Pago de Porciones Ejercicios Regulares e Irregulares; Actividades de Juegos de Envite o

Azar; Retenciones de Impuesto Sobre la Renta para los Premios de Lotería; Autoliquidación Anual del Impuesto Sobre la Renta, Ejercicio Fiscal 01/01/2010 al 31/12/2010). *G.O.* N° 39.577 de 20-12-2010.

b. *Impuesto sobre la Renta*

Providencia N° SNAT/2010/0090 del SENIAT, mediante la cual se establece el procedimiento para el cálculo y uso del rango o intervalo de libre concurrencia, en materia de precios y transferencia que en ella se especifica. *G.O.* N° 39.577 de 20-12-2010.

Decreto N° 7.744 del Presidente de la República, mediante el cual se concede la exoneración del pago del Impuesto sobre la Renta a los intereses obtenidos por los tenedores, personas naturales y jurídicas, provenientes de los Bonos de Petróleos de Venezuela, S.A. (P.D.V.S.A.). *G.O.* N° 39.533 de 19-10-2010.

c. *Impuesto al Valor Agregado: Exoneraciones*

Providencia N° SNAT-2010-0059 del SENIAT, mediante la cual se establecen los términos y condiciones para la presentación de la Relación Mensual de las Operaciones Exoneradas acordada mediante Decreto N° 7.658, de fecha 31/08/2010. (Mediante el cual se concede la exoneración del pago del Impuesto al Valor Agregado, a las operaciones de importación definitiva de bienes muebles corporales realizadas por el CNE). *G.O.* N° 39.525 de 6-10-2010.

d. *Timbre Fiscal*

Ley de Reforma Parcial de la Ley de Timbre Fiscal. (Modificados los artículos 1, 31 y 32). *G.O.* N° 39.553 de 16-11-2010.

III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Política de Relaciones Exteriores*

A. *Tratados, Acuerdos y Convenios: Leyes aprobatorias*

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación Cultural entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Árabe Siria. *G.O.* N° 39.525 de 6-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Sierra Leona. *G.O.* N° 39.525 de 6-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación Energética entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Islámica de Mauritania. *G.O.* N° 39.525 de 6-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Guinea Ecuatorial. *G.O.* N° 39.525 de 6-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Kenia sobre la Cooperación Energética. *G.O.* N° 39.525 de 6-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Sudán en materia Energética. *G.O.* N° 39.525 de 6-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Níger en el sector Energético. *G.O.* N° 39.525 de 6-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la Organización para la Agricultura y la Alimentación de las Naciones Unidas. *G.O.* N° 39.525 de 6-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Donación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República del Ecuador para la prestación de ayudas técnicas, enseres y otros equipos para personas con discapacidad. *G.O.* N° 39.525 de 6-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación Técnico-Militar entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República del Ecuador. *G.O.* N° 39.525 de 6-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación Cultural entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Árabe Siria. *G.O.* N° 39.525 de 6-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Sierra Leona. *G.O.* N° 39.525 de 6-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Ghana. *G.O.* N° 39.527 de 8-10-2010.

Ley Aprobatoria del Convenio entre la República Bolivariana de Venezuela y la República del Ecuador para la Restitución de Bienes Culturales Robados, Importados, Exportados o Transferidos Ilícitamente. *G.O.* N° 39.527 de 8-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República del Ecuador para Profundizar los Lazos de Comercio y Desarrollo. *G.O.* N° 39.527 de 8-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación en Materia de Seguridad Alimentaria entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay. *G.O.* N° 39.527 de 8-10-2010.

Ley Aprobatoria del Convenio entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Popular China sobre la Cooperación para el Desarrollo del Bloque Junín 4 en la Faja Petrolífera del Orinoco. *G.O.* N° 39.527 de 8-10-2010.

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 el Desarrollo de los Sistemas del Sector Eléctrico.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación Cinematográfica y Audiovisual entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República del Ecuador. *G.O.* N° 39.527 de 8-10-2010.

Ley Aprobatoria del Protocolo de Enmienda al Acuerdo Complementario al Convenio Básico de Cooperación Técnica entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República del Ecuador, para el Intercambio de Saberes Ancestrales y Conocimientos Tradicionales entre los Pueblos Indígenas del 23 de Mayo de 2009. *G.O.* N° 39.527 de 8-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo sobre la Cooperación en el Sector Eléctrico entre la República Bolivariana de Venezuela y el Estado Plurinacional de Bolivia. *G.O.* N° 39.527 de 8-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia en Materia de Educación Universitaria. *G.O.* N° 39.527 de 8-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo sobre la Cooperación en el Sector Energético entre la República Bolivariana de Venezuela y el Estado Plurinacional de Bolivia. *G.O.* N° 39.527 de 8-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia para la Constitución de una «Gran Nacional de Manufactura, Ciencia y Tecnología». *G.O.* N° 39.527 de 8-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación Turística entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia. *G.O.* N° 39.527 de 8-10-2010.

Ley Aprobatoria del Convenio de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Dominicana en Materia de Prevención del Consumo Indevido y la Represión del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Precursores Químicos, así como de los Delitos Conexos. *G.O.* N° 39.527 de 8-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación en Materia de Seguridad y Soberanía Alimentaria entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Portuguesa. *G.O.* N° 39.527 de 8-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Convenio Básico de Cooperación Técnica entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Federativa del Brasil para la Implementación del Proyecto «Apoyo al Plan de Desarrollo Sustentable para Asentamiento de Barrios de Caracas». *G.O.* N° 39.527 de 8-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la Mancomunidad de Dominica para la Creación de una Empresa Grannacional de Café. *G.O.* N° 39.527 de 8-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Federativa del Brasil sobre Localidades Fronterizas Vinculadas. *G.O.* N° 39.527 de 8-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay en el Sector Defensa. *G.O.* N° 39.527 de 8-10-2010.

Ley Aprobatoria del Memorando de Entendimiento entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Árabe Siria para la Cooperación en Cuarentena Fitosanitaria y Protección de Plantas. *G.O.* N° 39.527 de 8-10-2010. Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República del Ecuador para la Constitución de la Empresa «Gran Nacional de Pesca y Acuicultura». *G.O.* N° 39.526 de 7-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación Energética entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la República de Guinea Bissau. *G.O.* N° 39.526 de 7-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Turquía. *G.O.* N° 39.526 de 7-10-2010.

Ley Aprobatoria del Convenio de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la República de Guinea Bissau en Materia de Prevención del Consumo Indebido y la Represión del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Precursores Químicos, así como de los Delitos Conexos. *G.O.* N° 39.526 de 7-10-2010.

Ley Aprobatoria del Memorándum de Entendimiento entre la República Bolivariana de Venezuela y el Estado de Palestina en Materia de Educación Universitaria. *G.O.* N° 39.526 de 7-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la República Argelina Democrática y Popular en el Campo de la Protección de los Vegetales y de la Cuarentena Vegetal. *G.O.* N° 39.526 de 7-10-2010.

Ley Aprobatoria del Protocolo de Enmienda al Convenio de Seguridad Social entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Chile. *G.O.* N° 39.526 de 7-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo sobre Cooperación en Materia de Educación Superior Complementario al Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Guinea Bissau. *G.O.* N° 39.526 de 7-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y el Estado de Palestina. *G.O.* N° 39.526 de 7-10-2010.

Ley Aprobatoria del Convenio de Reconocimiento de Estudios de Educación Superior entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Gambia. *G.O.* N° 39.526 de 7-10-2010.

Ley Aprobatoria del Convenio de Cooperación en Actividades Antárticas entre la República Bolivariana de Venezuela y la República del Ecuador. *G.O.* N° 39.526 de 7-10-2010.

Ley Aprobatoria del Convenio Específico de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia sobre Reconocimiento Mutuo de Certificados de Calidad para el Sector Textil y su Confección. *G.O.* N° 39.526 de 7-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Federativa del Brasil sobre Cooperación Deportiva. *G.O.* N° 39.526 de 7-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación Comercial entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del Estado de Qatar. *G.O.* N° 39.526 de 7-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Unión de las Comoras. *G.O.* N° 39.526 de 7-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Centroafricana. *G.O.* N° 39.526 de 7-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del Estado de Eritrea. *G.O.* N° 39.526 de 7-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Islámica de Mauritania. *G.O.* N° 39.526 de 7-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Italiana en Materia de Prevención y Lucha al Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Precursores Químicos. *G.O.* N° 39.526 de 7-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del Estado de Palestina sobre Cooperación Comercial y Económica. *G.O.* N° 39.526 de 7-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación Cultural entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia. *G.O.* N° 39.528 de 11-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y el Estado Plurinacional de Bolivia para la Preservación y Promoción de las Relaciones entre los Pueblos Indígenas. *G.O.* N° 39.528 de 11-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia en Materia de Transporte e Infraestructura de Transporte. *G.O.* N° 39.528 de 11-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación en el Sector de Minería y de Industrias Básicas entre la República Bolivariana de Venezuela y el Estado Plurinacional de Bolivia. *G.O.* N° 39.528 de 11-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación Financiera entre la República Bolivariana de Venezuela y el Estado Plurinacional de Bolivia. *G.O.* N° 39.528 de 11-10-2010.

Ley Aprobatoria del Programa de Trabajo para Profundizar los Lazos de Comercio y Desarrollo en el Marco del «Convenio para el Desarrollo Social entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia». *G.O.* N° 39.528 de 11-10-2010.

Ley Aprobatoria del Convenio entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia Sobre Cooperación en Materia Agrícola. *G.O.* N° 39.528 de 11-10-2010.

Ley Aprobatoria del Convenio entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia Sobre el Reconocimiento Recíproco y la Equivalencia de Documentos y Títulos, Diplomas y Certificados de Educación. *G.O.* N° 39.528 de 11-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación Deportiva entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia. *G.O.* N° 39.528 de 11-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Dominicana para Profundizar los Lazos de Comercio y Desarrollo. *G.O.* N° 39.528 de 11-10-2010.

Ley Aprobatoria del Convenio de Cooperación Específico para la Ejecución de la Misión Milagro entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de El Salvador. *G.O.* N° 39.529 de 13-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación Universitaria «Bolívar y Alfaro» en Materia de Educación Universitaria, Complementario al Acuerdo Básico de Cooperación Técnica entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República del Ecuador. *G.O.* N° 39.529 de 13-10-2010.

Ley Aprobatoria del Estatuto Migratorio entre la República Bolivariana de Venezuela y la República del Ecuador. *G.O.* N° 39.529 de 13-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo General de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Abjasia. *G.O.* N° 39.529 de 13-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de El Salvador. *G.O.* N° 39.529 de 13-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Árabe Siria en Materia de Trabajo y Seguridad Social. *G.O.* N° 39.529 de 13-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación para el Desarrollo Científico y Tecnológico, Complementario al Acuerdo Básico de Cooperación Técnica entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República del Ecuador. *G.O.* N° 39.529 de 13-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Zambia. *G.O.* N° 39.529 de 13-10-2010.

Ley Aprobatoria del Convenio de Reconocimiento de Certificados, Títulos o Diplomas de Educación Universitaria entre la República Bolivariana de Venezuela y la República del Ecuador. *G.O.* N° 39.529 de 13-10-2010.

Ley Aprobatoria del Convenio de Seguridad Social entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República del Ecuador. *G.O.* N° 39.529 de 13-10-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Federativa del Brasil para el Establecimiento de un Régimen Especial Fronterizo. *G.O.* N° 39.558 de 23-11-2010.

Ley Aprobatoria del Convenio de Cooperación Específico para la Ejecución de la Misión Milagro entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Guatemala. *G.O.* N° 39.558 de 23-11-2010.

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 Creación de un Distrito Motor de Desarrollo en el Sur del estado Bolívar, Municipio Gran Sabana de Venezuela. *G.O.* N° 39.558 de 23-11-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Convenio Básico de Cooperación Técnica y Científica entre el Gobierno de la República Federativa del Brasil y el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela para la Ejecución del Proyecto «Colaboración Técni-

ca entre el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística y el Instituto Nacional de Estadística de Venezuela». *G.O.* Nº 39.558 de 23-11-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo para el Desarrollo del Transporte Turístico Internacional Ocasional por Carretera entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Federativa del Brasil. *G.O.* Nº 39.558 de 23-11-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Uganda.

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 Planes de Erradicación de la Fiebre Aftosa. *G.O.* Nº 39.558 de 23-11-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo General de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Osetia del Sur.

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 Ejecución de un Sistema Nacional de Producción de Semillas de Alto Valor Estratégico. *G.O.* Nº 39.558 de 23-11-2010.

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 Creación de un Centro Nacional de Teledetección con Fines Agrícolas. *G.O.* Nº 39.558 de 23-11-2010.

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 Creación de Cuatro Centros Técnicos Productivos Florentinos en los estados Bolívar, Delta Amacuro, Anzoátegui y Monagas de Venezuela. *G.O.* Nº 39.558 de 23-11-2010.

Ley Aprobatoria del Convenio de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Gambia en Materia de Prevención del Consumo Indebido y la Represión del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Precursores Químicos, así como de los Delitos Conexos. *G.O.* Nº 39.558 de 23-11-2010.

Ley Aprobatoria del Tratado de Asistencia Legal Mutua en Materia Penal entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Belarus. *G.O.* Nº 39.558 de 23-11-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia Sobre la Cooperación para el Desarrollo del Programa Nucleoeléctrico en la República Bolivariana de Venezuela, la Construcción y Operación de un Reactor de Investigación para la Producción de Radioisótopos de Usos Pacíficos en Medicina e Industria y de una Central Nucleoeléctrica en el Territorio de la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* Nº 39.558 de 23-11-2010.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Servicios Aéreos entre la Gran Jamahiriya Árabe Libia Popular Socialista y el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* Nº 39.584 de 30-12-2010. (Véase *G.O.* Nº 6.017 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del Convenio de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la República Árabe Siria en Materia de Prevención del Consumo Indebido y la Represión del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Precursores Químicos, así como de los Delitos Conexos. *G.O.* Nº 39.584 de 30-12-2010. (Véase *G.O.* Nº 6.017 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del Memorándum de Entendimiento entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Belarús para el Desarrollo de la Cadena Productiva Forestal. *G.O.* N° 39.584 de 30-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.017 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación Energética entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Gran Jamahiriya Árabe Libia Popular Socialista. (Véase N° 6.017 Extraordinario de la *GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA*, de esta misma fecha).

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación en Materia Agrícola entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Belarús para la Construcción de Cinco Ciudades Agroindustriales (Comunas Agroindustriales) en la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 39.584 de 30-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.017 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del Acuerdo para la Creación del Fondo para el Financiamiento de Proyectos de Inversión Conjunta e Incentivo del Comercio de Venezuela - Siria entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Árabe Siria. *G.O.* N° 39.584 de 30-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.017 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del Acuerdo sobre Transporte Marítimo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Árabe Siria. *G.O.* N° 39.584 de 30-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.017 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del Convenio entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre la Cooperación y Asistencia Mutua en materia de Aduanas. *G.O.* N° 39.584 de 30-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.017 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del Acuerdo en Transporte Marítimo y Puertos entre el Gobierno de la Gran Jamahiriya Árabe Libia Popular y Socialista y el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 39.584 de 30-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.017 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del Acuerdo para la Creación del Fondo para el Financiamiento de Proyectos de Inversión Conjunta e Incentivo del Comercio Venezuela - Libia entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Gran Jamahiriya Árabe Libia Popular y Socialista. *G.O.* N° 39.584 de 30-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.017 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del Protocolo Modificatorio al Acuerdo General de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la Gran Jamahiriya Árabe Libia Popular Socialista. *G.O.* N° 39.584 de 30-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.017 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Árabe Siria en materia de Educación. *G.O.* N° 39.584 de 30-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.017 Extraordinario de esa misma fecha).

2. *Seguridad y Defensa*

A. *Ley de Conscripción y Alistamiento Militar*

Ley de Reforma Parcial de la Ley de Conscripción y Alistamiento Militar. *G.O.* N° 39.553 de 16-11-2010.

B. *Cuerpos de Policía: Igualdad de género*

Resolución N° 286 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, mediante la cual se dictan las Normas Relativas a los Derechos de las Mujeres, a la Igualdad y Equidad de Género en los Cuerpos de Policía Nacional Bolivariana y demás Cuerpos de Policía Estadales y Municipales. *G.O.* N° 39.556 de 19-11-2010.

C. *Formación Policial*

Resolución N° 855 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, por la cual se crea el Programa Nacional de Formación Policial como un conjunto de actividades académicas conducentes a Certificaciones Profesionales y a otorgar los títulos que en ella se señalan, para que sea gestionado exclusivamente por la Universidad Nacional Experimental de la Seguridad (UNES). *G.O.* N° 39.584 de 30-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.017 Extraordinario de esa misma fecha).

D. *Ley sobre Delito de Contrabando*

Ley sobre el Delito de Contrabando. *G.O.* N° 39.584 de 30-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.017 Extraordinario de esa misma fecha).

E. *Ley Orgánica de Drogas*

Aviso Oficial mediante el cual se corrige por error material la Ley Orgánica de Drogas, sancionada el 18 de agosto de 2010, en los términos que en él se indican. (Reimpresión *G.O.* 39.535; artículos 3, 134 y Disposición Transitoria Cuarta). *G.O.* N° 39.546 de 5-11-2010.

Aviso Oficial mediante el cual se reimprime por error material la Ley Orgánica de Drogas, sancionada por la Asamblea Nacional en sesión del 18 de agosto de 2010 y publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.510, de fecha 15 de septiembre de 2010. *G.O.* N° 39.535 de 21-10-2010.

F. *Orden Público*

Resolución N° 292 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, por la cual se prohíbe el expendio, distribución, venta y consumo de bebidas alcohólicas por persona natural o jurídica alguna, en los estados y municipios que en ella se indican, durante los días que en ella se especifican. (Estados Amazonas y Guárico, en los Municipios Achaguas del estado Apure; Miranda del estado Carabobo, Carrizal del estado Miranda; Arismendi del estado Nueva Esparta; Panamericano del Edo. Táchira; Boconó y Miranda del Edo. Trujillo; Nirgua y Manuel Monge del Edo. Yaracuy y; Maracaibo y Miranda del Edo. Zulia, desde el 03/12/2010 hasta el 06/12/2010). *G.O.* N° 39.565 de 2-12-2010.

Resolución Conjunta N° 291 y 016774 de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia y para la Defensa, mediante la cual se suspende temporalmente el Permiso de Porte y Tenencia de Armas de Fuego en los estados y municipios que en ella se señalan, a partir y hasta los días que en ella se especifican. (Estados Amazonas y Guárico, en los Municipios Achaguas del estado Apure; Miranda del estado Carabobo, Carrizal del estado Miranda; Arismendi del estado Nueva Esparta; Panamericano del Edo. Táchira; Boconó y Miranda del Edo. Trujillo; Nirgua y Manuel Monge del Edo. Yaracuy y; Maracaibo y Miranda del Edo. Zulia, desde el 03/12/2010 hasta el 06/12/2010). *G.O.* N° 39.565 de 2-12-2010.

G. *Emergencia Nacional*

Decreto N° 7.856 del Presidente de la República, mediante el cual se declara Estado de Emergencia en todo el territorio del estado Falcón, por un lapso de noventa (90) días prorro-

gables, como consecuencia de las intensas y recurrentes lluvias acaecidas en todo el territorio nacional y, especialmente, en la región costa-oriental de Falcón, en los términos que en él se indican. *G.O.* N° 39.562 de 29-11-2010.

Decreto N° 7.859 del Presidente de la República, mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Decreto N° 7.856, de fecha 29 de noviembre de 2010. (Decreto mediante el cual se declara Estado de Emergencia en todo el territorio del estado Falcón. Se incorporan los Estados Vargas, Miranda y Distrito Capital). *G.O.* N° 39.563 de 30-11-2010.

Resolución N° DM/076 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se suspende de manera preventiva desde el día miércoles 01-12-2010 hasta el viernes 03-12-2010, ambas fechas inclusive, las actividades docentes y administrativas en el Subsistema de Educación Básica en sus distintos niveles y modalidades, en los estados que en ella se mencionan, en los términos que se señalan. (Anzoátegui, Carabobo, Falcón, Mérida, Miranda, Nueva Esparta, Sucre, Trujillo, Yaracuy, Vargas, Zulia y Distrito Capital). *G.O.* N° 39.563 de 30-11-2010.

Resolución N° MPCPS-115-10 del Ministerio del Poder Popular para las Comunas y Protección Social, mediante la cual se declara la emergencia en materia de Protección Social en todo el territorio Nacional por los hechos y acontecimientos acaecidos por la fuerza de la naturaleza, en consecuencia, se ordena a los órganos y entes adscritos a este Ministerio, a realizar las acciones y medidas necesarias requeridas para atender a este sector de la población vulnerado de manera inmediata. *G.O.* N° 39.535 de 21-10-2010.

Decreto N° 7.876, mediante el cual se declara en Estado de Emergencia los estados Zulia, Mérida, Trujillo y Nueva Esparta, por un lapso de noventa (90) días como consecuencia de las intensas y recurrentes lluvias acaecidas en todo el territorio nacional. *G.O.* N° 39.567 de 6-12-2010.

Resolución N° DM/084 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se extiende la suspensión de las actividades docentes en el Subsistema de Educación Básica en sus distintos niveles y modalidades, en todas las instituciones y centros educativos oficiales dependientes del Ejecutivo Nacional, Estadal y Municipal y de los entes descentralizados, en los términos que en ella se indican. (Instituciones Públicas y Privadas de la educación básica, hasta el 7 de enero de 2011). *G.O.* N° 39.569 de 8-12-2010.

IV. DESARROLLO ECONÓMICO

1. Sistema Económico Comunal

Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal. *G.O.* N° 39.578 de 21-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.011 Extraordinario de esa misma fecha).

2. Régimen Cambiario: Adquisición de Divisas

Providencia N° 106 de CADIVI, mediante la cual se regulan los requisitos y el trámite a seguir por los solicitantes para la inscripción o por los usuarios para la actualización de datos, en el Registro de Usuarios del Sistema de Administración de Divisas (RUSAD) de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI). *G.O.* N° 39.566 de 3-12-2010.

3. Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras

A. Ley de Instituciones del Sector Bancario

Ley de Instituciones del Sector Bancario. *G.O.* N° 39.582 de 28-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.015 Extraordinario de esa misma fecha).

B. *Tasas de interés*

Aviso Oficial del BCV mediante el cual se activa: a) Las Tasas de Interés de Prestación de Antigüedad, b) Tasa de Interés para Adquisición de Vehículos Modalidad «Cuota Balón», c) Tasas de Interés para Operaciones con Tarjetas de Crédito, d) Tasas de Interés para las Operaciones Crediticias Destinadas al sector Turístico. (17,43%; 16,10%; 17,43%; 29%; 17% y 14%, respectivamente). *G.O.* N° 39.526 de 7-10-2010.

C. *Comisiones, tarifas y recargos*

Aviso Oficial del BCV mediante el cual se prorroga por un lapso de treinta (30) días hábiles, contados a partir del 14 de octubre de 2010, inclusive, la autorización dada en el Artículo 14 de la Resolución N° 10-03-01, de fecha 2 de marzo de 2010, a las instituciones financieras para cobrar comisiones, tarifas y/o recargos devengadas con ocasión a la prestación de productos o servicios especializados. *G.O.* N° 39.526 de 7-10-2010.

Resolución N° 10-11-01 del BCV, mediante la cual los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras regidas por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y demás Leyes Especiales, sólo podrán cobrar a sus clientes o al público en general comisiones, tarifas y/o recargos por los conceptos que hayan sido establecidos por el Banco Central de Venezuela. *G.O.* N° 39.558 de 23-11-2010.

Aviso Oficial. (Límites máximos de comisiones, tarifas o recargos por diferentes actividades y operaciones). *G.O.* N° 39.558 de 23-11-2010.

D. *Encaje*

Resolución N° 10-10-01 del BCV, por la cual se dictan las Normas que Regirán la Constitución del Encaje. *G.O.* N° 39.533 de 19-10-2010.

Resolución N° 10-10-02 del BCV, por la cual se dictan las Normas que Regirán la Constitución del Encaje. *G.O.* N° 39.538 de 26-10-2010.

E. *Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares*

Ley de Reforma Parcial de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares. (Modificado el artículo 34). *G.O.* N° 39.553 de 16-11-2010.

4. *Régimen del Mercado de Capitales*

Ley de la Bolsa Pública de Valores Bicentenario. *G.O.* N° 39.552 de 15-11-2010. (Véase *G.O.* N° 5.999 Extraordinario de 13-11-2010).

Aviso Oficial mediante el cual se corrige por error material la Ley de Mercado de Valores sancionada el 12 de agosto de 2010, en los términos que en él se indican. (Reimpresión *G.O.* 39.489; en la Disposición Transitoria Única). *G.O.* N° 39.546 de 5-11-2010.

Resolución N° 030 de la Superintendencia Nacional de Valores, por la cual se dicta el «Reglamento General de la Bolsa Pública de Valores Bicentenario». *G.O.* N° 39.566 de 3-12-2010.

Resolución N° 038 de la Superintendencia Nacional de Valores, por la cual se dictan las normas para la intervención administrativa de los operadores de valores autorizados, casas de bolsa agrícola, entidades de inversión colectiva y sus sociedades administrativas, así como sus empresas relacionadas, dominantes y dominadas. *G.O.* N° 39.567 de 6-12-2010.

Resolución N° 039 de la Superintendencia Nacional de Valores, mediante la cual se crea las «Normas para la Liquidación Administrativa de los Operadores de Valores Autorizados, Casas de Bolsa Agrícola, Entidades de Inversión Colectiva y sus Sociedades Administradoras». *G.O.* N° 39.569 de 8-12-2010.

Resolución N° 034 de la Comisión Nacional de Valores, por la cual se dicta las «Normas Relativas al Funcionamiento del Registro Nacional de Valores». *G.O.* N° 39.574 de 15-12-2010.

Resolución N° 035, por la cual se dicta las «Normas Relativas a la Organización y Funcionamiento de las Cajas de Valores». *G.O.* N° 39.574 de 15-12-2010.

Resolución N° 036, por la cual se dicta las «Normas relativas a la información económica y financiera que deben suministrar las personas sometidas al control de la Superintendencia Nacional de Valores». *G.O.* N° 39.574 de 15-12-2010.

5. *Régimen de los Seguros*

Resolución N° FSS-2-2756 de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, por la cual se fija en uno coma cinco por ciento (1,5%) de las primas netas cobradas por contratos de seguros y la contraprestación por concepto de emisión de finanzas (sic), los montos cobrados en los contratos o servicios de planes de salud. Número 39.534. Caracas, miércoles 20 de octubre de 2010.

6. *Régimen del Comercio Interno*

A. *Precios Máximos de Venta al Público*

Resolución Conjunta N° DM/121, DM/077-2010 y DM/061-10 de los Ministerios del Poder Popular para el Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, mediante la cual se fija en todo el Territorio Nacional el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP) del café en grano, tostado o molido. *G.O.* N° 39.572 de 13-12-2010.

Resolución Conjunta N° DM/117, DM/070/2010 y DM/051/10 de los Ministerios del Poder Popular para el Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, mediante la cual se fija en todo el Territorio Nacional el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP) de los Productos Alimenticios que en ella se mencionan. (Arroz blanco de mesa Tipo I, II, III y Harina de Maíz precocida). *G.O.* N° 39.546 de 5-11-2010.

Resolución Conjunta N° DM/118, DM/071/2010 y DM/052/10 de los Ministerios del Poder Popular para el Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, por la cual se fija en todo el Territorio Nacional el Precio Máximo de Venta (PMV) del Café Verde pagado al Productor Nacional. (Lavado Bueno A, B, C, natural bueno y corriente). *G.O.* N° 39.546 de 5-11-2010.

7. *Régimen de Energía y Petróleo: Servicio Eléctrico*

Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico. *G.O.* N° 39.573 de 14-12-2010.

Resolución N° 056 del Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica, mediante la cual se suspende la regulación del horario de suministro de energía eléctrica en los Centros Comerciales, en los términos que en ella se indican. (Artículo 2 de la Resolución 007, de fecha 21-12-2009, *G.O.* N° 39.332). *G.O.* N° 39.561 de 26-11-2010.

8. *Régimen del Turismo*

Resolución Conjunta N° 071 y 2.763 de los Ministerios del Poder Popular para el Turismo y de Planificación y Finanzas, mediante la cual se exime del cumplimiento de la Ley de Crédito para el Sector Turismo a las Asociaciones Civiles, Fundaciones y Banca de Desarrollo que se dediquen exclusivamente a la microfinanza. *G.O.* N° 39.545 de 4-11-2010.

V. **DESARROLLO SOCIAL**

1. *Régimen de la Educación*

Resolución N° 844 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, mediante la cual se dictan las disposiciones para el reconocimiento de Títulos y Estudios Universitarios obtenidos o realizados en el extranjero por ciudadanos y ciudadanas venezolanos y venezolanas en el marco de los convenios de cooperación en materia educativa. *G.O.* N° 39.584 de 30-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.017 Extraordinario de esa misma fecha).

Resolución N° DM/064 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, por la cual se establecen las normas que regulan el procedimiento para la solicitud y otorgamiento del epónimo en las instituciones y centros educativos oficiales, dependientes del Ejecutivo Nacional, Estatal, Municipal y de los entes descentralizados y las instituciones educativas privadas del país. *G.O.* N° 39.536 de 22-10-2010.

2. *Régimen del Trabajo: Inamovilidad laboral*

Decreto N° 7.914, mediante el cual se prorroga desde el primero (1°) de enero del año dos mil once (2011) hasta el treinta y uno (31) de diciembre del año dos mil once (2011), ambas fechas inclusive, 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° 39.575 de 16-12-2010.

3. *Régimen de la Salud*

Resolución N° 190 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se dictan las Normas para el Control de Actividades Susceptibles de Generar Contaminantes Atmosféricos. *G.O.* N° 39.549 de 10-11-2010.

Resolución N° 208 Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se declara la nulidad absoluta de las «Normas para el Control de Actividades Susceptibles de Generar Contaminantes Atmosféricos», contenida en la Resolución N° 190, de fecha 05 de noviembre de 2010. *G.O.* N° 39.561 de 26-11-2010.

Resolución N° 191 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se dictan las Normas de Buenas Prácticas de FARMACOVIGILANCIA. *G.O.* N° 39.579 de 22-12-2010.

Resolución N° 236 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, por la cual se otorga a aquellas personas afectadas por el Mal de Hansen, que sean beneficiarias de una pensión vitalicia o no vitalicia concedida por este Ministerio, un incremento del monto de la pensión por la cantidad que en ella se indica. (Bs. 750,00). *G.O.* N° 39.580 de 23-12-2010.

Ley de Gestión Integral de la Basura. *G.O.* N° 39.584 de 30-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.017 Extraordinario de esa misma fecha).

Resoluciones por las cuales Ministerio del Poder Popular para la Salud autoriza la libre venta y consumo en el Territorio Nacional de los alimentos y bebidas que en ellas se mencionan. *G.O.* N° 39.579 de 22-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.012 Extraordinario de esa misma fecha).

4. *Régimen de los niños, niñas y adolescentes*

Ley sobre Procedimientos Especiales en Materia de Protección Familiar de Niños, Niñas y Adolescentes. *G.O.* N° 39.570 de 9-12-2010.

5. *Régimen de la Cultura: Patrimonio Cultural venezolano*

Providencia N° 011/10 del Instituto de Patrimonio Cultural, mediante la cual se declara Bien de Interés Cultural los restos arqueológicos del vapor «El Masparro», semienterrado en la arena en el río Apure en el llamado «Cañón de la Lagunota», entre los límites de los estados Apure y Barinas. *G.O.* N° 39.544 de 3-11-2010.

Providencia N° 018/10 del Instituto de Patrimonio Cultural, mediante la cual se declara Bien de Interés Cultural toda el área física inmanente al desarrollo de las actividades culturales intangibles denominadas «Avistamiento del Cardumen» y «Faena de la Sal». *G.O.* N° 39.544 de 3-11-2010.

6. *Régimen de la Ciencia y Tecnología*

Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación. *G.O.* N° 39.575 de 16-12-2010.

VI. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen de Protección del Medio Ambiente y los Recursos Naturales*

Decreto N° 7.861 del Presidente de la República, mediante el cual se establece una zona de Desarrollo Agroecológico bajo la directa supervisión y planificación del Gobierno Bolivariano, la cual será objeto de resguardo y protección, debiéndose para tal efecto controlar todo acto de los particulares tendentes a la venta, celebración de negocios jurídicos o cualquier tipo de transacción mercantil sobre las tierras a ser afectadas. *G.O.* N° 39.567 de 6-12-2010.

2. *Régimen de las Telecomunicaciones*

A. *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*

Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. *G.O.* N° 39.582 de 28-12-2010. (Véase *G.O.* N° 6.015 Extraordinario de esa misma fecha).

B. *Responsabilidad Social en Radio y Televisión*

Ley de Reforma Parcial de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. *G.O.* N° 39.579 de 22-12-2010.

C. *Divulgación y transmisión de contenidos*

Resolución N° 071 del Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información, por la cual se dispone que los órganos y entes adscritos a este Ministerio que requieran celebrar contratos con terceros para la divulgación y transmisión de contenidos, sean los proveedores nacionales o extranjeros, deberán previamente informar a este Despacho y escribir la autorización correspondiente para culminar con su suscripción y comprometer su presupuesto. *G.O.* N° 39.541 de 29-10-2010.

Comentarios Legislativos

LA LEY ORGÁNICA DEL PODER POPULAR Y LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN VENEZUELA

Allan R. Brewer-Carías

Profesor Universidad Central de Venezuela

Resumen: *Este estudio analiza la Ley Orgánica del Poder Popular sancionada en diciembre de 2010, mediante la cual se estableció, al margen de la Constitución, un Poder Popular en paralelo al Poder Público, y un Estado Comunal en paralelo al Estado Constitucional democrático y social de derecho que regula la Constitución, montado sobre un sistema socialista basado en la denuncia, persecución y discriminación políticas y un sistema económico comunista que excluye la propiedad privada de los medios de producción, por los cuales nadie a votado en el país.*

Palabras clave: Poder Popular, Estado Comunal, Socialismo, Comunismo, Comunas, Consejos Comunales, Sistema Económico Comunal, Contraloría Social.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución venezolana de 1999, actualmente vigente, constituyó a Venezuela como un **Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia**, “que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político” (art.2), organizando a la República como “un **Estado federal descentralizado**” que “se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad” (art. 4).

Ese es el Estado Constitucional en Venezuela: un **Estado Federal descentralizado, Democrático y Social de Derecho y de Justicia**,¹ montado sobre un sistema de distribución vertical del Poder Público en tres niveles territoriales, entre el Poder Nacional, el Poder de los Estados y el Poder Municipal (art. 136), cada uno debiendo tener siempre un gobierno de carácter “electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables,” tal como lo exige el artículo 6 de la Constitución.

No es posible, por tanto, constitucionalmente hablando, crear por ley instancias políticas que vacíen de competencias a los órganos del Estado (la República, los Estados, los Municipios y demás entidades locales) y menos aún establecerlos con funciones políticas sin que se asegure su carácter electivo mediante la elección de representantes del pueblo a través de sufragio universal, directo y secreto; sin que se asegure su autonomía política propia del

¹ Véase el estudio de la Constitución en cuanto a la regulación de este modelo de Estado Constitucional en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, 2 tomos, Caracas 2004.

carácter descentralizado; y sin que se garantice su carácter pluralista, en el sentido de que no pueden estar vinculados a una ideología determinada como es el Socialismo.

Este modelo de Estado Constitucional se intentó cambiar mediante una Reforma Constitucional sancionada por la Asamblea Nacional en noviembre de 2007, con el objeto de establecer un Estado Socialista, Centralizado, Militarista y Policial² denominado Estado del Poder Popular o Estado Comunal,³ la cual sin embargo, una vez sometida a consulta popular, fue rechazada por el pueblo el 7 de diciembre de 2007.⁴

Sin embargo, en burla a la voluntad popular y en fraude a la Constitución, desde antes de que se efectuara dicho referendo, la Asamblea Nacional en abierta violación a la Constitución comenzó a dismantlar el Estado Constitucional para sustituirlo por un Estado Socialista mediante la estructuración *paralela* de un Estado del Poder Popular o Estado Comunal, a través de la sanción de la Ley de los Consejos Comunales de 2006,⁵ reformada posteriormente y elevada al rango de ley orgánica en 2009.⁶

Posteriormente, el empeño por implantar en Venezuela un Estado Socialista fue rechazado de nuevo con ocasión de las elecciones legislativas efectuadas el 26 de septiembre de 2010, las cuales fueron planteadas por el Presidente de la República y la mayoría oficialista de la propia Asamblea Nacional, quienes hicieron una masiva campaña a favor de sus candidatos, como un “plebiscito” respecto al propio Presidente, su actuación y sus políticas socialistas ya previamente rechazadas por el pueblo en 2007, “plebiscito” que el Presidente de la República y su partido perdieron abrumadoramente pues la mayoría del país votó en contra de las mismas.

Sin embargo, al haber perdido el Presidente y su partido el control absoluto que ejercían sobre la Asamblea Nacional, lo que en el futuro les impedía imponer a su antojo la legislación que quisieran, antes de que los nuevos diputados electos a la Asamblea pudieran tomar posesión de sus cargos en enero de 2011, en diciembre de 2010, atropelladamente y de nuevo en fraude a la voluntad popular y a la Constitución, la deslegitimada Asamblea Nacional precedente procedió a la sanción de un conjunto de Leyes Orgánicas mediante las cuales se ha terminado de definir, al margen de la Constitución, el marco normativo de un nuevo Estado, *paralelo al Estado Constitucional*, que no es otra cosa que un Estado Comunista, es decir, Socialista, Centralizado, Militarista y Policial denominado “Estado Comunal.”

² Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la Consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

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)*, Colección Textos Legislativos, N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La proyectada reforma constitucional de 2007, rechazada por el poder constituyente originario”, en *Anuario de Derecho Público 2007*, Año 1, Instituto de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas 2008, pp. 17-65

⁵ Véase en *Gaceta Oficial* N° 5.806 Extra. de 10-04-2006

⁶ Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.335 de 28-12-2009. Véase la sentencia N° 1.676 de 03-12-2009 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley Orgánica de los Consejos Comunales, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1676-31209-2009-09-1369.html>

Dichas Leyes Orgánicas son las del Poder Popular,⁷ de las Comunas,⁸ del Sistema Económico Comunal,⁹ de Planificación Pública y Comunal¹⁰ y de Contraloría Social,¹¹ Además, en el mismo marco de estructuración del Estado Comunal montado sobre el Poder Popular se destaca la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal,¹² y de las Leyes de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas,¹³ y de los Consejos Locales de Planificación Pública.¹⁴ En diciembre de 2010, además, se trató de aprobar la Ley Orgánica del Sistema de Transferencia de Competencias y Atribuciones de los Estados y Municipios a las Organizaciones del Poder Popular, la cual sin embargo no llegó a ser sancionada.¹⁵

La deslegitimada Asamblea Nacional, además, sancionó una Ley habilitante autorizando al Presidente de la República para por vía de legislación delegada, dictar leyes en todas las materias imaginables, incluso de carácter orgánico, vaciando así por un período de 18 meses, hasta 2012, a la nueva Asamblea Nacional de materias sobre las cuales poder legislar.

Ahora bien, el marco definitorio general del Estado Socialista que se quiere imponer a los venezolanos, y por el cual nadie ha votado, montado sobre el ejercicio de la soberanía del pueblo exclusivamente en forma directa a través del ejercicio del Poder Popular y el establecimiento de un Estado Comunal está contenido en la Ley Orgánica del Poder Popular (LOPP), a cuyo análisis van destinadas estas notas, cuyas disposiciones, conforme a su artículo 6, “son aplicables a todas las organizaciones, expresiones y ámbitos del Poder Popular, ejercidas directa o indirectamente por las personas, las comunidades, los sectores sociales, la sociedad en general y las situaciones que afecten el interés colectivo, acatando el principio de legalidad en la formación, ejecución y control de la gestión pública.”

Es decir, las disposiciones de esta ley orgánica son omnicomprendivas, se impone su aplicación a todos y a todo, como pieza esencial del principio de legalidad en la formación, ejecución y control de la gestión pública.

⁷ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010. La Sala Constitucional mediante sentencia N° 1329 de 16-12-2009 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley.

⁸ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010. La Sala Constitucional mediante sentencia N° 1330 de 17-12-2010 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1330-171210-2010-10-1436.html>

⁹ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010. La Sala Constitucional mediante sentencia N° 1329 de 16-12-2010 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1329-161210-2010-10-1434.html>

¹⁰ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010. La Sala Constitucional mediante sentencia N° 1326 de 16-12-2009 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley.

¹¹ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010. La Sala Constitucional mediante sentencia N° 1329 de 16-12-2010 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/%201328-161210-2010-10-1437.html>

¹² Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.015 Extra. de 28-12-2010.

¹³ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.015 Extra. de 30-12-2010

¹⁴ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.015 Extra. de 30-12-2010

¹⁵ El proyecto de esta Ley fue aprobado en Primera Discusión en la Asamblea Nacional el 21 de diciembre de 2010. Para el 31 de diciembre de 2010 quedó en discusión en la Asamblea Nacional.

I. EL ESTADO COMUNAL, EL PODER POPULAR Y EL SOCIALISMO

El objetivo fundamental de estas leyes es la organización del “Estado Comunal” que tiene a la Comuna como a su célula fundamental, suplantando inconstitucionalmente al Municipio en el carácter que tiene de “unidad política primaria de la organización nacional” (art. 168 de la Constitución), a través de cuya organización se ejerce el Poder Popular, el cual se concreta en el ejercicio de la soberanía popular sólo directamente por el pueblo, y no mediante representantes. Se trata por tanto, de un sistema político estatal en el cual se ignora la democracia representativa violándose así abiertamente la Constitución de la República.

El Estado Socialista que se busca implantar con estas leyes, denominado Estado Comunal, *en paralelo* al Estado Constitucional, se basa en este simple esquema: como el artículo 5 de la Constitución dispone 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,” habiéndose estructurado el Estado Constitucional basado en el concepto de democracia representativa, es decir, el ejercicio de la soberanía en forma indirecta mediante el sufragio; entonces ahora se estructura el Estado Comunal, basado en el ejercicio de la soberanía en forma directa.

Ello incluso ha sido “legitimado” por las sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia cuando al analizar el carácter orgánico de las leyes, como en la dictada en relación con la Ley Orgánica de las Comunas, señaló que la misma se dictó:

“en desarrollo del principio constitucional de la democracia participativa y descentralizada que postula el preámbulo constitucional y que reconocen los artículos 5 y 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de cuyo contenido se extrae el principio de soberanía, cuyo titular es el pueblo, quien está además facultado para ejercerla “*directamente*” y no sólo “*indirectamente*” por los órganos del Poder Público; así como del artículo 62 *ejusdem*, que estatuye el derecho de las personas a la libre participación en los asuntos públicos y, especialmente, el artículo 70 del mismo texto fundamental, que reconoce expresamente medios de autogestión como mecanismos de participación popular protagónica del pueblo en ejercicio de su soberanía, medios que son sólo enunciativos en los términos de la predicha norma.”¹⁶

Es con base en estos principios que en el artículo 8.8 de la LOPP, se define al Estado comunal, como la:

Forma de organización político social, fundada en el Estado democrático y social de derecho y de justicia establecido en la Constitución de la República, en la cual el poder es ejercido directamente por el pueblo, con un modelo económico de propiedad social y de desarrollo endógeno sustentable, que permita alcanzar la suprema felicidad social de los venezolanos y venezolanas en la sociedad socialista. La célula fundamental de conformación del estado comunal es la Comuna.¹⁷

¹⁶ Véase la sentencia N° 1.330, Caso: *Carácter Orgánico de la Ley Orgánica de Comunas*, de fecha 17/12/2010, en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1330-171210-2010-10-1436.html

¹⁷ En la Ley Orgánica de las Comunas, sin embargo, se define al Estado Comunal de la siguiente manera: “Forma de organización político-social, fundada en el Estado democrático y social de derecho y de justicia establecido en la Constitución de la República, en la cual el poder es ejercido directamente por el pueblo, a través de los autogobiernos comunales, con un modelo económico de propiedad social y de desarrollo endógeno y sustentable, que permita alcanzar la suprema felicidad social de los venezolanos y venezolanas en la sociedad socialista. La célula fundamental de conformación del estado comunal es la Comuna” (art. 4.10).

Se busca establecer así, un Estado Comunal en paralelo al Estado Constitucional: el primero basado en el ejercicio de la soberanía directamente por el pueblo; y el segundo, basado en el ejercicio de la soberanía indirectamente por el pueblo, mediante representantes electos por sufragio universal; en un sistema, en el cual el primero irá vaciando progresivamente de competencias al segundo. Todo ello es inconstitucional, particularmente porque en la estructura del Estado Comunal que se monta, el ejercicio de la soberanía en definitiva es indirecta mediante “representantes” que se “eligen” para ejercer el Poder Popular en nombre del pueblo, y que son denominados “voceros” o “vocerías,” pero no son electos mediante sufragio.

El sistema que se busca montar, en definitiva, controlado todo por un Ministerio del Ejecutivo Nacional, lejos de ser un instrumento de descentralización –concepto que está indisolublemente unido a la autonomía política– es un sistema de centralización y control férreo de las comunidades por el Poder Central. Por ello la aversión al sufragio. En ese esquema, una verdadera democracia participativa sería la que garantizaría que los miembros de los Consejos Comunales, las comunas y todas las organizaciones e instancias del Poder Popular fueran electas por sufragio universal, directo y secreto, y no a mano alzada por asambleas controladas por el partido oficial y el Ejecutivo Nacional, en contravención al modelo de Estado democrático y social de derecho y de justicia descentralizado establecido en la Constitución.

Pues bien, es en este contexto, y buscando establecer en paralelo al Estado Constitucional en el cual el pueblo ejerce indirectamente el Poder Público mediante representantes electos por sufragio universal directo y secreto, un Estado Comunal en el cual el pueblo supuestamente ejercería directamente el Poder Popular mediante voceros que no son electos por sufragio universal, directo y secretos, sino en asambleas de ciudadanos, el artículo 2 de la LOPP, define al Poder Popular, como:

“el ejercicio pleno de la soberanía por parte del pueblo en lo político, económico, social, cultural, ambiental, internacional, y en todo ámbito del desenvolvimiento y desarrollo de la sociedad, a través de sus diversas y disímiles formas de organización, que edifican el estado comunal.”

Todo lo cual no es más que una falacia, pues en definitiva en ese “edificio” del Estado Comunal se le niega al pueblo el derecho de elegir libremente, mediante sufragio universal, directo y secreto a quienes van a representarlo en todos esos ámbitos, incluyendo el internacional. Se trata más bien de un “edificio” de organizaciones para evitar que el pueblo realmente ejerza la soberanía e imponerle mediante férreo control central políticas por las cuales nunca tendrá la ocasión de votar.

Por otra parte, según el artículo 4 de la LOPP, la finalidad de este Poder Popular que se ejerce por los órganos del Estado Comunal, “garantizar la vida y el bienestar social del pueblo, mediante la creación de mecanismos para su desarrollo social y espiritual, procurando la igualdad de condiciones para que todos y todas desarrollen libremente su personalidad, dirijan su destino, disfruten los derechos humanos y alcancen la suprema felicidad social; sin discriminaciones por motivos de origen étnico, religioso, condición social, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, opinión política, nacionalidad u origen, edad, posición económica, condición de discapacidad o cualquier otra circunstancia personal, jurídica o social, que tenga por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y garantías constitucionales.”

Por supuesto todos estos principios de igualdad se rompen desde que el sistema de Estado Comunal, paralelo al Estado Constitucional, se monta sobre una concepción única, que es

el Socialismo, de manera que quien no sea socialista está automáticamente discriminado. No es posible, por tanto, en el marco de esta ley poder conciliar el pluralismo que garantiza la Constitución y el principio de la no discriminación por razón de “opinión política” a que se refiere este artículo, con el resto de las disposiciones de la Ley que persiguen todo lo contrario, es decir, el establecimiento de un Estado Comunal, cuyas instancias sólo pueden actuar en función del Socialismo y en las cuales todo ciudadano que tenga otra opinión queda excluido.

Es decir, mediante esta Ley Orgánica se ha establecido el marco defensorio de un nuevo modelo de Estado paralelo y distinto al Estado Constitucional, denominado el Estado Comunal basado en forma exclusiva y exclusionista en el socialismo como doctrina y práctica política, que es la organización política a través de la cual se produce el ejercicio del Poder Popular que es a la vez “el ejercicio pleno de la soberanía por parte del pueblo.”

Ese Poder Popular se fundamenta, como se declara en el artículo 3 de la LOPP, “en el principio de soberanía y el sentido de progresividad de los derechos contemplados en la Constitución de la República, cuyo ejercicio y desarrollo está determinado por los niveles de conciencia política y organización del pueblo” (art. 3). Con esta declaración, sin embargo, lejos de la universalidad, prevalencia y progresividad de los derechos humanos que se garantizan la Constitución, lo que se ha establecido es la desaparición total de la concepción universal de los derechos humanos, el abandono a su carácter prevalente y el retroceso ante los principios *pro homines* y *favor libertatis*, al condicionarse su existencia, alcance y progresividad a lo que se determine “por los niveles de conciencia política y organización del pueblo,” es decir, por lo que dispongan y prescriban las organizaciones del Poder Popular con las que se busca “organizar” al pueblo, todas sometidas al Socialismo. Con ello desaparece la concepción de los derechos humanos como esferas que son innatas al hombre e inmunes frente al poder; pasándose a una concepción de los derechos humanos dependientes de lo que ordene un poder central, que en definitiva controla todo el “edificio” del Estado Comunal o Estado Socialista, como clara demostración del totalitarismo que está a la base de esta Ley.

En el mismo sentido se dispone en el artículo 5 de la LOPP, que “la organización y participación del pueblo en el ejercicio de su soberanía se inspira en la doctrina del Libertador Simón Bolívar, y se rige por los principios y valores socialistas,”¹⁸ con lo cual, como se ha dicho, se vincula la organización del Estado Comunal que se organiza en paralelo al Estado Constitucional, con la ideología política socialista, es decir, con el *socialismo*, el cual se define en el artículo 8.14 como:

“un modo de relaciones sociales de producción centrado en la convivencia solidaria y la satisfacción de necesidades materiales e intangibles de toda la sociedad, que tiene como base fundamental la recuperación del valor del trabajo como productor de bienes y servicios para satisfacer las necesidades humanas y lograr la suprema felicidad social y el desarrollo humano integral. Para ello es necesario el desarrollo de la propiedad social sobre los factores y medios de producción básicos y estratégicos que permita que todas las familias, ciudadanos venezolanos y ciudadanas venezolanas posean, usen y disfruten de su patrimonio, propiedad individual o familiar, y ejerzan el pleno goce de sus derechos económicos, sociales, políticos y culturales.”¹⁹

¹⁸ La misma expresión se utilizó en la Ley Orgánica de las Comunas respecto de la constitución, conformación, organización y funcionamiento de las mismas (art. 2); en la Ley Orgánica de los Consejos Comunales respecto de los mismos (art. 1), y en la Ley Orgánica de Contraloría Social (art. 6).

¹⁹ Igual definición se encuentra en el artículo 4.14 de la Ley Orgánica de las Comunas. Muchas son

Lo primero que debe observarse respecto de esta norma, es la insostenible pretensión de vincular “la doctrina del Libertador Simón Bolívar” con los principios y valores socialistas. En la obra de Bolívar y en relación con su concepción del Estado nada puede encontrarse al respecto,²⁰ no siendo la norma sino una pretensión más de continuar manipulando el “culto” a Bolívar para justificar los autoritarismos, como tantas veces ha ocurrido antes en nuestra historia.²¹ Con la norma, por otra parte y por supuesto, se viola abiertamente la garantía del derecho de propiedad que está en la Constitución (art. 115) que no permite su restricción sólo a la propiedad colectiva o social excluyendo la propiedad privada de los medios de producción.

El artículo 5 de la LOPP, por otra parte, define como “principios y valores socialistas” los siguientes:

“democracia participativa y protagónica, interés colectivo, equidad, justicia, igualdad social y de género, complementariedad, diversidad cultural, defensa de los derechos humanos, corresponsabilidad, cogestión, autogestión, cooperación, solidaridad, transparencia, honestidad, eficacia, eficiencia, efectividad, universalidad, responsabilidad, deber social, rendición de cuentas, control social, libre debate de ideas, voluntariedad, sustentabilidad, defensa y protección ambiental, garantía de los derechos de la mujer, de los niños, niñas y adolescentes, y de toda persona en situación de vulnerabilidad, defensa de la integridad territorial y de la soberanía nacional. (art. 5).²²

Este catálogo de “principios” por supuesto no están vinculados necesariamente al socialismo, ni son exclusivamente “principios y valores socialistas” como se pretende hacer ver, en una apropiación indebida que hace el legislador. El redactor de la norma, en realidad, lo que hizo fue copiar todo el elenco de principios que se encuentran definidos a lo largo de la Constitución, en muchas normas (Preámbulo y arts. 1, 2, 3, 4, 6, 19, 20, 21, 22, 26, 84, 86,

las definiciones de socialismo, pero en todas, se pueden identificar sus elementos básicos: (i) un sistema de organización social y económico, (ii) basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción, y (iii) en regulación por el Estado de las actividades económicas y sociales y de la distribución de los bienes, (iv) buscando la progresiva desaparición de las clases sociales.

²⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Ideas centrales sobre la organización el Estado en la Obra del Libertador y sus Proyecciones Contemporáneas” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nº 95-96, enero-junio 1984, pp. 137-151.

²¹ Ha sido el caso de Antonio Guzmán Blanco en el siglo XIX y de Cipriano Castro, Juan Vicente Gómez, Eleazar López Contreras y Marcos Pérez Jiménez en el siglo XX. John Lynch ha señalado que: “El tradicional culto a Bolívar ha sido usado como ideología de conveniencia por dictadores militares, culminando con los regímenes de Juan Vicente Gómez y Eleazar López Contreras; quienes al menos respetaron, más o menos, los pensamientos básicos del Libertador, aún cuando tergiversaron su significado.” Concluye Lynch señalando que en el caso de Venezuela, en la actualidad, el proclamar al Libertador como fundamento de las políticas del régimen autoritario, constituye una distorsión de sus ideas. Véase John Lynch, *Simón Bolívar: A Life*, Yale University Press, New Haven 2007, p. 304. Véase también, Germán Carrera Damas, *El culto a Bolívar, esbozo para un estudio de la historia de las ideas en Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1969; Luis Castro Leiva, *De la patria boba a la teología bolivariana*, Monteávila, Caracas 1987; Elías Pino Iturrieta, *El divino Bolívar. Ensayo sobre una religión republicana*, Alfa, Caracas 2008; Ana Teresa Torres, *La herencia de la tribu. Del mito de la independencia a la Revolución bolivariana*, Editorial Alfa, Caracas 2009. *Sobre la historiografía en relación con estos libros véase Tomás Straka, La épica del desencanto*, Editorial Alfa, Caracas 2009.

²² Estos mismos principios se enumeran en relación con las comunas en el artículo 2 de la Ley Orgánica de las Comunas; y en relación con la contraloría social en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Contraloría Social.

102, 112, 137, 141, 153, 165, 257, 293, 299, 311, 316, 326, por ejemplo), y que son los valores del Estado Constitucional. Sólo en algún caso no se han atrevido a utilizar la terminología clásica como “libertad de expresión,” y la han querido sustituir por “libre debate de ideas,” lo que por supuesto no es lo mismo, sobre todo porque dicha libertad no se tolera en un Estado Socialista que sólo conoce de una ideología única.

Para desarrollar y consolidar el Poder Popular, ignorando los valores y principios constitucionales básicos que tienen que tener todas las instancias de gobierno en Venezuela que deben ser “electivos, descentralizados, alternativos, responsables, pluralistas y de mandatos revocables” tal como lo exige el artículo 6 de la Constitución, es que se ha dictado la LOPP para supuestamente generar:

“condiciones objetivas a través de los diversos medios de participación y organización establecidos en la Constitución de la República, en la ley y los que surjan de la iniciativa popular, para que los ciudadanos y ciudadanas ejerzan el pleno derecho a la soberanía, la democracia participativa, protagónica y corresponsable, así como a la constitución de formas de autogobierno comunitarias y comunales, para el ejercicio directo del poder” (art. 1).

Conforme a la Constitución “la creación de nuevos sujetos de descentralización a nivel de las parroquias, las comunidades, los barrios y las vecindades” sólo es posible “a los fines de garantizar el principio de la corresponsabilidad en la gestión pública de los gobiernos locales y estatales y desarrollar procesos autogestionarios y cogestionarios en la administración y control de los servicios públicos estatales y municipales.” (art. 184.6) Ello significa que los mecanismos de participación que puedan establecerse conforme a la Constitución no son para vaciar a las estructuras del Estado Constitucional, es decir, de los “gobiernos locales y estatales,” sino para reforzarlas en la gestión pública. Por otra parte, conforme a la Constitución, no puede haber gobierno alguno que no sea *electivo, descentralizado y pluralista*; sin embargo, en la LOPP se define un Estado paralelo que es el Estado Comunal, montado sobre “gobiernos” o “autogobiernos” que no son ni electivos, ni descentralizados ni pluralistas.

Sobre estos, el artículo 14 de la LOPP, se limita a definir “el autogobierno comunal y los sistemas de agregación que surjan entre sus instancias” como “un ámbito de actuación del Poder Popular en el desarrollo de su soberanía, mediante el ejercicio directo por parte de las comunidades organizadas, de la formulación, ejecución y control de funciones públicas, de acuerdo a la ley que regula la materia.”

En este contexto, además, a la “comunidad” se la define en la LOPP como el “núcleo espacial básico e indivisible constituido por personas y familias que habitan en su ámbito geográfico determinado, vinculadas por características e intereses comunes que comparten una historia, necesidades y potencialidades culturales, económicas, sociales, territoriales y de otra índole” (art. 8.4).²³

II. LOS FINES DEL PODER POPULAR

El artículo 7 de la LOPP define los siguientes fines del Poder Popular, es decir, del “ejercicio pleno de la soberanía por parte del pueblo” a través “de sus diversas y disímiles formas de organización, que edifican el Estado Comunal” (art. 2):

²³ La misma definición se repite en la ley Orgánica de las Comunas (art. 4.4) y en la Ley Orgánica de los Consejos Comunales (art. 4.1)

1. Impulsar el fortalecimiento de la organización del pueblo, en función de consolidar la democracia protagónica revolucionaria y construir las bases de la sociedad socialista, democrática, de derecho y de justicia.

Se destaca, en relación con lo que dispone la Constitución sobre la organización del Estado, el agregado de “socialista” que impone esta previsión, con lo cual se rompe el principio del pluralismo que garantiza la propia Constitución, abriendo la vía para la discriminación política de todo aquél ciudadano que no sea socialista, a quien se le niega, por tanto, el derecho a la participación política.

2. Generar las condiciones para garantizar que la iniciativa popular, en el ejercicio de la gestión social, asuma funciones, atribuciones y competencias de administración, prestación de servicios y ejecución de obras, mediante la transferencia desde los distintos entes político-territoriales hacia los autogobiernos comunitarios, comunales y los sistemas de agregación que de los mismos surjan.

Conforme al artículo 184.1 de la Constitución, esta transferencia de competencias sólo se puede referir a “servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos” a cuyo efecto se pueden “establecer convenios cuyos contenidos estarán orientados por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad”.

3. Fortalecer la cultura de la participación en los asuntos públicos para garantizar el ejercicio de la soberanía popular.

4. Promover los valores y principios de la ética socialista: la solidaridad, el bien común, la honestidad, el deber social, la voluntariedad, la defensa y protección del ambiente y los derechos humanos.

Estos, la verdad, no son valores de ninguna “ética socialista,” sino como se ha dicho anteriormente, son valores de la democracia y civilización occidental, propios del Estado Constitucional.

5. Coadyuvar con las políticas de Estado en todas sus instancias, con la finalidad de actuar coordinadamente en la ejecución del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación y los demás planes que se establezcan en cada uno de los niveles político-territoriales y las instancias político- administrativas que la ley establezca.

6. Establecer las bases que permitan al pueblo organizado el ejercicio de la contraloría social para asegurar que la inversión de los recursos públicos se realice de forma eficiente para el beneficio colectivo; y vigilar que las actividades del sector privado con incidencia social se desarrollen en el marco de las normativas legales de protección a los usuarios y consumidores.

A los efectos de esta norma, el artículo 8.6 de la LOPP, define el control social, como el ejercicio de la función de prevención, vigilancia, supervisión, acompañamiento y control, practicado por los ciudadanos y ciudadanas de manera individual o colectiva sobre la gestión del Poder Público y de las instancias del Poder Popular, así como de las actividades privadas que afecten el interés colectivo (art. 8.6). Sin embargo, nada en la Constitución autoriza a que se asignen a entidades públicas comunitarias dependientes del Ejecutivo Nacional, competencias para ejercer vigilancia o contraloría social sobre las actividades privadas. Esa es una función que sólo pueden ejercer los entes político territoriales del Estado.

7. “Profundizar la corresponsabilidad, la autogestión y la cogestión.”

A los efectos de esta norma, la Ley define la corresponsabilidad, como la “responsabilidad compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y las instituciones del Estado en el proceso de formación, ejecución, control y evaluación de la gestión social, comunitaria y comunal, para el bienestar de las comunidades organizadas” (art. 8.7). La autogestión, se la define como el “conjunto de acciones mediante las cuales las comunidades organizadas asumen directamente la gestión de proyectos, ejecución de obras y prestación de servicios para mejorar la calidad de vida en su ámbito geográfico” (art. 8.2). Y la cogestión, se la define como el “proceso mediante el cual las comunidades organizadas coordinan con el Poder Público, en cualquiera de sus niveles e instancias, la gestión conjunta para la ejecución de obras y prestación de servicios necesarios para mejorar la calidad de vida en su ámbito geográfico”(art. 8.3).

Por otra parte, a los efectos de estas normas, la “comunidad organizada” se define en la LOPP como aquella “constituida por las expresiones organizativas populares, consejos de trabajadores y trabajadoras, de campesinos y campesinas, de pescadores y pescadoras y cualquier otra organización social de base, articulada a una instancia del Poder Popular²⁴ debidamente reconocida por la ley y registrada en el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de participación ciudadana” (art. 8.5). La Constitución, sin embargo, al referirse a las organizaciones comunitarias para poder ser sujetos de descentralización, las concibe sólo como entidades de carácter territorial, como “las parroquias, las comunidades, los barrios y las vecindades” que son las que pueden asumir conforme al artículo 186,6, “corresponsabilidad en la gestión pública de los gobiernos locales y estatales y desarrollar procesos autogestionarios y cogestionarios en la administración y control de los servicios públicos estatales y municipales.”

III. LAS INSTANCIAS DEL PODER POPULAR

1. *Las diversas instancias del poder popular y su personalidad jurídica*

Las instancias del Poder Popular para el “ejercicio pleno de la soberanía por parte del pueblo” y que forman las “diversas y disímiles formas de organización, que edifican el Estado Comunal” (art. 2), conforme se precisa en el artículo 8.9 de la LOPP, están “constituidas por los diferentes sistemas de agregación comunal y sus articulaciones, para ampliar y fortalecer la acción del autogobierno comunal: *consejos comunales, comunas, ciudades comunales, federaciones comunales, confederaciones comunales* y las que, de conformidad con la Constitución de la República, la ley que regule la materia y su reglamento, surjan de la iniciativa popular,”²⁵ constituyendo las “organizaciones de base del Poder Popular” aquéllas “constituidas por ciudadanos y ciudadanas para la búsqueda del bienestar colectivo” (art. 8.10).

Todas estas instancias del Poder Popular reconocidas en la LOPP, como lo dispone su artículo 32, adquieren personalidad jurídica mediante el registro ante el Ministerio del Poder

²⁴ La definición que se formula sobre la “comunidad organizada,” es similar en la Ley Orgánica de las Comunas, como “constituida por las expresiones organizativas populares, consejos de trabajadores y trabajadoras, de campesinos y campesinas, de pescadores y pescadoras y cualquier otra organización de base, articuladas en una instancia del Poder Popular”(art. 4.5)

²⁵ En la Ley Orgánica de las Comunas, sin embargo, se define a las “instancias del Poder Popular como las constituidas “por los diferentes sistemas de agregación comunal: consejos comunales, comunas, ciudades comunales, federaciones comunales, confederaciones comunales y los otros que, de acuerdo a la Constitución de la República y la ley, surjan de la iniciativa popular”. (art. 4.12)

Popular de las Comunas, atendiendo a los procedimientos que se establezcan en el Reglamento de la Ley. Con ello, en definitiva, se deja en manos del Ejecutivo Nacional la decisión de registrar o no un consejo comunal, una comuna o una ciudad comunal, y ello lo hará, por supuesto, aplicando la letra de la Ley lo que significa que si no está dominada por “voceros” que no sean socialistas, no cabe su registro ni, por tanto, su reconocimiento como persona jurídica, así sea producto genuino de una iniciativa popular.

2. *Los voceros de las instancias del poder popular y su carácter no representativo*

Ninguna de las personas que ejercen la titularidad de los órganos del Poder Popular, y que se denominan “voceros” tiene su origen en elecciones efectuadas mediante sufragio directo, universal y secreto. Ni siquiera puede decirse que tienen su origen en elecciones indirectas, pues en ningún caso hay elección directa de primer grado.

En efecto, la LOPP no indica la forma de “elección” de los voceros de las instancias del Poder Popular, y lo que se regula en las diferentes leyes dictadas para normar las instancias del Poder Popular es una designación por órganos que no tienen su origen en elecciones directas universales y secretas. En particular, por ejemplo, en la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, se dispone que los voceros de los mismos son “electos” por las asambleas de ciudadanos (arts. 4.6 y 11), y no precisamente mediante sufragio universal, directo y secreto como lo prescribe la Constitución, sino mediante una supuesta “votación popular” que no es organizada por el Poder Electoral, y que se realiza en asambleas abiertas en las cuales no hay garantía del sufragio. La Ley, sin embargo, sí indica que todas las instancias del Poder Popular que sean “electas por votación popular,” son revocables a partir del cumplimiento de la mitad del período de gestión correspondiente, en las condiciones que establece la ley (art. 17).

Debe indicarse, en efecto, que a la base de estas instancias del Poder Popular, están las Asambleas de Ciudadanos que si bien la LOPP no las regula específicamente ni las nombra en artículo alguno, sin embargo, las define como la “máxima instancia de participación y decisión de la comunidad organizada, conformada por la integración de personas con cualidad jurídica, según la ley que regule la forma de participación, para el ejercicio directo del poder y protagonismo popular, cuyas decisiones son de carácter vinculante para la comunidad, las distintas formas de organización, el gobierno comunal y las instancias del Poder Público, de acuerdo a lo que establezcan las leyes que desarrollen la constitución, organización y funcionamiento de los autogobiernos comunitarios, comunales y los sistemas de agregación que de éstos surjan” (art. 8.1).

3. *Sistemas de agregación comunal*

En el artículo 15.4 de la LOPP, se define a los sistemas de agregación comunal, a aquellas instancias que por iniciativa popular surjan entre los consejos comunales y entre las comunas; sobre lo cual el artículo 50 de la LOC precisa que “las instancias del Poder Popular podrán constituir sistemas comunales de agregación entre sí, con el propósito de articularse en el ejercicio del autogobierno, para fortalecer la capacidad de acción sobre aspectos territoriales, políticos, económicos, sociales, culturales, ecológicos y de seguridad y defensa de la soberanía nacional, de conformidad a la Constitución de la República y la ley.”

Las finalidades de los sistemas comunales de agregación conforme al artículo 59 de la LOC, son las siguientes:

1. Ampliar y fortalecer la acción del autogobierno comunal.

2. Llevar adelante planes de inversión en su ámbito territorial, atendiendo los lineamientos y requerimientos establecidos en los planes comunales de desarrollo respectivos.

3. Asumir las competencias que mediante transferencias se le otorguen para la administración, ejecución de obras y prestación de servicios públicos.

4. Impulsar el desarrollo del sistema económico comunal, mediante la articulación en redes, por áreas de producción y servicios, de las organizaciones socio-comunitarias de propiedad social comunal directa o indirecta.

5. Ejercer funciones de control social, sobre los diferentes planes y proyectos que en su ámbito territorial ejecuten las instancias del Poder Popular o el Poder Público.

La LOC, sin embargo, nada establece sobre las condiciones para la constitución de los sistemas comunales de agregación y sobre su funcionamiento, lo que se remite a ser establecido en el Reglamento de la LOC y los lineamientos que a tales efectos dicte el Ministerio del Poder Popular de las Comunas.

En todo caso, la LOC enumeró en su artículo 60, los diversos tipos de sistemas de agregación comunal así:

1. El Consejo Comunal: como instancia de articulación de los movimientos y organizaciones sociales de una comunidad.

2. La Comuna: como instancia de articulación de varias comunidades organizadas en un ámbito territorial determinado.

3. La Ciudad Comunal: constituida por iniciativa popular, mediante la agregación de varias comunas en un ámbito territorial determinado.

4. Federación Comunal: como instancia de articulación de dos o más ciudades que correspondan en el ámbito de un Distrito Motor de Desarrollo.

5. Confederación Comunal: instancia de articulación de federaciones comunales en el ámbito de un eje territorial de desarrollo.

6. Las demás que se constituyan por iniciativa popular.

En particular, en cuanto a la Ciudad Comunal, la federación Comunal y la Confederación Comunal, las condiciones para su conformación deben ser desarrolladas en el Reglamento de cada Ley.

Ahora bien, de todas estas instancias del Poder Popular previstas para “el ejercicio del autogobierno,” el artículo 15 de la LOPP sólo se refiere con algún detalle a los Consejos Comunales y a las Comunas, las cuales por lo demás, son las que han sido reguladas en la Ley Orgánica de los Consejos Comunales y en la ley Orgánica de Comunas; y a las Ciudades Comunales.

4. *Los Consejos comunales*

Los Consejos Comunales se definen en la Ley como la “instancia de participación, articulación e integración entre los ciudadanos, ciudadanas y las diversas organizaciones comunitarias, movimientos sociales y populares, que permiten al pueblo organizado ejercer el gobierno comunitario y la gestión directa de las políticas públicas y proyectos orientados a

responder a las necesidades, potencialidades y aspiraciones de las comunidades, en la construcción de nuevo modelo de sociedad socialista de igualdad, equidad y justicia social” (art. 15.1).²⁶

Se destaca de esta definición legal, que los Consejos Comunales sólo y exclusivamente pueden tener por objeto contribuir a “la construcción de un nuevo modelo de sociedad socialista,” en violación al principio del pluralismo que establece el artículo 6 de la Constitución, por lo que todo aquél ciudadano que no siga o acepte la doctrina socialista no tiene cabida en este nuevo Estado paralelo que se busca construir con esta Ley.

Esta instancia del Poder Popular constituida por los Consejos Comunales está regulada en la mencionada Ley Orgánica de los Consejos Comunales,²⁷ a cuyos “voceros,” además, mediante la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de diciembre de 2010, se les ha asignado la función de designar a los miembros de las Juntas Parroquiales, las cuales, en consecuencia, fueron “degradadas” dejando de ser las “entidades locales” que eran, con gobiernos electos por sufragio universal directo y secreto, pasando a ser simples órganos “consultivos, de evaluación y articulación entre el Poder Popular y los órganos del Poder Público Municipal” (art. 35), cuyos miembros, además, los deben designar los voceros de los consejos comunales de la parroquia respectiva (art. 35), y sólo de entre aquellos avalados por la Asamblea de Ciudadanos “de su respectivo consejo comunal”(at. 36). A tal efecto, en forma evidentemente inconstitucional, la Ley de reforma del Poder Municipal, decretó la “cesación” en sus funciones de “los miembros principales y suplentes, así como los secretarios o secretarias, de las actuales juntas parroquiales, quedando las alcaldías responsables del manejo y destino del personal, así como de los bienes correspondientes” (Disposición Derogatoria Segunda).

5. *Las Comunas*

Las Comunas, por su parte, que están concebidas en la LOPP como la “célula fundamental” del Estado Comunal, se las define en el artículo 15.2 como el “espacio socialista que como entidad local es definida por la integración de comunidades vecinas con una memoria histórica compartida, rasgos culturales, usos y costumbres que se reconocen en el territorio que ocupan y en las actividades productivas que le sirven de sustento y sobre el cual ejercen los principios de soberanía y participación protagónica como expresión del Poder Popular, en concordancia con un régimen de producción social y el modelo de desarrollo endógeno y sustentable contemplado en el Plan de Desarrollo, Económico y Social de la Nación.”²⁸ Esta misma definición de la Comuna como espacio socialista está en el artículo 5 de la Ley Orgánica de las Comunas; noción que implica que la misma está vedada a todo aquél que no sea socialista o que no crea en el socialismo o que no comulgue con el socialismo como doctrina política. La concepción legal de la Comuna, por tanto, es contraria al pluralismo democrático que garantiza la Constitución, siendo abiertamente discriminatoria y contraria a la igualdad que también garantiza el artículo 21 de la Constitución.

Por otra parte, en la norma mencionada de la LOPP se define a la Comuna como una “entidad local,” y la misma calificación se encuentra en el artículo 1 de la Ley Orgánica de las Comunas, que las define “como entidad local donde los ciudadanos y ciudadanas en el

²⁶ Igual definición se establece en el artículo 2 de la ley Orgánica de los Consejos Comunales (art. 2).

²⁷ Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.335 de 28-12-2009

²⁸ Igual definición se establece en el artículo 5 de la Ley Orgánica de las Comunas.

ejercicio del Poder Popular, ejercen el pleno derecho de la soberanía y desarrollan la participación protagónica mediante formas de autogobierno para la edificación del estado comunal, en el marco del Estado democrático y social de derecho y de justicia” (art. 1). También en la reforma de la ley Orgánica del Poder Público Municipal de diciembre de 2010, se incluyó a las comunas en el listado de las “entidades locales territoriales,” disponiéndose que las mismas, al estar reguladas por una legislación diferente como es la relativa al Poder Popular, y al deber constituirse “entre varios municipios,” quedan exceptuadas de las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

Ahora bien, en cuanto a calificar a las Comunas como “entidades locales,” el Legislador deslegitimado de diciembre de 2010 olvidó que conforme a la Constitución (arts. 169, 173), esta expresión de entidad local sólo se puede aplicar a las entidades políticas del Estado en las cuales necesariamente tiene que haber “gobiernos” integrados por representantes electos mediante sufragio universal, directo y secreto (arts. 63, 169) ceñidos a los principios establecidos en el artículo 6 de la Constitución, es decir, tiene que ser “siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables.” Conforme a la Constitución, por tanto, no puede haber “entidades locales” con gobiernos que no sean democráticos en los términos mencionados, y menos por “representantes” designados por otros órganos públicos.

Y esto es precisamente lo que ocurre con los llamados “gobiernos de las comunas,” que conforme a esta legislación sobre el Poder Popular y sus organizaciones, no se garantiza su origen democrático mediante elección por sufragio universal, directo y secreto, siendo en consecuencia inconstitucional su concepción.

Debe destacarse, además, que en relación a el gobierno de las comunas, que como se establece en el artículo 28 de la LOPP, pueden transferir la gestión, la administración y la prestación de servicios a las diferentes organizaciones del Poder Popular. A tal efecto, las organizaciones de base del Poder Popular deben hacer las respectivas solicitudes formales, cumpliendo con las condiciones previas y requisitos establecidos en las leyes que regulen la materia.

Esta instancia del Poder Popular constituida por las Comunas ha sido regulada en la Ley Orgánica de las Comunas.²⁹

6. *Las Ciudades comunales*

Las ciudades comunales, conforme a la Ley, “son aquellas constituidas por iniciativa popular mediante la agregación de varias comunas en un ámbito territorial determinado” (art. 15.3). Siendo las Comunas, conforme a la Ley, el “espacio socialista” y “célula fundamental” del Estado Comunal, las Ciudades Comunales como agregación de varias comunas o sea de varios espacios socialistas, son concebidas también conforme a la Ley como Ciudades “socialistas” que como tales, están vedadas de hecho a todo aquel ciudadano o vecino que no sea socialista.

²⁹ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010.

IV. LAS ORGANIZACIONES Y EXPRESIONES ORGANIZATIVAS DEL PODER POPULAR

Además de las instancias del Poder Popular, en la LOPP se establecen previsiones tendientes a regular dos formas organizativas específicas del Poder Popular: las organizaciones y las expresiones organizativas del Poder Popular.

1. *Formas organizativas del Poder Popular*

A. *Las organizaciones del Poder Popular*

Conforme al artículo 9 de la LOPP, las organizaciones del Poder Popular “son las diversas formas del pueblo organizado, constituidas desde la localidad o de sus referentes cotidianos por iniciativa popular, que integran a ciudadanos y ciudadanas con objetivos e intereses comunes, en función de superar dificultades y promover el bienestar colectivo, para que las personas involucradas asuman sus derechos, deberes y desarrollen niveles superiores de conciencia política. Las organizaciones del Poder Popular actuarán democráticamente y procurarán el consenso popular entre sus integrantes.”

Estas organizaciones del Poder Popular se constituyen por iniciativa de los ciudadanos y ciudadanas, de acuerdo con su naturaleza, por intereses comunes, necesidades, potencialidades y cualquier otro referente común, según lo establecido en la ley que rija el área de su actividad (art. 12).

Estas organizaciones del Poder Popular, al igual que las instancias del Poder Popular, conforme al artículo 32 de la LOPP, adquieren su personalidad jurídica mediante el registro ante el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de participación ciudadana, atendiendo a los procedimientos que se establezcan en el Reglamento de la presente Ley. Queda en manos del Ejecutivo Nacional, por tanto, el reconocimiento formal de estas organizaciones, de manera que todas aquellas que no sean socialistas por ser contrarias a los fines prescritos en la Ley (art.1), serían rechazadas. En las registradas, por lo demás, no tendrían cabida los ciudadanos que no compartan la ideología socialista.

B. *Las expresiones organizativas del Poder Popular*

En cuanto a las “expresiones organizativas del Poder Popular,” conforme se dispone en el artículo 10 de la LOPP, las mismas son “integraciones de ciudadanos y ciudadanas con objetivos e intereses comunes, constituidas desde la localidad, de sus referentes cotidianos de ubicación o espacios sociales de desenvolvimiento, que de manera transitoria y en base a los principios de solidaridad y cooperación, procuran el interés colectivo.”

Estas expresiones del Poder Popular se constituyen, por iniciativa popular y como respuesta a las necesidades y potencialidades de las comunidades, de conformidad con la Constitución de la República y la ley. (art. 13).

Conforme a la Disposición final Tercera, el ejercicio de la participación del pueblo y el estímulo a la iniciativa y organización del Poder Popular establecidos en la Ley, se deben aplicar en los pueblos y comunidades indígenas, de acuerdo a sus usos, costumbres y tradiciones.

2. *Los fines de las organizaciones y expresiones organizativas del Poder Popular*

Estas organizaciones y expresiones organizativas del Poder Popular, conforme al artículo 11 de la LOPP, tienen como fines los siguientes:

1. Consolidar la democracia participativa y protagónica, en función de la insurgencia del Poder Popular como hecho histórico para la construcción de la sociedad socialista, democrática, de derecho y de justicia.

Como antes se dijo, con el agregado de “socialista” que esta previsión impone a la sociedad, se rompe el principio del pluralismo que garantiza la propia Constitución, abriendo la vía para la discriminación política de todo aquél ciudadano que no sea socialista, a quien se le niega el derecho político a participar.

2. Impulsar el desarrollo y consolidación del sistema económico comunal, mediante la constitución de organizaciones socio-productivas, para la producción de bienes y servicios destinados a la satisfacción de necesidades sociales, el intercambio de saberes y conocimientos, así como la reinversión social del excedente.

La LOPP, a estos efectos, define como “sistema económico comunal” el conjunto de relaciones sociales de producción, distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios, así como de saberes y conocimiento, desarrolladas por las instancias del Poder Popular, el Poder Público, o por acuerdo entre ambos, a través de organizaciones socio-productivas bajo formas de propiedad social comunal”(art. 8.13).

3. Promover la unidad, la solidaridad, la supremacía de los intereses colectivos sobre los intereses individuales y el consenso en sus áreas de influencia.

4. Fomentar la investigación y difusión de los valores, tradiciones históricas y culturales de las comunidades.

5. Ejercer la contraloría social.

V. ÁMBITOS DEL PODER POPULAR

La LOPP distingue los siguientes “ámbitos del Poder Popular” se definen en la Ley Orgánica y que en la terminología tradicional de derecho público no es otra cosa que competencias que se asignan al Poder Popular: la Planificación de Políticas Públicas, la Economía comunal, la Contraloría social, la Ordenación y gestión del territorio y la Justicia comunal.

1. *Planificación de políticas públicas*

La planificación de políticas públicas en los términos establecidos en la Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular,³⁰ se define en el artículo 17 de la LOPP como “un ámbito de actuación del Poder Popular que asegura, mediante la acción de gobierno compartida entre la institucionalidad pública y las instancias del Poder Popular, el cumplimiento de los lineamientos estratégicos del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación, para el empleo de los recursos públicos en la consecución, coordinación y armonización de los planes, programas y proyectos a través de los cuales se logre la transformación del país, el desarrollo territorial equilibrado y la justa distribución de la riqueza.”

De esta previsión, llama la atención la distinción entre los órganos del Estado Constitucional que se denominan como “institucionalidad pública” y las instancias del Poder Popular, lo que confirma la intención de la ley de establecer un Estado paralelo, el Estado Comunal, para vaciar de contenido y ahogar en definitiva al Estado Constitucional.

³⁰ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010.

Por otra parte, vinculada a esta competencia de planificación, en cuanto a la “planificación participativa,” en la LOPP se la define como la “forma de participación de los ciudadanos y ciudadanas en el diseño, formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas” (art. 8.11); y en cuanto al “Presupuesto participativo,” se lo define “como el mecanismo mediante el cual los ciudadanos y ciudadanas proponen, deliberan y deciden sobre la formulación, ejecución, control y evaluación de los presupuestos públicos, con el propósito de materializar los proyectos que permitan el desarrollo de las comunidades y el bienestar social general” (art. 8.12).

2. *Economía comunal*

La economía comunal, conforme se define en el artículo 18 de la LOPP, es un “ámbito de actuación del Poder Popular que permite a las comunidades organizadas la constitución de entidades económico-financieras y medios de producción, para la producción, distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios, así como de saberes y conocimientos, desarrollados bajo formas de propiedad social comunal, en pro de satisfacer las necesidades colectivas, la reinversión social del excedente, y contribuir al desarrollo social integral del país, de manera sustentable y sostenible, de acuerdo con lo establecido en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación y la ley que regula la materia.”

Este ámbito de actuación del Poder Público se ha regulado en la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal (LOSEC),³¹ el cual se define en dicha Ley (art. 2) y en la Ley Orgánica de las Comunas como el “conjunto de relaciones sociales de producción, distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios, así como de saberes y conocimiento, desarrolladas por las instancias del Poder Popular, el Poder Público, o por acuerdo entre ambos, a través de organizaciones socio-productivas bajo formas de propiedad social comunal” (art. 4.13).

Este sistema económico comunal, como se dijo, está regulado en la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal (LOSEC), que tiene por objeto “desarrollar y fortalecer el Poder Popular, estableciendo las normas, principios, y procedimientos para la creación, funcionamiento y desarrollo del sistema económico comunal, integrado por organizaciones socio-productivas bajo régimen de propiedad social comunal, impulsadas por las instancias del Poder Popular, del Poder Público o por acuerdo entre ambos, para la producción, distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios, así como de saberes y conocimientos, en pro de satisfacer las necesidades colectivas y reinvertir social mente el excedente, mediante una planificación estratégica, democrática y participativa” (at. 1). La LOSEC, en particular, tiene por finalidad específica “fomentar el sistema económico comunal en el marco del modelo productivo socialista, a través de diversas formas de organización socio-productiva, comunitaria y comunal en todo el territorio nacional” (Art. 4.3).

En todo caso, en la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal, y en particular en sus artículos 2; 3.2; 3.3; 3.8; 5; 6.12; 6.15 y 9 se adoptan expresa y textualmente para configurar el sistema económico comunal, los más tradicionales postulados marxistas que definen el comunismo, como son la propiedad social de los medios de producción; la eliminación de la división social del trabajo; y la reinversión social del excedente productivo.

³¹ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010.

3. *Contraloría social*

En cuanto a la contraloría social, el artículo 19 de la LOPP la define como un “ámbito de actuación del Poder Popular para ejercer la vigilancia, supervisión, acompañamiento y control sobre la gestión del Poder Público, las instancias del Poder Popular y las actividades del sector privado que afecten el bienestar común, practicado por los ciudadanos y ciudadanas de manera individual o colectiva, en los términos establecidos en la ley que regula la materia.

Este ámbito de actuación del Poder Público se ha regulado en la Ley Orgánica del Contraloría Social,³² donde se la define como “una función compartida entre las instancias del Poder Público y los ciudadanos, ciudadanas y las organizaciones del Poder Popular, para garantizar que la inversión pública se realice de manera transparente y eficiente en beneficio de los intereses de la sociedad, y que las actividades del sector privado no afecten los intereses colectivos o sociales” (art. 2).

En esta Ley, lo importante a destacar, además de lo que puede significar en cuanto al control de la gestión de los órganos del Estado por parte de los ciudadanos, individualmente y organizados, es el sistema generalizado que se monta para promover el espionaje, la vigilancia y la denuncia como conducta social respecto de los individuos y empresas privadas que por no considerarse que no están alineadas con el “socialismo” como doctrina única que se declara en las leyes, podrían considerarse que “afectan” los intereses colectivos o sociales o el bien común.

4. *Ordenación y gestión del territorio*

La ordenación y gestión del territorio, conforme al artículo 20 de la LOPP, es un “ámbito de actuación del Poder Popular, mediante la participación de las comunidades organizadas, a través de sus voceros o voceras, en las distintas actividades del proceso de ordenación y gestión del territorio, en los términos establecidos en la ley que regula la materia.”

5. *Justicia comunal*

En cuanto a la justicia comunal, el artículo 21 de la LOPP la define como un “ámbito de actuación del Poder Popular, a través de medios alternativos de justicia de paz que promueven el arbitraje, la conciliación, la mediación, y cualquier otra forma de solución de conflictos ante situaciones derivadas directamente del ejercicio del derecho a la participación y a la convivencia comunal, de acuerdo a los principios constitucionales del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, y sin contravenir las competencias legales propias del sistema de justicia ordinario.³³

El artículo 22 de la LOPP, remite a una ley especial la regulación de la jurisdicción especial comunal, la cual debe establecer la organización, el funcionamiento, los procedimientos y normas de la justicia comunal, así como su jurisdicción especial. La Ley Orgánica de las Comunas es algo más explícita al señalar que “la ley respectiva establecerá la naturaleza, los procedimientos legales, las normas y condiciones para la creación de una jurisdicción especial comunal, donde se prevea su organización y funcionamiento, así como las instancias con competencia para conocer y decidir en el ámbito comunal, donde los jueces o juezas comunales serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta de los y las habitantes del ámbito Comunal mayores de quince años”(art. 57).

³² Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010

³³ Esta misma definición se encuentra en el artículo 56 de la Ley Orgánica de las Comunas.

La actuación de esta jurisdicción comunal conforme se exige en el artículo 22 de la LOPP, “estará enmarcada dentro de los principios de justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos por reposiciones inútiles.”

Con estas previsiones se termina de vaciar a los Municipios de una competencia constitucional que tienen asignada (art. 178.7), que se intentó realizar con la rechazada reforma constitucional de 2007, y que corresponde ser ejercida por jueces de paz que conforme al artículo 258 de la constitución deben ser elegidos por votación universal, directa y secreta.³⁴

VI. LAS RELACIONES ENTRE EL PODER PÚBLICO Y EL PODER POPULAR (O LA TÉCNICA DEL “MATAPALO”)

Como hemos señalado, el Estado Comunal que se establece en la LOPP, cuyas manifestaciones ejercen el Poder Popular, se ha establecido como un “Estado paralelo” al Estado Constitucional cuyos órganos electos por votación popular directa universal y secreta ejercen el Poder Público. Se trata de dos Estados establecidos en paralelo, uno en la Constitución y otro en una ley inconstitucional, pero con previsiones en la ley que de llegar a ser aplicadas, permitirán al Estado Comunal ahogar y secar al Estado Constitucional, comportándose como en botánica lo hace el árbol *Ficus benjamina L.*, originario de la India, Java y Bali, conocido como “matapalo” que puede crecer como “estranguladora”, como epífitos, rodeando al árbol huésped hasta formar un tronco hueco, destruyéndolo.

A tal efecto, en la LOPP se establecen unas previsiones para regular las relaciones entre el Estado o el Poder Público y el Poder Popular, que en general se dispone que “se rigen por los principios de igualdad, integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad, en el marco del sistema federal descentralizado consagrados en la Constitución de la República” (art. 26), y que son las siguientes:

En *primer lugar*, se establece como obligación legal para los órganos, entes e instancias del Poder Público el promover, apoyar y acompañar las iniciativas populares para la constitución, desarrollo y consolidación de las diversas formas organizativas y de autogobierno del pueblo (art. 23).³⁵ En particular, incluso, la Ley Orgánica de Comunas dispone que “los órganos integrantes del Poder Ciudadano apoyarán a los consejos de contraloría comunal a los fines de contribuir con el cumplimiento de sus funciones” (art. 48).

En *segundo lugar*, se sujeta a todos los órganos del Estado Constitucional que ejercen el Poder Público, a los mandatos de las organizaciones del Poder Popular, al instaurarse un nuevo principio de gobierno, consistente en “gobernar obedeciendo.” El artículo 24 de la LOPP en efecto dispone:

Artículo 24. Actuaciones de los órganos y entes del Poder Público. Todos los órganos, entes e instancias del Poder Público guiarán sus actuaciones por el principio de gobernar obedeciendo, en relación con los mandatos de los ciudadanos, ciudadanas y de las organizaciones del Poder Popular, de acuerdo a lo establecido en la Constitución de la República y las leyes.

³⁴ Véase la Ley Orgánica de la Justicia de Paz en *Gaceta Oficial* N° 4.817 Extra. de 21-12-1994.

³⁵ Una norma similar está en el artículo 62 de la Ley Orgánica de las Comunas, a los efectos de “la constitución, desarrollo y consolidación de las comunas como forma de autogobierno”.

Como las organizaciones del Poder Popular no tienen autonomía política pues no sus “voceros” no son electos democráticamente mediante sufragio universal, directo y secreto, sino designados por asambleas de ciudadanos controladas e intervenidas por el partido oficial y el Ejecutivo Nacional que controla y guía todo el proceso organizativo del Estado Comunal, en el ámbito exclusivo de la ideología socialista, sin que tenga cabida vocero alguno que no sea socialista, en definitiva esto de “gobernar obedeciendo” es una limitación a la autonomía política de los órganos del Estado Constitucional electos, como la Asamblea Nacional, los Gobernadores y Consejos legislativos de los Estados y los Alcaldes y Concejos Municipales, a quienes se le impone en definitiva la obligación de obedecer lo que disponga el Ejecutivo Nacional y el partido oficial enmarcado en el ámbito exclusivo del socialismo como doctrina política. La voluntad popular expresada en la elección de representantes del Estado Constitucional, por tanto, no tiene valor alguno, y al pueblo se le confisca su soberanía trasladándola de hecho a unas asambleas que no lo representan.

En *tercer lugar*, en particular, se establece la obligación para el Poder Ejecutivo Nacional, para que “conforme a las iniciativas de desarrollo y consolidación originadas desde el Poder Popular,” planifique, articule y coordine “acciones conjuntas con las organizaciones sociales, las comunidades organizadas, las comunas y los sistemas de agregación y articulación que surjan entre ellas, con la finalidad de mantener la coherencia con las estrategias y políticas de carácter nacional, regional, local, comunal y comunitaria”(art. 25).

En *cuarto lugar*, se establece la obligación para los órganos y entes del Poder Público en sus relaciones con el Poder Popular, de dar “preferencia a las comunidades organizadas, a las comunas y a los sistemas de agregación y articulación que surjan entre ellas, en atención a los requerimientos que las mismas formulen para la satisfacción de sus necesidades y el ejercicio de sus derechos, en los términos y lapsos que establece la ley” (art. 29). Igualmente se prevé que los órganos, entes e instancias del Poder Público, en sus diferentes niveles político-territoriales, deben adoptar “medidas para que las organizaciones socio-productivas de propiedad social comunal, gocen de prioridad y preferencia en los procesos de contrataciones públicas para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras” (art. 30).³⁶

En *quinto lugar*, se establece la obligación para la República, los estados y municipios, de acuerdo con la ley que rige el proceso de transferencia y descentralización de competencias y atribuciones, la obligación de transferir “a las comunidades organizadas, a las comunas y a los sistemas de agregación que de éstas surjan; funciones de gestión, administración, control de servicios y ejecución de obras atribuidos a aquéllos por la Constitución de la República, para mejorar la eficiencia y los resultados en beneficio del colectivo” (art. 27).³⁷

Con ello, se dispone legalmente el vaciamiento de competencias de los Estados y Municipios, de manera que queden como estructuras vacías, con gobiernos representativos electos por el pueblo pero que no tienen materias sobre las cuales gobernar.

³⁶ En particular, conforme al artículo 61 de la Ley Orgánica de las Comunas, se dispone que “todos los órganos y entes del Poder Público comprometidos con el financiamiento de proyectos de las comunas y sus sistemas de agregación, priorizarán aquéllos que impulsen la atención a las comunidades de menor desarrollo relativo, a fin de garantizar el desarrollo territorial equilibrado.

³⁷ Esta misma norma se repite en la Ley Orgánica de las Comunas (art. 64). El 31 de diciembre de 2010, aún estaba pendiente en la Asamblea Nacional la segunda discusión del proyecto de Ley Orgánica del Sistema de Transferencia de Competencias y atribuciones de los Estados y Municipios a las organizaciones del Poder Popular.

En *sexto lugar*, se establece que las instancias y organizaciones de base del Poder Popular contempladas en la LOPP, están exentas de todo tipo de pagos de tributos nacionales y derechos de registro, a cuyo efecto, se podrá establecer mediante leyes y ordenanzas de los estados y municipios, respectivamente, las exenciones aquí previstas para las instancias y organizaciones de base del Poder Popular (art. 31).

APRECIACIÓN FINAL

Con esta Ley Orgánica marco del Poder Popular, no cabe duda de la decisión política adoptada en diciembre de 2010 por la completamente deslegitimada Asamblea Nacional que había sido electa en 2005, pues ya no representaba a la mayoría de la voluntad popular que se expresó el 26 de septiembre de 2010 en contra del Presidente de la República, de la propia Asamblea Nacional y de la política socialista que han adelantado; en imponerle a los venezolanos en contra de la voluntad popular y en fraude a la Constitución, un modelo de Estado Socialista, denominado “Estado Comunal,” basado en el ejercicio del Poder Popular por el pueblo, como supuesta forma de ejercicio de la soberanía en forma directa (lo que no es cierto pues se ejerce mediante “voceros” que lo “representan” y que no son electos en votaciones universales, directas y secretas); modelo de Estado Socialista establecido en forma paralela al Estado Constitucional (el Estado federal descentralizado, democrático y social, de derecho, y de justicia previsto en la Constitución de 1999) establecido para el ejercicio del Poder Público por el pueblo tanto en forma indirecta mediante representantes electos en votaciones universales, directas y secretas, como en forma directa mediante los mecanismos autorizados en la Constitución, donde se incluye a las Asambleas de Ciudadanos.

Esta regulación, en paralelo, de dos Estados y dos formas de ejercicio de la soberanía, uno, el Estado Constitucional regulado en la Constitución y el otro, el Estado Comunal o Estado Socialista regulado en leyes orgánicas inconstitucionales, se ha dispuesto en forma tal que el segundo irá actuando como el árbol *Ficus benjamina L.*, es decir, como “estranguladora”, rodeando al primero hasta formar un tronco hueco, destruyéndolo. En esta forma, al fraude a la Constitución, que ha sido la técnica constantemente aplicada por el gobierno autoritario en Venezuela desde 1999 para imponer sus decisiones a los venezolanos al margen de la Constitución,³⁸ se suma ahora el fraude a la voluntad popular, al imponerle a los venezolanos mediante leyes orgánicas, un modelo de Estado por el cual nadie ha votado y que cambia radical e inconstitucionalmente el texto de la Constitución de 1999, que no ha sido reformado conforme a sus previsiones, en abierta contradicción al rechazo popular mayoritario que se expresó en diciembre de 2007 a la reforma constitucional que se intentó realizar incluso violando la propia Constitución, y al rechazo popular mayoritario del pueblo expresado respecto de la política del Presidente de la República y de su Asamblea Nacional con ocasión de las elecciones parlamentarias del 26 de septiembre de 2010.

Lo que está claro de todo esto, es que ya no hay máscaras que puedan engañar a alguien, o con motivo de las cuales, alguien pretenda ser engañado o dejarse engañar.

³⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reforma constitucional y fraude a la Constitución (1999-2009)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009; *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010.

SOBRE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA ECONÓMICO COMUNAL O DE CÓMO SE IMPLANTA EN VENEZUELA UN SISTEMA ECONÓMICO COMUNISTA SIN REFORMAR LA CONSTITUCIÓN*

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

*A la memoria de Ricardo Zuloaga, extraordinaria persona,
mejor amigo y gran hacedor de país,
con quien tuve la fortuna de comentar estas notas
durante su última visita a Nueva York, en enero de 2011*

Resumen: *Este comentario tiene por objeto analizar los elementos básicos de la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal sancionada en diciembre de 2010, mediante la cual se pretende implementar mediante una Ley, en fraude a la Constitución y sin reformarla, la rechazada reforma constitucional de 2007, implantando un sistema económico comunista que es contrario al sistema de económico de economía mixta previsto en aquella, por el cual nadie ha votado en el país.*

Uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo moderno ha sido siempre, y desde su inicio hace más de doscientos años, el principio de la supremacía constitucional que implica que la Constitución es ley suprema, fundamento del ordenamiento jurídico, que se impone a gobernantes y gobernados. Ello es, por lo demás, lo que dispone expresamente el artículo 7 de la Constitución, el cual agrega expresamente que “los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos” a sus disposiciones, y entre ellos, por supuesto, la Asamblea Nacional.

Para garantizar la supremacía constitucional, particularmente frente a la Asamblea Nacional, en paralelo al principio de la supremacía, la Constitución formula el principio de la rigidez constitucional, al prever que su reforma está fuera del alcance del Legislador ordinario, y sólo puede efectuarse con la participación directa del pueblo mediante referendo a través de los procedimientos de reforma constitucional establecidos en los artículos 340 a 349 (reforma constitucional, enmienda constitucional y Asamblea Nacional Constituyente).

Este principio de la rigidez constitucional, ha sido durante la última década, uno de los principios más violados en el país, por las múltiples reformas a la Constitución que se han

* Ponencia para el **IX Congreso Venezolano de Derecho Constitucional (Homenaje a José Guillermo Andueza) sobre “Los Desafíos de la República en la Venezuela de hoy,”** organizado por la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, y la Fundación Konrad Adenauer, Caracas 29-30 de marzo de 2011.

aprobado mediante leyes y decretos leyes habilitados¹ e, incluso, mediante mutaciones constitucionales formuladas por el juez constitucional.² Una de esas últimas reformas constitucionales sancionadas mediante ley ha sido la que se ha efectuado respecto de la Constitución Económica por Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal,³ buscando sustituir el sistema económico de economía mixta consagrado en la Constitución de 1999, por un sistema económico comunista.

Este comentario está dedicado precisamente a mostrar que si hay algún desafío que tiene la República en la Venezuela de hoy, es precisamente el rescate y revalorización de estos principios fundamentales de la supremacía y rigidez constitucional, sin los cuales simplemente no hay Constitución.

En efecto, uno de los componentes normativos esenciales de la Constitución es la denominada *Constitución Económica* que deriva de los principios constitucionales que guían el régimen de las relaciones económicas y del papel que en las mismas corresponde a la iniciativa privada y al propio Estado, y que conforme al constitucionalismo desarrollado desde mitades del siglo pasado, en la Constitución de 1999 está montada sobre un modelo económico de economía mixta, basado en el principio de la libertad como opuesto al de economía dirigida, similar al que existe en todos los países contemporáneos desarrollados de Occidente.⁴

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reforma constitucional y fraude a la constitución (1999-2009)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009; y “Reforma Constitucional y fraude a la Constitución: el caso de Venezuela 1999-2009,” en Pedro Rubén Torres Estrada y Michael Núñez Torres (Coordinadores), *La reforma constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, Cátedra Estado de Derecho, Editorial Porrúa, México 2010, pp. 421-533. Véanse además todos los estudios sobre los Decretos Leyes de 2008 y la implementación fraudulenta de la reforma constitucional rechazada en 2007, publicados en la *Revista de Derecho Público*, N° 115 (Estudios sobre los decretos leyes), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008.

² Véase Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009),” en *Revista de Administración Pública*, N° 180, Madrid 2009, pp. 383-418; “La fraudulenta mutación de la Constitución en Venezuela, o de cómo el juez constitucional usurpa el poder constituyente originario,” en *Anuario de Derecho Público*, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Año 2, Caracas 2009, pp. 23-65; “La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional y la demolición del Estado de derecho en Venezuela,” en *Revista de Derecho Político*, N° 75-76, Homenaje a Manuel García Pelayo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2009, pp. 289-325.

³ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21 de diciembre de 2010.

⁴ Véase sobre la Constitución Económica, lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo II, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2004 pp. 53 ss; y en “Reflexiones sobre la Constitución Económica” en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, pp. 3839 a 3853. Véase, además, Enrique Meier, “La Constitución económica,” en *Revista de Derecho Corporativo*, Vol. 1, N° 1. Caracas, 2001, pp. 9-74; Dagmar Albornoz, “Constitución económica, régimen tributario y tutela judicial efectiva,” en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5 (julio-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 7-20; Ana C. Nuñez Machado, “Los principios económicos de la Constitución de 1999,” en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 6 (enero-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 129-140; Claudia Briceño Aranguren y Ana C. Nuñez Machado, “Aspectos económicos de la nueva Constitución,” en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Vadell Hermanos, Editores, Caracas, 2000, pp. 177 y ss.

Este sistema económico, por tanto, se fundamenta en la libertad económica, la iniciativa privada y la libre competencia, pero con la participación del Estado como promotor del desarrollo económico, regulador de la actividad económica, y planificador con la participación de la sociedad civil, configurándose en la Constitución de 1999 como un sistema económico de economía mixta, es decir, de economía social de mercado que se basa en la libertad económica, pero que debe desenvolverse conforme a principios de justicia social, que requiere de la intervención del Estado; régimen que por lo demás, como se indica en el artículo 299 de la Constitución, se fundamenta en los siguientes principios: “justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad.”

Como lo precisó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 117 de 6 de febrero de 2001, se trata de:

“un sistema socioeconómico intermedio entre la economía de libre mercado (en el que el Estado funge como simple programador de la economía, dependiendo ésta de la oferta y la demanda de bienes y servicios) y la economía interventora (en la que el Estado interviene activamente como el “empresario mayor””, conforme al cual, el texto constitucional promueve “expresamente la actividad económica conjunta del Estado y de la iniciativa privada en la persecución y concreción de los valores supremos consagrados en la Constitución”; persiguiendo “el equilibrio de todas las fuerzas del mercado y la actividad conjunta del Estado e iniciativa privada.”⁵

Conforme a este sistema, dijo además la Sala Constitucional en esa sentencia, la Constitución “propugna una serie de valores normativos superiores del régimen económico, consagrando como tales la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y fundamentalmente el del Estado Social de Derecho (*Welfare State*, Estado de Bienestar o Estado Socialdemócrata), esto es un Estado social opuesto al autoritarismo”⁶.

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

Esa Constitución Económica se intentó cambiar radicalmente en 2007 mediante la sanción de un proyecto de reforma constitucional⁷ efectuada por la Asamblea nacional en

⁵ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-86, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 236 ss.

⁶ Esos valores aludidos conforme a la doctrina de la Sala Constitucional “se desarrollan mediante el concepto de libertad de empresa, que encierra, tanto la noción de un derecho subjetivo “a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia”, como un principio de ordenación económica dentro del cual se manifiesta la voluntad de la empresa de decidir sobre sus objetivos. En este contexto, los Poderes Públicos, cumplen un rol de intervención, la cual puede ser directa (a través de empresas) o indirecta (como ente regulador del mercado)”. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 212-218.

⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La reforma constitucional de 2007 (Comentarios al Proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Colección Textos Legislativos, N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007; “Estudio sobre la propuesta presidencial de reforma constitucional para la creación de un Estado Socialista, Centralizado y Militarista en Venezuela (análisis del anteproyecto presidencial, agosto 2007,” en *Anuario*

noviembre de 2007, y que fue rechazada por el pueblo en referendo de diciembre de ese mismo año,⁸ mediante el cual se buscaba acentuar el desequilibrio existente entre lo público y lo privado, al transformarlo en un sistema de economía estatal, de planificación centralizada, propia de un Estado y economía socialista, donde desaparecía la libertad económica y el derecho de propiedad como derechos constitucionales, y con ello, el principio mismo de la reserva legal.⁹

Mediante la reforma del artículo 112, ubicado en el Capítulo constitucional sobre los derechos económicos, simplemente lo que se pretendía era eliminar el derecho al libre ejercicio de las actividades económicas y la propia libertad económica. Ello, por supuesto, era contrario al principio de la progresividad en materia de derechos humanos y constitucionales que garantiza el artículo 19 de la Constitución.

La consecuencia más dramática de la eliminación de un derecho, como derecho constitucional, era entre otros aspectos, la desaparición de las garantías constitucionales al mismo y en particular la desaparición de la garantía de la reserva legal, al punto de que una de las Disposiciones Transitorias (la Novena) de la reforma, se disponía que hasta tanto se dictasen las normas que desarrollasen los principios establecidos en el nuevo artículo 112, se delegaba en el Ejecutivo Nacional la potestad para mediante decretos o decreto ley, “regular la transición al Modelo de Economía Socialista.”

Es decir, se pretendía autorizar constitucionalmente al Ejecutivo Nacional para incluso mediante reglamentos regular todo lo concerniente al régimen económico de la República para la “transición al Modelo de Economía Socialista”, lo que era contrario a todos los principios de un Estado de derecho, que si se hubiese aprobado esa reforma hubiera desapareció completamente en Venezuela.

Con el proyecto de reforma constitucional de 2007, además, se buscaba cambiar radicalmente el régimen de la propiedad privada, la cual se eliminaba como derecho constitucional, y quedaba materialmente reducida a la que pudiera existir sobre “los bienes de uso, consumo y medios de producción legítimamente adquiridos,” quedando por tanto minimizada y marginalizada en relación con la propiedad pública.

da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, Revista jurídica interdisciplinaria internacional, Con. 12, La Coruña 2008, pp. 87-125; “Hacia la creación de un Estado Socialista, Centralizado y Militarista en Venezuela. Análisis de la propuesta presidencial de reforma constitucional,” en *Estudios Jurídicos*, Volumen XIII, Enero 2004-Diciembre 2007, Asociación Hipólito Herrera Billini, Santo Domingo, República Dominicana 2008, pp. 17-66; “Estudio sobre la propuesta presidencial de reforma constitucional para la creación de un Estado Socialista, Centralizado y Militarista en Venezuela (Agosto 2007),” *Revista de Derecho Público*, N° 111, (julio-septiembre 2007), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 7-42

⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La reforma constitucional en Venezuela de 2007 y su rechazo por el poder constituyente originario,” en José Ma. Serna de la Garza (Coordinador), *Procesos Constituyentes contemporáneos en América latina. Tendencias y perspectivas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, pp. 407-449; “La proyectada reforma constitucional de 2007, rechazada por el poder constituyente originario,” en *Anuario de Derecho Público 2007*, Año 1, Instituto de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas 2008, pp. 17-65; “La reforma constitucional en Venezuela de 2007 y su rechazo por el poder constituyente originario,” en *Revista Peruana de Derecho Público*, Año 8, N° 15, Lima, Julio-Diciembre 2007, pp. 13-53.

⁹ 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. 115 ss.

A pesar de que dicha reforma constitucional de 2007 fue rechazada por el pueblo en el referendo de diciembre de ese mismo año,¹⁰ ello no ha impedido que se haya buscado implementarla inconstitucionalmente en diversos aspectos mediante leyes, como precisamente ha ocurrido en materia de la Constitución económica, inicialmente mediante el Decreto Ley N° 6.130 de 2008, contentivo de la Ley para el Fomento y Desarrollo de la Economía Popular,¹¹ que ha sido sustituida ahora por la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal (LO-SEC),¹² en la cual se ha establecido una nueva Constitución Económica paralela a la prevista en la Constitución de 1999, pero que la cambia de raíz al establecer un sistema económico comunista, denominado Sistema Económico Comunal.

Para ello, no se ha reformado formalmente la Constitución, sino que mediante esa Ley Orgánica y las otras relativas al Poder Popular,¹³ a las Comunas,¹⁴ a los Consejos Comunales,¹⁵ a la Planificación Pública y Comunal,¹⁶ y a la Contraloría Social,¹⁷ se ha establecido un sistema paralelo al constitucional, tendiente a ahogarlo o sofocarlo, y así lograr el mismo efecto que se buscaba en 2007, pero ahora fraudulentamente, pues ello implica “reformular” la Constitución pero sin “reformarla” formalmente.

En la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal, en efecto se ha establecido un Sistema Económico Comunal, concebido, tal como se lo define en el artículo 2, como:

“el conjunto de relaciones sociales de producción, distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios, así como de saberes y conocimientos, desarrolladas por las instancias del Poder Popular, el Poder Público o por acuerdo entre ambos, a través de organizaciones socioproductivas bajo formas de propiedad social comunal.”

Se trata, por tanto, de un sistema económico que se desarrolla exclusivamente “a través de organizaciones socioproductivas bajo formas de propiedad social comunal” que conforme a la Ley son solamente las empresas del Estado Comunal; las empresas públicas del Estado Constitucional; las unidades productivas familiares; o los grupos de trueque, donde está excluida toda iniciativa privada y la propiedad privada de los medios de producción y comercialización de bienes y servicios.

¹⁰ El rechazo popular se efectuó mediante el referendo de diciembre de 2007 en el cual se rechazó la reforma constitucional en la cual se proponía su creación; y en las elecciones parlamentarias de septiembre de 2010, en la cual el Pueblo mayoritariamente voló contra el Presidente y sus políticas socialistas.

¹¹ Véase en *Gaceta Oficial* N° 5.890 Extra. de 31 de julio de 2008.

¹² Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21 de diciembre de 2010.

¹³ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010. La Sala Constitucional mediante sentencia N° 1329 de 16-12-2009 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley.

¹⁴ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010. La Sala Constitucional mediante sentencia N° 1330 de 17-12-2010 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1330-171210-2010-10-1436.html>

¹⁵ Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.335 de 28-12-2009. Véase la sentencia N° 1.676 de 03-12-2009 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley Orgánica de los Consejos Comunales, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1676-31209-2009-09-1369.html>. Véase sobre esta Ley: Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica de los Consejos Comunales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010

¹⁶ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010. La Sala Constitucional mediante sentencia N° 1326 de 16-12-2009 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley.

¹⁷ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010. La Sala Constitucional mediante sentencia N° 1329 de 16-12-2010 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/%201328-161210-2010-10-1437.html>

Es en consecuencia, un sistema económico socialista que se pretende implantar mediante ley, violentando completamente el sistema de economía mixta que garantiza la Constitución donde se establece, al contrario, como se dijo, como uno de los principios fundamentales del sistema constitucional, tanto la libertad económica como el derecho de propiedad privada.

En la LOSEC se regula, por tanto, un sistema económico que cambia la estructura el Estado y cuya aprobación solo hubiera podido ser posible a través de la convocatoria de una Asamblea Constituyente (ni siquiera mediante reforma o enmienda constitucional), de un sistema de economía mixta a un sistema económico estatista o controlado por el Estado, mezclado con previsiones propias de sociedades primitivas y lugareñas que en el mundo globalizado de hoy ya simplemente no existen, que presuponen la miseria como forma de vida, para regular y justificar el “trueque” como sistema, pensando quizás en sociedades agrícolas o recolectoras, donde al fin del día se podrían intercambiar unos pescados por una liebre; o una consulta profesional de abogado por el planchado de una ropa; y para crear una moneda al margen de la de curso legal que es el Bolívar, llamando así como “moneda comunal” como medio de intercambio de bienes y servicios, a los viejos “vales” de las haciendas de hace más de un siglo, donde el campesino estaba confinado al ámbito geográfico de la economía que controlaba estrictamente el hacendado.

Por ello es que este sistema económico comunal se lo concibe como la “herramienta fundamental para construcción de la nueva sociedad,” que supuestamente debe regirse sólo “por los principios y valores socialistas” que en esta LOSEC sin fundamento histórico alguno, se declara que supuestamente se inspira en la doctrina de Simón Bolívar (art. 5).

El sistema económico comunal que se regula, está basado exclusivamente en la propiedad pública, del Estado (dominio del Estado), sobre los medios de producción, de manera que en la práctica, no se trata de ningún derecho que sea “de la sociedad,” sino del aparato Estatal, cuyo desarrollo, regido por un sistema de planificación centralizada, elimina toda posibilidad de libertad económica e iniciativa privada, y convierte a las “organizaciones socioproductivas” en meros apéndices del aparato estatal.

En este contexto socialista, la LOSEC define el “modelo productivo socialista” como el:

“modelo de producción basado en la propiedad social, orientado hacia la eliminación de la **división social del trabajo** propio del modelo capitalista. El modelo de producción socialista está dirigido a la satisfacción de necesidades crecientes de la población, a través de nuevas formas de generación y apropiación así como de la **reversión social del excedente**.” (art. 6.12)

Se trata en consecuencia, de una Ley mediante la cual se pretende, además, cambiar el sistema capitalista y sustituirlo a la fuerza por un sistema socialista, imponiendo un sistema comunista, para lo cual sus redactores, basándose quizás en algún Manual vetusto de revoluciones comunistas fracasadas, han parafraseado en la Ley lo que Carlos Marx y Federico Engels escribieron hace más de 150 años, en 1845 y 1846, sobre la sociedad comunista en su conocido libro *La Ideología Alemana*.¹⁸

Los redactores de la Ley, por tanto, no se percataron de que las sociedades contemporáneas ya no se reducen a ser aquellas que vivían de la caza y de la pesca, o de la siembra y cría

¹⁸ Véase en Karl Marx and Frederick Engels, “The German Ideology,” en *Collective Works*, Vol. 5, International Publishers, New York 1976, p. 47. Véanse además los textos pertinentes en http://www.educa.madrid.org/cms_tools/files/0a24636f-764c-4e03-9c1d-6722e2ee60d7/Texto%20Marx%20y%20Engels.pdf

de animales, y de que en las sociedades globalizadas de la actualidad, es imposible no basar la producción en la división social del trabajo; y además, parece que ni siquiera se han percatado que después de tantos años de estancamiento y de miseria, tratando de imponer la sociedad comunista, el desarrollo del sistema capitalista es el que le ha permitido a China catapultarse económicamente, aún cuando sometida a una dictadura del Estado capitalista; y que en Cuba, el régimen comunista clama por su auto eliminación para lo cual en 2011 ha comenzado a lanzar a la calle a decenas de miles de antiguos asalariados o servidores del Estado, para forzarlos a desarrollar iniciativas privadas, basadas en la supuesta “esclavitud” de la división social del trabajo y en el supuesto producto de esa esclavitud, que es la propiedad, convencidos de que en el mundo contemporáneo no es posible “la eliminación de la división social del trabajo” como en cambio se propugna en el artículo 6.12 de la LOSEC, y de que sólo, precisamente, mediante la división social del trabajo, es posible la producción industrial, la generación de empleo y la generación de riqueza.

En cambio, para eliminar toda forma de generar riqueza y con ello, de trabajo libre y empleo, la LOSEC declara como pieza esencial del nuevo sistema económico comunal, la necesaria “reversión social del excedente,” como principio esencial que rige las organizaciones socioproductivas, definida como “el uso de los recursos remanentes provenientes de la actividad económica de las organizaciones socioproductivas, en pro de satisfacer las necesidades colectivas de la comunidad o la comuna, y contribuir al desarrollo social integral del país” (art. 6.19). Con este principio, los redactores de la Ley incorporaron a su articulado, otros de los pilares del sistema comunista, tal como fue concebido por Marx y Engels, como contrapuesto al sistema capitalista, y es la necesaria “reversión social de excedente” producto de la actividad económica. Debe recordarse que las sociedades industriales se desarrollaron económicamente, al contrario, gracias a la acumulación del excedente económico que genera el empresario privado y a la reversión de este excedente para generar mayor crecimiento, que fue en definitiva lo que generó la industrialización. Un sistema en el cual si bien la reversión social de parte de ese excedente se logra a través del sistema tributario, está basado en la libre iniciativa generadora de riqueza, que a la vez, es la que puede multiplicar el empleo y el trabajo, y general mayor crecimiento económico.

Basada, por tanto, en los principios utópicos comunistas de la “propiedad social de los medios de producción,” la “eliminación de la división social del trabajo” y la “reversión social del excedente,” la LOSEC está sin duda concebida para implantar en Venezuela el sistema comunista como contrario al sistema capitalista.

Para implantar el comunismo, la LOSEC establece un ámbito omnicomprensivo de aplicación, al establecer, formalmente, que se aplica, por una parte “a las comunidades organizadas, consejos comunales, comunas y todas las instancias y expresiones del Poder Popular, en especial a las organizaciones socioproductivas que se constituyan dentro del sistema económico comunal,” es decir, a todo el ámbito del Estado Comunal; y por la otra, “de igual manera, a los órganos y entes del Poder Público y las organizaciones del sector privado, en sus relaciones con las instancias del Poder Popular” (Art. 3), es decir, a los todos los órganos y entes del Estado Constitucional y a todas las instituciones, empresas y personas del sector privado. Es decir, es una Ley tendiente a implementar el comunismo en todos los órdenes, mediante un sistema económico sometido a una planificación centralizada, conforme a la cual está proscrita toda iniciativa privada, controlado además por el Ejecutivo Nacional directamente; estableciendo, además, un sistema jurídico paralelo al del propio Código de Comercio, al punto de que la personalidad de las empresas comunales y demás organizaciones socioproductivas no adquieren personalidad jurídica mediante la inscripción de su documento constitutivo en el registro mercantil, sino mediante el registro del mismo “ante el órgano coordinador,” es decir, ante el Ministerio de las Comunas (art. 16). Nada indica la Ley, por

supuesto, sobre la publicidad de este registro o sobre el acceso del público al mismo, ni sobre la potestad del funcionario innominado a cargo de la inscripción de dar fe pública o autenticidad a los documentos registrados. Parecería que se trata de dismantelar el sistema registral general, sin reformar la ley respectiva. Además, no procede el registro “cuando el proyecto socio productivo de la organización tenga por objeto finalidades distintas a las previstas en la Ley,” (Art. 18) por lo que ninguna organización socioproductiva que no sea socialista o que no responda al modelo productivo socialista podría ser registrada.

Por último, se destaca la extensa regulación establecida en la Ley en relación con el “sistema alternativo de intercambio solidario,” consistente en un sistema de trueque comunitario directo e indirecto (art. 43), entre lo que se denomina los “prosumidores,” a los efectos del intercambio de “saberes, conocimientos, bienes y servicios,” lo que se debe hacer “mediante una moneda comunal alternativa, y con prohibición de prácticas de carácter financiero, como el cobro de interés o comisiones” (art. 40). Así, conforme a la Ley, cada Comuna puede tener su propia moneda comunal, como un “instrumento alternativo a la moneda de curso legal en el espacio geográfico de la República” (art. 52), debiendo responder, dice la Ley, “la una característica ancestral, histórica, cultural, social, geográfica, ambiental, patrimonial u otra que resalte los valores, la memoria e identidad del pueblo” (art. 54).

Por supuesto, leer estas disposiciones sobre unas monedas comunales, cuyo número puede ser infinito, lo que recuerda es el establecimiento de los viejos “vales” o moneda de las haciendas que existieron hasta comienzos del siglo XX, donde los campesinos quedaban confinados para sus posibilidades de intercambio, lo que después de tantas décadas de desarrollo se logró superar, primero por la emisión de moneda por los bancos privados; y luego, por la creación de la moneda única, que es el bolívar, luego de la creación del Banco Central de Venezuela al cual se le dio el monopolio de la acuñación. Parecería que con estas regulaciones sobre la moneda comunal, no sólo se ignora la realidad del país y su historia, y la propia norma constitucional que habla del bolívar como la unidad monetaria del país (art. 118), sino que parece que se quisiera regresar a la Venezuela de hace más de cien años, confinándose la economía a lo local, cuando en el mundo la corriente globalizadora muestra lo contrario. Basta para darse cuenta de ello los esfuerzos por el mantenimiento del Euro en Europa.

Con una ley como esta relativa al Sistema Económico Comunal, la Asamblea Nacional simplemente se olvidó de que la Constitución, como ley suprema y rígida, es inmutable mediante los mecanismos ordinarios de formación de las leyes, sólo pudiendo ser modificada o reformada por los medios establecidos para ello que son las Enmiendas Constitucionales, las Reformas Constitucionales y la Asamblea Nacional Constituyente. Sobre estos, la Sala Constitucional ha señalado lo siguiente:

Por ello, como decía al inicio, ante una Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal como la sancionada en diciembre de 2010, con la cual la Asamblea Nacional a cambiado la Constitución económica sin “reformar” la Constitución, burlándose impunemente de dicho principio de la rigidez constitucional, que es de la esencial del constitucionalismo; uno de los grandes desafíos que tiene la República en la Venezuela de hoy, es precisamente la revalorización del principio de la rigidez constitucional que deriva del principio de la supremacía constitucional, de manera de poner fin a la práctica fraudulenta de reformar la Constitución mediante leyes, la cual ha sido una de las lamentables características del régimen autoritario instalado en el país durante la última década y de la quiebra absoluta del Estado de derecho.

SOBRE LA NUEVA REIMPRESIÓN POR “SUPUESTOS ERRORES” MATERIALES DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO, OCTUBRE DE 2010

Víctor Hernández Mendible
*Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Católica Andrés Bello
y Universidad Monteavila*

Resumen: *El uso de la reimpresión por supuestos errores materiales para reformar la ley, de manera distinta a la prevista en la Constitución, a los fines de modificar el procedimiento legislativo de selección y designación de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.*

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, originalmente publicada en *Gaceta Oficial* N° 5.991, Extraordinario de 29 de julio de 2010, ha sido objeto de una primera reimpresión por “supuesto” error material, publicada en *Gaceta Oficial* N° 39.483, de 9 de agosto de 2010 y luego del proceso electoral del día 26 de septiembre de 2010, donde ha cambiado la composición de la Asamblea Nacional, en virtud de que el partido de gobierno obtuvo el 48% de los votos escrutados y haber perdido la mayoría calificada, ha generado entre las reacciones inmediatas, una segunda y apresurada reimpresión por nuevos “supuestos” errores materiales, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 39.522, de 1 de octubre de 2010, una vez más violando el artículo 4 de la Ley de Publicaciones Oficiales, mediante un írrito Acto Legislativo del secretario del órgano Legislativo Nacional, que tal como ha destacado Allan Brewer-Carías, actúa fuera de su competencia, mediante la usurpación de funciones del Poder Ejecutivo Nacional.

Se advierte que la reimpresión menciona varias normas como los artículos 6 y 9, a los cuales se le hace una inclusión meramente cosmética al agregar a la palabra “Tribunal” la denominación completa “Supremo de Justicia”, cuya incorporación en nada modifica el sentido de las normas.

También cabe destacar que el apuro del secretario de la Asamblea Nacional de encubrir la verdadera intención de la reimpresión, le condujo a indicar que se reimprime la Ley por un supuesto error en el artículo 13, que cuando es transcrito en la misma *Gaceta Oficial*, no se logra advertir en qué consistió la omisión o error que justificara su reimpresión, pues es literalmente idéntico al presuntamente enmendado, lo que genera la sospecha de que sí existe la intención de modificarlo y que deliberadamente podría haberse dejado así, para justificar una futura nueva reimpresión.

Seguidamente pasa a revelar la verdadera intención de la reimpresión, que no es otra cosa que una reforma legal sin cumplir con el procedimiento legislativo constitucional y sin la promulgación del Presidente de la República. En efecto, el aparente error ha venido a introducir una reforma de fondo del artículo 70 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, si se tiene en cuenta que implica la modificación del plazo para presentar las candidaturas a Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, ante el Comité de Postulaciones Judicia-

les. Ese plazo que originalmente no debía ser “menor de treinta días continuos”, gracias al acto del secretario de la Asamblea Nacional, se ha transformado en un plazo máximo al indicar que “no será mayor de treinta días continuos”, con la clara intención de reducir los plazos para recibir las postulaciones y proceder de esa manera, a la inmediata designación de los nuevos Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, antes de que se instale la nueva Asamblea Nacional, electa el día 26 de septiembre de 2010.

Finalmente, siempre con la idea de pretender encubrir la mencionada reforma legal sin cumplir con la Constitución, se indica otro falso error material, mediante el cual se efectúa una reforma cosmética al artículo 73 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, al suprimir la palabra “persona” y agregar al final la palabra “postuladas”.

En conclusión, la finalidad de la más reciente reimpresión de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, consiste en aligerar la tramitación del procedimiento de selección y designación de los nuevos Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.

TRAS EL RASTRO DEL ENGAÑO EN LA WEB DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Antonio Silva Aranguren

*Profesor Derecho Administrativo
Universidad Central de Venezuela*

Resumen: *Se expone cómo en el sitio web de la Asamblea Nacional figura el texto sancionado de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que se corresponde con el originalmente publicado en la Gaceta Oficial, luego corregido por un supuesto error material.*

Por segunda vez en breve tiempo, fue reimpresa la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en la *Gaceta Oficial*: había sido publicada originalmente en la *Gaceta* N° 5.991, extraordinario, del 29 de julio de 2010; reimpresa por primera vez en la N° 39.483 del 9 de agosto de 2010; y ahora nuevamente en la N° 39.522 del 1° de octubre de 2010.

Aunque en ambas reimpresiones se invoca el artículo 4 de la Ley de Publicaciones Oficiales, lo cierto es que han sido acordadas por la propia Asamblea Nacional, y así consta en un “Aviso” y en un “Aviso Oficial”, cuando la lectura de esa disposición deja claro que la orden debe provenir del Ejecutivo Nacional, a través del ministro del ramo al que corresponda la materia de la Ley. La práctica del “aviso” parlamentario no es, sin embargo, inédita: en fecha reciente se recurrió a él para reimprimir la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, primero publicada en la *Gaceta Oficial* N° 39.447 del 16 de junio de 2010 y luego en la N° 39.451 del 22 de junio de 2010.

A efectos de esta nota deseamos destacar el artículo 70 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia: tal como figuraba en las dos primeras publicaciones, el plazo para que el Comité de Postulaciones Judiciales convocase a los interesados en postularse como magistrados, así como para recibir las postulaciones, no sería menor de treinta días continuos. En la segunda reimpresión, por un supuesto error material, se advierte que el referido artículo debió decir que el plazo no sería mayor de treinta días. No es poca la diferencia, en especial al sacar cuentas: si no pueden ser menos de 30 días, la actual Asamblea Nacional no tendría tiempo de hacer las designaciones, porque su período está próxima a vencer. Si son menos, da tiempo de sobra. Y esto último es, parece, lo que se pretende.

En los últimos años se ha hecho común la reimpresión de textos legales por errores materiales. Incluso se han visto casos (numerosos) en los que el aviso advirtiendo del error se basa en “errores en los originales”, lo que invita a preguntar qué es eso. No dudamos que a veces fuese cierta la existencia de errores materiales -tal es el desdén en el ejercicio de sus funciones y el desprecio por las formas que han revelado tanto la Asamblea Nacional como el Ejecutivo Nacional, encargado este último de la publicación-, pero también es válido sospechar que en muchos casos no es real. Justamente la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia se presta a suspicacias.

La labor de descubrir la verdad no es, sin embargo, fácil. Ahora bien, aunque la página oficial en Internet de la Asamblea Nacional es intrincada, incompleta y muy poco fiable, en la sección sobre “leyes sancionadas” en 2010 figura la del Tribunal Supremo de Justicia, en el siguiente vínculo: www.asambleanacional.gob.ve/index.php?option=com_docman&task=catview&gid330&Itemid=185&lang=es&limitstart=10. Allí uno puede descargar –en formato PDF- la ley que habría sido aprobada. Al hacerlo, se descubre que los supuestos errores materiales corregidos en la segunda reimpresión aparecen como texto aprobado. De ese modo, no resultaría cierto que se publicaron mal algunos artículos. Si algo se hizo mal sería sancionarlos, pero no publicarlos. No cabría, entonces, su corrección, sino su reforma.

Lo ideal sería, claro está, hacerse con una certificación de la propia Asamblea Nacional en la que conste el texto sancionado, pero suponemos que ello podría ser difícil, debido al férreo control partidista que hoy existe. A efectos de estas notas basta llamar la atención sobre el posible fraude cometido a través de la reimpresión. Si bien el link y el archivo PDF pueden lucir débiles (y efímeros) como prueba, nos permiten afianzar la creencia de que el recurso a la reimpresión por errores materiales es un truco más en una cadena interminable de ardid parlamentarios.

La situación anómala que se podría evidenciar en una múltiple publicación de textos legales es asunto que ya ha ocupado a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Por ejemplo, en su sentencia N° 1358/2008 ordenó suspender la Ley de Defensa y Seguridad Ciudadana del Estado Zulia, porque del expediente se desprendían múltiples irregularidades: fue publicada dos veces el mismo día, con textos distintos, y además había actas de debate parlamentario con diferente contenido.

Entre otras cosas, en esa sentencia la Sala Constitucional declaró que “la gravedad del caso” –se refiere a las 2 gacetas del mismo día, con diferente texto- “no se limita a esa situación, sino que hay incluso indefinición acerca de cuál es realmente el texto legal sancionado por el Consejo Legislativo del Estado Zulia y promulgado por el Gobernador”. Para la Sala, “no se trata, entonces, de que por error se haya publicado un texto distinto al sancionado y promulgado –incluso con las graves consecuencias que ello aparejaría- sino que no existe acuerdo acerca del contenido de la ley que siguió el proceso formal de tramitación”. Luego de esas declaraciones, la Sala llegó “a la irrefutable conclusión de que es imposible (...) permitir la aplicación” y ordenó “la suspensión de la vigencia de toda la Ley”.

El caso de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia es similar, por cuanto la web de la Asamblea Nacional nos hace suponer la existencia de irregularidades. Se hace entonces ineludible alertar al respecto e incluso proponer demanda judicial. De lo contrario, quedará la idea de que el proceso de postulaciones -y la posterior designación- ha sido correcto, legal.

Es insuficiente sostener, con argumentos políticos, que la Asamblea Nacional que vencerá en pocos meses su período no debería apresurarse en escoger unos magistrados cuando sabe que pronto la composición parlamentaria será distinta: desde la estricta “legalidad”, esa legalidad que tanto gusta cuando conviene, se estaría actuando conforme a las reglas.

No afirmamos que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, si se llegare a plantear demanda, suspenderá o anulará la Ley en lo referido al proceso de postulaciones -basta recordar que sigue pendiente de decisión el juicio por la reimpresión nada menos que de la Constitución-, pero sí pretendemos al menos hacer notar que de todo queda rastro y la web de la propia Asamblea Nacional devela lo que la *Gaceta Oficial* quiere ocultar.

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Cuarto Trimestre de 2011

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. *Responsabilidad Patrimonial del Estado.*

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Derechos Individuales.* A. Libertad Personal: Pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad. B. Libertad de expresión. C. Derecho de petición, oportuna y adecuada respuesta.
2. *Derechos Laborales.* A. Derecho al Salario: Inembargabilidad. 3. *Derechos Culturales y Educativos: Derecho a la Educación.* 4. *Derechos de los Pueblos Indígenas.*

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Nacional.* A. Competencias del Poder Nacional. B. El Poder Legislativo Nacional: Inmunidad Parlamentaria. C. El Poder Judicial. a. Administración de Justicia: Cita inocente o inocua de conocimientos ajenos al derecho. 2. *El Poder Municipal: Privilegios y Prerrogativas procesales.*

IV. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo de Nulidad.* A. Medidas Cautelares. 2. *El Contencioso Administrativo contra la Abstención o Carencia de la Administración.* A. Procedimiento. 3. *Recurso Especial de Juridicidad.*

V. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de inconstitucionalidad.* A. Competencia. B. Medidas Cautelares. 2. *Acción de amparo constitucional.* A. Competencia. B. Condiciones de admisibilidad. 3. *Legitimación en los casos de amparo para la protección de derechos colectivos o difusos.*

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. Responsabilidad Patrimonial del Estado

TSJ-SPA (962)

6-10-2010

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Ángel Esteban Millán Aguilera y Orlando Millán Rodríguez vs. República Bolivariana de Venezuela, por órgano del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia.

La responsabilidad patrimonial del Estado constituye una de las garantías de las que dispone el ciudadano frente éste, en orden a la obtención de las correspondientes indemnizaciones en aquellos supuestos en que la actividad estatal ha lesionado su esfera jurídica, teniendo presente la debida ponderación o prudencia al momento de excluir los supuestos necesarios eximentes de la responsabilidad, los cuales de no ser tomados en cuenta crearían situaciones injustas y de extrema onerosidad sobre la hacienda pública.

.....Establecidos los términos de la controversia, debe esta Sala Político-Administrativa señalar que **la responsabilidad del Estado** constituye una garantía fundamental, acorde con el modelo de Estado Democrático y Social de Derecho proclamado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así ha sido reconocido de forma expresa en distintas disposiciones del Texto Fundamental; entre ellas, el artículo 6, referido a los Principios Fundamentales, el cual prevé que: “...*el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables...*”. Asimismo, el artículo 140 dispone que: “*El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública*”.

De la misma forma, su Exposición de Motivos hace referencia expresa a la obligación directa que tiene el Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones.

Como puede observarse, la Constitución de 1999 no califica el “*funcionamiento*” de la Administración susceptible de originar responsabilidad, por lo que, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que tienen cobertura constitucional tanto aquellos casos en los que la lesión deriva de un funcionamiento “*anormal o ilícito*” de la Administración, como los supuestos en los cuales el perjuicio resulta de una actuación “*normal o lícita*”.

Partiendo de allí, se han distinguido dos (2) grandes tipos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, a saber: *i*) la responsabilidad con falta o por funcionamiento anormal, y *ii*) la responsabilidad sin falta o por funcionamiento normal o por sacrificio particular.

Se trata de un régimen de responsabilidad pública “*patrimonial e integral*”, que comprende ambos sistemas, los cuales, han sido reconocidos por esta Sala Político-Administrativa, en los siguientes términos:

“...el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado dispuesto en el mencionado artículo 140 de la Constitución, al referirse a la responsabilidad derivada del ‘funcionamiento’ de la Administración, lo hace respecto al funcionamiento normal como anormal, es decir, lo determinante, como se ha expuesto, es que los particulares no están obligados a soportar sin indemnización el daño sufrido, indistintamente si el daño ha sido causado por el funcionamiento normal o anormal, como se ha indicado”. (Vid. Sentencia N° 01013, publicada el 31 de julio de 2002, caso: *Marbelis María Borges Borges vs. BAUXILUM*). (Negrillas de la Sala).

Del mismo modo la Sala, mediante sentencia N° 01175 del 1° de octubre de 2002, caso: *Complejo Industrial del Vidrio, C.A.*, estableció que:

“(...) el ámbito de responsabilidad patrimonial de la Administración se extiende, de acuerdo con su artículo 140, ‘a todo daño sufrido por los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública’, lo cual implica la consagración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando con ocasión del cumplimiento de sus cometidos, ha generado daños y perjuicios a los administrados, no distinguiendo la norma citada si dichos daños se han producido por el funcionamiento normal o anormal de la Administración, a los fines de su deber de repararlos”.

Finalmente, en este orden de ideas valga destacar que en los fallos dictados el 27 de noviembre de 2001 y 10 de abril de 2002, casos: *Consortio Inversionista Fabril vs. La República* y *Augusto Nunes Reverendo vs. CADAFFE*, respectivamente, este Órgano Jurisdiccional reiteró su criterio expresando que la Administración está obligada a la reparación en toda circunstancia, esto es, tanto por su actuación ilegítima, lo cual resulta obvio, como también cuando en el ejercicio legítimo de sus cometidos ocasiona daños a los administrados. De tal modo, refirió:

“[Que] la Administración está obligada al resarcimiento en toda circunstancia: sea por su actuación ilegítima; o bien porque en el ejercicio legítimo de sus competencias genera daños a los administrados. En consecuencia, la actividad de la Administración, manifestada a través de cualquiera de sus instituciones mediante las cuales gestiona la prestación de servicios públicos, debe siempre resarcir a los particulares, si por el resultado de su actuación se fractura el equilibrio social, alterando la necesaria igualdad que debe prevalecer entre los ciudadanos ante las cargas públicas, denominado por la doctrina responsabilidad sin falta o por sacrificio particular; o porque en virtud de la misma gestión pública, el daño se produce como resultado de un funcionamiento anormal de la Administración”. (Línea de pensamiento expuesta de forma más reciente, entre otras, en sentencias N° 005819 y 01370 de fechas 5 de octubre de 2005 y 30 de septiembre de 2009, casos: *Douglas Olivieri Leiva vs. ELEORIENTE* y *Leonel Gutiérrez vs. ELEOCCIDENTE*).

Partiendo de lo expuesto, no cabe duda que el principio de responsabilidad patrimonial del Estado supone la obligación de reparar un daño o un interés protegido, causado por una acción u omisión del órgano o ente público, independientemente de que tales actuaciones sean desplegadas conforme a derecho o contraviniendo normas jurídicas, con lo cual resulta necesario que dicho hecho dañoso sea atribuible a la Administración y exista una relación de causalidad.

Visto así, compete a esta Sala constatar la concurrencia de las tres (3) condiciones que exige la jurisprudencia contencioso-administrativa para que proceda la responsabilidad patrimonial, las cuales deben ser probadas fehacientemente a fin de declarar procedente la pretensión de los demandantes. Tales elementos son: i) la existencia de un daño constituido por una afección a un bien o derecho tutelado por el ordenamiento jurídico o disminución patrimonial, ii) una actuación u omisión que le sea atribuible a la Administración, y iii) la relación de causalidad, esto es, el nexo causal que vincule la actuación u omisión de la demandada con la producción del daño que se denuncia.

Así, aplicando los principios antes enunciados al caso que nos ocupa, la Sala observa:

Con relación a la muerte del ciudadano Francisco José Millán Rodríguez, esta Sala debe precisar que la representación judicial de la República no desconoce el fallecimiento acaecido, ni que éste haya obedecido a causas distintas a las señaladas *ut supra*, por el contrario, establece expresamente, en los respectivos escritos de contestación a la demanda y observaciones escritas al acto oral de informes, lo que sigue:

“i.1) En consecuencia, se puede inferir, que en el caso bajo análisis estamos en presencia por una parte, de actos administrativos inherentes al ejercicio de la función pública, y por la otra la ejecución de hechos delictivos cometidos en el ejercicio de las atribuciones que le son propias a los funcionarios policiales inculpados, por haber incurrido en un hecho punible como el homicidio (...).

i.2) De lo anterior se evidencia, que no es competencia de los órganos policiales ni está establecido en ningún reglamento de los Cuerpos de Seguridad del Estado, ni mucho menos es una función inherente a su actividad la de llevarse detenida a alguna persona sin orden de la Fiscalía o Juez para luego torturarlo y causarle la muerte, con el agravante, de querer desvirtuarla, alegando para justificar su muerte, que lo encontraron en la vía pública, con un ataque al corazón (...).

i.3) (...) la muerte del familiar, se produce a consecuencia de torturas perpetradas por los ex-agentes policiales adscritos a la Delegación del entonces CTPJ de Cumaná, Estado Sucre, quienes actuando (...) de manera innoble, de mala fe y de motus propio y fuera del rango de las atribuciones otorgadas por la ley y el Estado, como funcionarios al servicio público, le originan la muerte, razón por la cual no puede afirmarse que se encontraban en el cumplimiento de sus funciones (...).”

Por lo descrito, estima este Órgano Jurisdiccional que no existe necesidad de efectuar un análisis de las pruebas traídas por las partes al proceso con el objeto de acreditar el deceso del ciudadano Francisco José Millán Rodríguez, por no ser éste un hecho controvertido.

Tampoco constituye un hecho controvertido entre las partes, el daño causado en la esfera afectiva o espiritual (no así en lo que concierne a los daños materiales reclamados) del padre del occiso por la trágica desaparición física de su ser querido, pues la propia representación de la República aduce que *“En el caso bajo análisis (...) se (...) produce la lesión en los bienes y derechos de una determinada persona, sufrida por el ahora demandante con ocasión de la muerte de su hijo (...), el cual además de otras circunstancias de índole humana debido al dolor que obviamente generó su pérdida (...).”*

Mas, sin embargo, sostiene que su representada no es responsable por estos daños, pues derivan de la *“(...) conducta delictual de los funcionarios indiciados, que en materia civil y penal les corresponden, por haber sido ejecutados con dolo, alevosía y ventaja, prevaleciéndose de la investidura de funcionarios policiales”*, insistiendo, además, en que *“(...) la supuesta falta cometida (...) en cabeza del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC), adscrito al Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, sería inexistente, pues tal y como lo afirman los demandantes en su escrito libelar, la muerte del familiar, se produce a consecuencia de torturas perpetradas por los ex-agentes policiales adscritos a la Delegación del entonces CTPJ de Cumaná, Estado Sucre, quienes actuando (...) de manera innoble, de mala fe y de motus propio y fuera del rango de las atribuciones otorgadas por la ley y el Estado, como funcionarios al servicio público, le originan la muerte, razón por la cual no puede afirmarse que se encontraban en el cumplimiento de sus funciones y por lo tanto dichas causas no son imputables a la Administración”*.

Por tal razón, para conocer si el Estado venezolano ostenta responsabilidad patrimonial frente a los daños que se le imputan, debe esta Sala determinar la procedencia de los alegatos

expuestos por la demandada, los cuales atienden fundamentalmente a la inexistencia de una actuación atribuible a la Administración recurrida y el nexo causal que debe existir entre ella y el daño. En ese orden, cabe destacar lo siguiente:

Como quedó apuntado antes, conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Sala Político-Administrativa el ámbito de responsabilidad patrimonial de la Administración se extiende, de acuerdo con el artículo 140 de la Constitución vigente, “a todo daño sufrido por los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública” lo cual implica la consagración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando con ocasión del cumplimiento de sus cometidos, ha generado daños y perjuicios a los administrados, no distinguiendo la norma citada si dichos daños se han producido por el funcionamiento normal o anormal de la Administración, a los fines de su deber de repararlos.

Del mismo modo, el supra citado artículo 140 establece un mandato obligatorio a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a ordenar la indemnización de los daños sufridos por los particulares como consecuencia de la actividad de la Administración. Dicha norma se encuentra -a su vez- complementada, entre otras disposiciones, por los artículos 30 y 259 constitucionales relativos a la obligación del Estado “de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables, o a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios”, y la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para “condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración”, así como para “conocer de reclamos por la prestación de servicios público”. (Negrillas de la Sala).

Ahora bien, sin menoscabo de lo expresado *supra*, respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado, esta Sala estima oportuno precisar como lo ha hecho en anteriores oportunidades, que no será resarcible el daño cuyo objeto indemnizatorio comporte una actividad de naturaleza ilícita por parte de los afectados, de manera que no todo daño causado por el funcionamiento normal o anormal de la Administración debe ser reparado, debiendo determinarse en cada caso, la procedencia de la reclamación atendiendo a las indicaciones antes expuestas. (Véase *Revista de Derecho Público* N° 121, sentencia de esta sala N° 206 del 4-3-2010, p.127 y ss).

Debe señalarse además, que la noción de responsabilidad de la Administración, admite límites y que tales límites derivan de las eximentes de responsabilidad que consagra el derecho común, que no pueden ser soslayadas pues atienden a la responsabilidad general por hecho ilícito, como son las constituidas por la falta de la víctima, por el hecho de un tercero, o por caso fortuito o fuerza mayor. Al respecto, (Véase *Revista de Derecho Público* N° 112 sentencia de esta sala N° 1693 del 17-10-2007, p. 449 y ss.)

Conforme a lo expuesto, la responsabilidad patrimonial del Estado constituye una de las garantías de las que dispone el ciudadano frente éste, en orden a la obtención de las correspondientes indemnizaciones en aquellos supuestos en que la actividad estatal ha lesionado su esfera jurídica, teniendo presente la debida ponderación o prudencia al momento de excluir los supuestos necesarios eximentes de la responsabilidad, los cuales de no ser tomados en cuenta crearían situaciones injustas y de extrema onerosidad sobre la hacienda pública.

De todo lo anterior, se pueden extraer, entonces, contrario a lo esgrimido en tal sentido por la representación judicial de la accionada, las siguientes conclusiones aplicables al caso *sub iudice*:

i) La consagración con rango constitucional de un régimen amplio e integral de responsabilidad patrimonial del Estado, constituye una manifestación indudable de que dicho régimen se erige como uno de los principios y garantías inherentes a todo Estado de Derecho y de Justicia, en el que la Administración, a pesar de sus prerrogativas, puede ser condenada a resarcir por vía indemnizatoria los daños causados a los administrados por cualquiera de sus actividades;

ii) El reconocimiento constitucional de la responsabilidad del Estado según se deriva de los artículos 30 y 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no sustituye la responsabilidad subjetiva o personal del funcionario culpable, la cual se encuentra prevista en forma independiente y específica en los artículos 25 y 139 del Texto Fundamental;

iii) A los efectos de la responsabilidad de la República, los hechos culposos o dolosos de los agentes policiales no pueden considerarse desvinculados con el servicio especial de policía que prestan, cuando precisamente ese servicio haya creado las condiciones para la realización del hecho ilícito y la producción de sus consecuencias perjudiciales;

iv) La existencia de una falta personal del funcionario no excluye directamente la responsabilidad del Estado, pues cuando esa falta concorra con el servicio o no esté totalmente desligada del mismo compromete la responsabilidad patrimonial de la Administración;

v) La relevancia del derecho fundamental lesionado (derecho a la vida) reconocido en los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Venezuela, los cuales de conformidad con el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela tienen jerarquía constitucional, permite atender al contenido de la Convención Americana de los Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, entre otros, instrumentos internacionales que lo consagran.

vi) El respeto del derecho humano fundamental a la vida exige a todos los órganos del Poder Público, incluyendo los del Poder Judicial, orientar su actuación no sólo a garantizar la integridad de la vida de las personas, sino también a asegurar y garantizar que el Estado responda e indemnice los daños que en violación de ese derecho hubiere causado.

Circunscritos al caso de autos, partiendo de las premisas antes expuestas esta Sala observa que del análisis del acervo probatorio se desprenden elementos suficientes que la llevan a la convicción de que el hecho dañoso (homicidio del ciudadano Francisco José Millán Rodríguez) fue ejecutado por los agentes involucrados valiéndose y aprovechándose de los medios, instrumentos y poderes que su condición de funcionarios prestadores del servicio de policía les brindaba, y a propósito de una actividad que formalmente suponía el ejercicio pleno de sus funciones.

Así, del estudio exhaustivo de las copias certificadas del expediente N° 4E2741/02, nomenclatura del Juzgado Cuarto de Primera Instancia en Funciones de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Miranda con sede en Los Teques, cursantes del folio cuarenta y cinco (45) al trescientos cincuenta y dos (352) del expediente judicial, el cual contiene: *i)* Actas de audiencias de juicio llevadas a cabo los días 18 de junio, 1 y 2 de julio todos del año 2002 ante el Juzgado Mixto Primero de Juicio del referido Circuito Judicial Penal, contra los acusados Raúl Ernesto Antón Astudillo, Camilo Ernesto León Figueroa, Lenin Miguel Yegres Núñez, William Antonio León Aponte y Carlos Javier Rodríguez, todos funcionarios del entonces Cuerpo Técnico de Policial Judicial (CTPJ); *ii)* Sentencia definitiva publicada el 29 de julio de 2002 por el Juzgado Mixto Primero de Juicio del Circuito Judicial Penal del Esta-

do Miranda, en la que se les condena a los prenombrados, como autores y partícipes del homicidio del ciudadano Francisco José Millán Rodríguez; *iii*) Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones del Estado Miranda el 30 de mayo de 2003; *iv*) Decisión de fecha 2 de noviembre de 2004 emanada de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, estas últimas confirmatorias de las condenas impuestas a los ciudadanos Camilo Ernesto León Figueroa y Lenin Miguel Yegres Núñez, por el delito de homicidio calificado con alevosía y por motivos fútiles, en grado de complicidad correspondiente en perjuicio de Francisco José Millán Rodríguez; y *v*) Autos de ejecución de fecha 1 de abril de 2005, correspondientes a los ciudadanos Raúl Ernesto Antón Astudillo y Camilo Ernesto León Figueroa; queda acreditado fehacientemente en autos:

Que los agentes involucrados, llevando a cabo actuaciones investigativas que eran propias de sus funciones policiales se sirvieron del vehículo que era propiedad del Estado para trasladar al ciudadano Francisco José Millán Rodríguez -bajo el argumento de encontrarse implicado en el supuesto rapto de una niña- desde su sitio de trabajo (Hospital Universitario “Antonio Patricio de Alcalá”), al lugar donde fue hallado muerto la madrugada del 5 de febrero de 2000, vale decir, las propias instalaciones de la Delegación del entonces Cuerpo Técnico de Policía Judicial (C.T.P.J.), situado en Cumaná, Estado Sucre.

Tales circunstancias se reflejan, especialmente de las copias certificadas de las actas de audiencia de juicio celebradas ante el Tribunal Mixto Primero de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Miranda con sede en Los Teques los días 18 de junio y 1° de julio de 2002, que constan del folio cuarenta y ocho (48) al noventa y ocho (98) del presente expediente, de las cuales se leen:

“**i.1**) Se hace pasar a la sala al testigo promovido por la Fiscalía MIGUEL ANTONIO CASTILLO quien dijo (...) ser titular de la cédula de identidad N° 8.435.394, sargento segundo (...) [de] la Comandancia General de la Policía del Estado Sucre, destacado en el hospital (...) quien seguidamente expone: Yo me encontraba de guardia el 4-2-2000 en el hospital cuando llegaron los 2 funcionarios de PTJ buscando a Millán, le dijeron que los acompañara el se dirigió a la patrulla y se montó voluntariamente, el día 5-2 el otro compañero que tenía el tercer grupo como a las 6:05 a.m. me dijo que había ingresado el señor Millán a la morgue (...) estaba en interiores tenía en las manos como la señal de unas esposas, en la frente y como en la piel unas heridas (...). Interroga el Fiscal del Ministerio Público DIGA usted recuerda el nombre de los funcionarios que fueron a buscar al ciudadano FRANCISCO MILLÁN al hospital. CONTESTO: los nombres no los recuerdo pero si los veo los reconozco, OTRA están en la sala CONTESTO: si e identifica a los ciudadanos: JESÚS RAMÓN SALAZAR FIGUEROA y ANTÓN RAÚL. OTRA diga el testigo como a que hora se llevaron los policías al ciudadano FRANCISCO MILLÁN CONTESTO: como a las 8 a 8:30p.m. OTRA: después que los funcionarios de la PTJ se llevaron a Millán cuando lo volvió a ver. Contesto: en la mañana al otro día estaba acostado en la camilla (...).

i.2) (...) se le concede la palabra a la Dra. CYNDIA GONZÁLEZ en su condición de defensora de los ciudadanos CARLOS RODRÍGUEZ y RAÚL ANTÓN ASTUDILLO (...). Si recordamos los testimonios de los testigos, los testigos ofrecidos por la Fiscalía, sólo concluiremos que ANTÓN se trasladó al Hospital Patricio Alcalá junto con JESÚS SALAZAR y le pidió al ciudadano FRANCISCO MILLÁN que lo acompañara a la sede de la delegación eso está demostrado (...) que procedieron a solicitarle a FRANCISCO JOSÉ MILLÁN que lo acompañara a fin de realizarle una entrevista, que no iba detenido (...). JESÚS SALAZAR Y RAÚL ANTÓN estaban de comisión y fueron a llevar a la menos YAMILETH ROJAS a su casa, también quedo demostrado que éste estuvo realizando varias inspecciones, por cuanto se recibieron varias denuncias, RAÚL ANTÓN ASTUDILLO lo lleva del hospital a la delegación (...) mi defendido RAÚL ANTÓN ASTUDILLO cumplió órdenes en todo momento, él va al Hospital y le pide que lo acompañe (...) cumplió con su deber siempre hizo una labor investigativa, hubo un presunto rapto, una denuncia por una persona de nombre Patiño se hizo la investigación él cumplió con un deber (...).

i.3) Seguidamente la ciudadana Juez Presidente del Tribunal de conformidad con lo establecido en el artículo 360 del Código Orgánico Procesal Penal, preguntó a los acusados si tienen algo más que manifestar preguntando al ciudadano YEGRES NÚÑEZ LENIN quien manifestó querer declarar (...). En horas de la tarde 4-2-00 se presentó un ciudadano JAIRO LUIS PATIÑO diciendo que iba a formular una denuncia sobre la desaparición de una niña del Hospital Central de esa ciudad, se tuvo conocimiento que una menor de nombre (...) había visto a un camillero llevar en sus brazos a una niña por el sector de la morgue en horas de la madrugada. Llevaron a la menor (...) a la delegación cuando la estaban entrevistando vio pasar a FRANCISO MILLÁN dijo que era el camillero que llevaba en sus brazos al recién nacido, se le notificó al comisario Sergio Castillo y este dijo que lo pusiera a la orden del Fiscal que estaba de guardia, la Dra., CARMEN ALVIAREZ al no ser ubicado se ubicó al Fiscal Tercero FRANCISCO MOLINA y dijo que lo dejaran allí hasta el otro día (...). Seguidamente la ciudadana Juez Presidente del Tribunal le preguntó al ciudadano ANTÓN ASTU-DILLO RAÚL si desea agregar algo más (...) dijo: El día 4-02-00 yo me trasladé a la sala técnica a decirle al funcionario JESÚS SALAZAR, que por orden de Carlos Rodríguez nos trasladáramos al Hospital Patricio de Alcalá, ya que se había presentado un ciudadano a la PTJ de Cumaná formulando una denuncia sobre del rapto de una niña, previo conocimiento del jefe de guardia salgo en compañía de JESÚS SALAZAR a realizar la primeras diligencias en cuanto al hecho que se estaban suscitando (...) fuimos al Hospital en compañía de Jesús (...) Millán se montó atrás de la patrulla de lo más normal, llegamos con el a la PTJ lo sentamos en la silla de espera (...). (Sic). (Mayúsculas del original).

- Que los funcionarios Comisario Sergio Castillo Gutiérrez (Jefe del Despacho), Sub-Comisario Carlos Díaz López, Inspectores Jefes Rubén Figueroa y William Rodríguez, además, los agentes policiales Carlos Rodríguez, Jesús Salazar, Camilo León, Raúl Antón, William León, Gustavo Suárez y Lenin Yegres, adscritos a la Delegación del Cuerpo Técnico de Policía Judicial (C.T.P.J.) en Cumaná, Estado Sucre, efectuaron una inspección ocular en la que dejaron constancia del lugar de hallazgo del cadáver, la posición del mismo, su indumentaria, sumado a la presencia de las esposas en la mano derecha, las cuales se encontraban sujetas de uno de los barrotes de la celda (denominada “sala de espera”) situada en dicha sede policial.

Ello se desprende del cúmulo de copias certificadas de las actuaciones judiciales enumeradas *supra*, y fundamentalmente, del acta de juicio de fecha 18 de junio de 2002, cursante del folio cuarenta y cinco (45) al cincuenta y nueve (59) del expediente judicial, de cuyo texto puede leerse el siguiente extracto:

“i.1) En consecuencia se acuerda continuar con la recepción de las pruebas ofrecidas por las partes y conforme al artículo 353 del Código Orgánico Procesal Penal se hace pasar a la sala al ciudadano: HELME JOSÉ RIVERO RODRÍGUEZ quien dijo (...) ser titular de la cédula de identidad N° 4.683.911, médico forense trabaja en la Medicatura Forense de Cumaná (...), pregunto el representante del Ministerio Público (...) CONTESTO: Se hizo el levantamiento del cadáver el día 5-2-00 en la sala de espera de la delegación de Cumaná, el cual estaba adherido a la reja, estaba cianótico, había poca luz, espere que llegara la comisión a las 3 o 4^a.m. lo sacamos afuera fue cuando le observe equimosis clavicular, contusión en el pómulo derecho, contusión en la región costal derecha, heridas puntiformes en la región lumbar derecha, escoriación en la muñeca derecha, rodilla derecha y los dos tobillos (...). OTRA Diga el experto puede indicar la hora aproximada de la muerte CONTESTO: 1:00 a.m. del día 5-2-00 (...). OTRA A qué hora llegó a la Comisaria CONTESTO: A las 2:30 a.m. OTRA que funcionario lo llamó CONTESTO: por teléfono, le dije que yo no estaba de guardia. OTRA lo busco una comisión CONTESTO: recuerdo A Antón. OTRA Al llegar quienes estaban en el sitio. CONTESTO: ANTON, el Comisario SERGIO CASTILLO y GUSTAVO OTRA Diga el experto cuando hizo el levantamiento del cadáver donde lo hizo. CONTESTO: en la sala de espera (...). OTRA Diga el experto usted se negó a firmar un acta

levantada por los funcionarios de la delegación CONTESTO: Me llamó la Fiscalía y me negué a firmarla porque había observado unas lesiones (...)". (Sic). (Mayúsculas del original).

- Que luego de efectuarse la referida inspección ocular los agentes policiales Raúl Antón Astudillo y Jesús Salazar trasladaron el cuerpo del occiso a la morgue del mencionado Hospital, aludiendo -según algunas testimoniales evacuadas en el desarrollo del proceso penal que son referidas por el Tribunal Primero de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Miranda en el acta de cierre de juicio del 2 de julio de 2002 y la sentencia condenatoria publicada en fecha 29 de julio de ese mismo año- que había sido encontrado muerto en la calle como consecuencia de un infarto. De ello, esta Sala considera que no queda duda respecto a que esos agentes también se sirvieron de su posición dentro del organismo policial con el fin de establecer tácticas dirigidas al desvío de las investigaciones.

Tales circunstancias, por consiguiente, constituyen en criterio de este Órgano Jurisdiccional razones más que suficientes para afirmar que el hecho dañoso cometido por los agentes públicos involucrados no estuvo desvinculado con el servicio de policía del cual formaban parte, a cuya prestación con parámetros medios de calidad estaba obligada la Administración, esto es, que aunque ajenos a los nobles y valiosos propósitos que deben guiar al agente policial, los funcionarios policiales en comentario actuaron investidos de sus funciones, con lo cual debe el Estado responder por funcionamiento anormal de la Administración .

Visto así, a tenor de lo establecido en el ordinal 6 del artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala Político-Administrativa concluye que se verifican, concurrentemente, una actuación atribuible a la accionada y la relación de causalidad o nexo causal que vincula a esa actuación con el daño producido, por lo que el Estado venezolano sí resulta responsable por los daños derivados del homicidio del ciudadano Francisco José Millán Rodríguez, cometido por agentes de policía entonces adscritos a la Delegación del Cuerpo Técnico de Policía Judicial (C.T.P.J.), hoy Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (C.I.C.P.C.). Así se declara.

TSJ-SPA (1072)

3-11-2010

Magistrada Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Carlos Rafael Quevedo Herrera vs. Instituto Autónomo de Seguridad Ciudadana y Transporte.

La Sala Político Administrativa reitera su jurisprudencia en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado como una de las garantías de las cuales dispone el ciudadano.

.....Conforme a lo expuesto, la responsabilidad patrimonial del Estado es una de las garantías de las cuales dispone el ciudadano, en orden a la obtención de las indemnizaciones cuando la actividad administrativa ha lesionado su esfera jurídica, debiendo tener presente el Juzgador la debida ponderación o prudencia al momento de revisar las eximentes de la responsabilidad. De no ser tomados en cuenta estos límites se crearían situaciones injustas y de extrema onerosidad para la Administración Financiera del Estado.

Así pues, contrario a lo esgrimido por la representación judicial del Instituto accionado, se pueden extraer las siguientes conclusiones aplicables al caso *sub iudice*:

a) La consagración constitucional de un régimen amplio e integral de responsabilidad administrativa como una manifestación indudable de los principios y garantías inherentes a todo Estado de Derecho y de Justicia, en el cual la Administración a pesar de sus prerrogati-

vas pueda ser condenada a resarcir por vía indemnizatoria los daños causados a los administrados por cualquiera de sus actividades;

b) El reconocimiento constitucional de la responsabilidad del Estado derivada de los artículos 30 y 140 de la Carta Magna no sustituye la responsabilidad subjetiva o personal del funcionario culpable, prevista en forma independiente y específica en los artículos 25 y 139 del Texto Fundamental;

c) A los efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, los hechos culposos o dolosos de los agentes policiales no pueden considerarse desvinculados del servicio de policía por ellos prestados, cuando precisamente en virtud de tal actividad se hayan creado las condiciones para la realización del hecho ilícito y la producción de sus consecuencias perjudiciales;

d) La existencia de una falta personal del funcionario no excluye directamente la responsabilidad del Estado, pues cuando esa falta concurra con el servicio o no esté totalmente desligada del mismo, compromete la responsabilidad patrimonial de la Administración;

e) De conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Carta Fundamental, los Tratados Internacionales reconocidos por la República Bolivariana de Venezuela tienen jerarquía constitucional, razón por la cual se debe atender al contenido de la Convención Americana de los Derechos Humanos, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

f) El respeto del derecho humano fundamental a la vida exige a los órganos del Poder Público, incluyendo al Poder Judicial, por una parte, orientar su actuación a fin de garantizar la integridad de las personas y, por la otra, asegurar la responsabilidad del Estado en la indemnización de los daños producidos por la violación de tal derecho. (Vid. sentencia N° 00962 de fecha 6 de octubre de 2010, *caso: Ángel Esteban Millán Aguilera y Orlando Millán Rodríguez, contra la República Bolivariana de Venezuela*).

Ahora bien, en el caso de autos los hechos dañosos fueron ejecutados por los agentes Fabio Edgardo Chirinos, Jhonny Rafael Marchan y José Gregorio Aguirre Medina, adscritos al Instituto Autónomo de Seguridad Ciudadana y Transporte del Municipio Libertador del Distrito Capital, valiéndose de los medios e instrumentos inherentes a su condición de prestadores del servicio de policía.

En efecto, en la sentencia de fecha 18 de julio de 2003 dictada por la Sala N° 6 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, antes transcrita, se dejó sentado que *“la lesión que sufriera el ciudadano CARLOS QUEVEDO en la cabeza, fue producto del disparo ocasionado con un revólver calibre 38 empuñando las dos manos, encontrándose en el área de reseña, durante la guardia que realizaban los funcionarios CHIRINOS, MARCHAN Y AGUIRRE, el día 28 de octubre de 2000 en los calabozos de la sede de la Policía de Caracas”*.

Tales circunstancias constituyen, en criterio de este Máximo Órgano Jurisdiccional, razones suficientes para considerar la actuación de los agentes Fabio Edgardo Chirinos, Jhonny Rafael Marchan y José Gregorio Aguirre Medina, como un hecho dañoso vinculado al servicio de policía del cual formaban parte; pues aunque ajenos a los nobles y valiosos propósitos inherentes al deber de cualquier agente policial, dichos ciudadanos actuaron investidos de las funciones que para entonces desempeñaban dentro del ente demandado, razón por la cual se verifica en el caso bajo examen una actuación (*funcionamiento anormal*) atribuible al Instituto Autónomo de Seguridad Ciudadana y Transporte del Municipio Libertador del Distrito Capital. Así se declara.

De la relación de causalidad.

Observa la Sala, que a los fines de atenuar o mitigar en este proceso los efectos de los hechos antes verificados la apoderada judicial del Síndico Procurador del Municipio Bolivariano Libertador, señala en su escrito del 9 de mayo de 2007, a los fines de valorar la responsabilidad de su representado en el incidente o acto ilícito generador del daño, que se debe ponderar el hecho de que el ciudadano Carlos Rafael Quevedo Herrera “...*fue reconocido por sus victimarios como el autor material de la muerte de un funcionario de la Policía de Caracas*”.

Asimismo, sostiene la apoderada judicial del Síndico Procurador del Municipio Bolivariano Libertador, que “...*se desconoce la conducta de la víctima, es decir, se omite el señalamiento del porque (sic) fue aprehendido el reclamante, bajo que (sic) circunstancias y porque (sic) presentaba ese estado de abstracción, cuando fue detenido en fecha 26/10/2000, bajo que (sic) condiciones físicas y psíquicas se encontraba*”, con lo cual pretende que se atenúe o exima de responsabilidad al Instituto Autónomo de Seguridad Ciudadana y Transporte, adscrito al Municipio Bolivariano Libertador del Distrito Capital, específicamente en lo que atañe a la actuación de los funcionarios policiales Fabio Edgardo Chirinos, Jhonny Rafael Marchan y José Gregorio Aguirre Medina por su participación en los hechos acaecidos el 28 de octubre de 2000.

Al respecto, se evidencia del *Informe Médico* de fecha 2 de noviembre de 2009, elaborado por la Dra. Rosalba Méndez, médico psiquiatra de la Unidad Nacional de Neuropsiquiatría “*Dr. Jesús Mata de Gregorio*”, consignado en el expediente con la finalidad de cumplir con lo señalado en el auto para mejor proveer N° AMP-070 dictado por esta Sala el 5 de agosto de ese mismo año, que el ciudadano Carlos Rafael Quevedo Herrera es un paciente regular que fue evaluado por primera vez en dicha institución “*el 07-10-2000 por emergencia y posteriormente en consulta externa con Diagnóstico: TMO (F.06)*”, sin recibir tratamiento farmacológico.

Igualmente, indica la prenombrada profesional que desde el 6 de abril de 2009 el ciudadano Carlos Rafael Quevedo Herrera, “*asiste a [su] consulta de forma regular cumpliendo tratamiento farmacológico indicado. Actualmente se encuentra compensado*”. (Destacado de esta Sala).

De lo antes señalado se desprende que para la fecha en la cual ocurrió el incidente, esto es, el 28 de octubre de 2000, el demandante se encontraba asistiendo a consultas psiquiátricas.

...No obstante lo anterior, debe resaltar la Sala que el presunto “estado de abstracción” del ciudadano Carlos Rafael Quevedo Herrera en los sitios antes mencionados, esto es, al momento de su detención, el cual no fue calificado de violento o agresivo por algún funcionario policial, así como la circunstancia de haber sido identificado “como el autor material de la muerte de un funcionario de la Policía de Caracas”, -señalamientos que no han sido probados- y, finalmente el hecho de estar asistiendo a consultas psiquiátricas, no pueden ser considerados como causales eximentes o atenuantes de la responsabilidad de la Administración Pública por los hechos acaecidos el 28 de octubre de 2000, pues la obligación de los funcionarios policiales Fabio Edgardo Chirinos, Jhonny Rafael Marchan y José Gregorio Aguirre Medina, era resguardar la integridad física del demandante en su condición de detenido bajo la custodia de autoridades policiales. En consecuencia, quedan desechados tales argumentos. Así se declara.

En razón de lo antes señalado, se evidencia en el asunto bajo análisis la relación de causalidad entre los hechos dañosos ejecutados por los agentes Fabio Edgardo Chirinos, Jhonny Rafael Marchan y José Gregorio Aguirre Medina, adscritos al Instituto Autónomo de Seguridad Ciudadana y Transporte del Municipio Libertador del Distrito Capital, y los daños ocasionados al ciudadano Carlos Rafael Quevedo Herrera.

En consecuencia, verificada como ha sido en el caso bajo estudio una actuación atribuible a la parte accionada y la relación de causalidad entre esa actuación y el daño producido; esta Sala a tenor de lo establecido en el ordinal 6 del artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, declara que el Instituto Autónomo de Seguridad Ciudadana y Transporte del Municipio Libertador del Distrito Capital, es responsable por los daños derivados de las lesiones sufridas por el ciudadano Carlos Rafael Quevedo Herrera, ocasionadas en fecha 28 de octubre de 2000 por los agentes Fabio Edgardo Chirinos, Jhonny Rafael Marchan y José Gregorio Aguirre Medina, para la época adscritos a dicha institución. Así se decide

II. DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES

1. *Derechos Individuales*

A. *Libertad Personal: Pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad*

TSJ-SC (1165)

19-11-2010

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Antonio José Castellano Rincón

La Sala ratifica que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad contenida en los artículos 13.3 y 22 del Código Penal es contraria al derecho a la libertad personal, previsto en el artículo 44 constitucional.

Precisado lo anterior, corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de la presente revisión, en atención a que el Juzgado Segundo en Funciones de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, extensión Maracaibo, desaplicó, por control difuso de la constitucionalidad, el contenido de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal en lo que respecta a la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad civil que debía cumplir el ciudadano Antonio José Castellano Rincón, a cuyo efecto observa lo siguiente:

La decisión dictada por el referido Tribunal Segundo en funciones de Ejecución adquirió el carácter de definitivamente firme según se observa en el folios 9, 10 y 12 del expediente, lo que permite a esta Máxima Instancia Constitucional determinar si dicho pronunciamiento es contrario o no a la interpretación uniforme de la Sala y a la aplicación de normas y principios constitucionales. La firmeza de lo decidido se verifica del oficio N° 338-10 que emitió el señalado juzgado de ejecución, el 21 de enero de 2010, mediante el cual remitió copia certificada de la decisión para que esta Máxima Instancia Constitucional realizara la revisión prevista en el artículo 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, respecto a la desaplicación de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, relativos a la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad, la Sala inicialmente sostuvo (*Vid.* Sentencias números 3268/2003, 424/2004 y 952/04, entre otras) lo siguiente:

“[...] En ese sentido se colige que el Juez Primero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, motivó la desaplicación de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, en la consideración de que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia, viola el ‘...derecho al respeto de su honra y el reconocimiento de la dignidad...’ de los penados.

Sobre este particular, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17.1, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 11.2, disponen que nadie sea objeto de ataques ilegales a su honra y reputación. La Sala considera que resulta importante, por tanto, establecer algunos alcances sobre lo que se entiende por cada uno de estos derechos, y diferenciar ambos conceptos del honor, pues son términos que se emplean frecuentemente de manera conjunta debido, precisamente, a que se encuentran estrechamente relacionados.

Desde esta perspectiva se debe señalar, en primer lugar, que el honor es la percepción que el propio sujeto tiene de su dignidad, por lo que opera en un plano interno y subjetivo, y supone un grado de autoestima personal. En otras palabras, el honor es la valoración que la propia persona hace de sí misma, independientemente de la opinión de los demás.

Por otro lado, la honra es el reconocimiento social del honor, que se expresa en el respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona a ser respetada ante sí misma y ante los demás.

La reputación, en cambio, es el juicio que los demás guardan sobre nuestras cualidades, ya sean morales, personales, profesionales o de cualquier otra índole. La reputación, también conocida como derecho al buen nombre, se encuentra vinculada a la conducta del sujeto y a los juicios de valor que sobre esa conducta se forme la sociedad.

Atentan contra el derecho a la honra y a la buena reputación todas las conductas dirigidas a denigrar de la persona, las cuales incluyen la imputación de delitos y de inmoralidades, las expresiones de vituperio y los actos de menosprecio público.

De lo anterior, se evidencia que la sujeción a la vigilancia de la autoridad en forma alguna constriñe el derecho al honor y a la protección de la honra, ya que la aludida pena accesoria no denigra ni deshonra a los penados, únicamente mantiene sobre éstos, una forma de control por un período determinado.

En lo referente al respeto a la dignidad de la persona humana, éste es uno de los valores sobre los cuales se fundamenta el Estado Social de Derecho y de Justicia en torno a la cual debe girar todo el ordenamiento jurídico de un Estado y, por ende, todas las actuaciones del poder público.

La dignidad humana consiste en la supremacía que ostenta la persona como atributo inherente a su ser racional, lo que le impone a las autoridades públicas el deber de velar por la protección y salvaguarda de la vida, la libertad y la autonomía de los hombres por el mero hecho de existir, independientemente de cualquier consideración de naturaleza o de alcance positivo.

Por lo tanto, la mera existencia del hombre le atribuye a éste el derecho a exigir y a obtener la vigencia de todas las garantías necesarias para asegurar su vida digna, es decir, su existencia adecuada, proporcional y racional al reconocimiento de su esencia como un ser racional. Al mismo tiempo que le impone al Estado el deber de adoptar las medidas de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos que definen al hombre como persona, es decir, la vida, la integridad, la libertad, la autonomía, etc.

Con este propósito, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 3, establece que el reconocimiento de la dignidad humana constituye un principio estructural del Estado Social de Derecho y por eso prohíbe, en su Título III, Capítulo III, las desapariciones forzadas, los tratos degradantes, inhumanos, las torturas o los tratos crueles que vulneren la vida como un derecho inviolable, la penas degradantes y los demás derechos inherentes a la persona humana (artículos 43 y ss. *eiusdem*).

Ahora bien, en vista de lo expuesto, la Sala considera que imponer a los penados la obligación de dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de los Municipios donde residan o por donde transiten de su salida y llegada a éstos, no constituye en forma alguna una penalidad de carácter denigrante o infamante. Como se dijo con anterioridad, la sujeción a la vigilancia de la autoridad, es un mecanismo de control sobre el reo para evitar que cometa nuevos delitos.

Sostener que esta pena accesoria infringe los derechos humanos y el orden constitucional es tanto como sostener que la principal (presidio o prisión) también, pues aquella no es sino una parte de ésta.

Finalmente, en cuanto al señalamiento de que ‘...la Institución está en desuso toda vez que debemos tomar en consideración que las condiciones geográficas de las ciudades venezolanas han cambiado sustancialmente en los últimos años, convirtiéndose en grandes urbes cosmopolitas, en las cuales existen varios Jefes Civiles, de manera que resulta imposible que éstos pueden ejercer ningún tipo de control sobre los penados que están sometidos a la sujeción de vigilancia.’, la Sala observa que el artículo 7 del Código Civil establece que ‘Las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes; y no vale alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean’.

Se acota, que se trata, simplemente, del cumplimiento de una pena accesoria que devino de una sentencia condenatoria, por haberse cometido un hecho punible, que nada altera algún derecho constitucional.”

Ciertamente, la Sala había considerado que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad prevista en los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, no lesionaba el derecho al honor y a la protección de la honra, por cuanto dicha pena accesoria lo que materializa es una “*forma de control por un periodo determinado*”; aunado a que la misma no tenía carácter denigrante o infamante, sino que evitaba que los reos cometieran nuevos delitos, concluyendo; por lo tanto, que la sujeción a la vigilancia de la autoridad no transgredía derecho constitucional alguno.

No obstante ello, la Sala mediante decisión N° 940 del 21 de mayo de 2007, recaída en el caso: *Asdrúbal Celestino Sevilla*, reinterpreto, tal como lo señaló el Juzgado Segundo en Funciones de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, extensión Maracaibo, el criterio sostenido respecto a la desaplicación de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, cambió dicho criterio y determinó que los referidos artículos son contrarios al artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ello así, en dicho fallo se precisó:

“De acuerdo al contenido del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la libertad es un derecho inviolable; asimismo, consagra dicha norma que toda persona tiene derecho a estar en libertad, a menos que exista una decisión judicial que provea lo contrario o sea capturada *in fraganti* en la comisión de un delito. Ese derecho a la libertad personal, es un derecho intrínseco de la persona y se puede concluir, que es el derecho más importante después del derecho a la vida.

Sin embargo, el derecho a la libertad, no es un derecho absoluto, toda vez que el mismo puede ser restringido. Esa restricción resulta cuando una persona comete un hecho delictivo y, por disposición legal, debe cumplir una pena privativa de libertad.

Mediante la pena, el Estado le impone a una persona determinada la carga de soportar una privación o disminución de bienes jurídicos que, de otra manera permanecerían intangibles frente a la acción estatal. Ello ocurre, desde luego, con las limitaciones que señalen la Constitución, la dignidad de la persona humana y el respeto a los derechos humanos; a pesar de que la pena en sí equivale a la restricción de las libertades públicas que debe soportar el ser humano que es declarado responsable de un injusto punible.

De acuerdo con el contenido del nuestro Código Penal, las penas se clasifican en corporales y no corporales; principales y accesorias.

Las penas corporales son aquellas que restringen la libertad personal de un individuo; y las no corporales restringen otros derechos que no se corresponden con la libertad individual. Por su lado, las penas principales, son aquellas que la ley aplica directamente al castigo del delito, y las accesorias se refieren a las que la ley trae como adherentes a la principal, ya sea en forma necesaria o imprescindible, o en forma accidental.

Entre las penas no corporales encontramos, las siguientes: sujeción a la vigilancia de la autoridad pública, interdicción civil, inhabilitación política, inhabilitación para ejercer alguna profesión, industria o cargo, multa, entre otras. Estas penas accesorias, que se encuentran contempladas en el Código Penal, así como en otros textos penales sustantivos, deben necesariamente ser impuestas conjuntamente con las principales. El juez de Control o de Juicio las aplicará, dependiendo del caso en concreto, velando que las penas accesorias sean las que el legislador penal estableció para cada delito en concreto, como sería la sujeción a la vigilancia de la autoridad, en el caso de que el responsable sea condenado a cumplir la pena principal de presidio o de prisión, dependiendo del delito que se la haya atribuido al responsable de su comisión.

Así pues, encontramos que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad data del ordenamiento jurídico penal de 1863, manteniéndose incólume en los Códigos Penales de 1915 y sus reformas, así como las de 1926, 1964, 2000 y 2005. Dicha pena accesoria se encuentra prevista en los artículos 13, 16 y 22 del Código Penal, los cuales textualmente prescriben:

Artículo 13:

‘Son penas accesorias de la de presidio:

1° La interdicción civil durante el tiempo de la pena.

2°.- La inhabilitación política mientras dure la pena.

3°.- La sujeción a la vigilancia de la autoridad por una cuarta parte del tiempo de la condena, desde que ésta termine’.

Artículo 16

‘Son penas accesorias de la prisión:

1° La inhabilitación política durante el tiempo de la condena.

2° La sujeción a la vigilancia de la autoridad por una quinta parte del tiempo de la condena, terminada ésta’.

Artículo 22

‘La sujeción a la vigilancia de la autoridad pública no podrá imponerse como pena principal, sino como accesoria a las de presidio o prisión, y obliga al penado a dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de los Municipios donde resida o por donde transite de su salida y llegada a éstos.’

De modo que, la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad es una pena no corporal, de carácter accesorio, que es complementaria de la pena de presidio y de prisión y persigue un objetivo preventivo, el cual consiste, en teoría, en reinsertar socialmente al individuo. Consiste, como lo establece el artículo 22 anteriormente transcrito, en la obligación para el penado de dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de Municipio donde resida o por donde transite de su salida y llegada a éstos. Sin embargo, esta pena de sujeción a vigilancia de la autoridad, comienza cuando se ha cumplido la pena principal de presidio o de prisión.

Ahora bien, toda pena, ya sea principal, no principal, corporal y no corporal, va a constituir un control social negativo, por cuanto a través de un castigo se sustrae a un sujeto de aquellas

conductas que no son aceptadas por la totalidad de los individuos. Así pues, si bien es verdad que la sociedad en el estado actual de su desarrollo acude a las penas como medio de control social, también lo es que a ella sólo puede acudir in extremis, pues la pena privativa de libertad en un Estado democrático y social de derecho y de justicia sólo tiene justificación como la última ratio que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados, previa evaluación de la gravedad del delito, cuya valoración es cambiante conforme a la evolución de las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales importantes en la sociedad en un momento determinado.

Para el derecho penal moderno, es importante que toda pena no sea excesiva, es decir, que no sea abusiva y desmesurada; y ello responde a una exigencia de la justicia, así como de la política criminal. Esa exigencia, no sólo comprende a las penas principales o corporales, sino también debe incluir a las penas accesorias y no corporales, toda vez que todas ellas son consecuencias jurídicas del delito.

Ahora bien, la Sala observa que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad es excesiva de la pena que causa el delito. La sujeción a la vigilancia de la autoridad, a pesar de que no es una pena principal, restringe la libertad plena a la que tiene derecho el penado luego de cumplida la pena principal, por lo que la misma, a juicio de esta Sala, se convierte en excesiva.

En efecto, la consecuencia natural del cumplimiento de la pena corporal es que se acuerde la libertad plena. Sin embargo, esta plenitud no es alcanzada por el ciudadano que cumplió su pena principal, por cuanto debe sujetarse a una pena accesoria que, en fin, se trata de una extensión de hecho de la condena privativa de libertad, pudiendo exceder con creces la privativa de libertad a la pena máxima establecida constitucionalmente en el artículo 44.3 in fine de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; ya que en efecto, con la sujeción a la vigilancia de la autoridad, se subordina a un ciudadano, que ya ha cumplido su pena privativa de libertad, a una libertad condicionada, que es una especie de restricción de la libertad, contraria a la libertad plena a la cual tiene derecho el penado una vez cumplida la pena de presidio o prisión.

En efecto, a juicio de la Sala, la sujeción de vigilancia a la libertad (*sic*) obliga al penado a dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de Municipio sobre el lugar donde resida o por donde transite, lo que equivale a un régimen de presentación que limita, a todas luces, la libertad individual.

Para la Sala, basta el cumplimiento de la pena de presidio o de prisión para justificar la privación de libertad de una persona, el que se restrinja por extensión la libertad plena a través de la sujeción a la vigilancia de la autoridad, es contrario al espíritu del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Se insiste, esa extensión de hecho, podría ir más allá de lo establecido en la Carta Magna, respecto al límite que debe tener toda pena que prive, de algún modo, la libertad plena del individuo. En efecto, de acuerdo con el artículo 44.3 *in fine* constitucional las penas privativas de libertad no excederán de treinta años, por lo que, verbigracia, si una persona es condenada a cumplir la pena de presidio por treinta años, no debería -por existir esa limitante y por tratarse de una especie de restricción de libertad-, estar sujeta a un cuarto de la pena bajo la sujeción a la vigilancia de la autoridad, ya que ello se convertiría en una extralimitación de lo señalado en la Carta Magna.

Lo anterior demuestra que la sujeción a la vigilancia de la autoridad es una pena excesiva, por lo que no cumple con las exigencias del derecho penal moderno.

Además, cabe acotar que el Tribunal Primero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas desaplicó los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, los cuales prevén la pena de la sujeción a la vigilancia de la autoridad, al considerar que dicha figura penal ‘...además de estar completamente en desuso, es violatoria a los derechos humanos más intrínsecos del penado’. Adicionalmente, vale otra reflexión.

En la práctica la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad siendo una pena de auto ejecución su eficacia depende de la persona sujeta a la misma; ahora bien, toda vez que su eficacia depende de la propia presentación del penado ante la autoridad pública, aunado a lo cual debe tomarse en cuenta, tal como lo sostuvo el Tribunal Primero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, que las condiciones geográficas de las ciudades venezolanas han cambiado sustancialmente en los últimos años, convirtiéndose en grandes urbes cosmopolitas en las cuales existen varios Jefes Civiles, resultando imposible, por lo tanto, que dichos funcionarios pudiesen ejercer algún tipo de control sobre los penados que están sometidos a esa pena accesoria, es lógico concluir que con ella no se hace efectiva la reinserción social del penado.

Esa inutilidad ya ha sido advertida por la Sala, al darse cuenta sobre la inconveniencia de la pena accesoria de sujeción a la vigilancia a la autoridad, respecto a la figura de los Jefes Civiles, en sentencia N° 424 del 6 de abril de 2005 (caso: *Miguel Ángel Gómez Oramas*). La Sala estableció que:

‘... la figura de la primera autoridad civil del Municipio, que fue el funcionario que el legislador penal de 1926 habilitó, probablemente, de acuerdo con las disponibilidades y concepciones de la época, para el ejercicio del referido control, viene a ser, entonces, el equivalente a la figura actual del delegado de prueba, que se ha desarrollado, fundamentalmente, a partir de la vigencia de leyes penales complementarias como las de Régimen Penitenciario de 1981 (artículo 76), Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Pena, de Libertad Provisional bajo Fianza (artículo 15), de Beneficios en el Proceso Penal (artículo 18) y, por último, el Código Orgánico Procesal Penal (artículo 496). En el orden de las ideas que acaban de ser expresadas, se concluye que, por virtud de interpretación progresiva del artículo 22 del Código Penal, debe entenderse que el control postinstitucional del penado, incluso la vigilancia a la autoridad a la cual éste haya quedado sometido, de acuerdo con los artículos 13 y 15 *eiusdem*, está a cargo, en primer término, del Juez de Ejecución y el ejercicio efectivo e inmediato de dicho control corresponde al delegado de prueba que será designado por el Ministerio del Interior y Justicia, de acuerdo con el artículo 497 del Código Orgánico Procesal Penal, mientras no entre en vigencia la ley que desarrolle el artículo 272 de la Constitución.’

No obstante, esta Sala considera que, a pesar de que la función que estableció el Código Penal a los Jefes Civiles fue absorbida jurisprudencialmente por los delegados de prueba, esa solución no ha sido definitiva, en virtud de que ello no ha resuelto la ineficacia de la pena de la sujeción a la vigilancia de la autoridad, por cuanto queda a responsabilidad del penado, que ya cumplió su pena privativa de libertad, acudir a los delegados de prueba, en aquellos casos que transite por varios lugares; resultando iluso el quebrantamiento de la condena previsto en el artículo 262 del Código Penal, que establece una sanción para el incumplimiento de la pena accesoria de la sujeción a la vigilancia de la autoridad; al no existir un mecanismo de control que permita supervisar el cumplimiento de la sujeción a la vigilancia de la autoridad. Por lo tanto, al no existir ese mecanismo, la pena accesoria deviene, además de excesiva, en ineficaz”.

Corolario del precedente jurisprudencial transcrito *supra* y como quiera que el presente caso se basó en la última decisión antes citada, mediante la cual se estableció que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad contenida en los artículos 13.3 y 22 del Código Penal es contraria al derecho a la libertad personal, previsto en el artículo 44 constitucional; la Sala considera conforme a derecho la desaplicación que efectuara el Juzgado Segundo en Funciones de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, extensión Maracaibo, en su decisión N° 520-08 del 28 de julio de 2008. 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 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

Como quiera que el acto decisorio que fue validado en la presente sentencia sustentó su desaplicación de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, –por los cuales, en sus casos, se define la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad y se inserta la misma, como accesoria a la principal corporal de presidio- en la doctrina que estableció esta Sala Constitucional, a través de su veredicto del 21 de mayo de 2007– la cual ratificó, expresamente, en esta oportunidad-, quien suscribe estima que, en el presente juzgamiento, se repiten las mismas razones por las cuales se opuso a la antes referida decisión de esta Sala; por ello, como fundamentación de la actual disidencia, reproduciré los términos bajo los cuales se expresó en el voto salvado que expidió en aquella oportunidad:

En primer lugar, se observa que, a través del veredicto respecto del cual se manifiesta el actual disentimiento, la mayoría de la Sala se adentró en argumentaciones sustanciales que la condujeron a la convicción de inconstitucionalidad y, por ende, de conformidad jurídica de la desaplicación, por control difuso, de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal. Ahora bien, estima quien disiente que la Sala debió limitarse, en todo caso, a la confirmación del acto de juzgamiento por el cual se decretó dicha desaplicación, mediante fundamentación que no significara expresión de la convicción, por parte de esta juzgadora, de inconstitucionalidad de dichas normas, porque no debió olvidar la Sala que es suya la potestad del control concentrado, de suerte que su aceptación de que la desaplicación, por control difuso, de una norma subconstitucional, estuvo correctamente afinada en la contradicción de la misma con la Ley Suprema de la República, sería conducente al entendimiento de que tal pronunciamiento tiene efectos *erga omnes* y no sólo para el caso concreto, como debe ocurrir en el control difuso. No es admisible que el órgano jurisdiccional que tiene la potestad del control concentrado de la constitucionalidad manifieste expresamente, como lo hizo en el presente acto decisorio, que una norma legal es contraria a la Ley Máxima, porque está adelantando un dictamen que sólo debería ser expedido mediante la declaración de nulidad de dicha disposición, luego del cumplimiento con las formalidades procesales de Ley.

Ahora bien, como, no obstante que no debió hacerlo, la Sala expidió su propio criterio afirmativo de la inconstitucionalidad de las normas en referencia, quien suscribe estima que es pertinente la extensión de las siguientes consideraciones:

Se afirmó en el acto jurisdiccional que la sujeción a la vigilancia de la autoridad es excesiva de la pena que causa el delito. Se infiere que, por dicha razón, la Sala concluyó que las normas legales que se examinan adolecían de inconstitucionalidad, habida cuenta de que es ésta el único supuesto de procedencia del control difuso. En este orden de ideas, basta, para la contradicción a dicho aserto, el recordatorio de que la pena debe ser entendida como un concepto único y complejo, el cual incluye tanto la principal como las accesorias. La aceptación del criterio de que, en propiedad, se trata de varias sanciones sería la aceptación de que una persona sería castigable varias veces por la ejecución de la misma conducta delictiva, lo cual estaría, por lo menos, muy cercano a colisión con el principio *non bis in idem* que garantiza el artículo 49.7 de la Constitución. Así las cosas, las penas accesorias de cumplimiento a continuación de la principal no suponen sino la continuación de la sanción única, a través de la fase de la sujeción a la vigilancia de la autoridad, como se afirmó anteriormente. Por otra parte, aun si se admitiera que las penas accesorias son entidades distintas de la principal, no hay objeción en la doctrina dominante a la ejecución de aquéllas luego del cumplimiento con la segunda. En efecto:

“Pena accesoria. Aquella que no puede aplicarse independientemente, sino que va unida a otra llamada pena principal. Las penas accesorias pueden cumplirse al mismo tiempo que las principales o después de éstas. Así, por ejemplo, la inhabilitación absoluta, cuando tiene carácter accesorio, puede prorrogarse por determinación judicial por un período limitado posterior a la extinción de la pena principal...” (Manuel Osorio: *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta, 1999, p. 734)

Se advierte que, en todo caso, el ejercicio del control difuso requiere, de parte de quien lo ejerce, que se señale cuál es la norma constitucional que resultó contravenida por la inferior

y, en segundo lugar, que se expresen los fundamentos bajo los cuales se arribe a la convicción de dicha antinomia. La Sala afirmó que la sanción era, a su juicio, excesiva, pero no señaló por qué lo era, vale decir, no fundamentó tal criterio, lo cual era esencial, no sólo por la obligación legal, a cargo de los juzgadores, de motivación de sus juzgamientos, sino porque, en este asunto, ello era esencial para el arribo a la conclusión de que, por razón de tal exceso, la norma que se desaplicó era contraria a la Constitución. Adicionalmente, tampoco indicó esta Sala cuáles derechos fundamentales resultan afectados por la sanción excesiva que supone la vigencia de la referida pena accesoria. ¿Entonces cuál fue la razón constitucional para la desaplicación de esta última, por un control difuso que sólo es procedente contra normas subconstitucionales que sean contrarias a la Ley Suprema?

Adicionalmente, en el acto decisorio se expresó que la pena accesoria en cuestión era inconstitucional porque contrariaba al artículo 44 de la Constitución. Recordatorio aparte de que dicha norma no proscribía, de manera absoluta, que la Ley contenga disposiciones que restrinjan la libertad personal, se advierte que tal afirmación resulta franca y absolutamente incomprensible para quien conciba la pena –según lo hace la doctrina dominante y se afirmó antes como un concepto único y complejo que comprende tanto la sanción principal como sus correspondientes accesorias, ya que, en tal sentido, resulta de fácil entendimiento que la limitación temporal que establece el artículo 44.3 de la Constitución y desarrolla el artículo 94 del Código Penal no resultaría vulnerado si, como consecuencia del cómputo de la pena que deba ser cumplida –correctamente entendida la misma como una sola sanción que comprende tanto la fase institucional (privación de libertad) como la postinstitucional (accesorias)- se concluye que la misma excede del lapso máximo de treinta años que establecen la Constitución y la Ley, pues, simplemente, deberá limitarse la duración del castigo a los términos de Ley;

Es, por último, absurdo que, por razón de una alegada ineficacia de los órganos administrativos a quienes, legal o jurisprudencialmente, se les haya asignado la ejecución de las medidas de vigilancia como la que se examina, se concluya con la afirmación de que estas últimas son inconstitucionales; tan absurdo que, por ese mismo camino, se podría llegar a la aberrante conclusión de que también deben ser desaplicadas, por dicha supuesta inconstitucionalidad, las penas corporales privativas de libertad, pues no es un secreto para nadie que los establecimientos de cumplimiento de pena que existen en la República sufren de carencias tales que, en ningún grado, se satisfacen las condiciones ni el propósito de rehabilitación que exige el artículo 272 de la Constitución. En resumen, el control difuso de la constitucionalidad se activa ante la presencia de una norma que contiene una antinomia, por razones intrínsecas, de contenido, con la Ley Máxima; en ningún caso, por causas extrañas –ergo, no imputables a la disposición cuya constitucionalidad se cuestione-, como es, en la situación que se examina, la ineptitud de los órganos ejecutores de aquella, porque ésa es una valoración manifiestamente ajena a la que debe preceder a la convicción sobre la conformidad constitucional de la norma y debería conducir, más bien, a la exigencia a la Administración de que adecue las estructuras y el funcionamiento de dichos órganos a las exigencias la Ley Fundamental; de lo que se trataría, entonces, es de la necesidad de adecuación administrativa, no normativa, a la Constitución, de donde la contradicción con ésta debe ser declarada contra el sistema de ejecución de sentencias y no contra una norma a la que ninguna influencia se le puede atribuir sobre las causas del mal o deficiente funcionamiento de aquél.

(...)

Finalmente, quien suscribe no puede menos que expresarse en términos de encomio al espíritu garantista del cual estuvo imbuida la Sala para la presente decisión, en la cual se decidió en favor de la desaplicación de una pena accesoria, aun cuando la gravedad de la vigencia de la misma, como generadora de lesiones constitucionales, no quedó acreditada en el fallo que precede. Ello le da esperanza cierta, en relación con futuros fallos en relación con denuncias a claras, graves e inequívocas violaciones a derechos fundamentales, las cuales no derivarían de la vigencia de una norma que supuestamente colide con la Constitución, sino, justamente, de la infracción o inobservancia a disposiciones que desarrollan fielmente principios fundamentales de esta última. Tal es el caso del criterio tutelador que, según espera este salvante,

presidirá la actividad jurisdiccional de esta Sala, en relación, por ejemplo, con la ilegítima vigencia de las medidas cautelares de coerción personal –en particular, de la más severa de ellas: la privación de libertad–, más allá de los límites temporales que preceptúa la Ley, en abierta y manifiesta infracción a los artículos 44 de la Constitución y 243 del Código Orgánico Procesal Penal, tal como fue denunciado en la causa N° 05-1899, dentro de la cual, lamentablemente, fueron obviadas valoraciones que debieron haber conducido a la declaración de procedencia de la pretensión de amparo al predicho derecho fundamental y no a la desestimación de la misma, razón por la cual quien suscribe expresó su disenso, a través de las formalidades de Ley.

Quedan expresados, en los términos que fueron reproducidos *supra*, los motivos del disenso del Magistrado que expide el presente voto salvado.

Voto Salvado del Magistrado Arcadio Delgado Rosales

Quien suscribe, Magistrado Arcadio Delgado Rosales, disiente de la mayoría sentenciadora por las razones que a continuación se exponen:

El fallo del cual se discrepa, declaró ajustado a derecho la desaplicación que por control difuso realizó el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Funciones de Ejecución del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, del contenido de los artículos 13 cardinal 3 y 22 del Código Penal, en lo que respecta a la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad, en la sentencia del 21 de enero de 2010, en el marco del proceso penal que se instauró contra el ciudadano Antonio José Castellano, titular de la cédula de identidad N° V-17.415.230, quien fue condenado por la comisión de delito de lesiones calificadas leves, previsto en los artículos 415 y 420 del Código Penal.

Ahora bien, considera quien suscribe el presente voto salvado que, en el caso de autos, no debió confirmarse la desaplicación de las normas *in commento*, ya que la pena accesoria de “sujeción a la vigilancia de la autoridad”, no constituye, en forma alguna una penalidad de carácter denigrante o infamante y mucho menos excesiva; antes por el contrario, ella se presenta como un mecanismo dirigido a cumplir una doble finalidad, ya que, por una parte, persigue un fin preventivo que consiste en reinsertar socialmente al individuo y, por la otra, un fin de control dirigido a evitar que el sujeto que hubiese cumplido la pena de presidio o de prisión cometa nuevos delitos.

La pena accesoria de sujeción a la vigilancia trata simplemente del cumplimiento de una pena accesoria que deviene de una sentencia condenatoria, por haberse cometido un hecho punible, que nada altera los derechos constitucionales, tal como se ha expresado en las sentencias números 3268/03, 424/04, 578/04, 952/04 y 855/06, entre otras, en las cuales se resolvieron casos semejantes al que se conoce en el presente asunto.

En efecto, en sentencia N° 424 del 6 de abril de 2005 (caso: *Miguel Ángel Gómez Oramas*), estableció que:

“...En el caso específico de la sujeción a la vigilancia de la autoridad competente, según la interpretación que antecede, dicha medida constituye una herramienta de control adecuada a las tendencias más aceptadas, posterior al cese de la pena corporal de presidio o prisión que, como principal, haya sido impuesta al infractor. Así las cosas, estima que queda afirmada la aplicabilidad, aun coactiva de la pena en examen, lo cual, junto a lo que quedó establecido ut supra, en relación con la vigencia actual de la misma y las consecuencias que derivan de su quebrantamiento, conducen a la conclusión de que no existe obstáculo constitucional ni legal alguno, para la vigencia actual y eficaz de la referida pena accesoria y que, por consiguiente, son carentes de validez los fundamentos de ilegitimidad e ilegalidad en los cuales se basó la decisión que es objeto de la actual revisión, para la desaplicación de la antes referida sanción. Así se declara...” (Subrayado de esta Sala).

Con base en las consideraciones expuestas, estima quien disidente que no debió introducirse un cambio de criterio, con relación a la doctrina asentada respecto de la aplicación de los artículos 13 cardinal 3 y 22 del Código Penal, ello -se insiste- en atención a que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia posee plena justificación constitucional, al establecer el artículo 272 que el Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure no solo la rehabilitación del interno o interna sino también la reinserción social de quienes hayan cumplido condena.

Queda así expuesto el criterio del Magistrado disidente.

B. *Libertad de expresión*

TSJ-SPA (1212)

25-11-2010

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE) vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

El derecho a la libertad de expresión no tiene carácter absoluto, teniendo como límites el respeto de los valores y principios constitucionales.

Corresponde a esta Sala revisar los requisitos de procedencia de la medida cautelar de amparo constitucional solicitada, con el propósito de evitar una lesión irreparable o de difícil reparación en el orden constitucional al ejecutarse un acto administrativo que eventualmente resultare anulado, pudiendo ello constituir un atentado al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En tal sentido, debe analizarse el *fumus boni iuris*, con el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenazas de violación del derecho o derechos constitucionales alegados por la parte quejosa, para lo cual es necesario no un simple alegato de perjuicio, sino la argumentación y la acreditación de hechos concretos de los cuales nazca la convicción de violación a los derechos constitucionales del accionante. En cuanto al *periculum in mora*, se reitera que en estos casos, generalmente es determinable por la sola verificación del extremo anterior, pues la circunstancia de que exista una presunción grave de violación de un derecho de orden constitucional o su limitación fuera de los parámetros permitidos en el Texto Fundamental, conduce a la convicción de que por la naturaleza de los intereses debatidos debe preservarse *in limine* su ejercicio pleno, ante el riesgo inminente de causar un perjuicio irreparable en la definitiva a la parte que alega la violación.

En el presente caso se observa que los apoderados judiciales de los recurrentes a lo largo de su escrito recursivo arguyeron violación a los derechos a la libertad de expresión del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE) y a la información por parte de la sociedad venezolana, así como vulneración a los derechos a la defensa, al debido proceso y a la presunción de inocencia.

Se observa que los actores aducen violación al derecho a la información de la sociedad venezolana, a la cual -en su criterio- se le estaría privando de conocer otras visiones diferentes a las propuestas por el gobierno relacionadas con el derecho de propiedad. Sin embargo, la Sala advierte que los recurrentes no demuestran que representan al colectivo que arguyen fue perjudicado con el acto impugnado, por lo que, en virtud del carácter personalísimo del amparo, debe desestimarse la denuncia en lo que a ese colectivo respecta. Así se decide.

Por otra parte se observa que los recurrentes arguyen violación al derecho a la libertad de expresión previsto en los artículos 57 y 58 de la Constitución de 1999 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Al respecto se observa que en casos similares esta Sala ha establecido lo siguiente:

“(…) De acuerdo a las razones que anteceden y visto que la recurrente pudo acudir oportuna y suficientemente ante las precitadas instancias en defensa de sus derechos e intereses, esta Sala estima carente de fundamento legal la protección invocada por la contribuyente a la luz de las garantías previstas para la persona humana por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, máxime si como en el presente caso la recurrente de hecho es una sociedad mercantil, vale decir, una persona jurídica, circunstancia que evidentemente la excluye del ámbito de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 1, que dice:

‘Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano’

Respecto al punto último citado, es pertinente advertir que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como órgano competente en primera instancia para promover la observancia y defensa de los derechos humanos, ha establecido constante e invariablemente jurisprudencia sobre la inadmisibilidad de las peticiones interpuestas por personas jurídicas empresariales, bajo la condición de víctimas directas o donde el agotamiento de los recursos internos fue realizado por éstas y no por las personas naturales que integran la forma societaria. En este sentido, la Comisión ha estimado que el Pacto de San José otorga su protección a personas físicas naturales y excluye de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas o ideales, por cuanto éstas son ficciones legales, sin existencia real en el orden material. (Caso Mevopal, S.A contra Argentina / Informe de la Comisión N° 39 del 11 de marzo de 1.999).” (Sentencia N° 0794 del 28 de julio de 2010) (Resaltado y subrayado de la Sala).

Visto el contenido del fallo parcialmente transcrito, esta Sala observa que en el presente caso uno de los recurrentes es el Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE), es decir, una persona jurídica; por tanto, se desestima la denuncia de violación al derecho a la libertad de expresión previsto en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, alegado por dicha asociación, en razón de no encontrarse amparada por la referida convención, dado que no es una persona humana. En consecuencia, la mencionada denuncia será analizada sólo conforme a lo previsto en el artículo 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.

Precisado lo anterior se observa que el precitado derecho está previsto en el artículo 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en los siguientes términos:

Artículo 57.- “Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades.”

Con relación al mencionado derecho esta Sala ha establecido que:

“(…) Ahora bien, tal como lo ha afirmado la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal (Vid. entre otras, sentencia N° 1.381 de fecha 11 de julio de 2006), la libertad de pensamiento y expresión es una situación jurídica activa o de poder que faculta a los sujetos de derecho a manifestarse libremente, en tanto y en cuanto no se incurra en las circunstancias excepcionales que la propia Constitución establece como límites a su ejercicio.

En este sentido, este derecho no tiene carácter absoluto pues su desarrollo tiene como límites el respeto de ciertos valores y principios constitucionales.

Aunado a lo anterior, aunque el artículo 57 Constitucional reconoce el signo individual del derecho a la libertad de expresión, la mencionada norma incorpora un aspecto social con el cual lo individual debe conjugarse y formar un todo armónico, que no admite fractura entre el individuo y su posición frente al conglomerado social, pues ciertos derechos individuales requieren de un marco social o económico para su desarrollo, como bien lo indicó la Sala Constitucional en la sentencia N° 1.381 de fecha 11 de julio de 2006, antes aludida.(...)”. (Sentencia N° 01634 del 11 de noviembre de 2009) (Resaltado de la Sala).

Del fallo parcialmente transcrito se deriva que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino sujeto a las limitaciones que establezcan la Constitución y las leyes.

En el presente caso los actores alegaron que ha sido vulnerado su derecho a la libertad de expresión ya que el acto impugnado establece una censura previa por haber sido dictado sin antes haberse obtenido una decisión administrativa o judicial firme donde las partes hayan tenido la posibilidad de alegar y probar.

De la revisión del acto impugnado se advierte, que con motivo del monitoreo realizado por la autoridad administrativa ésta detectó que las sociedades mercantiles Venevisión, Meridiano TV, Televen, Globovisión, Onda 107.9 FM, Fiesta 106.5 FM, difundieron en su programación propagandas relacionadas con la “Campaña en Defensa de la Propiedad”, específicamente las denominadas “Con mis viejos no te metas. Versión Panadería”; “Con mis viejos no te metas. Versión Bodega”; “Con mis viejos no te metas. Versión Chofer” anunciadas por el Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE).

Así, la autoridad administrativa consideró que la difusión de tales propagandas podría atentar contra la democracia, la paz y los derechos humanos, valores estos que se encuentran previstos en el texto constitucional.

Al respecto se observa, que tal como lo establece el criterio jurisprudencial transcrito, el derecho a la libertad de expresión no tiene carácter absoluto, teniendo como límites el respeto de los valores y principios constitucionales.

En el presente caso, ante la presunción de que los mencionados mensajes propagandísticos vulneraban los referidos valores constitucionales y podían generar situaciones que afectarían el interés general, la Administración dictó el acto impugnado con el objeto de suspender tales difusiones, al ponderar que en casos como el de autos debía prevalecer el interés general sobre el interés particular.

Conforme a lo expuesto, en principio, aprecia la Sala que no puede hablarse de violación a la libertad de expresión de los actores, sino que se trata de la suspensión de unas propagandas mientras se sustancia el procedimiento administrativo, en cuyo acto inicial de apertura la Administración motivó su determinación de suspender las difusiones ponderando los intereses en juego, dándole preeminencia al interés público sobre el particular. Así se decide en esta fase cautelar.

Por otra parte, este Alto Tribunal considera que el hecho de que no se sigan transmitiendo las propagandas que conformaban la campaña “En Defensa de la Propiedad” no implica que los recurrentes no puedan seguir ejerciendo su derecho a la libertad de expresión por otros mecanismos (*Vid.* sentencias de esta Sala números 0763 y 01634 del 23 de mayo de 2007 y 11 de noviembre de 2009, respectivamente).

Asimismo, respecto a la solicitud formulada por los recurrentes de que se desaplique el artículo 33 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión por violación a los artículos 57 y 58 de la Constitución de 1999 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se advierte que emitir pronunciamiento acerca de la desaplicación requerida variaría de contenido la sentencia definitiva motivo por el cual se desestima esta denuncia. Así se establece.

C. *Derecho de petición, oportuna y adecuada respuesta*

TSJ-SC (965)

15-10-2010

Magistrado-Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Yajaira Concepción Morales Tórrez vs. Ministro del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda.

La violación al derecho de petición, oportuna y adecuada respuesta, se configura cuando se niega al individuo la posibilidad material de hacer llegar sus peticiones a la autoridad, bien porque se resista a admitir las peticiones, bien porque las rechace *in limine*, sin examen alguno, o bien porque las deje indefinidamente sin respuesta. Asimismo, cuando la Administración, si bien da la respuesta, la misma no ha sido dada en el tiempo previsto para ello, convirtiéndose para el momento en que se dicta en inoportuna, o bien cuando la respuesta dada es impertinente e inadecuada, esto es, que no se ajusta a los parámetros a los cuales debió sujetarse.

Vistos los argumentos esgrimidos en la audiencia constitucional por la parte actora, observa esta Sala que aun cuando la accionante alegó el agravio del derecho a la vivienda, la imputación realizada al **MINISTRO DEL PODER POPULAR PARA LAS OBRAS PÚBLICAS Y VIVIENDA hoy MINISTRO DEL PODER POPULAR PARA VIVIENDA Y HÁBITAT**, no es otra que la omisión en proveer sobre sus solicitudes de desocupación de la vivienda denunciada como “invadida”, además de su pretensión subsidiaria de adjudicación de otro inmueble, lo cual evidencia que lo pretendido es que el referido órgano administrativo dé una respuesta a las múltiples entrevistas y solicitudes que alega haber realizado a efectos de solucionar su situación habitacional.

Significa entonces que, en esencia, la denuncia elevada ante esta Máxima Instancia Jurisdiccional es en realidad la falta de oportuna y adecuada respuesta, con la consecuente afectación del derecho de petición.

Atendiendo a la situación planteada, es preciso señalar que el Texto Fundamental dispone en su artículo 2, que Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia y ello, armonizado con el valor normativo que se atribuye la propia Constitución en su artículo 7, evidencia la formulación constitucional del Estado de derecho venezolano, de acuerdo a la cual, se reconoce una orientación filosófico-política que incluye una finalidad humanista, y supone, que el Estado debe propender al goce y salvaguarda de los derechos fundamentales, pues tal como afirmó Hauriou (*Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Barcelona, Editorial Ariel, 1971, p 54), en el Estado constitucional una declaración de derechos, no basta, sino que es necesario el cumplimiento exigible y de vinculatoriedad directa e inmediata de los mismos.

Por ello, Molas (*Derecho Constitucional*, España: Editorial Tecnos, 1998, p. 47) señala que denominamos Estado constitucional solamente a aquél que garantiza el ejercicio de los

derechos fundamentales, y es precisamente ésta, la *ratio* del dispositivo constitucional establecido en el artículo 19 del Texto Fundamental, según el cual, el Estado debe garantizar los derechos humanos, conforme a los principios de progresividad y no discriminación. Tal imperativo garantista tiene su fundamento en que los derechos humanos se presentan como las guías fundamentales del Estado y, de allí, que los particulares estén facultados para reclamar al Poder Público su goce, salvaguarda y protección.

En el citado contexto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone en su artículo 51, lo siguiente:

“Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la Ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo”.

De la mencionada disposición se puede claramente desprender dos situaciones jurídicas positivas: i) la correspondiente a representar o dirigir peticiones ante las autoridades públicas; y ii) la relativa a obtener oportuna y adecuada respuesta. El segundo, consecuencia tanto fáctica como jurídica del primero, en virtud de que ante la petición formulada por cualquier persona, tal como lo dispone el prenombrado artículo, debe el funcionario o autoridad competente emitir una respuesta.

En razón de lo expuesto, se desprende que la violación al derecho de petición, oportuna y adecuada respuesta, se configura cuando se niega al individuo la posibilidad material de hacer llegar sus peticiones a la autoridad, bien porque se resista a admitir las peticiones, bien porque las rechace *in limine*, sin examen alguno, o bien porque las deje indefinidamente sin respuesta.

Asimismo, se debe entender conculcado el derecho de petición, oportuna y adecuada respuesta, cuando la Administración, si bien da la respuesta, la misma no ha sido dada en el tiempo previsto para ello, convirtiéndose para el momento en que se dicta en inoportuna, o bien cuando la respuesta dada es impertinente e inadecuada, esto es, que no se ajusta a los parámetros a los cuales debió sujetarse.

Ahora bien, de lo expuesto no debe afirmarse que la respuesta debe ser favorable para el administrado para así no resultar conculcado el derecho de petición, oportuna y adecuada respuesta ante el requerimiento formulado por el individuo, sino que la respuesta dada por la Administración debe ser, en primer lugar, tempestiva, es decir, que la misma no resulte inoficiosa debido al largo transcurso desde la petición formulada hasta la respuesta obtenida y, en segundo lugar, la misma debe ser adecuadamente motivada de acuerdo a las diversas pretensiones solicitadas por el administrado, esto es, debe contener una congruente decisión de acuerdo a las circunstancias fácticas y jurídicas planteadas en el caso concreto.

Sobre el particular, esta Sala ha reiterado pacíficamente el criterio establecido en la sentencia N° 442 del 4 de abril de 2001 (caso: *Sociedad Mercantil Estación de Servicios Los Pinos S.R.L.*), donde se precisó “...que la respuesta sea adecuada en modo alguno se refiere a que ésta deba ser afirmativa o exenta de errores; lo que quiere decir la norma es que la respuesta debe tener relación directa con la solicitud planteada. En este sentido, lo que intenta proteger la Constitución a través del artículo 51, es que la autoridad o funcionario responsable responda oportunamente y que dicha respuesta se refiera específicamente al planteamiento realizado por el solicitante”.

Posteriormente, la decisión N° 2073 dictada por esta Sala el 30 de octubre de 2001 (caso: *Teresa de Jesús Valera Marín y Cruz Elvira Marín*), precisó lo siguiente:

“La disposición transcrita, por una parte, consagra el derecho de petición, cuyo objeto es permitir a los particulares acceder a los órganos de la Administración Pública a los fines de ventilar los asuntos de su interés en sede gubernativa. Asimismo, el artículo aludido, contempla el derecho que inviste a estos particulares de obtener la respuesta pertinente en un término prudencial. Sin embargo, el mismo texto constitucional aclara que el derecho de petición debe guardar relación entre la solicitud planteada y las competencias que le han sido conferidas al funcionario público ante el cual es presentada tal petición. De esta forma, no hay lugar a dudas, en cuanto a que la exigencia de oportuna y adecuada respuesta supone que la misma se encuentre ajustada a derecho, pero no implica necesariamente la obligación de la Administración de acordar el pedimento del administrado, sino sólo en aquellos casos en que el marco jurídico positivo permita al órgano de la Administración tal proceder, sobre la base de las competencias que le han sido conferidas”.

Según los precedentes transcritos, no tiene ningún sentido que se le pida a la parte actora que exprese las razones por las que su pretensión debería declararse con lugar, pues ello no formará parte del tema de la decisión en el juicio de tutela constitucional, así como tampoco puede emplearse el proceso de amparo para la fundamentación de la petición que se ha planteado ante la Administración.

En el marco de las observaciones anteriores, advierte esta Sala que, de los argumentos expuestos por la accionante en la audiencia constitucional quedó evidenciado que el otrora Ministerio del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda, no se ha pronunciado sobre las solicitudes de desocupación de la vivienda denunciada como “invadida”, así como su pretensión subsidiaria de adjudicación de otro inmueble, situación que evidentemente resulta lesiva del derecho de petición denunciado como afectado.

En virtud de lo antes señalado, resulta forzoso para esta Sala declarar con lugar el amparo constitucional incoado y, en consecuencia, ordenar al **MINISTRO DEL PODER POPULAR PARA VIVIENDA Y HÁBITAT**, que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la presente decisión, dicte un acto en el cual provea sobre la solicitud de desocupación de la vivienda denunciada como “invadida”, o se pronuncie sobre la pretensión subsidiaria de adjudicación de otro inmueble. Así se declara.

2. *Derechos Laborales*

A. *Derecho al Salario: Inembargabilidad*

TSJ-SPA (1024)

21-10-2010

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Banesco Banco Universal, C.A. vs. Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN).

No procede la compensación de los saldos existentes en las denominadas cuentas “nómina” por parte de las instituciones financieras, en virtud del carácter inembargable del salario, lo cual no obsta para que las mismas procedan a hacer efectivo el cobro de sus acreencias, haciendo uso de los medios procesales ordinarios que el ordenamiento jurídico tiene a su disposición.

Corresponde a la Sala decidir la apelación interpuesta por los apoderados judiciales de Banesco Banco Universal, C.A., contra la sentencia N° 2009-00685 del 28 de abril de 2009,

mediante la cual la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo declaró sin lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad incoado contra la Resolución N° 082-05 de fecha 29 de marzo de 2005 dictada por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN) que declaró sin lugar el recurso de reconsideración ejercido contra el oficio N° SBIF-GGCJ-GLO-18207 del 17 de diciembre de 2004, mediante el cual se instruye a la referida institución bancaria a no efectuar débitos de las cuentas nóminas, sin que previamente se tenga la autorización expresa del cliente a tales efectos.

En tal sentido, se observa:

1. Inembargabilidad del Salario.

Arguye el representante judicial de la parte apelante que la inembargabilidad del salario establecida en el artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no puede interpretarse de forma literal, sino de conformidad con el artículo 162 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual dispone que sólo es inembargable “*la remuneración del trabajador en cuanto no exceda del salario mínimo (...). Lo importante sin embargo es resaltar la errada concepción de considerar a la totalidad del salario (...) como inembargable, tal y como fuera decidido por la Corte en el caso de marras.*”.

Denuncia que la sentencia recurrida incurre en una evidente e infundada extensión de las prerrogativas salariales al saldo íntegro de una “*verdadera*” cuenta bancaria, por la simple razón de denominársele como “*cuenta nómina basándose en una presunción enteramente subjetiva, carente de base legal y lógica, puesto que pretende asumir que las cantidades recibidas en calidad de depósito en esa cuenta forman parte del salario del titular de la misma.*”.

Arguye que tanto el acto recurrido como la sentencia apelada incurren en un falso supuesto de derecho al pretender aplicar la disposición contenida en el artículo 1.335 del Código Civil a las relaciones que derivan de la existencia de una cuenta bancaria, cualquiera sea su naturaleza.

Indica, que una vez que el trabajador ha recibido su salario y dispone de éste, desaparece la pretendida inembargabilidad toda vez que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela busca asegurar que el trabajador reciba efectivamente su salario no que éstos (trabajador y salario) “*adquieran una especie de inmunidad absoluta frente a cualquier tercero de buena fe, incluyendo entre estos (...) a los acreedores del trabajador.*”.

En este orden de ideas, la sentencia recurrida dispuso lo siguiente:

“2. De la inembargabilidad del salario.

El artículo in commento [artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela] consagra igualmente que el salario es inembargable, lo cual se presenta como un mecanismo para la defensa del mismo, y que pretende crear un minimum inexpugnable para que, de esta forma, el trabajador pueda ver satisfechas de manera plena sus necesidades de supervivencia y las de su familia, sin que se vea afectado en ello por posibles embargos del salario como consecuencia de obligaciones de cualquier naturaleza que pueda adquirir.

(...)

3. Del salario mínimo

(...)

Precisado lo anterior, aprecia esta que en el caso de autos, los apoderados judiciales de la sociedad mercantil Banesco, Banco Universal C.A., afirmaron que el carácter inembargable

del salario, y por ello la prohibición de aplicar al caso de autos la figura de la compensación, sólo sería predicable de la porción considerada como integrante del salario mínimo más no así de las cantidades de dinero que superen dicha cifra.

(...)

En este sentido, se desprende de la afirmación anterior la argumentación según la cual por estar referido únicamente la inembargabilidad al salario a la porción mínima del mismo, sería posible aplicar deducciones en las cuenta nómina de los trabajadores cuyo salario supere dicha cantidad, a los fines de implementar así la figura de la compensación como medio para la extinción de las obligaciones.

Ahora bien, por cuanto en el caso de autos lo debatido es justamente la legitimidad o no de la aplicación de la figura de la compensación en las cuentas nóminas de los trabajadores, encuentra esta Corte que la interpretación pretendida por la representación judicial de la parte recurrente no parece compatibilizar con el contenido del artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela antes transcrito, pues del mismo debe entenderse que producto de la declaración de inembargabilidad del salario, independientemente del monto al cual ascienda el mismo, las Instituciones Financieras por sí solas no pueden deducir de las denominadas cuentas nóminas de los trabajadores las cantidades de dinero que les sean adeudadas, pues para ello deberán acudir a los medios procesales ordinarios para la satisfacción de sus pretensiones.

(...)

En definitiva, para este Órgano Jurisdiccional la prohibición de inembargabilidad del salario contenida en el artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela representa la imposibilidad, como se verá a continuación, de que las Instituciones Financieras puedan aplicar la figura de la compensación como medio para la extinción de las obligaciones, lo cual impediría al trabajador percibir y disfrutar cabalmente de los montos de dinero percibidos como consecuencia de la relación laboral.

(...)”. (Sic).

Determinado lo anterior debe traerse a colación el contenido del artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 91. *Todo trabajador tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantizará el pago de igual salario por igual trabajo y se fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores y trabajadoras en el beneficio de la empresa. El salario es inembargable y se pagará periódica y oportunamente en moneda de curso legal, salvo la excepción de la obligación alimentaria, de conformidad con la ley.*

El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras del sector público y privado un salario mínimo vital que será ajustado cada año, tomando como una de las referencias el costo de la canasta básica. La Ley establecerá la forma y el procedimiento.”.

Asimismo, debe resaltarse el contenido de los artículos 162 y 164 de la Ley Orgánica del Trabajo, los cuales establecen lo que sigue:

“Artículo 162. *Es inembargable la remuneración del trabajador en cuanto no exceda del salario mínimo.*

PARÁGRAFO ÚNICO. *Cuando la remuneración exceda del salario mínimo y no pase del doble del mismo, los embargos que pudieran dictarse no podrán gravar más de la quinta parte (1/5) del exceso y cuando exceda del doble, la tercera parte (1/3).”.*

“Artículo 164. *Lo dispuesto en los artículos anteriores no impide la ejecución de medidas procedentes de obligaciones de carácter familiar y de los originados por préstamos o con ocasión de garantías otorgadas conforme a esta Ley.”.*

Del análisis concatenado de los artículos trascritos se desprende que el salario goza de una protección especial dada su naturaleza alimentaria (destinado a satisfacer las necesidades de alimentación, vestido, recreación, etc.), en razón de lo cual se considera inembargable dentro de los parámetros establecidos por la Constitución y la Ley Orgánica del Trabajo.

Ahora bien, tal inembargabilidad no es absoluta, pues todo aquél que tenga acreencias contra el trabajador (salvo el patrono, quien dispone de condiciones especiales para el cobro, de conformidad con lo establecido en el artículo 165 *eiusdem*) debe acudir a la vía jurisdiccional para cobrar sus créditos, a través de los procedimientos legalmente establecidos, quedando vedada la posibilidad de que se efectúen cobros automáticos, por ejemplo, por parte de las entidades bancarias.

Determinado lo anterior, esta Sala confirma la decisión apelada, con relación a inembargabilidad del salario y la imposibilidad de que las Instituciones Financieras puedan aplicar la figura de la compensación como medio para la extinción de las obligaciones, lo cual impediría al trabajador percibir y disfrutar del salario devengado como consecuencia de la relación laboral. Así se decide.

2. Compensación.

Indica el apoderado apelante, que la compensación es un modo de extinción de las obligaciones con vigencia universal *“cuya pretendida exclusión o prohibición, so pretexto de la supuesta especialidad de las denominadas ‘cuentas de nómina’, sólo servirá para perjudicar a patronos y trabajadores, por cuanto dejarán de existir, por carecer de sentido o utilidad para los bancos y, desde luego, excluirán a los trabajadores de las posibilidades del crédito bancario...”*.

Señala, que dentro de las condiciones universalmente aplicables en las relaciones de los bancos con los clientes titulares de las cuentas corrientes o de ahorros está la que permite la compensación entre saldos deudores en la hipótesis frecuente de que el titular de una cuenta sea, a la vez, deudor del mismo banco por cualquier operación de crédito que haya realizado el titular de la cuenta.

Que en el caso que se analiza, el ciudadano Walter Jesús Albarrán Finol era, a su vez, deudor y acreedor de Banesco, como consecuencia de los consumos realizados mediante el uso de las tarjetas de crédito emitidas por el referido banco.

En consecuencia, afirma, no existía impedimento alguno -contrariamente a lo afirmado en la sentencia apelada- para sostener que en la relación estaban dadas las condiciones objetivas para que operara la compensación legal, toda vez que *“i) Banesco y Edición (sic) eran acreedores y deudores recíprocos; ii) las deudas a cargo de cada parte tenían por objeto sumas de dinero; y, iii) finalmente las referidas deudas eran líquidas y exigibles...”*.

En este sentido, expresa que la sentencia apelada incurre en un error al afirmar que la *“facultad que tendrían las instituciones financieras para oponer la compensación a los fines de recuperar los créditos otorgados, no deviene directamente de la ley, sino que por el contrario, la compensación bancaria deriva necesariamente de una convención, que en todo caso, es facultativa para aquel en cuyo favor la ley estableció una limitación que impide la verificación de la compensación legal...”*.

Con relación a este punto, la sentencia recurrida estableció lo siguiente:

“(...)”

Así, en el caso de autos observa esta Corte que debe atenderse al contenido del artículo 1.335 del Código Civil que plantea una serie de limitaciones a esta forma de extinción de las obligaciones. En este sentido, el artículo 1.335 del Código Civil, en su numeral 3°, establece que:

“Artículo 1.335.- La compensación se efectúa cualesquiera que sean las causas de una u otra deuda, excepto en los siguientes casos: (...) 3° Cuando se trate de un crédito inembargable” (Negrillas de esta Corte).

Como consecuencia de lo anterior, observa este Órgano Jurisdiccional que dada la declaración de inembargabilidad del salario contenida en el artículo 91 del Texto Constitucional, se está en presencia de una imposibilidad de proceder a la materialización de la compensación como forma de extinción de las obligaciones; imposibilidad que, como puede desprenderse, se hace presente en el caso de la “cuenta nómina” del ciudadano Walter Albarrán Finol, por lo que el levantamiento de tal impedimento se produce justamente como producto de la manifestación de voluntad para permitirlo por parte de la persona que se encuentra beneficiada por tal declaración legal.

(...).”

Ahora bien, a los fines de analizar la figura de la compensación debe traerse a colación el contenido del artículo 1.331 del Código Civil, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 1.331. Cuando dos personas son recíprocamente deudoras, se verifica entre ellas una compensación que extingue las dos deudas, de modo y en los casos siguientes.”.

De conformidad con el artículo transcrito, la compensación es un medio de extinción de las obligaciones que opera entre dos personas que son recíprocamente deudoras, cuando dichas deudas son homogéneas, líquidas y exigibles, hasta la concurrencia de sus cantidades respectivas.

Ahora bien, en el caso bajo análisis, la entidad financiera Banesco Banco Universal, C.A., procedió a compensar la deuda por concepto de tarjetas de crédito del ciudadano Walter Jesús Albarrán Finol, con los haberes de éste en su cuenta “nómina”.

Ante este escenario, debe citarse lo dispuesto en el artículo 1.335 del Código Civil, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 1.335. La compensación se efectúa cualesquiera que sean las causas de una u otra deuda, excepto en los siguientes casos:

(...)

3° Cuando se trate de un crédito inembargable.

(...).”

De conformidad con el artículo transcrito, la compensación no opera cuando se trata de créditos inembargables.

Lo anterior resulta relevante toda vez que como se afirmó en el punto N° 1 de esta motivación, el salario es un crédito inembargable de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 162 de la Ley Orgánica del Trabajo.

En este sentido, el salario cuyo pago se efectúa a través de las cuentas “nómina” no pierde su naturaleza ni los privilegios que le envuelven con los cuales se protege, por tanto, comparte esta Sala lo establecido por el *a quo* respecto a que “la protección constitucional del salario, manifestada en el carácter inembargable del mismo, independientemente de cuál

sea su monto, impide que la sociedad mercantil Banesco Banco Universal, C.A., pueda proceder a realizar compensaciones o deducciones de la cuenta nómina en la cual es o era depositado el salario del ciudadano Walter Albarrán Finol, por las cantidades de dinero adeudadas...”.

De conformidad con lo expuesto, se desecha el alegato de la parte apelante, toda vez que no procede la compensación de los saldos existentes en las denominadas cuentas “nómina” en virtud del carácter inembargable del salario, lo cual no obsta para que las instituciones financieras procedan a hacer efectivo el cobro de sus acreencias, haciendo uso de los medios procesales ordinarios que el ordenamiento jurídico tiene a su disposición. Así se declara.

3. Cuentas nómina.

Arguye la representación judicial de la parte apelante que el régimen legal aplicable a las cuentas “nómina”, es el régimen general previsto en el Código de Comercio, en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y en las normas especiales que a tales efectos dicten las instituciones bancarias, ya que, según su criterio, dichas cuentas tienen la misma naturaleza de las demás cuentas bancarias, sean éstas corrientes o de ahorro.

Destacan que cuando una persona abre una cuenta corriente en un banco, se establece una relación jurídica entre el banco y el cuentacorrentista que deriva del contrato en particular, sin que tenga relevancia alguna el origen de los fondos depositados en la cuenta. Asimismo, afirma que el trabajador titular de una cuenta nómina puede disponer en dicha cuenta de cantidades de dinero provenientes no sólo de contraprestaciones laborales, sino de cualquier otra fuente, regular o accidental.

Con relación a este particular la sentencia apelada afirmó que *“la particular regulación existente en los casos en que el trabajador se vea obligado a la utilización de las denominadas ‘cuentas nóminas’, de manera que resulta contraria a las circunstancias antes aludidas, el considerar que estas cuentas se presentan bajo la misma regulación de las cuentas corrientes bancarias, tal como lo pretenden los apoderados judiciales de la sociedad mercantil recurrente, pues, es lo cierto que en tales casos los montos depositados por el patrono en tales cuentas a favor de los trabajadores, se encuentran provistos de la protección constitucional que proclama la inembargabilidad del salario, de manera que no puede invocarse el aludido carácter mercantil de la mencionada cuenta para entender que ha desaparecido tal prohibición.”.*

Igualmente, consideró la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo que las “cuentas nómina” en realidad operan como medios para poner a disposición del trabajador su salario o sueldo, por lo que dicho crédito arrastra consigo la protección especial a la cual hace referencia la Constitución y la Ley, de manera que no puede considerarse que dichos montos ya no sean parte del salario o que han perdido sus prerrogativas especiales, sino que ante todo debe mantenerse en consideración su especial carácter de inembargable y, por ello, tal como será analizado en el presente fallo, ajeno a las reglas de la compensación. Concluyó en este punto señalando que aun cuando en las denominadas cuentas nóminas, tal como alegó la representación judicial de la parte recurrente, se pueden depositar cantidades de dinero distintas a los montos correspondientes al salario del trabajador, en esencia debe considerarse que tal posibilidad resulta objeto de la actividad probatoria que debe desarrollar el banco en los casos en que pretenda realizar las deducciones por el dinero que le adeude el cliente. De manera que, en tales circunstancias, deberá la Institución Financiera demostrar que las cantidades deducidas fueron depositadas por el cliente o por terceras personas, y, que las mismas no tienen origen en la relación laboral que vincula al cliente con su patrono.

Ahora bien, a los fines de analizar esta denuncia debe señalarse que las cuentas bancarias denominadas “nómina”, son aquellas en las cuales el empleador deposita el salario del trabajador. Estas cuentas pueden ser indistintamente de ahorro o corriente dependiendo de la voluntad del trabajador.

Las cuentas “nómina” son el producto de un contrato celebrado entre una institución financiera debidamente autorizada y el patrono (que puede ser cualquier entidad pública o privada), quien efectúa el pago a sus trabajadores a través de la consignación que hace de manera regular en las cuentas que a tales fines abre a cada uno de aquéllos. Cabe destacar que el trabajador no escoge libremente el banco o institución financiera donde quiere recibir su salario, pues es el patrono, quien determina dónde efectuará los pagos.

Al abrir una cuenta “nómina” surgen tres tipos de relaciones: i) la relación entre el patrono y el trabajador, regulada por las normas laborales; ii) la relación entre el patrono y la institución bancaria, regulada por los términos contractuales y supletoriamente por las normas mercantiles; y, iii) la relación entre la institución bancaria y el trabajador, la cual se encuentra regulada, en principio, por normas civiles y mercantiles, pero que es susceptible de regulación y protección especial, en virtud del carácter eminentemente social del trabajo y especialmente del salario.

Ahora bien, en el caso bajo examen, el denunciante en sede administrativa, ciudadano Walter Jesús Albarrán Finol, era titular de una cuenta corriente de tipo “nómina” en la entidad bancaria Banesco Banco Universal, C.A., donde le era depositado su salario como trabajador de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

Como se indicó anteriormente, la relación entre la institución bancaria, en este caso *Banesco Banco Universal, C.A.*, y el trabajador, está regulada en principio por el Código de Comercio, en atención a que la cuenta nómina del empleado es de las llamadas “cuentas corrientes”, cuya naturaleza, características y modos de gestión se encuentran previstos en los artículos 503 al 526 *eiusdem*.

Sin embargo, no puede obviarse el hecho de que las referidas cuentas “nóminas” son abiertas con una finalidad específica: servir de medio para la materialización del pago del salario debido a los trabajadores y trabajadoras, el cual -tal y como lo señala la sentencia apelada- no pierde su naturaleza “*lo cual obliga a mantener en el depósito que realiza el empleador las mismas reglas inherentes al salario propiamente dicho*”.

El legislador ha previsto entonces una protección especial alrededor de las cuentas “nómina”, regulando una serie de supuestos tendientes a garantizar que el salario de los trabajadores que sea pagado por este medio, no se vea vulnerado por la aplicación indiscriminada de instituciones eminentemente civiles y mercantiles, toda vez que el interés jurídicamente tutelado no es ya el intercambio y la guarda del dinero, sino el trabajo como hecho social, de conformidad con lo establecido en nuestro Texto Constitucional.

En este orden de ideas, debe hacerse mención al contenido del artículo 55 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 38.426, del 28 de abril de 2006, el cual dispone lo siguiente:

“Pago de salario a través de entidades financieras.

Artículo 55. *Cuando el pago del salario se haga a través de una institución financiera ubicada en las inmediaciones del lugar de prestación de servicios, el patrono o patrono deberá:*

a) Notificar por escrito al trabajador o trabajadora el nombre y la ubicación de la institución de que se trate y el número de la cuenta que le fuere asignada.

- b) *Asumir los gastos derivados de la apertura y mantenimiento de la cuenta; y*
- c) *Informar al trabajador o trabajadora de inmediato, la oportunidad en que se verificó el depósito del salario en su cuenta.*”.

Asimismo, a título ilustrativo debe traerse a colación el artículo 34 de la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamientos o Pago Electrónico, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.021, de fecha 22 de septiembre de 2008, el cual estatuye la prohibición de efectuar débitos automáticos a las cuentas nóminas, de la siguiente manera:

“Protección de prestaciones sociales

Artículo 34. *En ningún caso las prestaciones sociales deben servir de garantía para el pago de aquellas deudas originadas por tarjetas de crédito. Las prestaciones sociales, así como las cuentas de las denominadas nómina, sean corriente o de ahorro, no podrán ser objeto de débito automático por concepto de cuotas o pagos mensuales de dichas deudas.*”

De las normas transcritas se desprende que las cuentas “*nómina*” en nuestra legislación cuentan con una regulación especial, diferenciada de la regulación propia de las cuentas corrientes o de ahorro, establecidas en nuestra legislación mercantil, ya que constituyen uno de los medios o instrumentos que permiten colocar a disposición de los trabajadores la retribución correspondiente a su trabajo y por ende deben estar protegidas de modo especial.

Ahora bien, si la institución bancaria acreedora considera que en dichas cuentas existen fondos distintos a los salariales (bien sea depositados por el trabajador o por un tercero) deberá probarlo ante la instancia judicial correspondiente a los fines de lograr el cobro de la deuda que mantenga el trabajador, toda vez que, como se señalara en puntos anteriores, dada la inembargabilidad del salario no procede la compensación automática.

De conformidad con lo expuesto, se desecha el alegato de la parte apelante y se confirma el fallo apelado con relación a la imposibilidad de compensar deudas con los saldos existentes en las llamadas cuentas “*nómina*”. Así se decide.

4. Cláusulas abusivas.

Señala la parte apelante, respecto a la calificación de “*abusivas*” que hace la sentencia apelada de las Condiciones Generales de Contrato para la Emisión de Tarjetas de Crédito y de las Condiciones Generales de los Servicios de Cuenta Corriente, que ambos textos fueron aprobados por la SUDEBAN en su condición de órgano contralor de la actividad financiera y que “*la Cláusula específica que autoriza al banco a debitar de la cuenta ‘nómina’ de los cuentacorrentistas por vía de la compensación de deudas, resulta ser una cláusula absolutamente lícita, coincidente y redundante con una norma legal vigente contenida en nuestro Código Civil, que simplemente prevé una forma igualmente lícita, común, generalizada y eficaz para la extinción de las obligaciones...*”.

Manifiesta que pretender, como lo hace la sentencia apelada, que para que opere la referida compensación, el titular de la cuenta nómina deba dar una autorización particular, es un “*exabrupto incalificable*”, pues en la práctica la banca sólo aplica la compensación cuando el cuenta habiente a quien se ha concedido un crédito ha incurrido en mora, toda vez que “*la conducta usual y normal del deudor buen padre de familia es honrar puntual y fielmente sus obligaciones...*”.

Con relación a este aspecto, la sentencia recurrida señaló que la excepción al principio general de prohibición de realizar descuentos en las cuentas nóminas de los trabajadores, pensionados o jubilados contenida en la Circular SBIF-GGCJ-GALE-03975 emanada de la

SUDEBAN, no puede considerarse satisfecha por la manifestación de voluntad por parte del cliente contenida en las condiciones generales de contratación. En efecto, debido a que en la contratación por medio de las mencionadas cláusulas no existe la etapa de la negociación ni la colaboración de una parte contratante en el diseño del contenido del contrato, y por cuanto el banco ha elaborado dichas cláusulas en abuso de la posición jurídica al predisponer el esquema contractual e incorporando condiciones que exclusivamente lo beneficien o que perjudiquen únicamente al contratante que se adhiere, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo considera que no puede entenderse que haya existido tal voluntad legítima por parte del ciudadano Walter Albarrán Finol, para autorizar las deducciones realizadas por la Institución Financiera.

Ahora bien, observa la Sala que la SUDEBAN, dirigió a los Bancos Universales, Bancos Comerciales, Bancos Hipotecarios, Bancos de Desarrollo, Fondos del Mercado Monetario, Entidades de Ahorro y Préstamo e Institutos Municipales de Crédito Popular, la Circular N° SIBF-GGCJ-GALE-03975, de fecha 24 de marzo de 2004, la cual estableció lo siguiente:

“Me dirijo a usted a los fines de informarle, que en atención a lo dispuesto en los artículos 87 y 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que garantizan tanto el derecho al trabajo como el derecho del trabajador a recibir una remuneración acorde con su trabajo, esta Superintendencia de conformidad con lo expresado en el artículo 238 del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, instruye a los sujetos a los cuales se encuentra dirigida la presente, a no efectuar descuentos por cualquier concepto de las cuentas nóminas sean estas corrientes o de ahorro, que posean los trabajadores, sin la previa autorización expresa del titular de las mismas.

Asimismo, será igualmente aplicable la anterior instrucción para aquellas cuentas a través de las cuales sean canceladas las pensiones y jubilaciones.

En este sentido, cumpla con hacer de su conocimiento que la infracción al contenido de la presente Circular puede ser objeto de sanción pecuniaria de conformidad con el supuesto sancionatorio dispuesto en el numeral 5 del artículo 416 del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.”. Resaltado de la Sala.

Igualmente es importante destacar que el contenido de la Circular transcrita fue recogido por el antes referido artículo 34 de la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamientos o Pago Electrónico, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.021, de fecha 22 de septiembre de 2008, el cual establece que ni las prestaciones sociales, ni las cuentas de las denominadas nómina, sean corriente o de ahorro, podrán ser objeto de débito automático por concepto de cuotas o pagos mensuales de dichas deudas.

Ahora bien, de conformidad con lo expuesto, existe una prohibición dirigida a las instituciones financieras para que realicen débitos en las cuentas nómina de sus clientes, sin que exista la *autorización expresa* de éstos a tales efectos.

En este sentido, observa la Sala que cursan en autos (folios 55 al 61 del expediente administrativo) las “*Condiciones Generales de los Servicios de Cuenta Corriente*”, las cuales en su disposición Décimo Sexta establece lo siguiente:

“DÉCIMA SEXTA: El BANCO queda plenamente autorizado por el CLIENTE para cargar a su cuenta, en todo momento, cualquier cantidad que por cualquier concepto adeude al CLIENTE al BANCO. El BANCO queda exento de toda responsabilidad si, como consecuencia de algún cargo efectuado en virtud de esta autorización tuviere que rechazar el pago de cheques librados por el CLIENTE contra su CUENTA.”.

Asimismo, cursan a los folios 23 al 47 del referido expediente administrativo, las “*Condiciones Generales del Contrato para la emisión de Tarjetas de Crédito*”, las cuales en la cláusula décimo tercera dispone lo que sigue:

“DÉCIMO TERCERA: A EL CLIENTE podrá exigírsele el pago de la totalidad de los consumos efectuados por los ADICIONALES sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de estos últimos. EL CLIENTE no podrá oponer ninguna excepción o defensa basada en la situación personal del ADICIONAL que hubiere efectuado el consumo, ni en la falta de autorización, abuso o exceso o uso indebido de la TARJETA DE CRÉDITO por parte del ADICIONAL. **EL CLIENTE autoriza expresa e irrevocablemente a EL BANCO para que, incluso sin previo aviso, pueda compensar y debitar cualquier obligación derivada del presente contrato, total o parcialmente, incluidos los gastos de cobranza judicial o extrajudicial y los honorarios de los abogados a que hubiere lugar, de cualesquiera cuentas de depósito o inversión, colocación, certificado o participación del cual sea titular o llegue a ser titular, abiertas en las agencias o sucursales de EL BANCO o en cualquier otra empresa financiera del Grupo Financiero al cual pertenezca EL BANCO, o bien en cualquiera otra Institución Financiera con la que EL BANCO tenga celebrado convenio de afiliación en el que están previstas tales facultades.** Por su parte, LOS ADICIONALES se constituyen ante EL BANCO en deudores solidarios de los consumos realizados con la TARJETA DE CRÉDITO; en consecuencia, autorizan expresa e irrevocablemente a EL BANCO para que, incluso sin previo aviso, pueda compensar y debitar cualquier obligación derivada del presente contrato, total o parcialmente, incluidos los gastos de cobranza judicial o extrajudicial y los honorarios de los abogados a que hubiere lugar, de cualesquiera cuentas de depósito o inversión, colocación, certificado o participación de la cual sea titular o llegue a ser titular, abiertas en las agencias o sucursales de EL BANCO o en cualquier otra empresa financiera del Grupo Financiero al cual pertenezca EL BANCO o bien en cualquiera otra Institución Financiera con la que EL BANCO tenga celebrado convenio de afiliación en el que estén previstas tales facultades”. Negritas de la Sala.

Las cláusulas transcritas son impuestas a los clientes por las Instituciones Financieras, sin que exista la posibilidad para aquéllos de participar en su formulación. En efecto, la cláusula primera de las “*Condiciones Generales de los Servicios de Cuenta Corriente*” establece expresamente que el cliente, por el solo hecho de solicitar al banco cualquiera de los servicios de las cuentas corrientes “*acepta y queda sujeto a las estipulaciones contenidas en este documento aplicables al servicio solicitado, asumiendo la obligación de conocerlas en todo su alcance y contenido*”.

En efecto, las referidas *Condiciones Generales* entran en la categoría de los llamados contratos de adhesión, en los cuales queda excluida cualquier posibilidad de debate o dialéctica entre las partes, pues las cláusulas son previamente determinadas por uno solo de los contratantes, de modo que el otro contratante se limita a aceptar cuanto ha sido establecido por el primero. (*Vid. Sentencia de esta Sala N° 962 de fecha 1° de julio de 2003*).

En este orden de ideas, resulta necesario traer a colación lo dispuesto por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal en la sentencia N° 85 del 24 de enero de 2002, en la cual estableció lo siguiente:

“...El que una persona sea capaz no significa que su consentimiento siempre pueda ser manifestado libremente, sin sufrir presiones o influencias que lo menoscaben. Por ello, independientemente de los vicios clásicos del consentimiento (error, dolo o violencia), algunas leyes tienen recomendaciones, normas y otras disposiciones que persiguen que las personas expresen su voluntad con pleno conocimiento de causa o alertados sobre aspectos del negocio. La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario es de esa categoría de leyes, en su articulado referente a las obligaciones de los proveedores de bienes y servicios, contratos de adhesión y a la información sobre precios, pesos y medidas.”

Con este tipo de leyes, el legislador ha tratado que el derecho se adapte a la realidad social, ya que un derecho divorciado de la realidad antro-po-sociológica, es un derecho necesariamente lesivo a los seres humanos.

Hace la Sala estas anotaciones, porque la autonomía de la voluntad de las contratantes en la realidad no es tan libre, ni exenta de influencias, que pueden sostenerse que ella actúa plenamente en cada persona por ser ella capaz.

Quien se encuentra en situación de necesidad es mucho más vulnerable que quien no lo está, en el negocio que repercute sobre esa situación, y ello que lo ha tenido en cuenta el legislador, también lo debe tener en cuenta el juzgador, por lo que fuera de la calificación de usuaria de algunas cláusulas contractuales, a otras podría considerarlas como contrarias a las buenas costumbres, cuando ellos inciden en desequilibrar la convivencia humana.

*Así como la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, señala una serie de normas para salvaguardar al consumidor (*latu sensu*), las cuales a veces regulan hasta las menciones de los contratos (artículos 19, 20 y 21); igualmente, normas que establecen con claridad la manera de actuar, pueden ser entendidas como protectivas de los seres humanos, de la convivencia, y ellas atienden mas a la protección de las buenas costumbres que a la del orden público.*

Las buenas costumbres, atienden a un concepto jurídico indeterminado ligado a la realidad social, y por ello el concepto varia en el tiempo y en el espacio, y con relación a determinados tipos de negocios o actos públicos.”.

De conformidad con la sentencia parcialmente transcrita, se reconoce que la voluntad de las partes al momento de contratar no siempre puede considerarse libre, aun cuando quien contrate sea capaz conforme a derecho, por cuanto es posible que una de las personas dentro de la relación se encuentre en una posición que implique superioridad frente a la otra.

Ante estas situaciones la Ley debe buscar un equilibrio que impida que quien se encuentre en una situación de superioridad frente a la otra, pueda vulnerar los derechos del otro contratante y con ello ocasionar una situación de desventaja para quien se vea conminado a contratar. En el caso bajo examen, la situación de desventaja la tiene el trabajador que se ve obligado a recibir su salario a través de una cuenta nómina gestionada por un tercero ajeno a la relación laboral.

En este sentido debe traerse a colación lo dispuesto en los artículos 18, 19, 20 y 21 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.930 de fecha 4 de mayo de 2004, aplicable *rationae temporis*, los cuales disponen lo siguiente:

“De los Contratos de Adhesión

Artículo 18.- *Contrato de adhesión es aquel cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecida unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido.*

La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita de contrato de adhesión.

Artículo 19.- *Los contratos de adhesión serán redactados en términos claros e impresos en carácter es visibles y legibles que faciliten su comprensión por el consumidor.*

Artículo 20.- *Las cláusulas que en los contratos de adhesión implicaren limitaciones a los derechos patrimoniales del consumidor, deberán ser impresas en carácter es destacados, que faciliten su inmediata y fácil comprensión.*

Artículo 21.- *No producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que:*

1°. Otorguen a una de las partes la facultad de resolver a su solo arbitrio el contrato, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio o por muestrario;

2°. Establezcan incrementos de precio por servicio, accesorios, aplazamientos, recargos o indemnizaciones, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén expresadas con la debida claridad y separación;

3°. Hagan responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor;

4°. Priven al consumidor o al usuario de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio; y,

5°. Estén redactados en términos vagos o imprecisos; o no impresos en carácter es legibles, visibles y destacados que faciliten su comprensión.”.

Asimismo, es pertinente destacar que la Ley de Protección a las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 39.358 de fecha 1° de febrero de 2010, define en su artículo 70 lo que debe entenderse como contrato de adhesión, en los siguientes términos:

“Concepto de contrato de adhesión

Artículo 70. Se entenderá como contrato de adhesión, a los efectos de esta Ley, los contratos tipos o aquellos cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente por la materia o establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor de bienes y servicios, sin que las personas puedan discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar.

En aquellos casos en que la proveedora o el proveedor de bienes y servicios unilateralmente establezcan las cláusulas del contrato de adhesión, la autoridad competente, podrá anular aquellas que pongan en desventaja o vulneren los derechos de las personas, mediante acto administrativo que será de estricto cumplimiento por parte de la proveedora o proveedores.”

En el caso bajo examen, es evidente que las cláusulas contenidas en las “*Condiciones Generales*” de contratación, tanto de las cuentas corrientes como de las tarjetas de crédito, constituyen verdaderos contratos de adhesión en cuya formación no ha existido ningún tipo de participación por parte de los clientes de las Instituciones Financieras, quienes se encuentran supeditados a las estipulaciones unilaterales de aquéllas.

En razón de lo anterior, tal y como lo señala la sentencia recurrida, las autorizaciones genéricas contenidas en las referidas “*Condiciones Generales*” no pueden constituirse en la autorización exigida por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (SUDEBAN) en la Circular N° SIBF-GGCJ-GALE-03975, de fecha 24 de marzo de 2004, toda vez que para considerar legales los débitos efectuados por las Instituciones Financieras en las cuentas nóminas de los trabajadores, éstos deben otorgar autorización “*expresa*” a tales fines.

Desechados como han sido los alegatos de la parte apelante, esta Alzada considera –como lo estableció la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo- que el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto por Banesco Banco Universal, C.A., debe ser declarado sin lugar. Así se declara.

3. *Derechos Culturales y Educativos: Derecho a la Educación*

TSJ-SC (1114)

12-11-2010

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Otoniel Goncalves Portillo vs. Universidad Central de Venezuela

En el presente caso, los actores requirieron que esta Sala Constitucional ejerciese sus potestades cautelares con el propósito de impedir la concreción de situaciones que atenten tanto en sus derechos académicos, así como en sus derechos electorales y de otra naturaleza, en tanto sujetos activos y pasivos, pues aparentemente la circunstancia que ha sido denunciada como dañosa, ha menoscabado el ejercicio integral de tales. En ese sentido, solicitaron que esta Sala expidiera un mandamiento cautelar con el propósito de “(...) *garantizar el derecho a la educación gratuita y ordene a la Autoridades de las Universidades Nacionales y, especialmente, a las de la Universidad Central de Venezuela, la paralización del cobro a los estudiantes denominados ‘profesionales’, hasta tanto se resuelva el fondo del asunto, y sin que ello signifique pronunciamiento anticipado sino cautelar; medida ésta que se funda en las probanzas que se acompañan y de las que se verifica el riesgo -que de no ser impedido- pudiere generar la imposibilidad en aquellas personas que no cuentan con recursos económicos para sufragar el costo de la inscripción y pago de las deudas previas, así como aquellas que por convicción jurídico constitucional se negaren a efectuar los pagos a los cuales se les condiciona:*

- *El ingreso (inscripción para el período lectivo 2010-2011) a cursar estudios de pregrado en las diversas Facultades de la Universidad Central de Venezuela, especialmente en la de Ciencias Jurídicas y Políticas y en la de Ciencias Económicas y Sociales;*
- *La continuación de los estudios iniciados (reinscripción para el período lectivo 2010-2011), a los cursantes de pregrado en las diversas Facultades de la Universidad Central de Venezuela, especialmente en la de Ciencias Jurídicas y Políticas y en la de Ciencias Económicas y Sociales;”*

Insistieron en que “(...) *sea acordada medida cautelar y, en consecuencia, se ordene a la Universidad Central de Venezuela suspender el cobro delatado como lesivo, así como la implementación de cualquier otra medida que impida la continuidad de la lesión referida por parte de las Autoridades de la Universidad Central de Venezuela, quienes se encuentran en conocimiento de dicha situación (...)*”.

Ahora bien, el artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia reconoce en el marco del Capítulo II, “*De los procesos ante la Sala Constitucional*”, inscrito en el Título XI, denominado “*Disposiciones Transitorias*”, las potestades cautelares generales que ostenta la Sala Constitucional con ocasión a los procesos jurisdiccionales tramitados en su seno. Lo anterior permite traer a colación lo expuesto en la sentencia N° 1.025 del 26 de octubre de 2010, caso. “*Constitución del Estado Táchira*”.

Véase, p. 207 y 239 de esta *Revista*

En aplicación de las anteriores premisas, considera la Sala, de una revisión preliminar y no definitiva de los elementos probatorios cursantes a los autos, así como de las alegaciones vertidas por los accionantes y de la ponderación de los intereses colectivos involucrados, que hay elementos que hacen presumir un menoscabo a la continuidad de la educación en el nivel de pregrado de los accionantes, y otros estudiantes en iguales circunstancias, en una institución universitaria nacional de carácter público.

En ese sentido, observa la Sala que a los accionantes se les hace firmar un “*Compromiso de Pago – Estudiantes Profesionales*” que contiene, de forma poco razonable, la mención

expresa a que *“En caso de no cumplir con el compromiso de pago, no [podrá] presentar los exámenes correspondientes a cada período parcial o final”*, sin que ello sea precedido por la correspondiente invocación de las normas constitucionales o legales que habilitan a la Universidad Central de Venezuela a establecer tal discriminación y a exigir dicho pago para suspender de esa forma el derecho de los estudiantes *“profesionales”* a recibir su educación universitaria en condiciones similares al de los alumnos *“regulares”*. Lo anterior, en criterio de la Sala, y sin que ello represente un juicio definitivo sobre el caso, constituye una presunción de buen derecho *–fumus boni iuris–* que obra en beneficio de los accionantes, y de otros estudiantes que se encuentren en iguales condiciones, que debe ser tutelado cautelarmente para evitar la concreción de un daño irreparable en sus estudios universitarios hasta tanto se dice la sentencia definitiva en el presente caso.

En consecuencia, considera esta Sala, en aras de garantizar la operatividad de los derechos a la igualdad y a la educación, consagrados por los artículos 21, 102 y 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que es imperativo decretar una medida cautelar dirigida a preservar la continuidad de la instrucción universitaria, en el nivel de pregrado, de los estudiantes calificados como *“profesionales”* o cursantes de segundas carreras y, a tales efectos, ordena a la Universidad Central de Venezuela, por órgano de su Consejo Universitario, así como a las autoridades de las diversas Facultades y Escuelas de esa Casa de Estudios que se abstengan de seguir cobrando la matrícula exigida a quienes se encuentren en tales condiciones, como otros pagos que supediten su permanencia en dicha Casa de Estudios y se tomen las medidas pertinentes dirigidas a mantener a éstos en igualdad de condiciones respecto al ejercicio de los derechos y deberes que tienen los alumnos *“regulares”*, contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la Ley de Universidades y en los instrumentos reglamentarios dictados por el Consejo Universitario de esa Casa de Estudios (v.gr. derechos electorales, deportivos, culturales, asistenciales, etc.). 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 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, salva su voto en los siguientes términos:

En el acto de juzgamiento en cuestión, la mayoría sentenciadora declaró con lugar la medida cautelar que se solicitó, razón por la cual se ordenó a la Universidad Central de Venezuela, por órgano de su Consejo Universitario, y demás autoridades de las Facultades y Escuelas, que se *“abstengan de seguir cobrando la matrícula exigida a quienes se encuentren en tales condiciones, como otros pagos que supediten su permanencia en dicha Casa de Estudios, a los llamados estudiantes ‘profesionales’ o cursantes de segundas carreras y se tomen las medidas pertinentes dirigidas a mantener a éstos en igualdad de condiciones respecto al ejercicio de los derechos y deberes que tienen los alumnos ‘regulares’, contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la Ley de Universidades y en los instrumentos reglamentarios dictados por el Consejo Universitario de esa Casa de Estudios ... hasta tanto se decida el fondo de la presente causa”*.

La mayoría sentenciadora consideró imperativo la declaración de la tutela cautelar, *“en aras de garantizar la operatividad de los derechos a la igualdad y a la educación, consagrados por los artículos 21, 102 y 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”*.

En relación con el conferimiento de la medida cautelar, llama la atención a este salvante el cambio radical, y sin explicación alguna, del criterio de la mayoría sobre el estudio de una pretensión cautelar.

En efecto, es común que la mayoría de la Sala niegue, sistemáticamente, peticiones cautelares con base en el señalamiento de que su estudio implicaría un pronunciamiento que tocaría el fondo del asunto debatido. Respecto a esa decisión, quien suscribe, ha rendido opinión disidente, pues considera que los requisitos del *fumus boni iuris* y *periculum in mora* implican que exista presunción del derecho que se reclama y del peligro del retardo judicial; implicaciones que, evidentemente, exigen un análisis presuntivo y *a priori* de la probabilidad de éxito de la pretensión principal, lo que no es, en modo alguno, un “adelanto” ni “inmiscución” en el fondo del asunto.

Se reitera que el juicio que se efectúa en sede cautelar, es de verosimilitud y no de plena certeza, con lo cual, si bien quien discrepa comparte que las medidas cautelares se analicen, pues parte de la premisa de que esa labor, per se, no constituye pronunciamiento de fondo, en el caso de autos sorprende la mutación de la mayoría sentenciadora, ya que contradice su propio criterio sobre el conferimiento de una tutela cautelar.

Este salvante estimula a los demás magistrados integrantes de esta Sala Constitucional, a que mantengan el cambio de criterio jurídico que manifestaron en este veredicto –aunque sin justificación– en futuras oportunidades en los que se soliciten medidas cautelares, y no reincidan en la contradicción de la desestimación de una pretensión cautelar porque su análisis implica un juzgamiento sobre el fondo.

Queda así rendido este voto salvado.

4. *Derechos de los Pueblos Indígenas*

TSJ-SPA (1214)

30-11-2010

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Comunidad Indígena Barí y Asociación Civil Bokshi Bibari Karaja Akachinano (BOKSHIBIKA).

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 se estableció un cambio fundamental en materia de pueblos indígenas, ya que se prevé que el Estado venezolano reconozca la existencia de estos pueblos y comunidades y sus derechos sobre las tierras que tradicionalmente han ocupado dentro del territorio nacional.

Establecido lo anterior, se observa que la Comunidad Indígena Barí y la Asociación Civil Bokshi Bibari Karaja Akachinano (BOKSHIBIKA) alegaron que el pueblo indígena Barí en el año 1961 “*obtuvo del Estado venezolano una ZONA DE RESERVA INDÍGENA BARÍ*”, y que siempre han ejercido la propiedad sobre esa área a la vista y aceptación de extraños y conocidos; que esa reserva o resguardo indígena les fue ratificada en decisión emanada del Ministro de Justicia de fecha 13 de julio de 1992; que el 20 de diciembre de 2000 solicitaron ante el Ejecutivo Nacional se les “*RATIFICARA el TITULO DE PROPIEDAD COLECTIVA de la ZONA DE RESERVA INDÍGENA en el proceso de DEMARCACION y se [les] dotare el TITULO RATIFICATORIO respectivo*” (sic), petición que fue reiterada en el año 2001.

Asimismo, los actores adujeron que el artículo 119 de la Constitución de 1999 estableció el derecho de los pueblos indígenas a gozar y a tener su propio territorio en propiedad y posesión, constituido por las áreas que ocupan ancestralmente, antes del período colonial; que

la Disposición Transitoria *Décimosegunda eiusdem* prevé un lapso de dos (2) años siguientes a la entrada en vigencia de la Constitución para que el Ejecutivo Nacional demarcara los territorios indígenas, el cual venció el 30 de diciembre de 2001; que esa obligación, “*en lo que respecta a [su] pueblo no se ha cumplido*”, que han sido “*vanos e infructuosos*” los esfuerzos verbales y escritos realizados ante la Procuraduría General de la República y ante los representantes indígenas de la Asamblea Nacional.

Solicitaron que se ordene “*sin más dilación*” que se realice la demarcación de sus tierras, conforme a lo establecido en la “*Gaceta Oficial N° 196.733, de fecha 05 de abril de 1961*”, y se ordene a la Procuraduría General de la República les otorgue un título protocolizable, “*estableciéndose un plazo suficiente a ese efecto, pasado el cual esta Sala (...) ordene se protocolice la sentencia que se (...) emita y que valga como título*”.

En primer término, observa la Sala que los recurrentes aducen que existe en Venezuela una “*zona de reserva indígena barí*”, decretada por el Ejecutivo Nacional en el año 1961.

Se advierte que consta en autos copia de la Resolución conjunta de los Ministerios de Agricultura y Cría y del Ministerio de Interior y Justicia de fecha 5 de abril de 1961 (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 26.520 del 05 de abril de 1961*), que estableció lo siguiente:

“(…) Resuelto:

A los fines de la aplicación del Decreto N° 250 sobre expediciones a lugares ocupados por indígenas, de fecha 27 de julio de 1951, se declara zona ocupada por indígenas la situada en jurisdicción de los Distritos Perijá y Colón del Estado Zulia y comprendida dentro de los linderos siguientes:

Norte: Desde la frontera con la República de Colombia, siguiendo la cuenca hidrográfica del Río Tucuco hasta la Sierra de Marigua.

Sur: El curso del Río de Oro en su frontera con Colombia.

Este: La serranía de Marigua hasta el Río de Oro.

Oeste: La Sierra de Perijá o frontera con Colombia.” (Resaltado de la Sala).

La resolución conjunta parcialmente transcrita declaró **zona ocupada por indígenas** la situada en jurisdicción de los Distritos Perijá y Colón del Estado Zulia, comprendida dentro de los linderos que ahí se detallan. **Se observa que esa Resolución no precisa de cuáles indígenas se trata; porque en ninguna parte de su texto la mencionada resolución estableció, es decir, no determinó ni afirmó que esa zona sólo era ocupada por los indígenas Barí**, ni el derecho de propiedad a favor del mencionado pueblo indígena sobre esas tierras.

Precisado lo anterior, se observa que lo alegado por los recurrentes se traduce en la presunta omisión del Ejecutivo Nacional en dar cumplimiento a lo previsto en la Disposición Transitoria *Décimosegunda* de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 119 *eiusdem*, normas que disponen lo siguiente:

“*Artículo 119.- El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley.*”

... *omissis* ...

Disposición transitoria Décimosegunda.- “La demarcación del hábitat indígena, a que se refiere el artículo 119 de esta Constitución, se realizará dentro del lapso de dos años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Constitución.” (Resaltado de la Sala).

De las normas transcritas se deriva que a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 se estableció un cambio fundamental en materia de pueblos indígenas, ya que se prevé que el Estado venezolano reconozca la existencia de estos pueblos y comunidades y sus derechos sobre las tierras que tradicionalmente han ocupado dentro del territorio nacional. Se incorporó asimismo una obligación concreta a cargo del Ejecutivo Nacional de demarcar dichas tierras, lo cual deberá hacer –con la participación de los pueblos indígenas- todo ello a fin de garantizarles su desarrollo y el mantenimiento de sus formas de vida. Así, gracias a la Constitución de 1999 los aborígenes pueden aspirar y lograr que se delimiten sus territorios.

Precisado lo anterior, la Sala pasará a revisar los siguientes asuntos: I) Los instrumentos jurídicos que rigen la materia indígena (en orden cronológico, sin atender a la jerarquía); II) El procedimiento para la demarcación contemplado en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; III) Los acuerdos de la Asamblea Nacional en esta materia; IV) Las Sentencias en las que la Sala Político-Administrativa ha exhortado al Ejecutivo Nacional para que cumpla con el mandato constitucional, demarcando las tierras indígenas; V) Los documentos aportados y su valor probatorio; VI) Otras consideraciones para arribar a las Conclusiones Generales (VII) y Determinaciones u órdenes (VIII).

Se advierte que, aún cuando la Constitución de 1999 reconoció los derechos de las comunidades ancestrales con la mayor amplitud establecida hasta entonces por Constitución alguna; sin embargo, en ese mismo año, el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, antes de que se promulgase dicho texto fundamental, emitió un Decreto, con el cual inició ese reconocimiento de la propiedad indígena.

I.- Instrumentos jurídicos que rigen la materia indígena.

Con respecto a los instrumentos jurídicos que regulan el asunto, la Sala advierte que el legislador no precisó con el debido rigor qué normas subsisten como vigentes y cuáles deroga, en la profusa normativa que se cita a continuación:

A.- Decreto N° 3.273 del 29 de enero de 1999 (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 5.305 Extraordinario de fecha 01 de febrero de 1999), mediante el cual se dictó el Reglamento para el reconocimiento de la propiedad sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas

“Artículo 2.- El Ejecutivo Nacional reconocerá el derecho de propiedad colectiva sobre las tierras tradicional y efectivamente ocupadas por las comunidades indígenas y ordenará lo conducente para su formalización.”

“Artículo 4.- Para el reconocimiento de la propiedad colectiva, las comunidades indígenas deberán organizarse y adquirir personalidad jurídica con la inscripción de su acta constitutiva y estatutos en la respectiva Oficina Subalterna de Registro.”

“Artículo 5.- El representante legal de la Comunidad Indígena interesada deberá solicitar ante la Procuraduría General de la República, en forma escrita, el reconocimiento del derecho de propiedad sobre las tierras que tradicionalmente vienen ocupando.”

“Artículo 7.- Recibida la solicitud (...) la Procuraduría General de la República requerirá al Ministerio de Agricultura y Cría el estudio catastral de las tierras a que se contrae la solicitud.”

“Artículo 8.- *El Ministerio de Agricultura y Cría, a través de la Dirección General Sectorial de Catastro, en un plazo de treinta (30) días hábiles, contados a partir de su requerimiento, remitirá a la Procuraduría General de la República el informe técnico sobre la verificación de los aspectos físicos y jurídicos del área cuyo estudio catastral fue solicitado.*”

“Artículo 10.- *El Ministerio de Agricultura y Cría podrá solicitar un informe técnico al Servicio Autónomo de Geografía y Cartografía Nacional del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables y cualquier otro organismo técnico competente en la materia. (...)*”

“Artículo 11.- *Verificada la ocupación originaria, tradicional y efectiva de las tierras, la Procuraduría General de la República, en un plazo de diez (10) días hábiles solicitará las instrucciones de Ley al Ministerio competente de acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Central y al régimen de uso aplicable según su ubicación. (...)*”

“Artículo 12.- *El Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio competente, instruirá a la Procuraduría General de la República, sobre lo solicitado, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes al recibo del expediente administrativo respectivo.*”

“Artículo 13.- *La Procuraduría General de la República elaborará y suscribirá el documento de propiedad respectivo para su debida protocolización, a favor de la comunidad indígena interesada, por instrucciones del Ejecutivo Nacional, en caso de ser procedente el reconocimiento de la propiedad colectiva solicitada.*” (Resaltado de la Sala).

B.- Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.118 de fecha 12 de enero de 2001)

“Artículo 2.- *A los fines de esta Ley se entiende por: (...)*

2.- *Tierras Indígenas: Aquellos espacios físicos y geográficos determinados, ocupados tradicional y ancestralmente de manera compartida por una o más comunidades indígenas. (...)*”.

“Artículo 3.- *El Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, tendrá a su cargo la coordinación, planificación, ejecución y supervisión de todo el proceso nacional de demarcación regulado por la presente Ley.*”

“Artículo 4.- *El proceso de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas será realizado por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, conjuntamente con los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas legalmente constituidas.*”

“Artículo 6.- *Se creará la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, la cual estará integrada por los Ministerios del Ambiente y de los Recursos Naturales; Ministerio de Energía y Minas; Ministerio de la Producción y el Comercio; Ministerio de Educación, Cultura y Deportes; Ministerio de la Defensa, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Interior y Justicia y ocho (8) Representantes Indígenas y demás organismos que designe el Presidente de la República (...)*”

“Artículo 8.- *Para garantizar los derechos originarios de los pueblos y comunidades indígenas sobre sus hábitat y tierras, el Proceso Nacional de Demarcación se llevará a cabo tomando en cuenta la consulta y participación directa de los pueblos y comunidades indígenas, las realidades ecológicas, geográficas, toponímicas, poblacionales, sociales, culturales, religiosas, políticas e históricas de los mismos y se considerará:*

- 1.- *Hábitat y tierras identificados y habitados únicamente por un solo pueblo indígena.*
- 2.- *Hábitat y tierras compartidas por dos o más pueblos indígenas.*
- 3.- *Hábitat y tierras compartidos por pueblos indígenas y no indígenas.*
- 4.- *Hábitat y tierras que están en Áreas Bajo Régimen de Administración Especial.*

5.- Hábitat y tierras en las cuales el Estado u organismos privados hayan decidido implementar proyectos de desarrollo económico y de seguridad fronteriza.”

“Artículo 9.- Los pueblos y comunidades indígenas que ya posean distintos títulos de propiedad colectiva sobre las tierras que ocupan o proyectos de autodemarcación adelantados, podrán solicitar la revisión y consideración de sus títulos y proyectos para los efectos de la presente Ley. Aquellos pueblos y comunidades indígenas que han sido desplazados de sus tierras y se hayan visto obligados a ocupar otras, tendrán derecho a ser considerados en los nuevos procesos de demarcación.”

“Artículo 11.- En el Proceso Nacional de demarcación se tomará en cuenta los linderos que de acuerdo a la ocupación y uso ancestral y tradicional de sus hábitat y tierras, (...) señalen los pueblos y comunidades indígenas, y se ejecutará conforme a las normas y especificaciones técnicas dictadas por el Instituto Geográfico de Venezuela Simón Bolívar.”

“Artículo 12.- Una vez conformado el expediente del Hábitat y Tierra de cada pueblo o comunidad indígena, el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales lo remitirá a la Procuraduría General de la República a los fines de expedición del título de propiedad colectiva de los mismos.

Expedido el título correspondiente los interesados deberán inscribirlo ante la oficina municipal de Catastro respectivo de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional.”

“Artículo 14.- El Proceso Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas abarca los pueblos y comunidades hasta ahora identificados: (...) Zulia: (...) barí, wayuu (guajiro), yukpa (...) Este proceso también incluye los espacios insulares, lacustres, costaneros y cualesquiera otros que los rublos y comunidades indígenas ocupen ancestral y tradicionalmente, con sujeción a la legislación que resulta de dichos espacios.

La enunciación de los pueblos y comunidades señalados no implica la negación de los derechos que tengan a demarcar su hábitat y tierras otros pueblos o comunidades que por razones de desconocimiento no estén indicados en esta Ley.”

“Artículo 16.- Las normas generales y particulares contenidas en esta Ley se aplicarán con preferencia a las disposiciones del ordenamiento legislativo nacional que se opongan a ella” (Resaltado de la Sala).

C.- Decreto Nº 1.392 del 03 de agosto de 2001 (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.257 del 09 de agosto de 2001)

“Artículo 1.- Se crea la Comisión Presidencial denominada ‘Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas’ con carácter temporal, que tendrá por objeto promover, asesorar y coordinar todo lo relativo al proceso nacional de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas que será desarrollado por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales.”

“Artículo 4.- La Comisión (...) tendrá las siguientes atribuciones:

1.- Proponer las directrices, mecanismo y acciones que definan y coadyuven al proceso nacional de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas.

2.- Orientar y proponer las directrices y procedimientos pertinentes para la sustanciación de los expedientes que deben conformarse a los fines de la demarcación del hábitat y tierras de cada pueblo y comunidad indígena para los efectos de la titulación correspondiente.

3.- Proponer los mecanismos y procedimientos que aseguren la participación de los pueblos y comunidades indígenas, así como de sus organizaciones, en el proceso nacional de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas.

4.- *Asesorar a los organismos intervinientes en todo lo relativo a la coordinación, planificación, ejecución y supervisión del proceso nacional de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas, así como en cualquier otro aspecto conexo al mismo.*

5.- *Conformar los grupos de trabajo que sean necesarios a los fines de dar cumplimiento a sus atribuciones.*” (Resaltado de la Sala).

D.- Ley Aprobatoria del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.305 del 17 de octubre de 2001)

“Artículo 13.- 1.- (...) los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las <tierras> o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupen o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación (...)

“Artículo 14. 1.- **Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.** Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencias. A este respecto, deberá presentarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2.- **Los gobiernos deberán** tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y **garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.**

3.- *Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.* “

“Artículo 18.- *La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.*”

“Artículo 36.- *Este convenio revisa el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 [convenio 107].*” (Resaltado de la Sala).

E.- Decreto N° 5.591 de fecha 30 de agosto de 2007 (publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.758 del 30 de agosto de 2007), **mediante el cual se reformó el Decreto de creación de la Comisión Presidencial “Misión Guaicaipuro”** (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.758 del 30 de agosto de 2004)

“Artículo 1.- **Se crea la Comisión Presidencial ‘Misión Guaicaipuro’, con carácter permanente, que tendrá por objeto coordinar, promover y asesorar todo lo relativo a la restitución de los derechos originarios y específicos de los pueblos y comunidades indígenas de la República Bolivariana de Venezuela, en cumplimiento a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**”

“Artículo 3.- *La Comisión tendrá las siguientes atribuciones:*

1.- *Articular y Coordinar la ejecución de políticas, planes, programas, proyectos y medidas para la restitución de los derechos originarios de los pueblos y comunidades indígenas diseñado por el Gobierno Nacional en concordancia con el poder comunal. (...)*” (Resaltado de la Sala).

F.- Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.344 del 27 de diciembre de 2005)

“Artículo 20.- El Estado reconoce y garantiza a los pueblos y comunidades indígenas, su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan, así como la propiedad colectiva de las mismas, las cuales son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Las tierras de los pueblos y comunidades indígenas son inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles.”

“Artículo 21.- El Estado Garantiza a los pueblos y comunidades indígenas la protección y seguridad debida en el hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas en los espacios fronterizos, preservando la integridad del territorio, la soberanía, la seguridad, la defensa, la identidad nacional, la diversidad y el ambiente, de acuerdo con el desarrollo cultural, económico, social e integral.”

“Artículo 23.- El Estado reconoce y garantiza el derecho originario de los pueblos y comunidades indígenas a su hábitat y a la propiedad colectiva de las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan. El Poder Ejecutivo, conjuntamente con los pueblos y comunidades indígenas, realizará la demarcación de su hábitat y tierras a los fines de su titulación de acuerdo con los principios y al procedimiento establecido en la presente Ley. Para la demarcación y titulación serán de obligatoria observación las realidades culturales, etnológicas, ecológicas, geográficas, históricas y la toponimia indígena, los cuales deberán reflejarse en los documentos correspondientes.”

“Artículo 25.- Los pueblos y comunidades indígenas que cuenten con documentos definitivos o provisionales, que acrediten su propiedad o posesión colectiva sobre sus tierras, otorgados sobre la base de diferentes dispositivos de la legislación agraria o según el derecho común, incluso títulos coloniales registrados o no, podrán presentarlos a los fines de la demarcación y titulación de conformidad con la ley que rige la materia y con la presente Ley. Adicionalmente deben incluirse como parte del hábitat y tierras indígenas, aquellos espacios geográficos a los que estos pueblos y comunidades han tenido acceso ancestral y tradicionalmente, aunque dichos títulos no versaren sobre ellos.”

“Artículo 26.- El hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas en ningún caso puede ser calificadas como baldías, ociosas o incultas a los fines de su afectación o adjudicación a terceros en el marco de la legislación agraria nacional, ni consideradas como áreas de expansión de las ciudades para su conversión en ejidos.”

“Artículo 27.- Los pueblos y comunidades indígenas determinarán, de común acuerdo y según sus usos y costumbres las formas, uso y sucesión de su hábitat y tierras. Las controversias que puedan surgir al respecto serán resueltas en base a su derecho propio y en su jurisdicción.”

“Artículo 28.- Los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho al uso, goce, aprovechamiento y a participar en la administración de su hábitat y tierras, a los fines de mantener sus formas de vida, promover sus prácticas económicas y definir su participación en la economía nacional. Sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes que rigen la materia.”

“Artículo 29.- La propiedad colectiva del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas podrá ser de uno o más pueblos y de una o mas comunidades indígenas según las condiciones, características y exigencias de los mismos.”

“Artículo 30.- Los títulos de propiedad colectiva sobre el hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas, otorgados con las formalidades de la presente Ley, deben ser otorgados ante la oficina municipal de catastro y ante el registro especial que al efecto creará el Ejecutivo Nacional. Los títulos de propiedad colectiva están exentos del pago de derechos de registro y de cualquier otra tasa o arancel, que se establezca por la prestación de este servicio. En los Municipios que corresponda conforme a la ley que regula la materia, se creará el catastro del hábitat y tierras indígenas y dispondrá lo necesario para la inserción de los títulos de propiedad colectiva indígena.”

“Artículo 31.- Las tierras correspondientes a los pueblos y comunidades indígenas no podrán constituirse en ejidos. Las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan los pueblos y comunidades indígenas que hayan sido declaradas como ejidos, serán transferidas a estos pueblos y comunidades indígenas previo cumplimiento de las formalidades previstas en las ordenanzas municipales, a los fines de su demarcación y titulación conforme con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la presente Ley, sin menoscabo de los derechos de terceros.”

“Artículo 32.- El hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas sobre los cuales se han establecido las áreas naturales protegidas, deben ser incluidas en la demarcación y titulación del hábitat y tierras conforme a la presente Ley y demás disposiciones legales que rigen la materia.” (Resaltado y subrayado de la Sala).

G.- Ley de Reforma Parcial de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.991 extraordinario del 29 de julio de 2010)

“Artículo 34.- Con el objeto de establecer las bases del desarrollo rural, el Instituto Nacional de Tierras (INTI), adoptará las medidas que estime pertinentes para la transformación de todas las tierras con vocación de uso agrícola en unidades productivas bajo modalidades organizativas diversas, privilegiando las de propiedad social. En cumplimiento de este mandato, podrá rescatar toda tierra de su propiedad, o del dominio de la República, institutos autónomos, corporaciones, empresas del Estado, fundaciones o cualquier entidad de carácter público nacional, incluso baldíos nacionales que se encuentren ociosas o de uso no conforme.

En aquellas zonas sometidas a un régimen de administración especial, adoptará las medidas que estime pertinentes en coordinación con el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia ambiental.

Parágrafo único: En lo relativo a las tierras y hábitat de los pueblos y comunidades indígenas, se aplicará lo establecido en la ley orgánica que rige la materia.” (Resaltado de la Sala).

II.- El procedimiento para la demarcación contemplado en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas

“Artículo 33.- Las autoridades legítimas de los pueblos y comunidades indígenas y las organizaciones indígenas participarán en la planificación y ejecución de las actividades de demarcación a los fines de facilitar entre otros aspectos, el levantamiento topográfico y cartográfico del hábitat y tierras indígenas a demarcar. En el proceso de demarcación se le dará especial importancia a los conocimientos ancestrales y tradicionales aportados por los ancianos y ancianas indígenas sobre la ocupación del hábitat y tierras.”

“Artículo 34.- El procedimiento de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas estará a cargo del Ejecutivo Nacional por órgano del ministerio competente según lo previsto en la ley que rige la materia. La Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas y las comisiones regionales de demarcación o, los entes que a tales fines sean creados, actuarán por órgano del ministerio con competencia en esta materia, de conformidad con la presente Ley y demás disposiciones legales y reglamentarias.”

“Artículo 35.- El Ejecutivo Nacional, a través de la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, dispondrá de los recursos humanos, económicos, científicos y tecnológicos necesarios para la demarcación del hábitat y tierras indígenas. El Instituto Geográfico de Venezuela Simón Bolívar debe prestar todo su apoyo científico, tecnológico y logístico en el proceso de demarcación del hábitat y tierras indígenas.”

“Artículo 36.- La Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas y las comisiones regionales, requerirán de los órganos del Poder Público Nacional, estatal y municipal, toda la información que dispongan sobre los pueblos y comunidades indígenas que guarden relación con el proceso de demarcación.”

“Artículo 37.- La Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas y las comisiones regionales, podrán en cualquier momento subsanar las faltas o vicios de índole administrativo que puedan surgir durante el procedimiento de demarcación del hábitat y tierras indígenas, de lo que deberán ser notificados los interesados.”

*“Artículo 38.- **El procedimiento de demarcación del hábitat y tierras indígenas se iniciará de oficio o a solicitud del pueblo o pueblos y comunidad o comunidades indígenas, directamente o a través de sus organizaciones indígenas previstas en esta Ley. Corresponde a las comisiones regionales de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas el inicio del procedimiento, la apertura y sustanciación del respectivo expediente.***

Cuando el procedimiento de demarcación se inicie a solicitud de parte interesada, en forma oral o escrita, se requerirá la siguiente información:

- 1.- Identificación del pueblo o pueblos y comunidad o comunidades indígenas de pertenencia.*
- 2.- Identificación de las autoridades legítimas o representantes del pueblo o pueblos y comunidad o comunidades indígenas o de sus organizaciones indígenas.*
- 3.- Población estimada.*
- 4.- Ubicación geográfica, indicando en forma práctica los linderos aproximados del hábitat y tierras solicitadas, así como otra información geográfica, expresando si son compartidos con otros pueblos y comunidades indígenas.*
- 5.- Documentos de cualquier naturaleza sobre el hábitat y tierras indígenas a demarcar, si los hubiere.*
- 6.- Proyecto de demarcación o autodemarcación del hábitat y tierras indígenas, si lo hubiere.*
- 7.- Existencia de terceros no indígenas dentro del hábitat y tierras indígenas.*
- 8.- La dirección donde se harán las notificaciones y la firma del o los solicitantes.*
- 9.- Cualquiera otra información necesaria para la demarcación.*

Si la solicitud es presentada en forma oral, se levantará un acta al efecto. En cualquiera de los casos, se dará constancia del recibo de la petición.

Cuando el procedimiento se inicia de oficio, la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas ordenará la apertura del expediente y librára las boletas de notificación correspondiente. En fin todo lo demás se regirá conforme al procedimiento de solicitud de parte.”

*“Artículo 39.- **Las solicitudes de demarcación del hábitat y tierras indígenas se tramitarán por orden cronológico y cuando existan varias peticiones de una misma comunidad, grupo de comunidades o pueblos indígenas, sobre un mismo espacio geográfico se acumularán en un solo expediente.***”

“Artículo 40.- Recibida la solicitud o iniciada de oficio, la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, dentro de los tres días hábiles siguientes, dictará el auto de apertura del expediente de demarcación del hábitat y tierras indígenas.

Si la solicitud es presentada ante la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, ésta la remitirá dentro de los tres días hábiles siguientes a la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas correspondiente, para la apertura y sustanciación del expediente.”

“Artículo 41.- Dictado el auto de apertura del procedimiento, la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas dentro de los tres días hábiles siguientes, librará las boletas de notificación a los órganos, entes competentes del Estado, a las autoridades legítimas o representantes del pueblo o pueblos y comunidad o comunidades indígenas y demás interesados.

*Dentro del mismo lapso, la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas ordenará la publicación de un cartel en dos diarios, uno de circulación nacional y otro de circulación regional, en el cual se colocará un ejemplar en un sitio visible en la sede de la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, a los fines de notificar a toda persona cuyos derechos e intereses puedan verse afectados en el procedimiento de demarcación. El cartel contendrá la identificación del pueblo o pueblos y comunidad o comunidades indígenas involucrados, ubicación del hábitat y tierras objeto del procedimiento, y cualquier otra información que se estime necesaria, para que dentro de los quince días hábiles en que conste en el expediente, dicho cartel publicado y las publicaciones correspondientes, presenten sus alegatos y defensas. **En el procedimiento de demarcación no opera la perención.***

En los procedimientos judiciales o administrativos que pretendan el desalojo de pueblos y comunidades indígenas, el juez o la autoridad competente deberá, desde la declaratoria del inicio del procedimiento de demarcación, hasta el acto definitivo de demarcación, paralizar el procedimiento y abstenerse de decretar y ejecutar medidas de desalojo en contra de estos pueblos y comunidades que, ancestral y tradicionalmente se encuentren dentro de los espacios geográficos sujetos al procedimiento de demarcación del hábitat y tierras indígenas.

Dictado el acto definitivo de demarcación, el juez o la autoridad competente adecuará su decisión a lo resuelto en dicho acto.

“Artículo 42.- Vencido el lapso de la presentación de los alegatos y defensas, la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, conjuntamente con los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas involucrados, realizarán los estudios técnicos, socioculturales, físicos, jurídicos, y elaborará el informe de demarcación en un lapso de sesenta días continuos prorrogable por el mismo lapso, el cual contendrá los siguientes aspectos:

- 1.- Situación cultural de los pueblos y comunidades indígenas: (...).*
- 2.- Situación física de los pueblos y comunidades indígenas involucrados (...)*
- 3.- Situación jurídica del hábitat y tierras: (...)*
- 4.- Situación de terceros no indígenas (...).*
- 5.- Posibles conflictos que pudieren surgir como consecuencia de la demarcación.”*

“Artículo 43.- Dentro del lapso previsto para elaboración del informe de demarcación serán analizados los alegatos, defensas y pruebas presentadas por los interesados. En caso de conflictos, la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas propondrá los medios alternativos de solución de conflictos, sin menoscabo de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.”

“Artículo 44.- Elaborado el informe de demarcación, éste será distribuido entre los miembros de la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, dentro de los quince días continuos al vencimiento del lapso anterior para su discusión. En el mismo lapso, el informe será remitido a los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas involucrados, quienes podrán presentar las propuestas u observaciones que consideren pertinentes.

Vencido el lapso, la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, tendrá quince días hábiles para la discusión del informe de demarcación, el cual requerirá para su aprobación, el voto favorable de la mayoría simple de los miembros de esta Comisión. Aprobado el informe de demarcación, se remitirá con el expediente a la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas para su revisión, discusión y dictamen.”

“Artículo 45.- Recibido el informe con el expediente por la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, lo distribuirá entre sus miembros dentro de los tres días hábiles siguientes a su recepción y fijará su discusión para el quinto día hábil siguiente a la fecha de su distribución. Agotado el término, tendrá un lapso de quince días hábiles para su discusión.

Si de la revisión se evidencia la falta de alguno de los elementos que debe contener el informe de demarcación o el expediente, solicitará a la Comisión Regional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas respectiva, remitir la información faltante en un lapso de cinco (5) días hábiles. Recibida la información o vencido este lapso, continuará la discusión del informe de demarcación, la cual no excederá de un lapso de quince días hábiles.”

“Artículo 47.- Concluido el lapso de discusión del informe de demarcación, revisadas y analizadas todas las actuaciones que contiene el expediente, la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas dentro de los cinco días hábiles siguientes, se pronunciará mediante dictamen motivado sobre la demarcación y titulación del hábitat y tierras indígenas, el cual contendrá:

- 1.- Identificación del pueblo o pueblos y comunidad o comunidades indígenas involucrados.*
- 2.- Indicación de los linderos y medidas del hábitat y tierras indígenas reconocidos como propiedad colectiva indígena.*
- 3.- Indicación de los espacios o áreas ocupados por terceros y su identificación, si los hubiere.*
- 4.- Indicación de los espacios geográficos correspondientes a áreas naturales protegidas, si los hubiere.*
- 5.- Indicación de terrenos declarados como ejidos, si los hubiere.*
- 6.- Indicación de los espacios geográficos donde se estén ejecutando proyectos, concesiones o actividades de carácter público, privado o mixto de desarrollo o aprovechamiento de recursos naturales, acompañándose los mapas y demás documentos correspondientes.*
- 7.- Exposición motivada de los aspectos legales y jurídicos.*
- 8.- Cualquier otro dato necesario para el dictamen.*

Aprobado el dictamen, la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, dentro de los cinco días hábiles siguientes, lo remitirá mediante oficio con el expediente de demarcación en su forma original, a la Procuraduría General de la República a los fines de que sea expedido el título de propiedad colectiva del hábitat y tierras indígenas respectivo reservándose copia certificada del expediente y del dictamen de demarcación.

La Procuraduría General de la República, en un lapso de treinta días hábiles contados a partir de la fecha de recibo del dictamen con el expediente de demarcación, expedirá el título de propiedad colectiva del hábitat y tierras indígenas. Dentro del mismo lapso, la Procuraduría General de la República podrá solicitar por ante la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas información concerniente al dictamen de demarcación. Se establece un lapso de quince días hábiles para la protocolización y registro del título de propiedad colectiva del hábitat y tierras indi-

genas por ante el registro especial correspondiente. Este acto agota la vía administrativa, y contra él se podrá ejercer el recurso de nulidad (...) ante la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, dentro de los sesenta días siguientes a su registro y protocolización en el registro especial respectivo.” (Resaltado de la Sala).

III.- Acuerdos de la Asamblea Nacional en materia indígena.

1º *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.749 de fecha 08 de agosto de 2003:

“Solicitar al Ejecutivo Nacional, y en especial al Consejo Nacional de Demarcación, la celeridad en la Demarcación del Hábitat y Tierras ancestrales de los pueblos indígenas de Venezuela”. (Resaltado de la Sala).

2º *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.237 del 07 de agosto de 2009:

“(...) TERCERO: Impulsar y apoyar las políticas públicas que permitan reafirmar los derechos originarios, históricos y específicos de los pueblos y comunidades indígenas previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, comenzando por la demarcación del hábitat y tierras de los pueblos indígenas. (...)” (Resaltado de la Sala).

IV.- Sentencias en las que la Sala Político-Administrativa ha instado al Ejecutivo Nacional para que cumpla con el mandato constitucional, y proceda con prontitud a demarcar las tierras y territorios indígenas:

1) N° 01002 de fecha **14 de junio de 2007**, caso: *Comunidad Indígena Yukpa y Asociación Oshipa vs. República Bolivariana de Venezuela*, expediente N° 2002-0501, esta Sala dispuso lo siguiente:

“(...) Sin perjuicio de la declaratoria anterior, visto que el caso concreto implica la efectiva materialización de los derechos de los pueblos indígenas consagrados en el Capítulo VIII de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala considera que la autoridad administrativa encargada debe encaminarse decididamente a lograr la plena efectividad de los derechos de estos pueblos, por lo que se acuerda remitir copia certificada del presente fallo al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, como órgano encargado de coordinar, planificar, ejecutar y supervisar lo relacionado con el proceso de demarcación bajo análisis, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 3 de la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas, para que continúe activamente en el correcto cumplimiento de las provisiones legales sobre la materia (...)” (Resaltado de la Sala).

Aunque la decisión parcialmente transcrita no se refiere al pueblo Barí, lo cierto es que se relaciona con la demarcación de las tierras indígenas, motivo por el cual a juicio de esta Sala, constituye un antecedente de las veces en que se ha instado al Ejecutivo Nacional a realizar la mencionada demarcación de tierras.

2) N° 0702 de fecha **21 de mayo de 2009**, de carácter interlocutorio, sentencia dictada en esta misma causa, en la cual la Sala, al referirse a lo previsto en el artículo 119 y Disposición Transitoria *Décimosegunda* de la Constitución de 1999, estableció:

“(...) Tales normas constituyen imperativos categóricos que debe cumplir la República, en un determinado plazo, para hacerle justicia a los pueblos indígenas, preteridos por siglos hasta 1999, cuando esta Constitución reconoció sus derechos ancestrales, entre éstos la demarcación de sus tierras. (...) que –aun cuando evidentemente se ha estado cumpliendo en diferentes puntos de la geografía nacional- todavía es un proceso no concluido, que debe acelerarse en honor a los habitantes ancestrales de la tierra venezolana, nuestros primigenios pobladores.

En consecuencia, como tales preceptos constitucionales son principios rectores de la venezolanidad, en el marco de un Estado de Derecho y de Justicia que tiende al socialismo como forma de justicia suprema, debe la República concluir cabalmente la demarcación de las tierras que ocupan nuestros indígenas nacionales desde tiempos inmemoriales (...)” (Resaltado de la Sala).

V.- Documentos aportados y su valor probatorio:

V.1.- Documento consignado por los actores:

V.1.1.- Escrito de fecha **20 de diciembre de 2000**, esto es, bajo la vigencia del Reglamento para el reconocimiento de la propiedad sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 5.305 Extraordinario de fecha 01 de febrero de 1999), mediante el cual los actores solicitaron ante la Procuraduría General de la República se realice *“la DEMARCACION de lo que posee[n] y ti[enen] bajo título público, ratificando el título de propiedad sobre esas tierras y se ordene su protocolización”* (sic) de acuerdo a la reserva indígena establecida en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 26.520 de fecha 05 de abril de 1961 (folios 13 al 19 expediente judicial).

V.2.- Documentos que cursan en el expediente administrativo:

V.2.1.- Copia fotostática del escrito presentado por los recurrentes el 01 de febrero de 2001 ante la Procuraduría General de la República, mediante el cual pidieron respuesta a su petición del 20 de diciembre de 2000 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución de 1999 y en la que, por haber entrado en vigencia la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas el 12 de enero de 2001, piden que remita su solicitud a los fines de su trámite al organismo competente de acuerdo a dicho texto legal (folios 8 y 9 expediente administrativo).

V.2.2.- Originales de los oficios números 0316 y 317 ambos de fecha 28 de febrero de 2001, mediante los cuales la Procuradora General de la República informó a los actores que sus solicitudes fueron remitidas al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales en virtud de tener a su cargo la ejecución del proceso nacional de demarcación conforme al artículo 3 de la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas, y a través del cual se remitieron las mencionadas solicitudes al referido despacho Ministerial, respectivamente (folios 5, 6 y 7 expediente administrativo).

V.2.3.- Original del escrito de fecha 09 de marzo de 2001 mediante el cual los recurrentes solicitaron reconsideración del citado oficio N° 0316 del 28 de febrero de 2001 emanado de la Procuraduría General de la República, por considerar que más que una demarcación, lo solicitado por ellos fue *“que se le reconozca y se tenga como válido y se le ratifique, su título legalmente emitido y respaldado por la posesión permanente, en sus linderos y extensiones precisas”* (folios 2 al 4 expediente administrativo).

V.3.- Documentos aportados por la representación judicial de la República:

V.3.1.- Copias fotostáticas de los oficios cuyos datos se especifican en el capítulo de las pruebas, todos del año 2002, mediante los cuales la Presidenta de la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas solicitó a los Ministerios de Interior y Justicia, de Relaciones Exteriores, de la Defensa, de Energía y Petróleo, al Gobernador del Estado Zulia, a la Presidenta del Instituto Nacional de Parques y al Presidente de Petróleos de Venezuela, S.A., la designación de los miembros que participarían en las Comisiones Regionales de Demarcación en representación de esos despachos (folios 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 200 expediente judicial).

V.3.2.- Copia fotostática del Resumen Informativo del proceso de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas en Venezuela, sin identificación de autor (folios 178 al 184 expediente judicial).

La Sala advierte que esta copia no contiene firma ni fecha, por lo que, en virtud de la imposibilidad de establecer su autoría, no se le da valor probatorio.

V.3.3.- Copia fotostática del Informe de Actividades elaborado por la ciudadana Lya CÁRDENAS, sin identificación en autos, “*personal de apoyo técnico de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Nacional [de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas]*”, realizado con motivo del “*Taller de Sensibilización sobre el proceso de demarcación del Estado Zulia*”, efectuado en “*octubre, 2002*”, y listado de asistentes; documentos en los que se detallan las actividades realizadas por esa Comisión hasta octubre de 2002, las cuales consisten principalmente en reuniones con distintas asociaciones indígenas (dentro de las que no figura la asociación recurrente), la elaboración del Reglamento Interno de Funcionamiento de la mencionada Comisión, y la realización de talleres de trabajo relacionados con el tema de la demarcación (folios 203 al 208 expediente judicial). Esta copia tiene valor indiciario, pero no se relaciona expresamente con la etnia Barí.

V.4.- Documento aportado por el Ministerio Público:

V.4.1.- Original del oficio N° 079 de fecha 03 de marzo de 2010 mediante el cual el Director General de la Oficina de Fronteras del Ministerio de Relaciones Exteriores informó a la Fiscalía Segunda del Ministerio Público ante el Tribunal Supremo de Justicia en Salas Plena, Constitucional, Político-Administrativa y Electoral, lo siguiente:

“(…) Es grato dirigirme a usted, en ocasión de (...) dar respuesta a su atento oficio número (...) de fecha 03/03/10, donde se nos solicita información ‘si en la Zona de la Sierra de Perijá se encuentra demarcada o no la Zona correspondiente a la República Bolivariana de Venezuela y la correspondiente a la República de Colombia y en caso de ser afirmativa su respuesta, especifique si tal demarcación se ha efectuado de manera total o parcial’.

En relación a la solicitud planteada, esta Oficina se permite informar primeramente que el sector en referencia se encuentra completamente **delimitado**, por los respectivos instrumentos jurídicos suscritos por ambos Gobiernos y que el Tratado de Demarcación y Navegación de Ríos Comunes de 1941, establece en su Artículo 1: ‘Los Estados Unidos de Venezuela y la República de Colombia declaran que la frontera entre las dos Naciones está en todas sus partes definidas por los pactos y actos de alindamiento y el presente Tratado; que todas las diferencias sobre materia de límites quedan terminadas; y que reconocen como definitivos e irrevocables los trabajos de demarcación hechos por las Comisiones Demarcadoras en 1901, por la Comisión de Expertos Suizos (...)’.

Por otra parte, se informa que durante los años 1998 y 2000, la Comisión Mixta Venezolano-Colombiana Demarcadora realizó trabajos de **demarcación** en ejecución de la delimitación, en la Sierra de Perijá, (...) en una extensión de 10,9 kilómetros en el sector conocido localmente como Cerro El Avión erigiendo 35 hitos internacionales de frontera y determinando 249 posiciones GPS que identifican el sector demarcado (se anexa croquis del sector demarcado). En virtud de lo anterior, recordando que el sector está debidamente delimitado, hasta ahora se ha realizado una demarcación ‘parcial’ en la Sierra de Perijá. (...)” (folio 427 al 430 expediente judicial) (Subrayado y resaltado del texto).

Se deja constancia de que este instrumento fue consignado por la representación del Ministerio Público, varios días después de haberse celebrado el acto de informes orales. El mencionado instrumento es de los denominados documentos administrativos, los cuales según el criterio de esta Sala “*configuran una tercera categoría de prueba instrumental que no puede ser asimilada a la del documento público definido en el artículo 1.357 del Código Civil, pues*

no participa del carácter negocial que caracteriza a este último. Sin embargo, su carácter auténtico deviene del hecho de ser una declaración emanada de un funcionario público, con las formalidades exigidas en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Así, ha dejado establecido la Sala en anteriores oportunidades, que los documentos administrativos se asemejan a los privados reconocidos o tenidos por reconocidos (artículo 1.363 eiusdem), pero sólo en lo que respecta a su valor probatorio, pues en ambos casos debe tenerse por cierto su contenido (...). Dado que la declaración contenida en estas documentales hace fe hasta prueba en contrario, estima la Sala que los documentos administrativos pueden producirse hasta los últimos informes, como lo prevé el Código de Procedimiento Civil para el caso de los documentos públicos y, en consecuencia, los mismos han de tener valor probatorio a los efectos del estudio del caso de autos. (...)” (Sentencia N° 01419 del 06 de junio de 2006) (Resaltado de la Sala).

Respecto de este oficio, la Sala considera, conforme al criterio parcialmente transcrito, que los documentos administrativos pueden ser presentados por las partes hasta los últimos informes. En el presente caso el referido oficio fue presentado por el Ministerio Público luego de dicho acto procesal. Al respecto es preciso hacer las siguientes consideraciones:

El artículo 285 de la Constitución de 1999 prevé lo siguiente:

“Artículo 285.- Son atribuciones del Ministerio Público: (...)

1. Garantizar en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías constitucionales, así como a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.

2. Garantizar la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y el debido proceso. (...)

6. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley.”

De la norma parcialmente transcrita se deriva que el Ministerio Público es parte de buena fe y tutor de la legalidad en todos los juicios.

Con fundamento en lo expuesto y tomando en cuenta que lo consignado es un documento administrativo cuyo contenido debe tenerse por cierto hasta prueba en contrario, estima la Sala que de este documento se deriva que ha sido demarcada parcialmente la Sierra de Perijá (una extensión de 10,9 kilómetros), pero que ello obedece a la demarcación de frontera con Colombia y no a la de las tierras de los pueblos y comunidades indígenas.

VI.- Otras consideraciones:

Por otra parte, de acuerdo a los instrumentos legales que rigen la materia, parcialmente transcritos en este fallo, se observa que para la fecha en que los recurrentes solicitaron la demarcación de sus tierras (20 de diciembre de 2000), además de la Constitución de 1999 que establecía la obligación a cargo del Ejecutivo Nacional de demarcar los territorios indígenas – con la participación de los pueblos originarios- y reconocer los derechos que esos grupos étnicos tienen sobre las tierras que ancestralmente ocupan, estaba en vigencia el Reglamento para el reconocimiento de la propiedad sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 5.305 Extraordinario de fecha 01 de febrero de 1999), que preveía un procedimiento para dicha demarcación, procedimiento que -según se evidencia de autos- no fue cumplido.

El **12 de enero de 2001** entró en vigencia la **Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas**, la cual establece que el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales era el competente para coordinar, planificar, ejecutar y super-

visar todo el proceso nacional de demarcación, que debería realizarse con la participación de los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas legalmente constituidos (artículos 3 y 6 *eiusdem*). Dicha ley estableció que se crearía posteriormente la **Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas**, y se contempló un procedimiento conforme al cual el expediente debía ser sustanciado en el mencionado Ministerio y luego remitido a la Procuraduría General de la República, a los fines de la expedición del título de propiedad colectiva de las tierras.

Como ha sido expresado antes, en fecha **28 de febrero de 2001** la Procuraduría General de la República remitió al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales las solicitudes de demarcación presentadas por los recurrentes, sin que conste en autos ninguna respuesta del referido ministerio, ni prueba alguna de la sustanciación del expediente que debió formarse con relación a dichas solicitudes.

El **09 de agosto de 2001** el Ejecutivo cumplió el imperativo legal, creó la **Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas** para promover, asesorar y coordinar todo lo relativo al proceso nacional de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.257 de igual fecha).

En relación con la mencionada **Comisión**, sólo consta en autos que su Presidenta en el año 2002 solicitó a los Ministerios de Interior y Justicia, de Relaciones Exteriores, de la Defensa, de Energía y Petróleo, al Gobernador del Estado Zulia, a la Presidenta del Instituto Nacional de Parques y al Presidente de Petróleos de Venezuela S.A., la designación de los miembros que participarían en las Comisiones Regionales de Demarcación en representación de esos despachos (folios 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 200 expediente judicial), y un informe sobre las actividades desplegadas por dicha Comisión hasta octubre de 2002.

El **17 de octubre de 2001** fue publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.305 la **Ley Aprobatoria del Convenio 169 sobre Pueblos y Comunidades Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo**, consistente en que los estados partes se obligan a reconocer a los pueblos originarios los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan y a tomar las medidas necesarias para determinar cuáles son esas tierras y garantizar la protección efectiva de sus derechos ancestrales.

El **03 de agosto de 2004** se creó la **Misión Guaicaipuro** (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.997 del 09 de agosto de 2004), reformado por el **Decreto N° 5.591 de fecha 30 de agosto de 2007** (publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.758 de la misma fecha), que tiene por objeto coordinar, promover y asesorar en todo lo relativo a la restitución de los derechos originarios y específicos de los pueblos y comunidades indígenas de la República Bolivariana de Venezuela.

El 27 de diciembre de 2005 entró en vigencia la **Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas** en la que “*El Estado reconoce y garantiza el derecho originario de los pueblos y comunidades indígenas a su hábitat y a la propiedad colectiva de las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan. El Poder Ejecutivo, conjuntamente con los pueblos y comunidades indígenas, realizará la demarcación de su hábitat y tierras a los fines de su titulación de acuerdo con los principios y al procedimiento establecido en la presente Ley*” (artículo 23 *eiusdem*) (Resaltado de la Sala).

El mencionado texto legal prevé un procedimiento para la demarcación de las tierras indígenas, que puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte ante las Comisiones Regionales de Demarcación del Hábitat y Tierras de los pueblos y comunidades indígenas, en el que además de los solicitantes se convoca a todos los interesados mediante la publicación de carteles en la prensa nacional y regional.

Está previsto en dicho procedimiento una fase de presentación de alegatos y defensas, así como la realización de un informe de demarcación (que contendrá estudios técnicos, socioculturales, físicos y jurídicos), que será revisado por las comunidades indígenas interesadas y por los miembros de la Comisión Regional de demarcación que corresponda, ente que una vez aprobado lo remitirá a la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas adscrita al Ministerio del Poder Popular para el Ambiente.

La última de las comisiones mencionadas, una vez revisado el asunto, emitirá un dictamen que será enviado a la Procuraduría General de la República para que ésta dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a su recepción expida el título de propiedad colectiva del hábitat y tierras indígenas respectivo, el cual deberá ser registrado dentro de los quince (15) días hábiles siguientes.

Advierte la Sala que el citado procedimiento de demarcación no estaba vigente para la fecha en que los recurrentes solicitaron la demarcación de tierras.

VII.- Conclusiones generales:

El análisis de todos los elementos jurídicos y fácticos estudiados conduce a la Sala a arribar a las siguientes **conclusiones generales**:

1ª) Aún cuando el 20 de diciembre de 2000 fue solicitada por los recurrentes la demarcación de las tierras que ancestralmente han ocupado, no consta en autos que esa demarcación haya sido realizada, o al menos iniciada.

2ª) Sólo está acreditado en autos que se han llevado a cabo gestiones, reuniones y talleres referidos, en general, a la demarcación de las tierras indígenas, no sólo la que corresponde a los recurrentes, es decir, no existe un pronunciamiento definitivo en torno a la solicitud de demarcación formulada por los actores.

3ª) Entiende la Sala que la demarcación de las tierras indígenas es un proceso complejo, motivo por el que hasta este momento la Sala había sido del criterio que *“cuando el Constituyente se refirió en la Disposición Transitoria Décima Segunda del Texto Constitucional a que el proceso de demarcación debía realizarse en el lapso de dos años, no aludió a que debía culminarse dentro de dicho lapso (...)”* (sentencia N° 01002 del 14 de junio de 2007) (Resaltado de esta decisión). No obstante lo expuesto, se advierte que han pasado más de diez (10) años desde que entró en vigencia la Constitución de 1999, que estableció a cargo del Ejecutivo Nacional la obligación de demarcar los territorios indígenas -con la participación de esos pueblos originarios- y garantizarles el derecho a la propiedad colectiva sobre las tierras que ancestralmente ocupan. Además se observa que han transcurrido más de nueve (9) años desde que los recurrentes solicitaron la demarcación de sus tierras, petición constitucional no satisfecha, ni tampoco se verifica que se haya iniciado acto alguno del cual pueda colegirse que se abrió ese procedimiento, en lo que respecta a los recurrentes. Esto evidencia, como conclusión de la Sala, que está probada la omisión denunciada. Así se declara.

4ª) Considera la Sala que tal omisión es tanto más evidente cuanto que ya fue emitida una sentencia interlocutoria en este mismo caso en la que la Sala advirtió al Ministerio del

Poder Popular para el Ambiente que debía resolver la petición de demarcación de la etnia Barí, por cuanto estaba en mora con tal obligación constitucional de carácter constituyente (sentencia interlocutoria N° 0702 de fecha 21 de mayo de 2009).

5ª) Como conclusión final para resolver la petición principal de este recurso de carencia de decisión administrativa, **observa la Sala que por cuanto en el presente caso los recurrentes además de solicitar se declarara con lugar la abstención del Ejecutivo en demarcar sus tierras, pidieron también que se les ratificara su derecho de propiedad colectiva sobre la reserva indígena establecida mediante Resolución conjunta de los Ministerios de Agricultura y Cría y del Ministerio de Interior y Justicia de fecha 05 de abril de 1961 (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 26.520 del 05 de abril de 1961); y en virtud de que –se reitera– en los párrafos que anteceden esta Sala precisó que dicha resolución lo que hizo fue declarar zona ocupada por indígenas la situada en jurisdicción de los distritos Perijá y Colón del Estado Zulia, comprendida dentro de los linderos que allí se determinaron, sin precisar de cuáles indígenas se trataba y sin establecer derecho de propiedad alguno a favor del mencionado pueblo Barí sobre esas tierras; concluye la Sala que debe declarar parcialmente con lugar el presente recurso por abstención o carencia.** Así se decide.

VIII.- Determinaciones u órdenes:

Declarada parcialmente esta petición, la Sala **ordena** al Ministerio del Poder Popular para el Ambiente que -previa la realización de los estudios e informes pertinentes, de conformidad con la normativa vigente **y la participación de los peticionarios- proceda a demarcar los territorios que corresponden a la etnia Barí**, para lo cual dispondrá de un lapso máximo de **seis (6) meses, a partir de que conste en autos su notificación**, conforme a lo previsto en el Título II, capítulos III y IV de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.344 del 27 de diciembre de 2005), e informe a esta Sala de las resultas de tal demarcación. Así se decide.

Igualmente se **ordena** a la Procuraduría General de la República que -cumplido el procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas- emita un título protocolizable sobre dichas tierras, conforme a lo dispuesto en el artículo 47 *eiusdem* e informe a la Sala sobre la emisión del mencionado título. Así se determina.

IX.- *Quid iuris* acerca de otras dos peticiones de los recurrentes:

9.1- La primera petición adicional de los actores consiste en que la Procuraduría General de la República les otorgue un título protocolizable, “estableciéndose un plazo suficiente a ese efecto, pasado el cual esta Sala (...) ordene se protocolice la sentencia que se (...) emita y que valga como título” (Subrayado de la Sala).

Como la petición de que la sentencia de esta Sala “valga como título” implica que este Alto Tribunal se sustituya en la Administración en tal obligación de hacer, al respecto proceden las consideraciones siguientes:

En estos casos cuando se pide que el órgano jurisdiccional se sustituya en la Administración, la Sala Constitucional ha establecido lo siguiente:

“(…) Nuestra Constitución establece en su artículo 49, cardinal 4, que ‘toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley’. (...)”

Siendo así, en el artículo 24 del Decreto sobre Régimen de Transición del Poder Público, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* número 36.859, del

29 de diciembre de 1999, se estableció que la competencia disciplinaria judicial que corresponde a los Tribunales disciplinarios, de conformidad con el artículo 267 de la Constitución, sería ejercida por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, hasta tanto la Asamblea Nacional apruebe la legislación que determina los procesos y tribunales disciplinarios.

Por su parte, el tercer párrafo del artículo 30 de la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* núm. 37014, del 15 de agosto de 2000, estableció que “la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración (del Sistema Judicial), reorganizada en la forma que lo determine el Tribunal Supremo de Justicia, sólo tendrá a su cargo funciones disciplinarias, mientras se dicta la legislación y se crean los correspondientes Tribunales Disciplinarios”.

De las normas referidas se colige que el órgano predeterminado por la Ley para determinar la responsabilidad disciplinaria de los jueces, tanto provisorios como titulares, es la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (sin que ello desdiga de la potestad de dejar sin efecto los actos de nombramiento de los jueces provisorios que posee la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia), **y que a la Sala Político-Administrativa le compete en estos casos pronunciarse sobre la nulidad de tales decisiones, sin sustituirse en las competencias que la Ley le ha atribuido a dicha Comisión.** El haber actuado en un sentido contrario a lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico al respecto, hizo que dicha Sala incumpliera la norma contenida en el artículo 49.4 de la Constitución (derecho al juez natural), y que desconociera el contenido de la garantía a que alude el encabezado de dicho artículo (el derecho al juez natural extensivo a la actuación de los órganos de administración, dentro de los que se encuentran los órganos de administración judicial). La Sala Político-Administrativa debió, a objeto de respetar tales preceptos, limitar su decisión a la declaratoria de nulidad del acto de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, pues, conforme a la distribución de competencias señalada anteriormente, la determinación de los hechos a que se refieren las faltas objeto de sanción, así como la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, son de la exclusiva competencia de dicho órgano. Así se establece. (...)” (Sentencia de la Sala Constitucional N° 2995 de fecha 11 de octubre de 2005) (Resaltado de la Sala Político-Administrativa).

Aplicando este criterio al caso que se examina, no debe la Sala ordenar que se protocolice la sentencia que dicte en el caso concreto, cual si valiese como título de propiedad sobre las tierras cuya demarcación solicitaron los recurrentes.

Sin embargo, lo que sí puede hacer esta Sala es ordenar a la Procuraduría General de la República, como en efecto lo ha hecho, es que -cumplido el procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas- emita un título protocolizable sobre dichas tierras, conforme a lo dispuesto en el artículo 47 *eiusdem*. Así se establece.

9.2.- La segunda petición adicional de la representación judicial de los recurrentes consiste en que se investigue a los efectivos militares del Destacamento de Fronteras de la Guardia Nacional, quienes “*en forma impune arremeten, hostigan y maltratan a miembros de la población BARÍ, suprimiéndole sus garantías humanas de vivir en paz y dignidad en su territorio amparado y reservado por el ESTADO VENEZOLANO*” (sic).

Al respecto se observa que el artículo 285 de la Constitución de 1999 prevé lo siguiente:

“Artículo 285.- Son atribuciones del Ministerio Público: (...)

3. Ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración. (...)

5. *Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios o funcionarias del sector público, con motivo del ejercicio de sus funciones (...)*”.

Conforme a la norma transcrita corresponde al Ministerio Público ordenar y dirigir la investigación penal sobre la perpetración de hechos punibles e intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad (civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria) en que hubiesen incurrido los funcionarios públicos.

Vista la petición de los recurrentes y conforme al precitado artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala **ORDENA** se oficie al **MINISTERIO PÚBLICO** para que determine la procedencia de una averiguación penal con relación a la actuación de los efectivos militares del Destacamento de Fronteras de la Guardia Nacional Bolivariana que presuntamente han hostigado y maltratado a los miembros de la población Barí en el territorio que ocupan en el Estado Zulia. Así se establece.

TSJ-SPA (1214)

30-11-2010

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Comunidad Indígena Barí y Asociación Civil Bokshi Bibari Karaja Akachinano (BOKSHIBIKA).

Es obligación del Estado de garantizar el uso de los idiomas indígenas y el derecho de los pueblos y comunidades indígenas al uso de su propio idioma en los procedimientos administrativos y judiciales. Conforme al Código de Ética del Juez, cuando se trate de decisiones que recaigan sobre pueblos y comunidades indígenas o sus integrantes, los jueces o juezas ordenarán lo conducente para la traducción de las sentencias al idioma originario del pueblo indígena de que se trate.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Constitución de 1999, “*Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad*”.

Asimismo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 260 *eiusdem*, “*Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público.*”

La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

A la luz de esta Constitución, que califica a la República Bolivariana de Venezuela como Estado Social de Justicia y de Derecho, se han promulgado las siguientes leyes protectoras de los pueblos y comunidades indígenas.

1.- Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.344 del 27 de diciembre de 2005).

“*Artículo 95.- El Estado garantizará el uso de los idiomas indígenas en: (...)*”

9.- *Todos los casos en los que se considere necesario*”.

“Artículo 137.- Los pueblos y comunidades indígenas, y cualquier persona que sea parte en procesos judiciales, tendrán derecho a conocer su contenido, efectos y recursos, contar con defensa profesional idónea, el uso de su propio idioma y el respeto de su cultura durante todas las fases del proceso.

El Estado establecerá los mecanismos que permitan superar las dificultades inherentes a las diferencias culturales y lingüísticas para facilitar a los indígenas la plena comprensión de estos procesos.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará a los indígenas que estén sometidos o participen en procedimientos administrativos o especiales en tanto sean aplicables.”

“Artículo 139.- El Estado garantiza a los indígenas el uso de sus idiomas originarios en todo proceso administrativo o judicial. Se requerirá del nombramiento de un intérprete, a los fines de prestar testimonios, declaraciones o cualquier otro acto del proceso. Los actos que hayan sido efectuados sin la presencia de intérprete serán nulos.” (Resaltado de la Sala).

2.- Ley de Idiomas Indígenas (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.981 del 28 de julio de 2008)

“Artículo 7.- El Estado debe garantizar los medios y recursos necesarios para la revitalización y promoción de los idiomas indígenas como instrumento de comunicación, conocimiento, instrucción, creación social y cultural. El uso de los idiomas indígenas es obligatorio en los hábitat y tierras indígenas, y en las áreas habitadas por los pueblos indígenas, en el ámbito educativo, laboral, institucional, administrativo o judicial, y medios de comunicación que allí existan.

“Artículo 12.- Son competencias del Instituto Nacional de Idiomas Indígenas, las siguientes: (...)

3.- Asesorar a los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal, en el uso, conocimiento, defensa, preservación y promoción de los idiomas y culturas de los pueblos indígenas. (...)

9.- Formar, capacitar y avalar a los y las intérpretes y a los traductores y las traductoras en idiomas indígenas (...).”

“Artículo 40.- El Instituto Nacional de Idiomas Indígenas designará a los y las intérpretes y a los traductores y a las traductoras indígenas, para facilitar la comunicación entre los pueblos y comunidades indígenas y el Estado. A tal fin, debe crear y mantener a la disposición pública, un banco de datos de los y las intérpretes y de los traductores calificados y las traductoras calificadas en los idiomas indígenas respectivos, para garantizar la comunicación en los actos oficiales y en los procesos administrativos, judiciales y demás actividades públicas o privadas en las cuales participen los indígenas.”

“Artículo 42.- En el Sistema Nacional de Salud y en el Sistema de Justicia los órganos y entes competentes deben designar, en coordinación con el Instituto Nacional de Idiomas Indígenas, los y las intérpretes y a los traductores y a las traductoras necesarios para la atención de los pueblos y comunidades indígenas, quienes prestarán sus servicios de manera exclusiva, y deberán ser dotados de los medios y recursos idóneos para cumplir con eficiencia sus funciones.” (Resaltado de la Sala).

3.- El Código de Ética del Juez (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.493 de fecha 23 de agosto de 2010)

“Artículo 21.- El Juez o la jueza debe emplear el idioma oficial en forma clara, procurando que sus decisiones contengan expresiones precisas, inequívocas e inteligibles, redactadas de manera sencilla y comprensible para las personas, que garanticen una perfecta comprensión de las mismas. Cuando se trate de decisiones que recaigan sobre pueblos y comunidades indígenas o sus integrantes, los jueces y juezas ordenarán lo conducente para la traduc-

ción, de forma oral o escrita de dichas sentencias en el idioma originario del pueblo indígena de pertenencia, de conformidad con lo establecido en las leyes que rigen la materia." (Resaltado de la Sala).

Las normas parcialmente transcritas contemplan la obligación del Estado de garantizar el uso de los idiomas indígenas y el derecho de los pueblos y comunidades indígenas al uso de su propio idioma en los procedimientos administrativos y judiciales. Asimismo establecen que el Instituto Nacional de Idiomas Indígenas deberá asesorar a los órganos del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal en el uso de los idiomas indígenas.

Dentro de esa normativa, el Código de Ética del Juez dispone que cuando se trate de decisiones que recaigan sobre pueblos y comunidades indígenas o sus integrantes, los jueces o juezas ordenarán lo conducente para la traducción de las sentencias al idioma originario del pueblo indígena de que se trate, aun cuando entienda la Sala que la terminología jurídica es un lenguaje extraño para aquellos de cuyo derecho se trata, como afirma Hegel en su Filosofía del derecho: "(...) **el conocimiento del derecho, (...) además del procedimiento de las discusiones judiciales, y la posibilidad de proseguir el derecho, es propiedad de una clase, cuya exclusividad llega hasta el empleo de una terminología especial, lenguaje extraño para aquéllos de cuyo derecho se trata. Los miembros de la Sociedad Civil (...) son considerados como extraños y puestos bajo tutela (...) frente a la clase mencionada, no solamente con respecto a lo más propio y personal, sino también con relación al derecho (...). Si realmente esos miembros tienen el derecho de estar presentes en juicio, personalmente con sus propios pies (in iudicio stare) [estar en juicio], esto es poco, si no pueden estar presentes espiritualmente, con su propio saber; y el derecho, que obtienen, resulta para ellos una vicisitud exterior.**" (HEGEL, Jorge Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*, presentada por Carlos Marx. Editorial Claridad. Cuarta Edición, Buenos Aires 1955, p. 195) (Resaltado de la Sala).

En el lenguaje filosófico jurídico de Hegel, "**los miembros de la Sociedad Civil**", que en este caso es la comunidad indígena Barí, no sólo tienen el derecho de accionar en juicio, como en efecto han cumplido mediante el presente recurso, y de participar en todas las etapas de este procedimiento, sino que además deben tener acceso a comprender "**en su propio saber**", es decir, en su propia lengua, "**el derecho que obtienen**", de modo que no "**resulte para ellos una vicisitud exterior**". Pues, es deber de la Sala, al proveer la justicia social en el caso concreto, que tal justicia declarada sea lo más accesible a los justiciables, aun con las evidentes dificultades para traducir el lenguaje jurídico de la cultura no indígena al lenguaje (y a la lengua) de la cultura Barí que ha propuesto este recurso, al cual da satisfacción procesal esta sentencia.

La Sala aprecia que en estricto derecho natural -sagrado derecho humano según Kant-, los indígenas son los dueños originarios de sus tierras, desde que surgió la vida humana primigenia, milenios antes de que el hombre no aborígen inventase el derecho de propiedad. Tal derecho lo han ejercido los indígenas siempre en forma colectiva, en el sistema que Marx llamó "*comunismo primitivo*". Este mismo autor, filósofo y abogado, al estudiar la cuestión aborígen, se expresó como sigue respecto de la conquista de América:

"el descubrimiento de las comarcas auríferas y argentíferas en América, el exterminio, esclavización y soterramiento en las minas de la población aborígen, la incipiente conquista y saqueo de las Indias Orientales, la transformación de África en un coto reservado para la caza comercial de pieles negras, caracterizan los albores de la era de producción capitalista" (Gustavo Pereira, *Historias del Paraíso*, Volumen 1, Fondo Editorial del Estado Nueva Esparta, Margarita, 1998, p. 27, autor que tomó esta cita del libro *Materiales para la Historia de América Latina. Compilación y traducción de Pedro Scaron*, Buenos Aires, Ediciones Pasado y Presente, 1974), (Subrayado de la Sala).

Para defenderse del imperio, los aborígenes, “*pusieron en armas*”, tal como explica Fray Bartolomé de las Casas, conocido como el “*defensor de los indios*”, quien también era abogado y obispo de la Iglesia Católica, en su *Brevísima relación de la destrucción* [destrucción] de Las Indias, libelo dirigido al rey Felipe en 1645 (Edit. Programas Educativos C.A. (PROGREUCA), Colección La Política, Caracas, 2009).

En ese mismo texto, el citado autor opina ante su rey que “...*la verdad es que muchísimos de aquellos hombres [los indios] pueden gobernarnos ya en la vida monástica, ya en la económica y ya también en la política, pudieran también enseñarnos y reducirnos a las buenas costumbres; y más todavía, pueden dominarnos con la razón natural*” (Obra citada).

Con esta sentencia la Sala quiere dejar constancia del gran bagaje de sabiduría aborígen, en el marco de su tiempo histórico, respecto de la necesidad de demarcar sus tierras, demarcación que no tendrían que solicitar si no hubiesen sido despojados de sus territorios ancestrales.

Con basamento en las precedentes consideraciones, este Tribunal **acuerda** oficiar al **Instituto Nacional de Idiomas Indígenas**, para que proceda a realizar la traducción de esta sentencia a la lengua Barí, y la remita traducida a esta Sala dentro de los treinta (30) días de despacho siguientes a su notificación, con la identificación del traductor o traductores, firmada y sellada. Así se determina.

Se advierte que la falta o demora en la versión de esta decisión a la lengua Barí no impedirá su ejecutoriedad ni su ejecución. Así se decide.

En conclusión, la Sala declara parcialmente con lugar el recurso por abstención, estableciendo: 1.- **PROCEDENTE** la petición de demarcación de las tierras de la etnia Barí. 2.- **IMPROCEDENTE** el pedimento de los recurrentes referido a que se les ratifique el derecho de propiedad colectiva sobre las tierras indicadas en la Resolución conjunta de los Ministerios de Agricultura y Cría y del Ministerio del Interior y Justicia de fecha 05 de abril de 1961 (*Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 26.520 del 05 de abril de 1961). Así se determina.

Finalmente, la Sala ordena publicar la presente sentencia en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, con el título “*Sentencia que declara parcialmente con lugar el recurso por abstención o carencia incoado por la Comunidad Indígena Barí y la asociación civil Bokshi Bibari Karaja Akachinano (BOKSHIBIKA), en la cual se ordena al Ministerio del Poder Popular para el Ambiente proceder a la demarcación de sus territorios, previo cumplimiento del procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas*”.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Nacional*

A. *Competencias del Poder Nacional*

TSJ-SC (1025)

26-10-2010

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Impugnación del artículo 99 (numerales 3 y 5) de la Constitución del Estado Táchira.

La Sala Constitucional suspende a través de una medida cautelar la aplicación del artículo 99 (numerales 3 y 5) de la Constitución del Estado Táchira 99, que establece como materias de competencia de dicho Estado “3. Su política y actuación internacional, dentro de los principios que rigen la política y actuación internacional de la República” y “5. La promoción de la inversión privada nacional o extranjera generadora de riqueza y empleo en el territorio (...)”.

Corresponde a esta Sala Constitucional pronunciarse acerca de la solicitud de medida cautelar interpuesta conforme a los artículos 19 y 21 (aparte 21) de la entonces aplicable Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; 92 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, como fundamento para el proveimiento de la protección cautelar.

En tal sentido, el artículo 130 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, establece:

“Artículo 130. En cualquier estado del proceso las partes podrán solicitar, y la Sala Constitucional podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes. La Sala Constitucional contará con los más amplios poderes cautelares como garantía de la tutela judicial efectiva, para cuyo ejercicio tendrá en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto”.

La norma transcrita, viene a positivizar la doctrina pacífica y reiterada de esta Sala (Vid. Decisión N° 269/2000, caso: *ICAP*), según la cual, la tutela cautelar constituye un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, un supuesto fundamental del proceso que persigue un fin preventivo de modo explícito y directo. De allí, su carácter instrumental, esto es, que no constituyen un fin en sí mismas, sino que se encuentran preordenadas a una decisión ulterior de carácter definitivo, por lo que en relación al derecho sustancial, fungen de tutela mediata y, por tanto, de salvaguarda al eficaz funcionamiento de la función jurisdiccional.

Significa entonces, que el citado carácter instrumental determina, por una parte, su naturaleza provisional y al mismo tiempo, por su idoneidad o suficiencia para salvaguardar la efectividad de la tutela judicial, pues si se conceden providencias que no garantizan los resultados del proceso, la tutela cautelar se verá frustrada en la medida en que no será útil para la realización de ésta.

Resulta así oportuno referir a Calamandrei (1984. *Providencias Cautelares*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires), en el sentido que como efecto del matiz servicial de las medidas cautelares, éstas deben ser homogéneas al petitorio de fondo, ya que alcanzan su mayor eficacia en cuanto más similares sean a las medidas que habrán de adoptarse para la satisfacción de la pretensión definitiva, pues se reitera, constituyen la garantía de la ejecución del fallo definitivo.

Entonces, el fundamento de la medida cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, en el cual, deben ponderarse las circunstancias concomitantes del caso así como los intereses públicos en conflicto, ello en virtud de la presunción de legitimidad de los actos del Poder Público. Asimismo, también debe hacerse consideración a lo dispuesto en el artículo 92 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (*G.O. Ext. núm. 5892 del 31 de julio de 2008*) que señala:

“Artículo 92. Cuando la Procuraduría General de la República solicite medidas preventivas o ejecutivas, el Juez para decretarlas, deberá examinar si existe un peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución del fallo, o si del examen del caso, emerge una presunción de buen derecho a favor de la pretensión, bastando para que sea procedente la medida, la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados. Podrán suspenderse las medidas decretadas cuando hubiere caución o garantía suficiente para responder a la República de los daños y perjuicios que se le causaren, aceptada por el Procurador General de la República o quien actúe en su nombre, en resguardo de los bienes, derechos e intereses patrimoniales de la República”.

Conforme a las amplias potestades de esta Sala Constitucional y considerando la disposición del Decreto con Rango, Fuerza y Valor de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, esta Sala observa que se han invocado disposiciones de orden público constitucional relacionadas con el régimen constitucional atinente a la actuación internacional de la República y con los contratos de interés nacional o estatal, lo que determina la presunción de un buen derecho o *fumus boni iuris* en los términos invocados por la representación de la República. Asimismo, al entreverse un riesgo a la división del sistema de competencias que rigen la división horizontal de los Poderes Público en el marco su división territorial, esta Sala, ante la necesidad de no comprometer la seguridad de la República en su esfera internacional y la regulación del régimen de inversiones extranjeras; así como a los fines de evitar que durante la tramitación de la presente causa se suscriban instrumentos en ejecución de los actos cuestionados que dejen ilusoria la ejecución del fallo de fondo, determinándose un verdadero *periculum in mora*; **acuerda la medida cautelar solicitada mientras dure el presente juicio, razón por la cual, SUSPENDE la aplicación del artículo 99 (numerales 3 y 5) de la Constitución del Estado Táchira; así como el acto administrativo contenido en el Decreto núm. 199 dictado por el Gobernador del Estado Táchira, el 17 de abril de 2009. Por tanto: 1) se SUSPENDE los efectos de cualquier convenio, contrato, instrumento o acto que haya sido suscrito o dictado con base en los mismos; y 2) se ORDENA al Ejecutivo Estatal abstenerse de celebrar y suscribir cualquier instrumento a nivel internacional con cualquier entidad extranjera, así como de ejecutar posibles planes en aplicación del artículo 99 (numerales 3 y 5) de la Constitución del Estado Táchira y/o del acto administrativo contenido en el Decreto núm. 199 dictado por el Gobernador del Estado Táchira, el 17 de abril de 2009, hasta tanto esta Sala dicte sentencia definitiva en la presente causa. Así se declara.**

B. *El Poder Legislativo Nacional: Inmunidad Parlamentaria*

TSJ-SP (58)

26-10-2010

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Biagio Pilieri Gianinnoto

El artículo 200 de la Constitución contempla la inmunidad parlamentaria “en el ejercicio de sus funciones” (condición o requisito ausente en la Carta de 1961) de los diputados a la Asamblea Nacional “desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo”. La inmunidad es una prerrogativa que sólo se otorga (como excepción al principio de la igualdad) para garantizar la autonomía e integridad del Poder Legislativo, la misma sólo puede existir en función del cuerpo legislativo al cual dicha persona pertenezca, siempre y cuando se encuentre efectivamente instalado.

En el caso *sub examine*, se observa que la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Yaracuy declinó en esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, el conocimiento de la causa penal iniciada en contra del ciudadano **BIAGIO PILIERI GIANNINNOTO**, *supra* identificado, por la presunta comisión de los delitos de peculado doloso propio, malversación agravada de fondos públicos y concertación ilegal con contratista, tipificados en los artículos 52, 57 y 60, respectivamente, de la Ley contra la Corrupción. Como fundamento de tal decisión, arguyó la predicha Corte que, de conformidad con lo previsto en el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en virtud de que el procesado de autos resultó electo diputado por el Estado Yaracuy en los recientes comicios parlamentarios celebrados el 26 de septiembre de 2010, correspondía a este Alto Tribunal, en Sala Plena, proseguir el enjuiciamiento del mismo.

Con miras a efectuar un pronunciamiento a este respecto, se estima impretermitible analizar, preliminarmente, el régimen de protección a la función parlamentaria estatuido por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido, conviene referir lo preceptuado en los artículos 199 y 200 del texto fundamental, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 199. Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional no son responsables por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones. Sólo responderán ante los electores o electoras y el cuerpo legislativo de acuerdo con esta Constitución y con los Reglamentos.

Artículo 200. Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que cometan los o las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.

Los funcionarios públicos o funcionarias públicas que violen la inmunidad de los o las integrantes de la Asamblea Nacional, incurrirán en responsabilidad penal y serán castigados o castigadas de conformidad con la ley”. (Subrayados de este fallo).

Las normas recién transcritas vienen a formar parte del denominado *estatuto parlamentario*, entendido como el sistema normativo que dispone los deberes, derechos, prerrogativas e incompatibilidades que invisten a los miembros del Poder Legislativo. Específicamente, las anotadas disposiciones constitucionales consagran el régimen de inmunidad (*lato sensu*) que asiste a los representantes del pueblo en el seno de la Asamblea Nacional: (i) la inviolabilidad o irresponsabilidad y (ii) la inmunidad (*stricto sensu*), como garantías fundamentales de protección de las funciones legislativas y de control político y fiscal que acometen sus miembros. La primera de tales prerrogativas, la *inviolabilidad o irresponsabilidad*, impide que los diputados sean perseguidos —en cualquier tiempo— por la manifestación de opiniones en el ejercicio de su función parlamentaria. La segunda de ellas, la *inmunidad en sentido estricto*, consagra la imposibilidad de perseguir criminalmente a los miembros del Parlamento con ocasión de los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin que medie la autorización de la Cámara de la cual forman parte (allanamiento) y el antejuicio de mérito, a menos que hayan sido aprehendidos en flagrancia (sobre este último supuesto, véase stc. N° 16 del 22 de abril de 2010, caso: *Wilmer Azuaje*).

Ya esta Sala tuvo ocasión de pronunciarse en torno a la señalada inmunidad, mediante fallo del 26 de julio de 2000 (caso: *Miguel Díaz Sánchez*), estableciendo lo siguiente:

“La inmunidad parlamentaria y el régimen adjetivo del Antejuiicio de mérito se encuentran consagrados dentro del ordenamiento constitucional de 1999, con ciertas diferencias respecto de la regulación de la Constitución de la República de Venezuela de 1961.

Así, en la recientemente publicada Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la inmunidad parlamentaria de los diputados a la Asamblea Nacional, ha sido regulada dentro de la Sección Tercera (de los Diputados y Diputadas a la Asamblea Nacional), del Capítulo I (Del Poder Legislativo Nacional), del Título V (De la Organización del Poder Público Nacional), en el artículo 200 que consagra expresamente, lo siguiente:

[omissis]

En efecto, la Constitución vigente modifica e innova en algunos aspectos la regulación constitucional establecida por el Constituyente de 1961. Uno de los aspectos que cambió con la nueva regulación constitucional, está referido a la vigencia temporal de la inmunidad parlamentaria como excepción al principio de igualdad frente a la ley. Así, tal como se desprende del artículo 143 y 147 de la Constitución de 1961, el referido privilegio surtía efectos desde el momento de la proclamación del parlamentario en su cargo, prolongándose durante los veinte días siguientes a la conclusión del mandato o la renuncia del parlamentario. Sin embargo, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dicho privilegio se circunscribe temporalmente desde el momento de la proclamación hasta la culminación del mandato, bien sea por renuncia o debido a la terminación del período, esto es, que ha sido suprimida la extensión del privilegio durante los veinte días siguientes a la cesación en el cargo.

Resulta claro que la inmunidad parlamentaria como excepción al principio de la igualdad, se justifica sólo, y nada más por eso, en la necesidad de mantener el buen funcionamiento del Estado, evitando que las personas en el ejercicio de la actividad parlamentaria, no se vean distraídas en sus misiones por ataques infundados, a los cuales, justamente por ser figuras públicas, se encuentran permanentemente expuestos”.

A mayor abundamiento, conviene recordar que la Constitución de 1961 reconocía la prerrogativa parlamentaria de la inmunidad a la persona del congresista, pero en su vertiente eminentemente adjetiva o procesal. Con ello se quiere significar que el delito podía haber sido cometido en el ejercicio de sus funciones o antes; lo importante era verificar que con motivo de un juicio penal el diputado electo estuviera procesado por una conducta delictiva y se encontrara a la fecha de su proclamación (o con posterioridad a ella) arrestado, detenido, confinado o sometido a juicio penal.

Pero la vigente Carta Magna introduce en su artículo 200 un cambio cualitativo en la aplicación de esta prerrogativa. En efecto, la citada disposición alude al goce de la inmunidad parlamentaria “*en el ejercicio de sus funciones*”, como destacara la Sala *supra*, y más adelante refiere que los delitos son los cometidos por los integrantes de la Asamblea Nacional.

De esta forma, bajo el nuevo esquema constitucional el constituyente utilizó como criterio determinante de la protección el sustantivo y no el adjetivo o procesal. Es decir, la inmunidad está referida a los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones como diputado integrante y activo de la Asamblea Nacional, no a los que hubiere cometido antes de la elección y es por ello que no existe alusión alguna en el citado artículo 200 a la eventual circunstancia del arresto, detención o confinamiento para el momento de la proclamación.

Recuérdese que, tratándose de una prerrogativa que –aun autorizada por la propia Carta Fundamental- constituye una excepción al derecho a la igualdad y al derecho a la tutela judicial efectiva de las posibles víctimas de esos delitos, en tanto sustrae del fuero de la justicia penal a los miembros de parlamento y, en esa medida, para que no se convierta en un chocante privilegio que aliente la impunidad del infractor, debe ser interpretada de manera restrictiva. Bajo estas premisas, resultaría aplicable sólo cuando obedezca al imperativo constitucio-

nal que le da asidero: la protección de las delicadas funciones de legislación, fiscalización y control político que desarrollan los integrantes del Poder Legislativo frente a indebidas persecuciones propiciadas por los más diversos agentes.

Desde la óptica anotada, debe insistirse, la inmunidad parlamentaria, antes que prerrogativa personal de los integrantes del Parlamento, se constituye en una garantía institucional que protege la incolumidad de sus funciones frente a las pretensiones arbitrarias de los particulares u órganos del Poder Público.

En este sentido, es preciso reiterar que el artículo 200 de la Constitución contempla la inmunidad parlamentaria “*en el ejercicio de sus funciones*” (condición o requisito ausente en la Carta de 1961) de los diputados a la Asamblea Nacional “*desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo*”. Si, como antes se indicó, la inmunidad es una prerrogativa que sólo se otorga (como excepción al principio de la igualdad) para garantizar la autonomía e integridad del Poder Legislativo, la misma sólo puede existir en función del cuerpo legislativo al cual dicha persona pertenezca, siempre y cuando se encuentre efectivamente instalado.

Así las cosas, mal puede amparar la inmunidad al parlamentario por la comisión de delitos cuya persecución se haya iniciado con anterioridad a su proclamación, en el entendido de que tal momento tiene lugar una vez que hayan sido satisfechos los extremos previstos en los artículos 153 al 155, ambos inclusive de la Ley Orgánica de Procesos Electorales.

Por otra parte, lógico es deducir que para que el diputado electo pueda gozar de tal prerrogativa, que como tal es de naturaleza restrictiva por violentar el principio de igualdad, el cuerpo al cual pertenezca debe existir o estar en funcionamiento. Ello, por cuanto resultaría inconcebible que se concedan prerrogativas como la inmunidad sin que exista la posibilidad de que la misma sea allanada, pues ello promovería una total impunidad en caso de que se configurara una conducta delictiva.

Es imprescindible insistir, como refiere el catedrático español Ramón Soriano, que la inmunidad parlamentaria no puede convertirse en “*refugio de quienes temen el control de Poder Judicial*”. En dicho sentido, el iuspublicista concluye que “*la inmunidad-refugio es el talón de Aquiles de la institución, porque fomenta su descrédito ante los ciudadanos: descrédito que crece con la actitud proteccionista del partido respecto del parlamentario que tenga problemas con la justicia. La inmunidad-refugio es un privilegio no sólo contrario al principio de igualdad, sino a una justicia igual para todos (que es uno de los máximos vicios concebibles en la vulneración de dicho principio de igualdad). Que un político no cargue con sus responsabilidades políticas al ser imputado y procesado, y además pretenda permanecer inmune en las filas del Parlamento, con la protección de su partido, es un plato demasiado fuerte para ser digerido por el simple ciudadano [...] ¿Qué puede pensar el simple ciudadano cuando ve que se utilizan los honorables escaños de la representación del pueblo como trinchera y escudo contra la justicia?*” (SORIANO, Ramón. *Revista Jueces para la Democracia*, N° 43, marzo 2002, “*La Inmunidad de los Parlamentarios: más privilegio que garantía*”, p.30) [subrayado de este fallo].

Con base en estos razonamientos, y al amparo de nuestro ordenamiento constitucional, debe negarse la existencia de tal protección especial a favor del ciudadano **BIAGIO PILIERI GIANINNOTO**, quien no contaba con la investidura de diputado para el momento en el que presuntamente cometió los hechos criminales que se le imputan y cuya persecución penal se inició con antelación al proceso comicial que le otorgó un escaño en la Asamblea Nacional que habrá de instalarse el próximo 5 de enero. De esta forma, no encontrándose investido de la prerrogativa de inmunidad parlamentaria por los delitos cuya comisión se investiga en los

presentes autos, debe esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia rehusar la competencia que le fuera declinada por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Yaracuy, pues ella corresponde a la justicia penal ordinaria. Por tal motivo, se ordena a la predicha Corte continuar la tramitación de la presente causa en la fase de conocimiento de segunda instancia. Asimismo, dicha Corte deberá examinar la pertinencia de la medida cautelar sustitutiva acordada, contenida en el fallo declinatorio del 28 de septiembre de 2010, a la luz de las consideraciones expuestas en este fallo. Así, finalmente, se decide.

Voto Salvado del Magistrado Antonio Ramírez Jiménez

El Magistrado Antonio Ramírez Jiménez se permite manifestar su disenso del fallo que antecede, por lo cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, salva su voto en los términos siguientes:

La doctrina jurisprudencial pacífica de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sido la de que a ella corresponde con carácter exclusivo la interpretación máxima de la Constitución, de conformidad con el artículo 335 de la misma. En fallo N° 1077 de fecha 22/09/2000, Expediente 1289; dicha Sala expresamente señaló: “*A esta Sala corresponde con carácter exclusivo la interpretación máxima y última de la Constitución...*”. Y agregó: “*En consecuencia, se hace imprescindible que la Sala Constitucional asuma plenamente esta competencia para asegurar la uniforme interpretación y aplicación de la Constitución.*”

El anterior criterio ha sido reiterado y conteste, conforme a lo cual deben señalarse, entre otras, las decisiones siguientes: N° 1415 de fecha 22/11/2000, Expediente N° 001725; N° 601 de fecha 09/04/2007, Expediente N° 07-0172; N° 637 de fecha 22/06/2010, Expediente N° 10-0301. En todas ellas, con una importante amplitud de razonamientos, se ha sostenido la opinión referida. En el presente caso, del ciudadano Biaggio Pilieri Gianinnoto, electo diputado a la Asamblea Nacional en comicios celebrados el pasado 26 de septiembre del presente año, el aspecto central de la decisión dictada por la mayoría sentenciadora, lo constituye la interpretación y análisis del artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Dicho artículo es del tenor siguiente:

“Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que cometan los o las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.”

La norma constitucional anteriormente transcrita, dispone, por una parte, lo referente a los presuntos delitos cometidos por los o las integrantes de la Asamblea, (por la vía del antejuzicio de mérito, según lo pautado en el artículo 266 *eiusdem*), para lo cual, la Sala Plena tiene expresamente atribuida la competencia, y, además, instituye los elementos para la inmunidad de los parlamentarios y parlamentarias de la Asamblea Nacional, y sobre esto se pronuncia la mayoría que decide, para determinar el concepto de inmunidad y el cumplimiento de los requisitos previstos para el goce de la misma, según la expresión textual de dicha norma: “*en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o de la renuncia del mismo.*” Por esta consideración, respetando en todo caso el criterio de la mayoría sentenciadora, y sin que el presente voto salvado incida sobre el fondo

del asunto, el suscrito se permite expresar que la competencia para la debida interpretación y análisis del artículo 200 citado, corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en la cual debió la Sala Plena de este Alto Tribunal declinar su competencia.

Queda así expuesto el presente voto salvado.

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 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

Punto previo. El Magistrado que concurre deja constancia de su rechazo a la forma como se vio conminado al estudio y votación de la ponencia que, después de su aprobación, se convirtió en la sentencia de autos, la cual recibieron los miembros de esta Sala Plena, junto con otras tres, el mismo día de la sesión que se fijó para su discusión, en forma violatoria al Reglamento Interno de este Alto Tribunal que, al respecto, dispone:

Obligación del Ponente de informar

Artículo 55. El Ponente debe informar en su proyecto a los demás Magistrados y Magistradas de la Sala Plena acerca de los aspectos fácticos y jurídicos que suscitan el estudio del asunto, proponer soluciones a los mismos y someter oportunamente a la consideración de aquellos un proyecto de decisión.

Carácter definitivo del proyecto de decisión

Artículo 56. Una vez que se haya distribuido el correspondiente proyecto de decisión entre los Magistrados y Magistradas, no serán considerados por el Ponente nuevos escritos relacionados con el caso, objeto de la ponencia, que fueren presentados por las partes, salvo que el ponente lo estime imprescindible para una necesaria reforma del proyecto.

En tal caso, deberá comunicar a los demás Magistrados y Magistradas de la Sala Plena sobre la necesidad de modificar el proyecto de decisión, solicitar la devolución del mismo para realizar las modificaciones que considere convenientes y proceder a distribuirlo nuevamente en forma definitiva en un plazo breve.

Observaciones a los proyectos

Artículo 57. Los Magistrados y Magistradas de la Sala Plena deberán formular las observaciones al proyecto de decisión, debidamente fundadas, o manifestar su conformidad con el contenido de la misma dentro de los cinco días hábiles siguientes.

En caso de que se formule alguna observación, el Ponente deberá realizar los cambios que considere pertinentes o, en todo caso, argumentar su desacuerdo dentro de los tres días hábiles siguientes.

Confidencialidad de los proyectos

Artículo 58. Los Magistrados y Magistradas de la Sala Plena procurarán que sus proyectos tengan carácter confidencial. A tal efecto deberán entregarlos personalmente al Secretario o Secretaria de la Sala Plena quien ordenará su distribución.

Entrega de los proyectos

Artículo 59. El Presidente o Presidenta de la Sala Plena entregará, en cada sesión ordinaria, a los Magistrados y Magistradas de la misma, las ponencias que serán discutidas y votadas en la sesión ordinaria siguiente (Subrayado y destacado añadidos).

1. Quien suscribe estima que la Sala Plena actuó conforme a derecho cuando no aceptó la competencia material que, en ella, declinó la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Yaracuy, respecto a la causa penal que se le sigue al ciudadano Biagio Pilieri Gianinnoto.

2. Ahora bien, se advierte que la Sala concluyó que la inmunidad parlamentaria que preceptúa el artículo 200 de la Constitución no es de aplicación retroactiva, esto es, a cualesquiera de los procesos penales a los cuales debiera ser sometido un Diputado a la Asamblea Nacional, por razón de delitos que hubieran sido cometidos por éste previamente a su elección como tal. Tan elemental conclusión está referida a un particular sobre el cual no hay mayor contención; vale decir, la inmunidad parlamentaria no es extensible respecto al juzgamiento por los delitos que hubieran sido cometidos por el Diputado antes de que sea investido como tal; eso sin perjuicio de lo que se afirmará *infra* respecto al proceso por los delitos que hayan sido cometidos en tiempo anterior a la elección del diputado.

En cambio, el aspecto crucial de la pretensión estuvo precisado en los siguientes términos de los defensores del procesado hoy Diputado electo, según la relación de la misma que contiene el acto de juzgamiento respecto al cual se expide el presente voto:

El 28 de septiembre de 2010, la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Yaracuy declinó en esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, el conocimiento de la causa iniciada en contra del ciudadano BIAGIO PILIERI GIANINNOTO, identificado *supra*, con fundamento en las consideraciones que siguen:

“Cursa al folio trescientos setenta (370) del presente asunto, escrito suscrito por los abogados de confianza del ciudadano Biagio Pilieri Gianinnoto, identificado en las actas, en el que señalan textualmente entre otras cosas que, su representado, sobre quien no pesa ninguna condena, el 26 de septiembre de 2010, electo(sic) Diputado a la Asamblea Nacional de la República, tal como se puede evidenciar de credencial expedida por la Junta Regional Electoral del Estado Yaracuy, adscrita al poder electoral.

(...)

En este contexto, los abogados de confianza citan el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para arribar a su conclusión [de] que su defendido, desde el momento de su proclamación, la cual se produjo según lo plasman en el escrito el día 27 de Septiembre de 2010, refiriendo, que se desprende de credencial que en original anexan, por lo que solicitan su libertad inmediata, indicando ‘so pena de incurrir en violación de la inmunidad, lo que acarrearía por mandato constitucional, responsabilidad Penal’”.

Como, sin mayor dificultad, puede extraerse de la reproducción textual que antecede, no hubo cuestionamiento expreso alguno, por parte del precitado ciudadano Biagio Pilieri Gianinnoto, contra la continuación en la tramitación del proceso penal al cual se encontraba sometido cuando fue electo y subsiguientemente proclamado como Diputado a la Asamblea Nacional. Lo que aparece documentado en autos es que la pretensión del precitado parlamentario nacional se concretó en la solicitud de “*suspensión de los efectos de las medidas cautelares*” decretadas en la causa penal que se le sigue. Como consecuencia de ello, la respuesta pertinente y adecuada que el Tribunal competente –que no lo es esta Sala, según su propia conclusión- debió proveer tenía que ser su pronunciamiento sobre la conformidad jurídica de la vigencia actual de las predichas cautelares; no sobre la continuidad o no del proceso penal que ya se encontraba en curso al tiempo de la elección y proclamación del precitado diputado, porque no fue ése el planteamiento de dicha parte, según acaba de ser explicado. Así las cosas, la Sala Plena, una vez que declaró que no tenía competencia material para su decisión sobre la pretensión que claramente fue expresada por la parte interesada, ha debido limitarse

a la remisión del expediente al tribunal de la justicia penal ordinaria competente *sin ordenarle que examine la pertinencia de la medida cautelar sustitutiva que acordó en la oportunidad de la declinatoria*, porque carece de competencia para ello y, además, viola la autonomía del juez y el derecho constitucional del justiciable al juez natural.

3. En todo caso, como quiera que la Sala, no obstante que sentenció su incompetencia material para su asunción del conocimiento de la causa penal que se le sigue al antes citado Diputado –razón por la cual acertadamente rechazó la antes explicada declinación–, se inmiscuyó en la labor del juez cuya competencia reconoció, quien suscribe estima que es su deber la expresión de las siguientes valoraciones respecto de tales cuestiones sustanciales.

3.1 En tal orden de ideas, debe recordarse que el proceso penal debe ser tramitado, como regla general, en situación de libertad personal plena del procesado, y sólo como excepción, en condición de restricción a dicho derecho fundamental y, en el caso más extremo, en la de privación del mismo, cuando dicha restricción o privación sean esenciales para el aseguramiento de las finalidades del proceso.

Se concluye, entonces, que ni la restricción ni la privación de la libertad personal son consecuencias necesarias del procesamiento penal, razón por la cual nada obsta, constitucional y legalmente hablando, para que el enjuiciamiento penal en cuestión continúe su tramitación con el procesado en libertad plena –tal como pidió el antes citado Diputado electo–, sin perjuicio de que se emita sentencia firme y de que, en caso de que ésta sea condenatoria, la ejecución de la misma quede diferida hasta el cese del ejercicio de la representación popular y de la respectiva entidad federal. A buen seguro, ello constituye un contundente antídoto contra el riesgo de impunidad que, según parece, temió la mayoría de la Sala.

Como es de general conocimiento, el *sub iudice* penal no se encuentra inhabilitado para el ejercicio activo y pasivo del sufragio, esto es, para elegir y para ser elegido. Por consiguiente, en el caso de que resulte electo Diputado a la Asamblea Nacional, tal resultado no es impugnabile por el mero hecho de la situación procesal del elegido, a quien, por consecuencia, han de serle garantizadas, en las mismas condiciones de plenitud que al resto de sus colegas de cámara, todas las libertades inherentes al ejercicio de su función parlamentaria. En otros términos, el acatamiento al resultado de la elección, como Diputado a la Asamblea Nacional del *sub iudice* penal y el reconocimiento, en su favor, de la inmunidad desde la fecha de su proclamación, según preceptúa el artículo 200 de la Constitución, es imperativo que deriva del deber de escrupuloso respeto a la voluntad del pueblo que, en legítimo ejercicio de su soberanía, eligió como diputado a una persona respecto de la cual debe presumirse irrefutablemente que, al momento de la manifestación de voluntad electoral, el elector se encontraba en conocimiento de la situación procesal penal de dicho candidato a la representación popular; particularmente, en el caso que se examina, en el cual dicha persona había sido, incluso, sometida a medidas cautelares de privación o restricción a su libertad personal.

La convicción de que al Diputado a la Asamblea Nacional que, al tiempo de su elección a dicho cargo, se encontraba sometido a proceso penal e, incluso, a medidas cautelares de coerción personal, deba serle reconocida la legitimidad de tal expresión de la soberanía popular y, por consiguiente, la garantía de efectiva y eficaz vigencia de todas las libertades inherentes al ejercicio de dicha función, dimana, a falta de disposición expresa, del mismo derecho fundamental a la igualdad que proclama el artículo 21 de la Constitución, de acuerdo con el cual, entonces, el ejercicio de la representación popular tiene que ser en condiciones de libertades plenas comunes a todos los representantes, con inclusión de aquéllos cuya libertad personal se encontraba sometida a medidas cautelares de coerción individual.

De allí que fuera conforme a derecho la pretensión de los defensores del predicho procesado que devino Diputado, de que fueran revocadas las medidas cautelares judiciales de privación o restricción al pleno ejercicio de dicho derecho fundamental.

En este sentido, es pertinente la cita de la sentencia de la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia N° 2444 de 20-10-04, aplicable, *mutatis mutandi*, al impedimento que, para el cabal ejercicio de su función pública, podrían suponer determinadas medidas cautelares en circunstancias como la del Diputado solicitante de autos:

La destitución y la suspensión de un funcionario de un cargo de elección popular coliden con la normativa constitucional que estatuye que tales cargos pueden ser objetos de referendo revocatorio. Siendo ello así, al igual que con los cargos que tienen un régimen especial para la destitución, es ese el mecanismo para cuestionar la legitimidad de la actuación del representante popular, y las sanciones que sin duda alguna se le pudieran imponer con ocasión a ilícitos administrativos, civiles o disciplinarios, según el caso, encuentran su límite en esa circunstancia, sólo desvirtuable con ocasión al establecimiento de una responsabilidad penal.

4. Más allá del caso concreto, preocupa, a quien se aparta de la mayoría, la contradicción que se aprecia entre el veredicto que antecede y el acto jurisdiccional que este cuerpo colegiado aprobó, en la misma fecha, para la decisión de la declinatoria a la que se contrae el expediente N° 2010-000210; contradicción que impide comprender cómo entiende la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia la inmunidad parlamentaria y, por vía de consecuencia, cuáles son los principios que deben orientar su interpretación. Obsérvese que, en la sentencia que antecede, la mayoría expresó que (p. 10):

... la vigente Carta Magna introduce en su artículo 200 un cambio cualitativo en la aplicación de esta prerrogativa [la inmunidad parlamentaria]. En efecto, la citada disposición alude al goce de la inmunidad parlamentaria “*en el ejercicio de sus funciones*”, como destacara la Sala *supra*, y más adelante refiere que los delitos son los cometidos por los integrantes de la Asamblea Nacional.

De esta forma, bajo el nuevo esquema constitucional el constituyente utilizó como criterio determinante de la protección el sustantivo y no el adjetivo o procesal. Es decir, la inmunidad está referida a los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones como diputado integrante y activo de la Asamblea Nacional, no a los que hubiere cometido antes de la elección y es por ello que no existe alusión alguna en el citado artículo 200 a la eventual circunstancia del arresto, detención o confinamiento para el momento de la proclamación (Subrayado y destacado añadidos).

En cambio, el mismo día, el mismo cuerpo, con idéntica mayoría, y en el análisis de la misma disposición constitucional dejó sentado lo siguiente (pp. 16 y 23):

..., en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se perfiló un modelo de prerrogativa constitucional de orden marcadamente procesal. Esto es, se hace más modesto el supuesto que prohíbe el tipo de inmunidad que se ha venido denominando “inmunidad contra el arresto”, ya que no se explicitan los casos en que operaba la prohibición que era costumbre mencionar en las constituciones anteriores, tales como el arresto, confinamiento, el registro personal o domiciliario, entre otros, pues, simplemente, se advierte en su artículo 200 que el Tribunal Supremo de Justicia será la “*única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención*” /(...)

Cuando se critica posturas como la asumida por el constituyente colombiano, se olvida que el rasgo fundamental de la inmunidad parlamentaria consiste en ser un instrumento procesal para evitar que un acto premeditado, con una clara intención política, obstaculice al Parlamento en la emisión de los actos y en la discusión que debe precederles (Subrayado y destacado añadidos).

En opinión de la mayoría sentenciadora, ¿es la inmunidad parlamentaria una institución sustantiva o un instrumento procesal? Que se produzca tal incertidumbre desde la cúspide del Poder Judicial no puede compartirse.

5. De vuelta al asunto de autos, se concluye que, en efecto, el proceso penal al cual se encuentra sometido el ciudadano Biagio Pilieri Gianinnoto debe continuarse en sede de los tribunales penales ordinarios, razón por la cual el salvante estima, con base en las precedentes valoraciones, que fue conforme a derecho la decisión de la Sala Plena de no aceptación de la competencia material que, en ella, declinó la Corte de Apelaciones que conocía dicha causa, si bien se discrepa del pronunciamiento que se rechazó *supra* (orden de examen de la pertinencia de la medida cautelar que se acordó en la oportunidad de la declinatoria), violatorio de la autonomía del juez y del derecho fundamental al juez natural y potencialmente conducente a un menoscabo ilegítimo de los derechos fundamentales que la Constitución preceptúa como garantía de ejercicio pleno de la función parlamentaria, con afectación, no sólo de la esfera jurídica de la persona antes señalada, sino igualmente de la función pública que éste deberá ejercer, por mandato del pueblo soberano, al cual, por consiguiente, también podría afectar ilegítimamente la orden de la Sala si su destinatario no la interpreta dentro del marco constitucional y legal que se ha expuesto en este voto salvado.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

Voto Salvado del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero

El Magistrado ALFONSO VALBUENA CORDERO, disiente de sus colegas con relación a la opinión sostenida por ellos en la sentencia que precede, opinión mayoritaria que el Magistrado disidente respeta pero no comparte, por lo cual se permite salvar su voto basándose en las razones siguientes:

-I-

DE LA COMPETENCIA DE ESTA SALA

En la referida decisión, la Sala Plena en sesión extraordinaria con Ponencia del Magistrado Arcadio Delgado Rosales, se pronunció sobre el caso del diputado electo a la Asamblea Nacional en los comicios efectuados el pasado 26 de septiembre del presente año, ciudadano Biagio Pilieri Gianinnoto. Al respecto, dicho fallo para resolver la declinatoria de competencia efectuada por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Yaracuy y en consecuencia rehusar la competencia declinada, procedió a interpretar las normas constitucionales que refieren a la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria. En efecto, estableció que el artículo 199 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el régimen de inmunidad (*latu sensu*) que asiste a los representantes del pueblo en el seno de la Asamblea Nacional (inviolabilidad o irresponsabilidad) que impide que los diputados sean perseguidos -en cualquier tiempo- por manifestación de opiniones en el ejercicio de su función parlamentaria. Por su parte, con respecto al artículo 200 *eiusdem* señaló que dicha disposición consagra la inmunidad (*stricto sensu*) que consiste en la imposibilidad de perseguir criminalmente a los miembros del parlamento “con ocasión de los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones”. Sobre esto último, indicó la Sala, que la Constitución de 1961 reconocía el privilegio parlamentario de la inmunidad de la persona del congresista pero en su vertiente adjetiva o procesal, queriendo significar con ello que el delito podía haber sido cometido en el ejercicio de sus funciones o antes. En cambio, la vigente Carta Magna introdujo en su artículo 200 un cambio cualitativo en la aplicación de este privilegio cuando alude al goce de la inmunidad parlamentaria en el ejercicio de sus funciones, utilizando el constituyente como criterio determinante de la protección el sustantivo y no el adjetivo o procesal. Es

decir, dicha inmunidad está referida a los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones como diputado integrante y activo de la asamblea Nacional, no a los que hubiere cometido antes de la elección, por lo que no existe alusión alguna en dicha norma constitucional sobre la eventual circunstancia de arresto, detención o confinamiento para el momento de la proclamación. En consecuencia, se dejó sentado en dicha sentencia que la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria procede a partir del ejercicio efectivo de sus funciones como parlamentario y en consecuencia se ordenó a la Corte de Apelaciones antes referida continuar, como órgano jurisdiccional de segunda instancia en lo penal, la tramitación de la causa iniciada contra el ciudadano Biagio Pilieri Gianinnoto por la presunta comisión de los delitos allí indicados.

Ahora bien, en primer lugar disiento sobre la competencia de la Sala Plena para la resolución del caso en cuestión. En efecto, el artículo 24, ordinal 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (publicada en *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5991, de fecha 29 de julio del año 2010), le atribuye la competencia a la Sala Plena para declarar si hay o no mérito suficiente para el enjuiciamiento del Presidente de la República, o quien haga sus veces, del Vicepresidente Ejecutivo, de los integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros del Poder Popular, el Procurador, Fiscal, Contralor General de la República, Defensor del Pueblo, Defensor Público General, los Rectores del Consejo Nacional Electoral, Gobernadores, Oficiales Generales, Almirantes efectivos y en funciones de Comando de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y de los jefes de misiones diplomáticas de la República. Asimismo señala que es competente para dirimir los conflictos de no conocer que se planteen entre Tribunales de Instancia con distintas competencias materiales, cuando no exista una Sala con competencia por la materia afín a la de ambos. Por último, expresa, sobre dicha competencia, “las demás que establezca la Constitución y las leyes”.

Por su parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone en su artículo 266 las atribuciones del máximo Tribunal y especifica en su parte final que la competencia de la Sala Plena son las señaladas en los numerales 2 y 3, referidas éstas a las que consagra la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia mencionadas supra.

En el caso sometido a revisión, la Sala Plena, para rehusar la competencia que le fuera declinada por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Yaracuy, tuvo que interpretar el artículo 200 de la Constitución, para luego de determinar -con base en tal interpretación- sobre la inexistencia de la protección especial de la inmunidad parlamentaria a favor del ciudadano Biagio Pilieri Gianinnoto, ordenar a dicha Corte continuar la tramitación de la causa iniciada en contra del referido ciudadano.

Con relación a la competencia para ser ejercida por la Sala Constitucional, el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia señala en su ordinal 23 “Las demás que establezcan la Constitución de la República y las leyes”. Por su parte, el artículo 266 de la Carta Magna remite a lo consagrado en el título VIII. En efecto, dispone dicho título en su artículo 335 que el alto Tribunal sea el máximo y último intérprete de la Constitución. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas y demás Tribunales de la República.

Esta norma claramente le atribuye la competencia solamente a la Sala Constitucional para la interpretación de normas de rango Constitucional y así lo ha determinado dicha Sala en infinidad de decisiones, entre las que destaco, N° 1402 del 03-11-09 y la 1527 del 09-11-09.

Por tanto, resulta -sin lugar a dudas- que la competencia de las normas de rango constitucional, está atribuida única y exclusivamente a la Sala Constitucional y no a la Sala Plena de este máximo Tribunal, motivo por el cual debió esta última declinar su competencia en la Sala Constitucional.

Debo resaltar que independientemente que el asunto sometido a revisión, como sucedió en el caso en cuestión, tenga relación con un diputado electo para la Asamblea Nacional, no se trata de la atribución expresa contenida en el artículo 24 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como lo es la declaratoria acerca de si hay o no méritos suficientes para el enjuiciamiento de algún integrante de la Asamblea Nacional.

Como se observa de la decisión que precede, la causa fue remitida a dicha Sala por la declinatoria de competencia efectuada por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Yaracuy, ante la solicitud incoada por los representantes judiciales del diputado electo, referida a que su defendido desde el momento de su proclamación goza de la inmunidad parlamentaria consagrada en el artículo 200 Constitucional y por tanto pidieron así fuese decretado. La Corte, ante tal circunstancia de alegación, decidió que el competente para conocer del caso concreto era la Sala Plena de este máximo Tribunal, todo ello después de acordar el cambio de sitio de reclusión para el ciudadano Biagio Pilieri Gianninoto desde la Comandancia de la Policía del estado Yaracuy para su domicilio, a los fines de evitar vulneración de derechos.

Por tanto, considero que en el presente asunto la declinatoria de competencia no fue a raíz de una solicitud de declaratoria de si hay o no méritos suficientes para el enjuiciamiento del ciudadano Biagio Pilieri Gianninoto, sobre lo cual, la Sala Plena sí tiene expresamente atribuida la competencia para su resolución, sino estuvo dirigida a la interpretación literal del artículo 200 de la Carta Fundamental a los efectos de verificar si dicho ciudadano goza o no de inmunidad parlamentaria, lo cual fue resuelto en el fallo que antecede; se interpretó una norma constitucional, lo cual tiene atribuida su competencia exclusivamente en la Sala Constitucional.

La exposición de motivos de la Constitución atribuye la competencia al Tribunal Supremo de Justicia en forma privativa -entiéndase en su Sala Plena- el conocimiento de los presuntos delitos cometidos por los diputados, siendo la única autoridad que, previa autorización de la Asamblea Nacional, podrá ordenar la detención o continuar el enjuiciamiento según sea el caso. Resulta claro que se refiere a los diputados en el ejercicio de sus funciones. Asimismo consagra que en el caso de delito flagrante cometido por algún diputado, la autoridad competente pondrá a éste bajo custodia en su residencia y comunicará de manera inmediata el hecho al alto Tribunal.

Por tanto, si el fallo en cuestión estableció que el ciudadano Biagio Pilieri Gianninoto no tiene inmunidad por no haber entrado en función, es decir, no es un diputado en el ejercicio de sus funciones, no se trata de un antejuicio de mérito, razón por la que no tenía competencia la Sala Plena para conocer del caso. Siendo así, considero que la competencia debió corresponder a la Sala Constitucional a los efectos de la interpretación del artículo 200 Constitucional y así debió resolverlo la Sala Plena.

II

DE LA INMUNIDAD ANTICIPADA

No obstante lo señalado supra, en el supuesto de que esta Sala Plena sí tuviera competencia para interpretar normas constitucionales, quien aquí disiente quiere referirse propiamente al acto de proclamación que señala dicha norma constitucional. En efecto, el título III

del Reglamento N° 7 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales en materia de Totalización, Adjudicación y Proclamación que rigió para las elecciones de diputados y diputadas para la Asamblea Nacional el pasado mes de septiembre refiere todo lo concerniente sobre el acto de proclamación (artículos 46 al 50 inclusive). Así, en líneas generales dichas normas estipulan que el Consejo Nacional Electoral o la Junta Electoral respectiva proclamarán a los candidatos o candidatas ganadores de la elección y les extenderán credenciales. Las Juntas Electorales remitirán a la Junta Nacional Electoral, entre otros, dicha proclamación, a los efectos de su publicación en Gaceta Electoral. Posteriormente, finalizado el proceso, las Juntas Electorales archivarán dichas actas tanto de Totalización, como de Adjudicación y Proclamación.

Ahora bien, la proclamación, (en este caso en específico, de un diputado que haya sido electo para la Asamblea Nacional), es un acto jurídico que emana de un órgano público, a través de la Junta Regional Electoral del estado donde resultó electo. El mismo se realiza, como protección anticipada al órgano, a los efectos de tener certeza de cuál es el candidato o candidata electo. Tal acto es impugnabile, por lo que considero que de ahí la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria establecida por la Carta Magna desde su proclamación.

Es decir, cuando el artículo 200 de la Constitución expresamente señala que los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación, ello no obsta para que dicha proclamación pueda ser impugnada.

La inmunidad parlamentaria se trata de una prerrogativa autorizada por la Carta Fundamental, y como tal constituye una excepción al derecho a la igualdad y al derecho a la tutela judicial efectiva de las posibles víctimas de estos delitos. Sustraer del fuero de la justicia penal a los miembros del parlamento. Protege la seguridad de sus funciones frente a las pretensiones arbitrarias de los particulares u órganos del Poder Público.

Esa fue la intención del constituyente cuando en la exposición de motivos de la Carta Fundamental expresa que la inmunidad parlamentaria se consagró como una garantía del ejercicio autónomo de las funciones legislativas respecto de los otros poderes y como garantía para el mejor y efectivo cumplimiento de la función parlamentaria. Indica claramente que la inmunidad sólo está referida al ejercicio de las funciones parlamentarias "*desde el momento de la proclamación por parte del órgano electoral competente hasta la conclusión del mandato*"; y por último señala que su desconocimiento por parte de los funcionarios públicos ocasiona sanciones de naturaleza penal que el legislador deberá establecer en la ley correspondiente.

En todo caso si el constituyente hubiese querido que los diputados tuvieran inmunidad sólo a partir del momento en que pasaran a cumplir efectivamente sus funciones, no haría ninguna referencia al acto de proclamación; pero al hacerlo, está confiriendo una protección anticipada al órgano, pues habiendo certeza desde la proclamación, de quienes conformarán el poder legislativo, se pudieran intentar medidas judiciales en contra del diputado y así afectar la conformación de ese cuerpo.

III

DE LA SOBERANÍA POPULAR

En último lugar es importante resaltar la voluntad del pueblo que es el que ejerce y tiene la soberanía. En este sentido cabe preguntarse ¿Hasta qué punto puede una decisión judicial revocar o violar el mandato del pueblo que es el beneficiario de la soberanía?

La soberanía es el ejercicio de la voluntad general. El soberano, que no es sino un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo: el poder puede ser transmitido,

pero no la voluntad. La voluntad es general o no lo es. Es la parte del pueblo o solamente una parte de él. En el primer caso, esta voluntad declarada es un acto de soberanía; en el segundo, no es sino una voluntad particular.

Es un hecho notorio y comunicacional, las elecciones efectuadas el pasado 26 de septiembre en nuestro país. Por ello estimo que, siendo la soberanía uno de los elementos más representativos del Poder del Estado, y es el pueblo, quien lo detenta y ejerce por medio de los órganos destinados para tal fin, el resultado de dicha elección con relación al diputado electo en el presente caso para la Asamblea Nacional, se estaría viendo mermada con la decisión que antecede, toda vez que, dicho fallo, una vez que interpretó la norma constitucional que consagra la inmunidad parlamentaria resolvió que la misma procede a partir del ejercicio efectivo de sus funciones como parlamentario, y no desde la proclamación, lo cual conllevó a la continuación del juicio ya iniciado en el caso del ciudadano Biagio Pilieri Gianninoto, con un futuro incierto hasta el inicio del ejercicio de su función como parlamentario, enervando así una decisión emitida por el pueblo, en un acto de soberanía, como lo es el ejercicio del voto.

En este sentido, considero que con dicha decisión se está contrariando la voluntad del pueblo.

Ahora bien, por cuanto la mayoría sentenciadora interpretó el artículo 200 Constitucional al establecer que la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria procede a partir del ejercicio efectivo de sus funciones como parlamentario, es que disiento del fallo in comento.

Quedan en estos términos expresadas las razones de mi *voto salvado*.

C. *El Poder Judicial*

- a. *Administración de Justicia: Cita inocente o inocua de conocimientos ajenos al derecho*

TSJ-SPA ACC. (1214)

30-11-2010

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Comunidad Indígena Barí y Asociación Civil Bokshi bibari Karaja Akachinano (BOKSHIBIKA).

La sentencia puede –y en ciertos casos debe- apoyarse en conocimientos metajurídicos que la complementen, porque la ciencia del derecho no se basta a sí misma en forma pura (opuestamente de cómo la concibe Hans Kelsen en su Teoría Pura del Derecho), pues el derecho se apoya en muchos saberes ancestrales con raigambre filosófica e histórica, y está necesariamente conectado con las otras ciencias, hasta el punto de que sin los complejos saberes que le dieron nacimiento, el derecho puro carece de calor y valor humano.

Esta Sala Accidental considera que la sentencia puede –y en ciertos casos debe- apoyarse en conocimientos metajurídicos que la complementen, porque la ciencia del derecho no se basta a sí misma en forma pura (opuestamente de cómo la concibe Hans Kelsen en su Teoría Pura del Derecho), pues el derecho se apoya en muchos saberes ancestrales con raigambre filosófica e histórica, y está necesariamente conectado con las otras ciencias, hasta el punto de que sin los complejos saberes que le dieron nacimiento, el derecho puro carece de calor y valor humano. Con tal convicción quiere precisar la Sala en este punto previo de la motivación, que acude a la cita inocente o inocua de conocimientos ajenos al derecho, para hacer

más explícita y más humanista esta sentencia dirigida a dar respuesta a la demanda de una etnia, es decir, de un pueblo indígena.

Al respecto, el filósofo del derecho Ernesto Grün opina:

“El derecho, desenvolviéndose en el interior de la sociedad, está en comunicación permanente con ella. Le trasmite informaciones a las cuales aquélla reacciona; informado de estas reacciones adapta su dispositivo en función de aquélla. La vida del derecho, su dinámica, son así en gran parte la consecuencia de sus comunicaciones con el medio societal.” (Ernesto Grün. *“Una visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI”*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de México, 2006, p. 49)

Si bien es cierto que en la jurisprudencia venezolana no es usual citar autores ajenos al pensamiento jurídico, como en cambio, es costumbre jurisprudencial en otros países, reconoce esta Sala Accidental que –dado el carácter omnicompreensivo del derecho, tan complejo como el valor filosófico que lo sustenta: la justicia- los diversos saberes humanos son útiles para enriquecer el saber jurídico; y que si una sentencia se nutre de conocimientos metajurídicos que ayuden a comprenderla mejor en su contexto histórico, ampliando holísticamente su sustentación estrictamente jurídica, tal sentencia será más útil al justiciable y a la sociedad entera, porque siendo más didáctica servirá más cabalmente a su objetivo trascendental en el que –como en esta causa- está presente la verdadera historia de América, vista a la luz del tiempo histórico de la vida indígena a lo largo de quinientos años.

Al incorporar los conocimientos metajurídicos en esta decisión judicial, la Sala expresa su respeto y comprensión por la enorme importancia de los pueblos indoamericanos como fundadores originarios de este continente; y a la vez reconoce –nos reconocemos- los seres humanos no aborígenes de América con un origen común a ellos, como sus tributarios.

Al respecto, el antropólogo Enrique Oltra sostiene:

“Nosotros pretendemos encontrarnos con ese hombre que un día pobló nuestro continente y forjó una alta civilización de esplendor. Y ese hombre ya no existe. Y si existe, vive escondido bajo otro ropaje. Es la indumentaria que pidió de prestado y se le impuso traída del occidente. Y, hoy, se ha olvidado de quiénes fueron los que donaron los más hondos sentimientos de su alma, con sus cualidades y aptitudes propias; con su idiosincrasia y rasgos muy singulares.” (Enrique Oltra, *Paideia precolombina. Ideales pedagógicos de aztecas, mayas e incas*, Ediciones Castañeda, Buenos Aires, 1977, p. 9).

Por estas razones, para el jurisdicente del tiempo actual, tan estrechamente interconectado, gracias a la velocidad de la información, la ley y la jurisprudencia no deben estancarse en *“una actitud conservadora y tradicionalista, no apta ya para un mundo en rápida transformación, sino centrar la atención sobre los efectos que producirá el derecho sobre su entorno cuando se legisla o se dictan sentencias (...)”* (Ernesto Grün, obra citada, p. 50) (Subrayado de la Sala).....

2. El Poder Municipal: Privilegios y Prerrogativas procesales

TSJ-SC (1331)

17-12-2010

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Joel Ramón Marín Pérez vs. Decisión del Juzgado Superior Segundo del Circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia.

Las prerrogativas y privilegios establecidos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República a favor de la República, al ser de interpretación restrictiva y excepcional, no son extensibles a los municipios, salvo los que se les establezca por ley. Conforme a ello, los municipios no gozan del privilegio previsto en el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, referido a la consulta obligatoria ante el Tribunal Superior competente.

.....Mediante sentencia del 5 de junio de 2009, por el Juzgado Superior Segundo del Circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, en la que se declaró sin lugar la demanda interpuesta por el ciudadano Joel Marín contra el Instituto Municipal de Aseo Urbano (IMAU) por cobro de indemnizaciones por accidente laboral.

Contra dicha decisión se alegó que el Juzgado Superior Segundo del Circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, conociendo de la consulta legal establecida en el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el 5 de junio de 2009, declaró sin lugar la demanda y ordenó notificar al Síndico Procurador Municipal del Municipio Maracaibo del Estado Zulia, siendo que según el artículo 155 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, y el artículo 95 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, una vez notificado el Síndico Procurador municipal de la decisión definitiva, la causa se suspende por 30 días continuos, corriendo luego los lapsos para ejercer los recursos a que haya lugar; lo cual no ocurrió, ya que una vez realizada la notificación del Síndico Procurador por el juzgado superior, y luego de ocho días hábiles, se ordenó remitir el expediente al *a quo*, violándose normas de orden público del artículo 8 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y el artículo 155 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, con lo que se lesionó el derecho al debido proceso, el derecho a ser oído, a la presunción de inocencia, al acceso a la justicia y a los recursos legalmente establecidos, a la articulación de un proceso debido y a obtener una resolución de fondo con fundamento en derecho, con lo cual se pretende garantizar los demás derechos constitucionales y “materiales” dentro del proceso, ya que al remitirse el expediente del juzgado superior al *a quo* antes del tiempo establecido, le impidió poder ejercer el recurso de casación o el recurso de control de legalidad, ya que ya no estaba el mismo en el tribunal de alzada.

Al respecto se observa que los artículos 155 Ley Orgánica del Poder Público Municipal, y los artículos 8, 72 y 95 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, no son aplicables al presente caso en concreto y, por lo tanto, no existe violación de los derechos al debido proceso, a ser oído, a la presunción de inocencia, al acceso a la justicia, a los recursos legalmente establecidos, a la articulación de un proceso debido y a obtener una resolución de fondo con fundamento en derecho, que fueron alegados, motivo por el cual se declara sin lugar la acción de amparo interpuesta. Así se decide.

Sin embargo, con fundamento en la tutela objetiva de constitucionalidad y en el artículo 25 numeral 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala procede a la revisión de oficio del fallo accionado, para lo cual efectúa el siguiente análisis:

Observa esta Sala Constitucional, que el 12 de mayo de 2009, el Juzgado Quinto de Primera Instancia de Juicio para el Nuevo Régimen Procesal y Transitorio del Circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, remitió para la consulta legal establecida en el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la causa al Juzgado Superior Segundo del Circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia. Dicho artículo establece:

“Artículo 72: Toda sentencia definitiva contraria a la pretensión, excepción o defensa de la República, debe ser consultada al Tribunal Superior competente.”

Al respecto se señala que, en materia de demandas patrimoniales contra los entes estatales nacionales, la legislación establece una serie de prerrogativas procesales a favor de estos, previstas actualmente en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. En principio, estas prerrogativas están establecidas a favor de la República, no obstante, las mismas han sido extendidas -por vía legal o jurisprudencial- a otros entes estatales nacionales.

Así, en el caso de los Estados, tales prerrogativas fueron extendidas a través de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, en cuyo artículo 33 se dispuso que “*Los Estados tendrán, los mismos privilegios y prerrogativas fiscales y procesales de que goza la República*”.

En cuanto a los institutos autónomos, antes le eran aplicables sólo las prerrogativas previstas en su ley de creación, ya que los institutos y establecimientos autónomos no gozaban, en cuanto a su patrimonio, de las prerrogativas acordadas al Fisco, salvo que por sus leyes o reglamentos orgánicos se les otorgasen (artículo 74 de la derogada Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional). Actualmente, la Ley Orgánica de Administración Pública, atribuye a los institutos autónomos las mismas prerrogativas de la República y los Estados. Así, el artículo 97 de dicha ley establece:

“Artículo 97: Los institutos autónomos gozarán de los privilegios y prerrogativas que la ley nacional acuerde a la República, los estados, los distritos metropolitanos o los municipios.”

A nivel municipal, la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, en su artículo 102, establecía que “*El Municipio gozará de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga al Fisco Nacional, salvo las disposiciones en contrario contenidas en esta Ley. Igualmente, regirán para el Municipio, las demás disposiciones sobre Hacienda Pública Nacional en cuanto sean aplicables*”.

Actualmente, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal carece de una norma similar al artículo 102 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, por lo cual siendo que la aplicación de tales beneficios es excepcional y, por ende, las normas que los regulan deben ser materia de interpretación restrictiva, en tanto suponen una limitación legal de los derechos fundamentales de igualdad y de tutela judicial efectiva, ha de entenderse que en la actualidad no se aplican a los municipios los privilegios y prerrogativas de la República, salvo que expresamente estén establecidos en la ley.

En buen derecho, las limitaciones que se producen con la existencia de las prerrogativas y privilegios de los entes públicos -en general- han de imponerse sólo por razones de estricta necesidad y conforme al principio de proporcionalidad y excepcionalidad; así, el interés general puede justificar cierta aplicación restrictiva a una exigencia subjetiva en concreto, pero, al mismo tiempo, puede, eventualmente, demandar la preferencia por otra exigencia del mismo carácter, siempre con apego a los términos de la regla convencional que define la limitación o que habilita al Estado para la restricción

En este sentido, esta Sala ha señalado en sentencia N° 2254/13-11-2001, que las prerrogativas procesales que confiere la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República al Procurador General, son de interpretación restrictiva y no extensivas, así por ejemplo, son exclusivas del funcionario o abogado que actúe en representación de la República, y no puede ser extensible a cualquier particular que desee ejercerlas o invocarlas. Igualmente, en sentencia N° 903/12-08-2010, la Sala estableció que los privilegios y prerrogativas de los que goza la República no son extensivos a las fundaciones del Estado.

También, esta Sala....., indicó:

“El reconocimiento de prerrogativas o privilegios a favor de la Administración es entonces, viable, por el interés que, en un momento dado, exista en dar protección a determinado bien o valor jurídico a través de esta institución; sin embargo, los mismos son de interpretación restringida (*Vid.* sentencia N° 2935/2002, del 28-11, caso: *Instituto Autónomo de Salud del Estado Apure (INSALUD)*), lo que exige, en primer término, el respeto de los derechos fundamentales del individuo; y en segundo lugar, requiere que su estipulación sea expresa y explícita; de allí que, la búsqueda del equilibrio se imponga, no estando permitido al Legislador instaurar tales excepciones de manera genérica e imprecisa, sin considerar la incidencia que su vigencia pueda ocasionar en los derechos fundamentales.

Cuando los privilegios procesales derivan de normas legales, ciertamente es necesario reflexionar acerca de su alcance. En especial, el intérprete debe ser en extremo cuidadoso, su aplicación no puede alterar, afectar ni vulnerar derechos de rango constitucional, de allí que, no puedan hacerse extensivos, por ejemplo, a las empresas del Estado, las cuales gozan de los mismos sólo cuando la Ley expresamente así lo establezca. (*Vid.* sentencia N° 2291/2006, del 14-12, caso: *Compañía Anónima de Electricidad del Centro, C.A. (ELECENRO)* y que, en ocasiones puedan ceder ante casos muy particulares de abuso de derecho o de manifiesta injusticia. (*Vid.* sentencia N° 3524/2005, del 14-11, caso: *Procurador del Estado Zulia*).

Juzga entonces esta Sala que en virtud del rango que los referidos derechos ostentan, esto es, el fundamental a la tutela judicial efectiva y el de igualdad, no sería permisible sostener sobre la base del establecimiento de prerrogativas procesales, de rango legislativo, interpretaciones (normas jurídicas) que lesionen el aludido derecho y además excepcionen el principio de igualdad, de justicia y de responsabilidad del Estado”.

Este tipo de criterio se reitera...

“Para ello, esta Sala debe considerar que la interpretación de los privilegios y prerrogativas - sean de fuente constitucional o legal- debe efectuarse de forma restrictiva por el intérprete, esto es, no pueden inferirse beneficios que el texto expreso no señala, puesto que ello supone crear desigualdades jurídicas en detrimento del principio de igualdad que preconiza el Texto Fundamental (*ex* artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).”

En este sentido se observa que las prerrogativas y privilegios que posee la República son de interpretación restrictivas y no pueden ser extendidas a otros entes u órganos públicos, salvo previsión expresa de ley, ya que suponen una limitación legal de los derechos fundamentales de igualdad y de tutela judicial efectiva, por lo que -se insiste- estas prerrogativas deben encontrarse reconocidas expresamente en la ley.

En el ámbito municipal, como se expuso, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal contiene las normas sobre la actuación de los municipios en juicio y, por ende, de sus fundaciones, asociaciones civiles, corporaciones, sociedades mercantiles, empresas e institutos autónomos, estableciendo las siguientes prerrogativas más limitadas que las que se le conceden a la República, esto es: 1) citación del Síndico Procurador de toda demanda o solicitud directa o indirecta contra los intereses patrimoniales (artículo 152); 2) lapso especial para contestar la demanda (artículo 152); 3) no aplicabilidad de la confesión ficta (artículo 153); 4) prohibición de medidas preventivas y ejecutivas sobre los bienes de uso público o afectados a la prestación de un servicio público, (artículo 155), 5) limitaciones de las actuaciones procesales del Síndico Procurador (art. 154), 6) limitación de la condenatoria en costas (art. 156), y 7) especial mecanismo de ejecución de sentencias (art. 156 al 158).

Por lo tanto, las prerrogativas y privilegios establecidos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República a favor de la República, al ser de interpretación restrictiva y excepcional, no son extensibles a los municipios, salvo los que se les establezca por ley.

En este sentido, cuando el 12 de mayo de 2009, el Juzgado Quinto de Primera Instancia de Juicio para el Nuevo Régimen Procesal y Transitorio del Circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, remitió para la consulta legal establecida en el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la causa al Juzgado Superior Segundo del Circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, extendió inconstitucionalmente una prerrogativa propia de la República al Municipio, violando de esta manera el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Por lo tanto, se anula la decisión del 5 de junio de 2009, del Juzgado Superior Segundo del Circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, por violación al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, al ordenar a una consulta no dispuesta en la ley. En consecuencia, se declara la firmeza de la sentencia dictada por el Juzgado Quinto de Primera Instancia de Juicio para el Nuevo Régimen Procesal y Transitorio del circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, el 6 de marzo de 2009, en primera instancia en la causa principal.

Así mismo, se ordena la publicación del extenso de la presente sentencia en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, en cuyo sumario se deberá indicar: “Sentencia de la Sala Constitucional mediante la cual se establece que los municipios no gozan del privilegio previsto en el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, referido a la consulta obligatoria ante el Tribunal Superior competente.” Asimismo, se ordena que se haga mención especial de esta decisión en la página web de este Tribunal Supremo de Justicia, bajo la anterior reseña.

Voto Concurrente de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán

En virtud de la potestad que le confiere el artículo 53 del Reglamento de Reuniones de este Alto Tribunal, quien, suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, consigna su opinión concurrente al contenido decisorio del presente fallo.

La mayoría sentenciadora, con ocasión de la acción de amparo interpuesta por el ciudadano Joel Ramón Marín Pérez, REVISÓ de oficio y ANULÓ la sentencia dictada por el Juzgado Superior Segundo del Circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia el 5 de junio de 2009, para finalmente declarar FIRME el fallo emitido por el Juzgado Quinto de Primera Instancia de Juicio para el Nuevo Régimen Procesal y Transitorio del mismo Circuito Judicial Laboral el 6 de marzo de 2009, que declaró con lugar la demanda por cobro de indemnización por accidente laboral ejercida por el hoy accionante en amparo en contra del Instituto Municipal de Aseo Urbano.

Al efecto, la mayoría sentenciadora estableció con criterio vinculante que “...los municipios no gozan del privilegio previsto en el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, referido a la consulta obligatoria ante el Tribunal Superior competente”.

En criterio de quien suscribe, la doctrina vinculante que sintetiza el extracto citado se compadece con la exigencia de interpretar de forma restringida todo lo atinente a privilegios y prerrogativas, como excepción que son de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva. Por tanto, la Magistrada concurrente comparte plenamente que ante el hecho cierto que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no estipula de forma genérica que los Municipios gozarán de las mismas prerrogativas que la legislación nacional le otorga a la República, como sí ocurría con la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, debe entenderse que “...en la actualidad no se aplican a los municipios los privilegios y prerrogativas de la República, salvo que expresamente estén establecidos en la ley”, que no es otra, de

momento, que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal; por lo cual no es permisible extender a los Municipios las prerrogativas y los privilegios establecidos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Sin embargo, quien suscribe el presente voto concurrente estima que el criterio sostenido por la mayoría sentenciadora, al precisar que se “...*extendió inconstitucionalmente una prerrogativa propia de la República al Municipio...*”, ha debido resaltar la tendencia coherente de la Sala Constitucional, pues en casos laborales como el de autos, por las propias peculiaridades de lo debatido, la Sala ni siquiera a la República le ha avalado asirse a sus prerrogativas procesales por considerarlas en determinados supuestos abuso de derecho, “...*allanándose la condición del ente público en el juicio y quedando entonces sometido a la misma regla de notificación que impera para el común de las partes en el juicio laboral, recogida en el artículo 7 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*” (Vid. la sentencia N° 1116/2010 de 16 de noviembre (caso: *Matilde Castro Daly*)).

En efecto, en sintonía con la concepción constitucional del trabajo como hecho social que requiere protección estatal (ex: artículo 89) y ante la extensión injustificada de las prerrogativas procesales de los entes públicos a los procesos laborales, cabe advertir que el Derecho Laboral es de las pocas ramas del Derecho en la que la equidad constituye fuente jurídica (ex: artículo 60 letra g de la Ley Orgánica del Trabajo), idea desde la cual emergen profundos y fundados cuestionamientos a la extensión de las prerrogativas de los entes públicos al proceso laboral, pues entran en conflicto dos conceptos constitucionales: el interés público, cuya tutela ha sido encomendada a la Administración; y el trabajador, como débil económico, entre los cuales la jurisprudencia de esta Sala Constitucional ha venido decantándose recientemente por tutelar al trabajador como débil económico.

De modo que así debió ser recogido expresamente por la sentencia concurrida.

En efecto, producto de que cada vez son más los casos que en juicios de naturaleza laboral se encuentren involucrados intereses patrimoniales de la República, esta Sala Constitucional ha hecho la advertencia de que los derechos laborales, por ser de talante socio-laboral, gozan de un especial reconocimiento constitucional (Vid. Sent. N° 1116/2010 de 16 de noviembre, caso: *Matilde Castro Daly*), lo que ha conducido a que en las interpretaciones recientes de las prerrogativas se haya evitado que éstas deriven en herramientas procesales para desmejorar las condiciones jurídicas del trabajador.

Así, respecto de la notificación de este órgano y la sucedánea suspensión de la causa se indicó en el fallo N° 2849/2004 de 9 de diciembre (caso: *Levi Atilio Salas Olivares*) que en virtud de la particularidad del proceso laboral la notificación obliga a la Procuraduría General de la República: “...*a ser más diligente y dar preferencia a su intervención o no en este tipo de proceso, pues su rápida actuación en tal sentido haría cesar la suspensión que ordene el juez laboral y por ende promovería la respectiva consecución del proceso, en el entendido que sólo así se puede garantizar uno más breve, tanto más si la República no se hará parte, toda vez que, el aludido lapso de noventa días, en tales casos, no habría que dejarlo correr íntegramente*”; aclarándose, esta vez en la sentencia N° 1517/2006 de 8 de agosto (caso: Procuradora General de la República), que: “...*la notificación y suspensión de la causa en los términos establecidos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, imponen igualmente a la Procuraduría General de la República una carga procesal, en el entendido que si considera necesaria su intervención debe hacerse parte en el juicio y ejercer oportunamente los recursos a que haya lugar -vgr. Recurso de apelación, casación o recurso de hecho-, tomando en cuenta en cada caso la procedencia de los mismos*”.

En un sentido similar se pronunció la Sala en la sentencia N° 3524/2005 de 14 de noviembre, (caso: *Procurador del Estado Zulia*) cuando calificó el uso desleal de las mencionadas prerrogativas procesales en detrimento de un trabajador como **abuso de derecho**, en los siguientes términos:

...que esta Sala aplique las prerrogativas de los Estados en detrimento del justiciable que exige la tutela del derecho constitucional al trabajo y a las prestaciones sociales tal como lo prescribe el artículo 89 de la Constitución, es hacer que esta Sala Constitucional participe de una irregularidad tan grave que raya en el abuso de derecho, noción de la cual esta Sala ha señalado, en su sentencia N° 2935/2002, que cuando tal abuso se verifica en una causa donde se está discutiendo derechos laborales, los entes públicos no pueden asirse de las prerrogativas procesales.

Y recientemente en la sentencia N° 1116/2010 de 16 de noviembre (caso: *Matilde Castro Daly*) –ya citada–, se indicó expresamente que:

El hecho es que producto de la evolución de la jurisprudencia constitucional, las prerrogativas procesales de la República en los juicios laborales se han limitando a aspectos cada vez más específicos, como corresponde en la interpretación de cualquier regla que flexibilice el derecho a la igualdad. De ese modo, sin desconocer el carácter de orden público de las normas que estipulan las prerrogativas procesales de la República, ni el mandato legal contenido en el artículo 12 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, las prerrogativas procesales generan en su titular el deber de indicar de forma expresa y diligente si se hará o no parte en el juicio; y la carga de actuar oportunamente, valorando en cada caso concreto la procedencia efectiva de los recursos a ejercer. Como corolario de tales extremos, el ente público no puede prevalerse de su propia negligencia por cuanto será abuso de derecho, tal como ha sido declarado por esta Sala Constitucional, allanándose la condición del ente público en el juicio y quedando entonces sometido a la misma regla de notificación que impera para el común de las partes en el juicio laboral, recogida en el artículo 7 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Es por ello que, en criterio de quien suscribe, más allá de que se haya hecho una extensión indebida de las prerrogativas procesales de la República a los Municipios; el asunto de fondo es que, producto de evolución jurisprudencial de esta Sala Constitucional, **en los procesos laborales no hay cabida para las prerrogativas procesales de ningún ente público**; lo contrario sería hacer una mixtura de regímenes distintos: laboral y contencioso administrativo, en cuya vertiente funcional, signada por un régimen estatutario, la querrela funcional dista en mucho del sistema oral implementado por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por lo que de aplicarse al proceso laboral las prerrogativas procesales de los entes públicos ello desembocaría en una actuación judicial laboral en perjuicio del trabajador, que no deja de ser el débil económico por el hecho de que su patrono sea un ente público.

Queda así expresado el criterio de la Magistrada concurrente.

IV. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo de Nulidad*

A. *Medidas Cautelares*

TSJ-SPA (1212)

25-11-2010

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE) vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

En cuanto a la violación al debido proceso se advierte que el fundamento legal de la medida cautelar dictada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) es el artículo 33 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Social en Radio y Televisión (publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.333 del 12 de diciembre de 2005), norma que dispone lo siguiente:

Artículo 33.- “En el curso del procedimiento sancionatorio, incluso en el acto de apertura, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá de oficio o a solicitud de parte, dictar la siguiente medida cautelar, ordenar a los prestadores de servicios de Radio y Televisión o Difusión por suscripción, abstenerse de difundir en cualquier horario mensajes que infrinjan las obligaciones establecidas en el numeral 1, del artículo 29 de esta Ley. (...)” (Resaltado de a Sala).

Conforme a la norma parcialmente transcrita –y sin que ello implique adelanto de opinión al fondo– pueden dictarse medidas cautelares como la impugnada incluso en el auto de apertura, tal como ocurrió en el caso que se examina, cuando se trate de mensajes que hagan apología e inciten a la guerra, promuevan o inciten a alteraciones del orden público, promuevan o inciten al delito, sean contrarios a la seguridad de la nación, entre otros.

De la revisión del acto recurrido se deriva que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), siguiendo los lineamientos previstos en el citado artículo, dictó el acto impugnado en el auto de apertura del procedimiento, lo cual conduce a esta Sala a apreciar, que en principio no hubo violación al derecho al debido proceso de los recurrentes. Así se determina.

2. *El Contencioso Administrativo contra la Abstención o Carencia de la Administración*

A. *Procedimiento*

TSJ-SPA (1117)

24-11-2010

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Asociación Civil Centros Comunitarios de Aprendizaje (CECO-DAP), y otros vs. Presidente de la República, ciudadano Hugo Chávez Frías.

Los recursos por abstención o carencia deben tramitarse directamente por ante esta Sala Político-Administrativa y sólo se remitirá el expediente al Juzgado de Sustanciación en caso de ser necesaria la evacuación de alguna prueba, asegurándose así la celeridad que quiso el legislador incorporar a ese especial procedimiento.

En fecha 27 de julio de 2010, se dio cuenta en Sala y por auto de la misma fecha se designó ponente al Magistrado Levis Ignacio Zerpa, a los fines legales consiguientes.

Antes de proveer sobre la solicitud planteada, la Sala observa:

1.- La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.447 de fecha 16 de junio de 2010, reimpresa por error material en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.451 de fecha 22 de junio de 2010, regula en sus artículos 65 al 75, la tramitación por el procedimiento breve de las demandas relacionadas con los reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos, vías de hecho y abstención, cuando no tengan contenido patrimonial o indemnizatorio.

Así, en cuanto al procedimiento para el trámite de las referidas demandas, los artículos 67 y 70 disponen:

“Artículo 67: Admitida la demanda, el tribunal requerirá con la citación que el demandado informe sobre la causa de la demora, omisión o deficiencia del servicio público, de la abstención o de las vías de hecho, según sea el caso. Dicho informe deberá presentarse en un lapso no mayor de cinco días hábiles, contados a partir de que conste en autos la citación.

Cuando el informe no sea presentado oportunamente, el responsable podrá ser sancionado con multa entre cincuenta unidades (50U.T) y cien unidades tributarias (100 U.T), y se tendrá por confeso a menos que se trate de la Administración Pública.

En los casos de reclamos por prestación de servicios públicos, la citación del demandado será practicada en la dependencia u oficina correspondiente.”

“Artículo 70: Recibido el informe o transcurrido el término para su presentación, el tribunal dentro de los diez días de despacho siguientes, realizará la audiencia oral oyendo a las partes, a los notificados y demás interesados. Los asistentes a la audiencia podrán presentar sus pruebas.

Si el demandante no asistiere a la audiencia se entenderá desistida la demanda, salvo que otra persona de las convocadas manifieste su interés en la resolución del asunto.”

“Artículo 71: En la oportunidad de la audiencia oral, el tribunal oír a los asistentes y propiciará la conciliación.

El tribunal admitirá las pruebas, el mismo día o el siguiente, ordenando la evacuación que así lo requieran.”

“Artículo 72: En casos especiales el tribunal podrá prolongar la audiencia.

Finalizada la audiencia, la sentencia será publicada dentro de los cinco días de despacho siguientes.”

Conforme se desprende de las normas antes citadas, las demandas relacionadas con reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos, vías de hecho y abstención, cuando no tengan contenido patrimonial o indemnizatorio, se tramitarán por el procedimiento breve.

Persigue así el legislador arbitrar un procedimiento expedito que resulte cónsono con la naturaleza y finalidad de la pretensión deducida, en tanto la materia se relaciona con principios cardinales de derecho público y rango constitucional, tales como el derecho a ser notificado de la apertura de cualquier procedimiento que afecte intereses de los particulares, de alegar y disponer del tiempo y los medios adecuados para su defensa; el derecho a servicios básicos de calidad; así como el derecho a dirigir peticiones a cualquier autoridad y obtener oportuna y adecuada respuesta.

De ahí que se haya pensado en evitar demoras inconvenientes mediante la aplicación de un procedimiento que constituya garantía del efectivo y rápido restablecimiento de la situación jurídica infringida.

Considera la Sala, dada la naturaleza breve del procedimiento en cuestión, que su tramitación (admisión, notificación, audiencia oral y decisión), en los tribunales colegiados, debe realizarse directamente ante el juez de mérito, en este caso, la Sala Político-Administrativa, ello en virtud del carácter breve del referido procedimiento por el cual corresponde a dicho juez instruir directamente el expediente.

Por tanto, sólo procederá la remisión de la solicitud al Juzgado de Sustanciación en aquellos casos en que los asistentes a la audiencia, si así lo consideran pertinente, presentan sus pruebas y las mismas por su naturaleza, necesiten ser evacuadas.

Conforme a lo expuesto, concluye la Sala, que los recursos por abstención o carencia deben tramitarse directamente por ante esta Sala Político-Administrativa y sólo se remitirá el expediente al Juzgado de Sustanciación en caso de ser necesaria la evacuación de alguna prueba, asegurándose así la celeridad que quiso el legislador incorporar a ese especial procedimiento. Así se declara.

De otra parte, cabe precisar que el cómputo del lapso de cinco (5) días hábiles a que se refiere el artículo 67 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, contados a partir de que conste en autos la citación del demandado para que la autoridad respectiva informe sobre la denunciada demora, omisión o deficiencia del servicio público, de la abstención o vías de hecho, debe hacerse por días de despacho del tribunal, pues si bien se persigue celeridad en el procedimiento debe también procurarse un lapso razonable y suficiente para que el responsable pueda elaborar y presentar el informe sobre la denuncia formulada, previa la consulta que deba realizar con el órgano asesor correspondiente, máxime si se considera la grave consecuencia que prevé la norma frente a la omisión de tal exigencia.

En suma, armonizando la necesaria prontitud en la sustanciación del caso con el también indispensable tiempo para que pueda sustanciarse debidamente la denuncia, concluye la Sala que el lapso fijado en el artículo 67 de la referida ley, debe computarse por días de despacho. Así también se declara.

2.- En el presente caso, se ha planteado un recurso por abstención o carencia contra el **PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA**, ciudadano Hugo Chávez Frías, “*en virtud de su conducta omisiva de dar cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 678 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (...) relativa a la publicación del reglamento sobre la Participación Popular de la citada ley*”; cuyo trámite, en virtud de la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se realiza por el procedimiento breve contemplado en los artículos antes citados, al no tener contenido indemnizatorio, según mandato de la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así, visto que en el caso bajo estudio el recurso por abstención o carencia incoado ya fue admitido por el Juzgado de Sustanciación, encontrándose pendiente la citación del **MINISTERIO DEL PODER POPULAR DEL DESPACHO DE LA PRESIDENCIA**, se ordena emplazar al referido Ministerio requiriéndole que informe en un lapso de cinco (5) días de despacho contados a partir de que conste en autos la citación, sobre la abstención denunciada por los accionantes en la presente causa, con el objeto de dar cumplimiento con lo establecido en el artículo 67 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, remitiéndole copia certificada de la solicitud, de la documentación acompañada a ésta, del auto dictado por el Juzgado de Sustanciación en fecha 22 de julio de 2010 y de la presente decisión. Así se declara.

Considera igualmente necesario la Sala notificar de la presente demanda a la Procuradora General de la República, de conformidad con lo establecido en el artículo 97 del Decreto N° 5892 con Rango, Valor y Fuerza de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; así como al Ministerio Público, a fin de que consigne opinión sobre el asunto. Líbrense oficios anexándoles copia certificada de esta decisión.

TSJ-SPA (1214)**30-11-2010**

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Comunidad Indígena Barí y Asociación Civil Bokshi bibari Karaja Akachinano (BOKSHIBIKA).**La Sala reitera su jurisprudencia respecto al Recurso por Abstención o Carencia.**

Corresponde a esta Sala pronunciarse sobre el recurso por abstención o carencia planteado por la Comunidad Indígena Barí y la Asociación Civil Bokshi Bibari Karaja Akachinano (BOKSHIBIKA).

El referido recurso es propio de las competencias de la jurisdicción contencioso administrativa, la cual está regulada en la Constitución de 1999, que prevé el control de las actuaciones y omisiones de las autoridades administrativas, en los siguientes términos:

“Artículo 259.- La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

De la norma transcrita se desprende que los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa detentan amplias potestades de control sobre la universalidad de posibilidades de actuación de la Administración, abarcando no sólo los actos expresos viciados de inconstitucionalidad o ilegalidad, sino cualquier situación contraria a derecho, en la que la autoridad pública sea la causante de la lesión, infringiendo derechos subjetivos de los justiciables incluso en los casos de inactividad u omisión por parte de la Administración (*Vid.* Sentencia N° 01684 del 29 de junio de 2006).

La jurisprudencia de esta Sala ha establecido los requisitos de procedencia del recurso por abstención o carencia. Entre tales requisitos figuraba anteriormente el de que debía tratarse de una obligación concreta y precisa inscrita en una norma legal (sentencias números 697 del 21 de mayo de 2002, 1976 del 17 de diciembre de 2003 y 1849 del 14 de abril de 2005).

Posteriormente se ampliaron los criterios previstos para la procedencia de los recursos por abstención o carencia, estableciendo que éstos podían estar dirigidos al cumplimiento de cualquier obligación administrativa, fuese específica o genérica. En este sentido la Sala precisó:

“(…) debido al criterio restrictivo acogido por la Sala Constitucional (ver: decisiones N° 1.496 del 13 de agosto de 2001; N° 1.029 del 27 de mayo de 2004; y N° 2.033 del 28 de julio de 2005) respecto a los presupuestos de admisibilidad para el ejercicio de la acción de amparo constitucional, esta Sala Político-Administrativa en sentencia N° 818 del 29 de marzo de 2006, amplió los criterios tradicionalmente previstos para la procedencia de los recursos por abstención o carencia, abarcando no sólo las omisiones de obligaciones específicas consagradas en normas legales, sino las omisiones respecto de actividades que le son jurídicamente exigibles a la Administración ‘sin que haga falta una previsión concreta de la ley’.

En dicha sentencia, esta Sala estableció que:

‘...la restricción imperante respecto a la utilización de la acción de amparo como medio de protección inmediata frente a violaciones de derechos constitucionales, hace necesaria la ampliación de los criterios que tradicionalmente ha utilizado esta Sala para establecer la procedencia de las acciones por abstención o carencia, debiendo, por ende, con miras a salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en uso de las facultades que le son otorgadas en virtud del artículo 259 eiusdem, admitir la tramitación por medio del denominado recurso por abstención o carencia, no sólo de aquellas acciones cuyo objeto sea únicamente el cuestionamiento de la omisión de la Administración respecto a una obligación prevista de manera específica en una norma legal, sino abarcar las que pretendan un pronunciamiento sobre la inactividad de la Administración con relación a actuaciones que jurídicamente le son exigibles, sin que haga falta una previsión concreta de la ley, ello con expresión de la universalidad de control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sobre la actividad administrativa y de su potestad para restablecer las situaciones jurídicas que resulten alteradas como consecuencia de tales omisiones’ (sentencia N° 01684 del 29 de junio de 2006, ratificado en decisión N° 01306 del 24 de septiembre de 2009, entre otros).

Conforme al fallo transcrito, el criterio de esta Sala es admitir que se tramiten mediante los recursos por abstención o carencia, tanto las acciones que se fundamenten en la omisión de la Administración respecto a una obligación prevista de manera específica en una norma legal, como las que lo hagan con base en la omisión de actuaciones que le son jurídicamente exigibles, aun cuando no estén previstas en la ley.

Asimismo debe precisarse que en relación con los recursos por abstención o carencia, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.447 del 16 de junio de 2010), prevé que estos deberán tramitarse por el procedimiento breve contemplado en los artículos 65 al 74 eiusdem “cuando no tengan contenido patrimonial o indemnizatorio”. Se advierte que aun cuando esta norma no es aplicable –*ratione temporis*– al caso concreto, se cita porque es una necesaria referencia.

3. *Recurso Especial de Juridicidad*

TSJ-SPA (997)

20-10-2010

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Pedro Betancourt López vs. Universidad Nacional Experimental de los llanos occidentales Ezequiel Zamora (UNELLEZ).

La Sala Político Administrativa señala que el Recurso Especial de Juridicidad no constituye una tercera instancia de conocimiento de la causa, a través de la cual la parte interesada pretenda la modificación de una decisión desfavorable a su pretensión. Es una facultad excepcional que permite a la Sala revisar las posibles violaciones legales que vicien la validez de la decisión objeto del recurso de juridicidad, con el fin primordial de mantener la uniformidad de los criterios que emitan los órganos judiciales con competencia en materia contencioso-administrativa y así garantizar sus principios.

Respecto del recurso especial de juridicidad, el artículo 95 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece lo siguiente:

“Artículo 95. La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia podrá, a solicitud de parte, revisar las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia que transgredan el ordenamiento jurídico.

El recurso de juridicidad podrá intentarse contra las decisiones judiciales de segunda instancia que se pronuncien sobre destitución de jueces o juezas.

Este recurso no constituye una tercera instancia de conocimiento de la causa”.

El artículo 96 *eiusdem* dispone:

“Artículo 96. El recurso especial de juridicidad deberá interponerse dentro de los diez días de despacho siguientes a la publicación de la sentencia, ante el tribunal que la haya dictado. El escrito del recurso especial de juridicidad deberá hacer mención expresa de las normas transgredidas”.

De lo antes expuesto, se observa que para proceder a verificar la admisión del recurso especial de juridicidad, esta Sala deberá examinar la concurrencia de requisitos objetivos contenidos en la normativa transcrita, los cuales constituyen las causales generales de admisibilidad, además de las previstas en el artículo 35 de la referida ley, en cuanto sean aplicables. Por lo tanto, para su admisión se requiere que el recurso: 1) sea ejercido mediante solicitud de la parte interesada, 2) verse sobre *“sentencias definitivas dictadas en segunda instancia que transgredan el ordenamiento jurídico”* o se pronuncie sobre la destitución de jueces y juezas, 3) que se incoe ante el tribunal que dictó la sentencia, dentro de los diez días de despacho siguientes a su publicación, y 4) que con ocasión a su anuncio se haga mención expresa de las normas violadas en la sentencia.

No obstante lo anterior, se advierte que dada la amplitud de los supuestos en que dicho recurso podría interponerse y por cuanto no constituye una tercera instancia, debe atenderse a la potestad discrecional otorgada por el artículo 95 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuando dispone *“podrá”*. Por lo tanto, la Sala considerará de manera restrictiva su admisibilidad, en los casos de cuyo análisis preliminar se evidencie la presunción grave de trasgresión del ordenamiento jurídico, que pueda alterar el orden público y afectar de nulidad la sentencia recurrida.

Ello obedece a que este recurso no constituye una tercera instancia de conocimiento de la causa, a través de la cual la parte interesada pretenda la modificación de una decisión desfavorable a su pretensión. Es una facultad excepcional que permite a la Sala revisar las posibles violaciones legales que vicien la validez de la decisión objeto del recurso de juridicidad, con el fin primordial de mantener la uniformidad de los criterios que emitan los órganos judiciales con competencia en materia contencioso-administrativa y así garantizar sus principios.

Establecido lo anterior, la sentencia dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, cuya revisión se pretende por esta especial vía, declaró: 1) Su competencia para conocer el recurso de apelación interpuesto por el abogado Pedro BETANCOURT LÓPEZ, contra el fallo dictado por el Juzgado Superior Sexto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital en fecha 18 de abril de 2008. 2) Con lugar el recurso de apelación. 3) Anuló la sentencia apelada. 4) *“Conociendo en primer grado de jurisdicción”* declaró parcialmente con lugar el recurso contencioso administrativo funcional incoado. 4.1) Negó el pago por concepto de diferencia de prestaciones sociales. 4.2) Ordenó el pago de los intereses de mora. 4.3) Negó el pago por concepto de indexación monetaria. 5) Ordenó una experticia complementaria del fallo.

A efecto de la revisión que solicita, el recurrente argumentó lo siguiente:

Que la sentencia *“atenta de manera evidente contra los principios que conforman la República Bolivariana de Venezuela, como el Estado democrático y social de derecho y de justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actua-*

ción 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, y que tiene como fines esenciales la defensa y desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático a la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en ella...”

Que también atenta contra los artículos 80, 89, 92 y 96 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *“cuando anula en forma inconstitucional el artículo 38 del Acta Convenio Laboral del Personal Administrativo, Profesional, Técnico y de Servicio de la UNELLEZ 1999-2000”*.

Que de la misma manera violó *“el artículo 28 de la Ley del estatuto de la Función Pública, el cual consagra el derecho para los funcionarios públicos al beneficio de la prestación de antigüedad en la forma contemplada en la Constitución Nacional, en la Ley orgánica del trabajo y su Reglamento” (sic)*.

Aduce que el sentenciador sostuvo sus afirmaciones *“sin traer a los autos alguna prueba, sin ningún estudio económico, macroeconómico, estadístico, si ningún elemento de ejecución presupuestaria, en fin son meras especulaciones sin ningún sustento en la realidad, violando de manera flagrante el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil...” (sic)*.

Que la sentencia *“invade la potestad administrativa propia de la Administración pública. Viola el artículo 236 de la Constitución Nacional, ya que este establece que el Presidente de la República administra la hacienda pública nacional, decreta créditos al presupuesto, previa aprobación de la Asamblea Nacional, formula el plan de desarrollo y dirige su ejecución previa aprobación de la Asamblea Nacional” (sic)*.

Que *“viola igualmente el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de que el Juez debe atenerse a lo alegado y probado en autos, como lo establecido en el artículo 509 del mismo Código, cuando establece que los jueces deben analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido, aun aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresando siempre cual es el criterio del juez respecto de ellas. La misma violación ocurre con el artículo 510 del mismo Código...” (sic)*.

De los alegatos formulados se evidencia que lo pretendido por el actor con la interposición del presente recurso es que esta Sala realice un análisis exhaustivo de las circunstancias de hecho y de derecho atinente al mérito del asunto, actividad que convertiría esta especial vía recursiva en una tercera instancia. Adicionalmente, se advierte que el recurrente no determinó de manera específica y categórica las supuestas transgresiones que denuncia como violatorias del ordenamiento jurídico, motivo por el cual se declara inadmisibles los recursos interpuestos. Así se declara.

TSJ-SC (1149)

17-11-2010

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Hotel Tamanaco C.A.

La Sala Constitucional declara, en sede cautelar, la inaplicación del recurso especial de jurisdicción previsto en el artículo 95 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en virtud de que la aplicación de las normas impugnadas pudieran crear perturbaciones, retardos o alargamientos en los juicios contencioso ad-

ministrativos, con el temor de que el proceso pudiera convertirse en un instrumento que juegue contra quien tiene la razón en un juicio y contra los principios de tutela judicial efectiva, celeridad y el derecho a obtener con prontitud la decisión correspondiente, establecidos en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Finalmente, debe la Sala decidir sobre la solicitud de medida cautelar de suspensión de efectos formulada por la demandante y, en tal sentido, el artículo 130 de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece:

“Artículo 130.- En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar, y la Sala Constitucional, podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes. La Sala Constitucional contará con los más amplios poderes cautelares como garantía de la tutela judicial efectiva, para cuyo ejercicio tendrá en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto”.

Así las cosas, partiendo de las premisas fundamentales para el otorgamiento o no de solicitudes cautelares innominadas en procedimientos de nulidad por motivos de inconstitucionalidad, como son (i) el carácter excepcional de la inaplicación de una norma; (ii) la verosimilitud del derecho que se dice vulnerado o amenazado; (iii) la condición de irreparable o de difícil reparación por la definitiva de la situación jurídica o derecho que se alega como propio; (iv) la posibilidad efectiva de que se produzcan nuevos daños a la parte actora u otras personas por la aplicación de la norma cuya nulidad se pretende; y (v) la necesidad de evitar perjuicios en la satisfacción de intereses comunes a todos los integrantes de la sociedad, la Sala analizará la solicitud cautelar del demandante que pretende la suspensión temporal y general de la ley objeto de impugnación.

En el contexto expuesto, aprecia la Sala que en el caso de autos se denuncia que las disposiciones impugnadas violan el derecho al debido proceso ya que se crea una tercera instancia al otorgarle a la Sala Político Administrativa la competencia para conocer del recurso de juridicidad que se encuentra previsto en las normas objeto de impugnación.

Al respecto, debe esta Sala destacar la mayor importancia que reviste el caso de autos, ya que se trata de la creación, vía legislativa, de un medio judicial de impugnación que va a ser aplicado en los juicios que corresponda conocer a la jurisdicción contencioso administrativa.

Esta creación -debe destacar la Sala- es una gran novedad en esta materia ya que ha sido constante en la historia de la jurisdicción contencioso administrativo en Venezuela que los juicios sean conocidos sólo por dos instancias y que no exista una instancia superior o cualquier otro medio de impugnación que pueda enervar los efectos de una sentencia dictada en segunda instancia y que adquiere la condición de definitivamente firme y hace cosa juzgada.

En este contexto, y sin que ello constituya un análisis sobre el fondo de la causa, estima esta Sala, que debe examinar si las normas cuya suspensión se pretenden, relativas todas al recurso especial de juridicidad, hacen necesaria la potestad cautelar de esta Sala:

Tal como lo ha señalado el procesalista Enrique Vescovi el derecho a impugnar una resolución parece responder a una tendencia natural del ser humano y, en el campo jurídico, surgen como un lógico correctivo para eliminar los vicios e irregularidades de los actos, siendo los recursos un medio de buscar su perfeccionamiento. Así, nace la necesidad de pedir un nuevo juzgamiento de la situación por un tribunal superior como un derecho individual para reclamar contra vicios del proceso en busca de una mejor decisión, lo cual lleva implíci-

ta una finalidad pública atinente al proceso, como es lograr una recta aplicación del Derecho y la justicia (véase Enrique VESCOVI, *Los recursos judiciales y demás medios de impugnativos en Iberoamérica*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 25-26).

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se consagra el derecho al doble grado de conocimiento o a la doble instancia. Así, este derecho está expresamente dispuesto en la parte final del cardinal 1 del artículo 49 constitucional, que consagra que “*Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con la excepciones establecidas en la Constitucional*”. Precepto que en similares términos está contenido en el artículo 8, literal h, de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica –el cual tiene rango constitucional a tenor de lo previsto en el artículo 23 de nuestra Carta Magna–, que prevé entre las garantías mínimas de todo proceso el “*derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”. Por tanto, no queda dudas de la existencia en nuestro ordenamiento jurídico del derecho a la doble instancia, salvo las excepciones previstas en la Constitución y la ley –tal como apunta el mencionado artículo 49.1 constitucional–.

Ahora bien, la consagración por vía legislativa de medios de impugnación o recursos distintos al recurso ordinario de apelación deben atender a la necesaria búsqueda de un equilibrio entre autoridad y libertad, entre legalidad y justicia, por un lado, y celeridad, por otro (véase en este sentido, Enrique VESCOVI, ob. cit., p. 26). Por ello, corresponde al legislador la delicada tarea de equilibrar preceptos constitucionales, como lo son el derecho a la celeridad procesal, que conlleva las garantías de una justicia expedita y sin dilaciones indebidas (artículo 26 de la Constitución), y el derecho a recurrir del fallo, ya comentado (artículo 49.1 *eiusdem*). De allí que, en principio, la previsión legal de recursos, tanto ordinarios como extraordinarios, no implica ni un retardo del proceso ni un detrimento a la justicia expedita, sino que constituye mecanismo o medio de impugnación para perfeccionar el proceso y sanear o corregir los actos judiciales viciados. Sin embargo, en este mismo orden de ideas, la previsión de recursos –se insiste– debe lograr el aludido equilibrio entre revisión de acto judicial y celeridad procesal, pues si ello se rompe, se convertiría en un medio ineficaz de justicia ya que alargaría en demasía el proceso en contra del justiciable.

En el caso que nos ocupa, se observa que en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se previó, de manera novedosa, un recurso “especial” denominado de jurisdicción, mediante el cual se atribuye a la Sala Político de este Tribunal Supremo de Justicia, “*revisar*” las sentencias “*definitivas de segunda instancia*” cuando éstas “*traspasan el ordenamiento jurídico*”.

Esa Sala, una vez tramitado el recurso conforme al procedimiento especial consagrado en la mencionada ley (artículos 96 al 100), dictará sentencia en la que podrá declarar “*la nulidad de la sentencia recurrida*”, ordenando la reposición del procedimiento o “*resolver el mérito de la causa*” a fin de “*restablecer el orden jurídico infringido*” (artículo 101). Así, se le atribuye a la Sala Político Administrativa de este Máximo Tribunal la potestad de revisión de sentencias definitivas de segunda instancia bajo el fundamento de trasgresión del ordenamiento jurídico, pudiendo la referida Sala conocer nuevamente del mérito de la causa para restablecer el orden infringido.

De lo antes expuesto, y sin que ello implique un adelanto sobre el asunto de fondo, se observa que se atribuye a la Sala Político Administrativa una amplia facultad de *revisión* de sentencias, facultad aún más amplia que la otorgada de forma exclusiva y excepcional a esta Sala Constitucional por disposición del artículo 336, cardinal 10 de la Constitución y desarrollada en los artículos 25, cardinales 11 y 12 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo

de Justicia; pues, mediante el recurso “especial” de juridicidad, se le permite a la mencionada Sala Político Administrativa revisar una sentencia, que ya tuvo un doble grado de conocimiento, y anularla bajo el nuevo examen del mérito de la causa, sin más limitación o fundamento que la trasgresión del ordenamiento jurídico.

Por tanto, visto *prima facie*, que la aplicación de las normas impugnadas pudieran crear perturbaciones, retardos o alargamientos en los juicios contencioso administrativos, con el temor de que el proceso pudiera convertirse en un instrumento que juegue contra quien tiene la razón en un juicio y contra los principios de tutela judicial efectiva, celeridad y el derecho a obtener con prontitud la decisión correspondiente, establecidos en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; además de existir la presunción grave de que dicho medio de impugnación implique la invasión de atribuciones de revisión que son competencia exclusiva y excluyente de esta Sala, se acuerda la suspensión de las normas impugnadas y, en consecuencia, la inaplicación del recurso especial de juridicidad previsto en el artículo 95 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, y regulado en el Capítulo IV del Título IV de esa Ley, así se decide.

V. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de inconstitucionalidad*

A. *Competencia*

TSJ-SC (1025)

26-11-2010

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Impugnación del artículo 99 (numerales 3 y 5) de la Constitución del Estado la Constitución del estado Táchira.

La Sala Constitucional declara su competencia para conocer de la nulidad de la Constitución del Estado Táchira.

Debe esta Sala determinar su competencia para conocer de la presente demanda de nulidad por inconstitucionalidad, para lo cual, observa:

El artículo 336.2, de la Carta Magna, establece que es competencia de la Sala Constitucional “*Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella*”.

En igual sentido, el artículo 25.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, prevé:

“Artículo 25. Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

2. Declarar la nulidad total o parcial de las constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los estados y municipios que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República y que colida con ella”.

Por su parte, el artículo 31.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, prevé como competencia común de todas las Salas:

“Artículo 31. Son competencias comunes de cada Sala del Tribunal Supremo de Justicia:

3. Conocer de los juicios en que se ventilen varias pretensiones conexas, siempre que al Tribunal esté atribuido el conocimiento de alguna de ellas”.

Conforme a las normas atributivas de competencia que rigen a la jurisdicción constitucional, esta Sala es competente para conocer de la presente demanda de nulidad interpuesta contra el artículo 99 (numerales 3 y 5) de la Constitución del Estado Táchira. Asimismo, visto que el Decreto núm. 199 del 17 de abril de 2009, dictado por el Gobernador del Estado Táchira se fundamenta en las normas estatales denunciadas, esta Sala determina que ambas pretensiones tienen conexidad entre sí, ello en consideración a que el acto administrativo se encuentra supeditado también al mismo juicio de constitucionalidad. En virtud de ello, esta Sala asume la competencia para conocer de la presente demanda de nulidad. Así se declara.

B. *Medidas cautelares*

TSJ-SC (1025)

26-10-2010

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Impugnación del artículo 99 (numerales 3 y 5) de la Constitución del Estado Táchira.

La Sala Constitucional suspende la aplicación del artículo 99 (numerales 3 y 5) de la Constitución del Estado Táchira 99, que establece como materias de competencia de dicho Estado “3. Su política y actuación internacional, dentro de los principios que rigen la política y actuación internacional de la República” y “5. La promoción de la inversión privada nacional o extranjera generadora de riqueza y empleo en el territorio (...)”.

Corresponde a esta Sala Constitucional pronunciarse acerca de la solicitud de medida cautelar interpuesta conforme a los artículos 19 y 21 (aparte 21) de la entonces aplicable Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; 92 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, como fundamento para el proveimiento de la protección cautelar.

En tal sentido, el artículo 130 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, establece:

“Artículo 130. En cualquier estado del proceso las partes podrán solicitar, y la Sala Constitucional podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes. La Sala Constitucional contará con los más amplios poderes cautelares como garantía de la tutela judicial efectiva, para cuyo ejercicio tendrá en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto”.

La norma transcrita, viene a positivizar la doctrina pacífica y reiterada de esta Sala (*Vid.* Decisión N° 269/2000, caso: *ICAP*), según la cual, la tutela cautelar constituye un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, un supuesto fundamental del proceso que persigue un fin preventivo de modo explícito y directo. De allí, su carácter instrumental, esto es, que no constituyen un fin en sí mismas, sino que se encuentran preordenadas a una decisión ulterior de carácter definitivo, por lo que en relación al derecho sustancial, fungen de tutela mediata y, por tanto, de salvaguarda al eficaz funcionamiento de la función jurisdiccional.

Significa entonces, que el citado carácter instrumental determina, por una parte, su naturaleza provisional y al mismo tiempo, por su idoneidad o suficiencia para salvaguardar la efectividad de la tutela judicial, pues si se conceden providencias que no garantizan los resultados del proceso, la tutela cautelar se verá frustrada en la medida en que no será útil para la realización de ésta.

Resulta así oportuno referir a Calamandrei, Cuarta Edición, *Providencias Cautelares*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires Cuarta Edición), en el sentido que como efecto del matiz servicial de las medidas cautelares, éstas deben ser homogéneas al petitorio de fondo, ya que alcanzan su mayor eficacia en cuanto más similares sean a las medidas que habrán de adoptarse para la satisfacción de la pretensión definitiva, pues se reitera, constituyen la garantía de la ejecución del fallo definitivo.

Entonces, el fundamento de la medida cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, en el cual, deben ponderarse las circunstancias concomitantes del caso así como los intereses públicos en conflicto, ello en virtud de la presunción de legitimidad de los actos del Poder Público.

Asimismo, también debe hacerse consideración a lo dispuesto en el artículo 92 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (G.O. Ext. núm. 5892 del 31 de julio de 2008) que señala:

“Artículo 92. Cuando la Procuraduría General de la República solicite medidas preventivas o ejecutivas, el Juez para decretarlas, deberá examinar si existe un peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución del fallo, o si del examen del caso, emerge una presunción de buen derecho a favor de la pretensión, bastando para que sea procedente la medida, la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados. Podrán suspenderse las medidas decretadas cuando hubiere caución o garantía suficiente para responder a la República de los daños y perjuicios que se le causaren, aceptada por el Procurador General de la República o quien actúe en su nombre, en resguardo de los bienes, derechos e intereses patrimoniales de la República”.

Conforme a las amplias potestades de esta Sala Constitucional y considerando la disposición del Decreto con Rango, Fuerza y Valor de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, esta Sala observa que se han invocado disposiciones de orden público constitucional relacionadas con el régimen constitucional atinente a la actuación internacional de la República y con los contratos de interés nacional o estatal, lo que determina la presunción de un buen derecho o *fumus boni iuris* en los términos invocados por la representación de la República. Asimismo, al entreverse un riesgo a la división del sistema de competencias que rigen la división horizontal de los Poderes Público en el marco su división territorial, esta Sala, ante la necesidad de no comprometer la seguridad de la República en su esfera internacional y la regulación del régimen de inversiones extranjeras; así como a los fines de evitar que durante la tramitación de la presente causa se suscriban instrumentos en ejecución de los actos cuestionados que dejen ilusoria la ejecución del fallo de fondo, determinándose un verdadero *periculum in mora*; **acuerda la medida cautelar solicitada mientras dure el presente juicio, razón por la cual, SUSPENDE la aplicación del artículo 99 (numerales 3 y 5) de la Constitución del Estado Táchira; así como el acto administrativo contenido en el Decreto núm. 199 dictado por el Gobernador del Estado Táchira, el 17 de abril de 2009. Por tanto: 1) se SUSPENDE los efectos de cualquier convenio, contrato, instrumento o acto que haya sido suscrito o dictado con base en los mismos; y 2) se ORDENA al Ejecutivo Estatal abstenerse de celebrar y suscribir cualquier instrumento a nivel internacional con cualquier entidad extranjera, así como de ejecutar posibles planes en aplicación del artículo 99 (numerales 3 y 5) de la Constitución del Estado Táchira y/o del acto administrativo contenido en el Decreto núm. 199 dictado por el Gobernador del Estado Táchira, el 17 de abril de 2009, hasta tanto esta Sala dicte sentencia definitiva en la presente causa. Así se declara.**

2. *Acción de amparo constitucional*

A. *Competencia*

TSJ-SC (996)

15-1-2010

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Deisy Josefina Pino e Ildemaro Rafael Acuña vs. Comisión Electoral Principal de la Caja de Ahorros y Préstamos del Personal Obrero del Instituto Universitario de Tecnología José Antonio Anzoátegui (CAPOI-UTJAA).

Corresponde a esta Sala determinar su competencia para conocer de la acción de amparo interpuesta y, a tal efecto, considera pertinente hacer referencia a los distintos criterios de competencia que se han empleado en relación a la acción de amparo en materia electoral, al respecto observa:

La Sala Electoral a través de la sentencia N° 90 del 26 de julio de 2000 (caso: *Caja de Ahorros y Previsión Social de los Trabajadores de la Universidad Central de Venezuela*) asumió por primera vez el monopolio de la competencia para conocer de las acciones de amparo constitucional interpuestas de manera autónoma contra las actuaciones y omisiones sustantivamente electorales provenientes los órganos y entes distintos a las autoridades enumeradas en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Posteriormente, el criterio expuesto supra fue ratificado por ese mismo órgano jurisdiccional en sentencia N° 77 del 27 de mayo de 2004 (caso: *Julián Fernando Niño Gamboa vs. Comisión Electoral de la Universidad Experimental Politécnica Antonio José de Sucre*), con motivo de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada el 20 de mayo de 2004 en la *Gaceta Oficial* N° 37.942.

Este criterio jurisprudencial fue confirmado por la Sala Constitucional, en sentencia N° 1.555 del 8 de diciembre de 2000 (caso: *Yoslina Chanchamire Bastardo*) donde estableció que "...Corresponderá a la Sala Electoral el conocimiento de las acciones de amparo autónomo que se interpongan contra actos, actuaciones u omisiones sustancialmente electorales de los titulares de los órganos administrativos, distintos a los enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, o de los órganos constitucionales equivalentes a los mismos..."

Ahora bien, esta Sala Constitucional, decidió modificar el referido criterio a través de la sentencia N° 187 dictada el 8 de abril de 2010 (caso: *Juan Ismael Herrera y Yunia Rosa Lárez*), ampliando el ámbito de su competencia material para conocer aquellos asuntos en los cuales se ejerciera una acción de tutela constitucional contra las autoridades subalternas electorales, entes de interés electoral, agentes que participen en el hecho electoral y cualquier otra petición en materia electoral. En este sentido, el fallo *in commento*, señaló lo siguiente:

"(...) 2.- Sobre este particular, esta Sala Constitucional pasa a realizar las siguientes consideraciones:

Tal como lo advirtió esta Sala en su primera sentencia (la ya mencionada del 20 de enero de 2000, caso: *Emery Mata Millán*), el sistema de protección y garantía de la Constitución que contempla nuestra Carta Magna, es un sistema diferente, tanto cuantitativa como cualitativamente, del contenido en la Constitución precedente. Es decir, a los medios de garantía previstos en la Constitución de 1961 se sumaron otros de diverso carácter y alcance. Por

ejemplo, bajo la Constitución anterior la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, si bien podía ejercer la potestad de anular actos con rango y fuerza de ley contrarios a la Constitución, carecía de competencias en materia de amparo constitucional, pues como se recordará, de los amparos contra altas autoridades conocían todas las Salas de la Corte Suprema de Justicia según criterios de orden orgánico y materiales. Se observa, pues, que no había un órgano especializado en dicha Corte que tuviese en exclusiva, o de forma preponderante, la salvaguarda de los derechos fundamentales; ni mucho menos, lo cual es de esperarse en un tribunal supremo, había un órgano cuya función fuese la de dictar pautas de interpretación respecto de las normas de derechos fundamentales, o de velar por la uniformidad de la jurisprudencia respecto de la aplicación de dichas normas.

Este cuadro cambió desde que la Constitución de 1999 entró en vigor, y la nueva regulación, así como sus implicaciones y consecuencias, ha venido siendo aplicada y desarrollada por esta Sala en la medida en que los casos que le son planteados lo exigen.

En esta oportunidad, la Sala considera que su función de garante de la observancia de la Constitución, y en virtud de su carácter de titular de la jurisdicción constitucional en el seno del Tribunal Supremo de Justicia, justifica que asuma la tarea de resolver las solicitudes de amparo constitucional autónomo que se intenten respecto de los sujetos a los que se refirió la Sala Electoral en su sentencia núm. 90/2000; es decir, respecto de las autoridades electorales subalternas y a los agentes que participen de algún modo en el hecho electoral.

En primer lugar, porque, como bien lo reconoció dicha Sala en la sentencia mencionada, existe un vacío de regulación sobre este particular, debido a que la ley que debe organizar la jurisdicción electoral aún no ha sido dictada. En segundo lugar, porque la Sala desea llenar ese vacío tomando en cuenta la intención del Constituyente de erigir en el seno del Máximo Tribunal de la República un órgano cuya jurisprudencia sirviera de parámetro de actuación a los órganos administrativos o electorales, especialmente en materia de derechos fundamentales. En tercer lugar, porque estima que el modo más efectivo de lograr instaurar una cultura de respeto a dichos derechos, particularmente de los derechos políticos, es fijando su atención y estudiando de cerca los procesos en los cuales éstos deben ser aplicados y respetados. Por todas estas razones, esta Sala Constitucional establece que, a partir de la publicación de este fallo, asumirá la competencia para conocer de los amparos autónomos que se interpongan contra autoridades subalternas electorales, entes de interés electoral, agentes que participen en el hecho electoral y cualquier otra petición en materia electoral (...).

En definitiva, corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia conocer en primera y única instancia en materia de amparo, en los siguientes casos:

a) Amparos autónomos contra las conductas (actos, actuaciones u omisiones) del Consejo Nacional Electoral, de la Junta Electoral Nacional, de la Comisión de Registro Civil y Electoral y de la Comisión de Participación Política y Financiamiento, todos mencionados por el artículo 292 de la Constitución. Ello con fundamento en lo que establece el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, conforme al cual correspondería a esta Sala el conocimiento de los amparos interpuestos contra el ‘...Consejo Supremo Electoral (hoy Consejo Nacional Electoral) y demás organismos electorales del país...’. La expresión: ‘demás organismos electorales del país’, debe entenderse en el sentido de demás órganos electorales similares a las altas autoridades mencionadas en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo. Evidentemente que los organismos electorales subordinados mencionados en el artículo 292 de la Constitución (Junta Electoral Nacional, Comisión de Registro Civil y Electoral y Comisión de Participación Política y Financiamiento) son similares a las altas autoridades a que se refiere el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo.

b) Amparos autónomos contra las conductas de los órganos subalternos del Consejo Nacional Electoral en materia electoral;

c) Amparos autónomas contra las conductas de las Juntas Electorales;

d) Amparos autónomos contra las conductas de entes de interés electoral, agentes que participen en el hecho electoral y cualquier otra petición en materia electoral”. (Resaltado de esta Sala).

Ahora bien, la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia publicada el 29 de julio de 2010 en la *Gaceta Oficial Extraordinario* N° 5.991, reimpresa por error material en la *Gaceta Oficial* N° 39.522 del 1 de octubre de 2010, estableció un cambio en la competencia en materia de amparo electoral (artículos 25, cardinal 22 y 27, cardinal 3) en atención al órgano o sujeto accionado. Al respecto las referidas disposiciones, establecen lo siguiente:

“... Artículo 25. Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

(...)

22. Conocer de las demandas de amparo contra los actos, actuaciones y omisiones del Consejo Nacional Electoral, de la Junta Electoral Nacional, de la Comisión de Registro Civil y Electoral, de la Comisión de Participación Política y Financiamiento, así como de los demás órganos subalternos y subordinados del Poder Electoral...”.

“...Artículo 27: Son competencias de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia:

(...)

3. Conocer las demandas de amparo constitucional de contenido electoral, distintas a las atribuidas a la Sala Constitucional...”.

Tomando en consideración, los referidos criterios de atribución de competencia, esta Sala pasa a determinar cuál de ellos resulta aplicable al caso de autos, tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil (*perpetuatio fori*) -aplicable al caso de autos por remisión expresa del artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia- según el cual, la jurisdicción y la competencia que deben tomarse en cuenta en todo el transcurso del proceso son las que obedezcan a las reglas y criterios atributivos que existiesen para el momento de la presentación de la demanda.

En el presente caso, la acción de amparo constitucional fue interpuesta el 26 de marzo de 2010, lo que implica que, al ser anterior a la vigencia de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia así como al criterio vinculante sentado por esta Sala en sentencia N° 187 dictada el 8 de abril de 2010 (caso: *Juan Ismael Herrera y Yunia Rosa Lárez*) la presente causa debe ser conocida por la Sala Electoral en atención al criterio establecido en la sentencia N° 90 del 26 de julio de 2000 de la Sala Electoral (caso: *Caja de Ahorros y Previsión Social de los Trabajadores de la Universidad Central de Venezuela*), acogido por esta Sala Constitucional en sentencia N° 1.555 del 8 de diciembre de 2000 (caso: *Yoslina Chanchamirre Bastardo*), vigente para el momento de la interposición de la acción.

En atención a las consideraciones formuladas, esta Sala Constitucional se declara incompetente para conocer de la acción de amparo interpuesta por los ciudadanos Deisy Josefina Pino e Ildemaro Rafael Acuña, contra la Comisión Electoral Principal de la Caja de Ahorros y Préstamos del Personal Obrero del Instituto Universitario de Tecnología José Antonio Anzoátegui (CAPOIUTJAA) y, en consecuencia, declina el conocimiento del asunto en la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia; y así se decide.

B. *Condiciones de admisibilidad*

TSJ-SC (1089)

3-11-2010

Magistrado Ponente: Francisco A. Carrasquero López

Caso: Federación Internacional de Capellanes y Derechos Humanos vs. Ministro del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia.

El artículo 133, numeral 3, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia es aplicable supletoriamente al procedimiento de amparo, conforme al artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Conforme a dicho artículo la Sala declara inadmisibile la acción, en virtud no existir capacidad procesal del apoderado, por la inexistencia de instrumento poder alguno que acredite su representación y la autorice para actuar en la causa. Voto Salvado.

La Sala advierte, luego de una exhaustiva revisión de las actas que conforman el expediente, que la abogada Marilen Colina, quien interpuso la acción de amparo ante esta Máxima Instancia, atribuyéndose la condición de “asesora jurídica” de la FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE CAPELLANES Y DERECHOS HUMANOS, no acompañó poder alguno que acreditara su representación; sólo se observa de copia fotostática del Acta Constitutiva de la referida Federación, que corre inserta a los folios 354 al 381, que en su artículo 41, lo siguiente:

“...La Federación, contará con un Asesor o Asesora Jurídica, para la tramitación de todos los aspectos constitucionales y legales que ella requiera...”.

Posteriormente, en el mismo documento, se designa como asesora jurídica a la abogada Marilen Colina.

Ahora bien, la legitimación activa en materia de amparo constitucional corresponde a quien se afirme agraviado en sus derechos constitucionales; y en el caso *sub iudice*, la sujeta agraviada no otorgó un mandato o poder que permitiera que la profesional del derecho Marilen Colina, ejerciera su representación válidamente en el presente procedimiento de amparo constitucional, toda vez que su simple designación como “asesora jurídica” en el Acta Constitutiva no la faculta para ejercer la representación judicial ni extrajudicial de la FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE CAPELLANES Y DERECHOS HUMANOS.

En atención a lo anterior, resulta necesario señalar que la doctrina jurisprudencial de la Sala establecida en esta materia, ha quedado expresada en la sentencia Nº 1.364 del 27 de junio de 2005, caso: *Ramón Emilio Guerra Betancourt*; ratificada, entre otras, en sentencias Nº 2.603 del 12 de agosto de 2005, caso: *Gina Cuenca Batet*; 152 del 2 de febrero de 2006, caso: *Sonia Mercedes Look Oropeza*; 1.316 del 3 de junio de 2006, caso: *Inversiones Inmobiliarias S.A.*; y 1.894 del 27 de octubre de 2006, caso: *Cleveland Indians Baseball Company*, de la siguiente manera:

“...Para la interposición de un amparo constitucional, cualquier persona que considere haber sido víctima de lesiones constitucionales, que reúna las condiciones necesarias para actuar en juicio, puede ser parte actora en un proceso de ese tipo. Sin embargo, al igual que para cualquier otro proceso, si ese justiciable, por más capacidad procesal que posea, no quiere o no quiere por su propia cuenta postular pretensiones en un proceso, el *ius postulandi* o derecho de hacer peticiones en juicio, deberá ser ejercido por un abogado que detente el derecho de representación, en virtud de un mandato o poder auténtico y suficiente.

Así las cosas, para lograr el ‘andamio’ de la acción de amparo constitucional, será necesario por parte del abogado que no se encuentre asistiendo al supuesto agraviado, demostrar su representación de manera suficiente; de lo contrario, la ausencia de tan indispensable presupuesto procesal deberá ser controlada de oficio por el juez de la causa mediante la declaratoria de inadmisibilidad de la acción...” (Negritas de esta decisión).

Asimismo, esta Sala en sentencia N° 716 del 18 de abril de 2007, caso: *Alfredo Rodríguez Barrios*, expuso respecto a la representación en amparo lo que sigue:

“...Cabe destacar, que lo previsto en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, no aplica en casos de falta de consignación del poder, pues no puede subsanarse mediante el despacho saneador (artículo 19 *eiusdem*) una omisión que es esencialmente de naturaleza probatoria e intrínseca de la parte accionante, y que, en consecuencia, obedece a un orden diferente a los requisitos que debe contener el escrito como tal, del cual no forma parte el mandato, por ser un elemento de prueba de la representación que se arguye.

Al efecto, el artículo 18 de la citada Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, dispone lo siguiente:

‘En la solicitud de amparo se deberá expresar: 1) Los datos concernientes a la identificación de la persona agraviada y de la persona que actúe en su nombre, y en este caso con la suficiente identificación del poder conferido...’. Resaltado de esta Sala.

En este orden, debe señalarse que la falta de consignación del mandato como tal, no produce la inadmisibilidad de la acción de amparo, siempre que en el escrito se mencionen expresamente los datos que identifican el poder conferido, en cuyo caso deberá ser consignado antes de la oportunidad en que el órgano jurisdiccional respectivo se pronuncie sobre la admisión de la acción. De allí que no puede ser presentado con posterioridad a la interposición del amparo, un poder que no había sido otorgado para esa fecha, por lo que sería materialmente imposible aportar su identificación como lo dispone la norma comentada.

(...omissis...)

Ahora bien, observa esta Sala que la presente acción de amparo constitucional fue presentada por el abogado José Rafael de Los Ríos, actuando en su carácter de defensor privado del ciudadano Alfredo Rodríguez Barrios, mas no puede evidenciarse que haya actuado en nombre y representación del hoy quejoso, bien mediante poder o a través del respectivo nombramiento y juramentación aludidos en el Código Orgánico Procesal Penal...”.

Así las cosas, el artículo 133, numeral 3, de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aplicable al procedimiento de amparo de conformidad con lo previsto en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, prevé la falta de representación como una causal de inadmisibilidad, en los siguientes términos:

“Artículo 133. Se declarará la inadmisión de la demanda:

(...omissis...)

3. Cuando sea manifiesta la falta de legitimidad o representación que se atribuya el o la demandante, o de quien actúe en su nombre, respectivamente.

(...omissis...)”

Así bien, en atención a la norma supra señalada, en sentencia número 952 del 20 de agosto de 2010, la Sala estableció lo que sigue:

“Antes de emitir cualquier pronunciamiento en torno al asunto sometido al conocimiento de la Sala, es menester efectuar algunas consideraciones procesales con ocasión de la entrada en vigencia de la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.991 Extraordinario del 29 de julio de 2010, que resultan además de trascendencia para resolver el caso de autos.

Señala la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 24, que ‘Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso...’ A la letra de lo señalado en dicho precepto, los procesos que cursan actualmente ante esta Sala es menester tramitarlos con base en las nuevas reglas procesales; y, de ser necesario, las actuaciones procesales realizadas encauzarlas dentro del neo diseño procedimental.

Teniendo tal mandato constitucional como referente, se observa que en el nuevo esquema procesal dispuesto en la reciente Ley se distingue entre las causas que requieren sustanciación (artículo 128) y las que no (artículo 145), a los efectos de someter a cada una de ellas a reglas procesales distintas.

Así, siguiendo la distinción legislativa, las causas que requieren sustanciación son: la nulidad de actos normativos, bien sean nacionales (numeral 1) estatales o municipales (numeral 2), o los dictados por el Ejecutivo Nacional (numeral 3); los actos dictados en ejecución directa de la constitucional (numeral 4); las omisiones legislativas en cualquiera de sus divisiones verticales (numeral 7); los recursos de colisión de leyes (numeral 8); las controversias constitucionales entre cualesquiera de los órganos del Poder Público (numeral 9); y la demanda de interpretación de leyes (numeral 17).

Por su parte, de conformidad con el artículo 145 de esa misma Ley, ‘En las causas en las que no se requiera sustanciación, la Sala decidirá en un lapso de treinta días de despacho contados a partir del día en que se dé cuenta del recibo de las actuaciones, salvo lo que preceptúan la Constitución de la República y leyes especiales’, agregando luego que “No requerirán sustanciación las causas a que se refieren los numerales 5, 6, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 del artículo 25. Queda a salvo la facultad de la Sala Constitucional de dictar autos para mejor proveer y fijar audiencia si lo estima pertinente’. Las causas a que se refiere el artículo aludido son: las de verificación de la constitucionalidad de los Tratados internacionales suscritos por la República (numeral 5); la constitucionalidad de los decretos que declaren los Estados de excepción (numeral 6); las revisiones de sentencia en cualesquiera de sus sub tipos: las dictadas por cualquier tribunal de la República (numeral 10), las dictadas por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia (numeral 11) y las que realizan control difuso de la constitucionalidad de leyes (numeral 12); los conflictos de cualquier naturaleza que se presenten entre Salas (numeral 13); la constitucionalidad del carácter orgánico de las Leyes y decretos leyes (numeral 14); y la constitucionalidad de una Ley antes de la promulgación (numeral 15).

Lo cierto es que ambos tipos de procedimiento se encuentran agrupados bajo el mismo Capítulo II ‘De los procesos ante la Sala Constitucional’; de tal modo que el término procesal ‘sustanciación’ es el concepto clave para distinguir cuáles son las reglas procesales exclusivas de las causas a que se refieren el artículo 128.

Así, la ciencia procesal nos indica que la sustanciación de la causa comienza con la admisión de la demanda, que es el acto con el cual nace el proceso. De ese modo, se colige que las reglas procesales del Capítulo II de las Disposiciones Transitorias de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que son de aplicación exclusiva para las causas a que se refieren el artículo 128 son las contenidas en los artículos 135 y siguientes, al ser las que regulan la sustanciación de las causas una vez producida la admisión de la demanda.

De ese modo, por interpretación en contrario, las normas a que se refieren los artículos 129 (requisitos de la demanda), artículo 130 (solicitud de medidas cautelares); artículo 131 (oposición a la medida cautelar); artículo 132 (designación de ponente); artículo 133 (causales de inadmisión) y el artículo 134 (despacho saneador) son reglas comunes no sólo a ambos tipos de procedimiento (los que requieren sustanciación y los que no),

sino además a cualquiera que se siga ante esta Sala Constitucional, pese a que no sea objeto de regulación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como sería el caso, por ejemplo, de los amparos constitucionales, como bien lo precisa el título del Capítulo en referencia al disponer ‘De los procesos ante la Sala Constitucional’. Así se declara... (Negritas y subrayado nuestro).

En el mismo sentido, encontramos lo establecido por esta Sala en sentencia N° 942, del 20 de agosto de 2010:

“...Es pertinente referir que las causales de inadmisibilidad contenidas en el artículo 133 de la nueva ley son plenamente aplicables a cualquier tipo de recurso, demanda o solicitud que se intente ante las Salas Constitucional y Electoral. En efecto, los artículos 128 y 145 distinguen entre causas que requieren de una tramitación y las que no están sujetas a sustanciación, respectivamente; pero **el artículo 133 no es una norma procedimental sino una disposición que contempla las causales por las cuales la petición no es admisible a trámite. En consecuencia, el artículo 133 se aplica a cualquier demanda o solicitud, requiera trámite procedimental o no esté sujeta a sustanciación; y así se declara ...**” (Negritas y subrayado nuestro).

En consecuencia, con fundamento en lo previsto en las sentencias supra transcritas y las consideraciones precedentemente expuestas, esta Sala estima que en el caso bajo análisis la abogada Marilen Colina, no tiene capacidad procesal para interponer la acción de amparo de autos, en virtud de la inexistencia de instrumento poder alguno que acredite su representación y la autorice para actuar en la causa como apoderada judicial de la FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE CAPELLANES Y DERECHOS HUMANOS, razón por la cual resulta imperioso para esta Sala declarar inadmisibile la presente solicitud de amparo constitucional, de conformidad con el artículo 133, numeral 3, de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se declara.

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 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

1. La discrepancia de la decisión que precede atañe a la declaración de inadmisión de la demanda de amparo constitucional, porque no está acreditada la representación judicial del accionante.

En efecto, la mayoría sentenciadora negó la admisión de la pretensión de tutela constitucional, con base en la aplicación supletoria del artículo 133.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y con afincamiento en que “*la abogada Marilen Colina, no tiene capacidad procesal para interponer la acción de amparo de autos, en virtud de la inexistencia de instrumento poder alguno que acredite su representación y la autorice para actuar en la causa como apoderada judicial de la FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE CAPELLANES Y DERECHOS HUMANOS...*”. Al respecto, se advierte:

1.1 En primer lugar, la aplicación supletoria de normas jurídico-positivas tiene, como propósito único, la solución de una situación que no aparezca regulada, o lo esté insuficientemente, por la ley que, en principio, sea la aplicable. Se trata, en otros términos, de la necesidad de subsanación de vacíos legales o de puntos dudosos que existan en el texto normativo que deba aplicarse al caso concreto, tal como, por ejemplo, lo establecía, de manera expresa, el artículo 20 del Código de Enjuiciamiento Criminal. En la situación que se examina no existe tal insuficiencia, ya que la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales regula claramente cuáles son los requisitos que debe satisfacer la solicitud de amparo

constitucional –entre ellos, la “*suficiente identificación del poder conferido*”–, so pena de declaración de inadmisión de la pretensión, luego de que el Juez de la causa verifique que el demandante no acató la orden de subsanación de la falta o defecto de acreditación de la representación que se hubiera atribuido quien dijo actuar como tal representante del actor (artículos 18 y 19). Entonces, no tiene justificación alguna que hubiera sido traída a la presente causa una norma legal, para su aplicación supletoria, en relación con la falta de debida acreditación de la representación judicial, si se tiene en cuenta que, como se expresó anteriormente, dicha situación fue suficientemente normada por el instrumento legal que regula el amparo constitucional, de suerte que no había, en dicha ley –tan orgánica, por lo demás, como la del Tribunal Supremo de Justicia– vacío ni punto dudoso que, al respecto, hubiera que suplir o esclarecer en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales

1.2 Por otra parte, tampoco puede afirmarse que, para la apreciación de la admisibilidad de la pretensión de protección constitucional, tenga primacía el artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, sobre las equivalentes de la también Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que anteriormente se nombró, no sólo por razón de que la antinomia entre tales normas de estas leyes de igual jerarquía debió resolverse sobre la base del principio de especialidad normativa, sino, porque, además, la aplicación del citado artículo 133 de la antes mencionada ley que regula a este Supremo Tribunal (la cual fue creada para “*establecer el régimen, organización y funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia*”), como fundamento de la negativa de admisión de las demandas de amparo como la de autos, sólo sería posible contra las que sean presentadas ante el Máximo Tribunal de la República, pero no ante los tribunales de instancia que conozcan en primer grado de jurisdicción, porque, en éstos, la admisión o no de la pretensión de tutela tiene que ser decidida, en principio, con base en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, razón por la cual la aplicación, en el particular que se analiza, de la referida norma del Tribunal Supremo de Justicia, en el juicio de amparo constitucional, crea un desfase en el tratamiento de la tutela, cuando de la misma deba conocerse, en primera instancia, por los juzgados ordinarios y cuando dicho conocimiento sea de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia. Más aún, si, por ejemplo, actúa como órgano de alzada, dicho órgano jurisdiccional deberá resolver un innecesario dilema sobre la ley aplicable: de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales o la del Tribunal Supremo de Justicia, para la valoración del pronunciamiento que, sobre admisibilidad de la pretensión de tutela, hubiera expedido el *a quo*, conforme a la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y el Código de Procedimiento Civil. Así las cosas, ¿deberá esta segunda instancia revocar la decisión del *a quo* mediante la cual se admitió un amparo como el de autos porque se estimó que el mismo satisfacía los requisitos que, sobre tal respecto, preceptúan el cuerpo legal que disciplina la tutela constitucional y el Código de Procedimiento Civil, pero que, en el curso de la apelación, se observe que dicha demanda no se encuentra conforme a las exigencias del artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia?

1.3 En criterio del salvante, los supuestos de inadmisibilidad que tienen pertinencia en el procedimiento de amparo constitucional son los que derivan de los artículos 6, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, así como los generales que dispone el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con la norma de remisión que contiene el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y con los criterios doctrinales que ha establecido esta Sala.

1.4 De conformidad con las consideraciones que anteceden, se concluye que si quien alegue que actúa en nombre y por cuenta de la parte actora en un proceso de protección constitucional no acredita debidamente dicha representación, junto con la demanda de amparo constitucional, tal omisión debe dar lugar al referido pronunciamiento de inadmisión sólo

después de que caduque el lapso que establece el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, sin que el abogado subsane el defecto de acreditación de su cualidad procesal

1.5 La negativa de admisión que fue expedida, en el veredicto que antecede, con afinamiento en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia causó, además del antes anotado desfase entre el procedimiento que corresponda, en primera instancia, a los tribunales ordinarios y el que deba aplicar el Tribunal Supremo de Justicia, un inconstitucional efecto de desigualdad que favorece a quienes demanden tutela constitucional ante los órganos jurisdiccionales ordinarios, porque ellos tendrán oportunidad de subsanación de los defectos que el Juez aprecie respecto de la formalización de su pretensión, en tanto que aquéllos, que deban ocurrir ante el Tribunal Supremo de Justicia para la interposición del amparo constitucional, no gozarán de dicha oportunidad, porque la misma está negada por el referido artículo 133 de la ley orgánica que rige a este Máximo tribunal.

2. De la circunstancia anterior, sólo puede deducirse el reconocimiento, por demás ineludible, de que los principios y reglas que tienen pertinencia en el procedimiento de amparo constitucional son, como se afirmó y razonó *supra*, los que derivan de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, así como los generales que dispone el Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con la norma de remisión que contiene el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y con los criterios jurisprudenciales que ha establecido esta Sala, y no los que contiene la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 133), máxime cuando, como ha reconocido esta Sala, el procedimiento de amparo constitucional no es objeto de regulación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (ver, por todas, s.S.C. N° 948 de 20-08-10), pues, se insiste, tiene su propia regulación en materia de requisitos de la demanda (artículo 18), causales de inadmisión (artículo 6) y despacho saneador (artículo 19), lo cual hace inaplicable cualquier ley distinta de la especial que lo norma e innecesario que se acuda a una aplicación supletoria que no encuentra cabida por la ausencia de alguna laguna que requiera de la hermenéutica para su subsanación.

3. Por último, el salvante no está de acuerdo con la tesis mayoritaria que subyace en el veredicto que antecede, según la cual las normas a que se refieren los artículos 129 (requisitos de la demanda), artículo 130 (solicitud de medidas cautelares); artículo 131 (oposición a la medida cautelar); artículo 132 (designación de ponente); artículo 133 (causales de inadmisión) y el artículo 134 (despacho saneador) de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia son reglas comunes a los procedimientos que ella regula, tanto los que requieren sustanciación como los que no, sino además a cualquiera que se siga ante esta Sala Constitucional, pese a que no sea objeto de regulación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como sería el caso, por ejemplo, de los amparos constitucionales (Ver s. S.C. N° 948 de 20-08-2010).

Aunque se comparte cuáles son las reglas que son aplicables a los procesos a que se contrae el artículo 145 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (los que no requieren sustanciación), en cambio, en criterio de quien disiente, no es cierto que aquéllas sean también de aplicación a cualquiera que se siga ante esta Sala Constitucional, aún cuando no sea objeto de regulación por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como sería el caso, por ejemplo, de los amparos constitucionales.

Por el contrario, es elocuente la exclusión de alguna mención de extensión de su ámbito de aplicación a procesos distintos de los que ella regula, en una ley que básicamente recogió, a todo lo largo de su articulado, la jurisprudencia de la Sala, como lo han reconocido las

primeras decisiones posteriores a su muy reciente entrada en vigencia; ley que, sin embargo, omitió la inclusión del criterio que venía aplicando sus normas en materia de causales de inadmisibilidad a los amparos constitucionales (con voto salvado de quien hoy también se aparta del criterio mayoritario).

Por ello, cumple quien disiente con, no solamente la reiteración de los conceptos que ha venido repitiendo, ya por años, acerca de la inaplicabilidad que se analizó en las líneas anteriores sino con el apunte de que, ahora, la tesis mayoritaria no sólo contradice la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales por falta de aplicación, sino a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia por errónea interpretación, ya que, a pesar de los cambios que introdujo –transitoriamente- en lo procedimental la Sala, en decisiones como ésta, actúa como si el legislador nada hubiese cambiado respecto a la ley que derogó.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

3. *Legitimación en los casos de amparo para la protección de derechos colectivos o difusos*

TSJ-SC (1114)

12-11-2010

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Otoniel Goncalves Portillo vs. Universidad Central de Venezuela.

Tratándose en este caso de la tutela de derechos colectivos, se requiere un grado de vinculación mínima con el sector o grupo social que pretende la tutela invocada y, además, la adopción de formas o cuerpos organizados que adopten la defensa jurisdiccional –o extrajurisdiccional- de aquellos intereses o derechos supraindividuales para obtener su satisfacción, que no pueden ser realizables aisladamente o de forma individual.

Como premisa procesal, se hace indispensable delimitar el contenido de la pretensión del amparo constitucional ejercido en el presente caso, así como la eventual proyección de los efectos jurídicos del mandamiento que se dicte, de ser otorgado, a los fines de fijar la competencia de esta Sala Constitucional para conocer la pretensión, vista la entrada en vigencia de la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.522 del 1 de octubre de 2010, en virtud de la regla contenida en el artículo 24 del Texto Constitucional, que establece la aplicación inmediata de las normas procesales.

Ello así, el artículo 25.21 de la mencionada Ley Orgánica atribuya a esta Sala: “*Conocer las demandas y pretensiones de amparo para la protección de intereses difusos y colectivos cuando la controversia tenga trascendencia nacional, salvo lo que disponen leyes especiales y las pretensiones que, por su naturaleza, corresponda al contencioso de los servicios públicos o al contencioso electoral*”.

Ello así, esta Sala en sentencia del 30 de junio de 2000, caso: “*Dilia Parra Guillén*”, realizó pronunciamiento expreso respecto de la consagración en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de los derechos e intereses difusos o colectivos, como categoría de legitimación procesal de grupos, señalando en tal oportunidad, respecto a su conceptualización lo siguiente:

“Con los derechos e intereses difusos o colectivos, no se trata de proteger clases sociales como tales, sino a un número de individuos que pueda considerarse que representan a toda o a un segmento cuantitativamente importante de la sociedad, que ante los embates contra su

calidad de vida se sienten afectados, en sus derechos y garantías constitucionales destinados a mantener el bien común, y que en forma colectiva o grupal se van disminuyendo o desmejorando, por la acción u omisión de otras personas.

(...)

...Los colectivos, referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque [no] individualmente

(...)

...en los colectivos, la prestación puede ser concreta, pero exigible por personas no individualizables” (Subrayado de este fallo).

Sobre la base de los sujetos involucrados en la presente controversia, cabe observar que los legitimados activos ostentan una cualidad que los particulariza para exigir la tutela jurisdiccional: la de estudiantes inscritos en una universidad pública nacional, cual es la Universidad Central de Venezuela, quienes en su condición de cursantes de una segunda carrera de pregrado, su derecho a la educación universitaria gratuita se ve aparentemente obstaculizado por el cobro de aranceles que efectúa dicha Casa de Estudios a los estudiantes que están en tales condiciones, lo cual, en su criterio, quebranta los derechos constitucionales contenidos en los artículos 21, 102 y 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Sobre el particular, ya esta Sala Constitucional se ha pronunciado con anterioridad en un caso similar, y al efecto, determinó que:

“En atención a las consideraciones precedentes, encuentra la Sala que el derecho a la educación previsto en los artículos 102 y 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es denunciado por los accionantes como vulnerado en perjuicio tanto de ellos, como de todos los estudiantes que cursan materias en la sede de la Universidad de Oriente (UDO), Núcleo Monagas, visto el supuesto desalojo del que serían objeto y el cual conllevaría -a criterio de éstos- la interrupción en sus estudios-, que constituye, dada su naturaleza prestacional, una función indeclinable del Estado, ya que está obligado a desarrollar instituciones y servicios que garanticen a todas las personas el acceso, permanencia y culminación de su formación educativa, así como el establecimiento de mecanismos de ordenación, control y protección que procuren el disfrute efectivo de dicho derecho.

De acuerdo con lo anterior, el derecho de todas las personas a la educación, concebido como un derecho humano, deber social, servicio público e instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico al servicio de la sociedad -artículo 102 de la Carta Magna-, dada su proyección colectiva, presupone la existencia de un interés supraindividual que adquiere relevancia propia, más allá de la suma de los derechos e intereses subjetivos de los particulares que se vean afectados por un hecho lesivo específico.

En el caso bajo examen, el presunto desalojo de los estudiantes de la sede de la Universidad de Oriente (UDO), Núcleo Monagas, interesa a todos los estudiantes de la mencionada institución de educación superior, más allá de la esfera de derechos e intereses legítimos de los accionantes, por lo que considera esta Sala Constitucional que el derecho a la educación en este escenario, denunciado como supuestamente lesionado, sí corresponde a la categoría de los derechos colectivos, en la medida que se identifica con bienes que resultan inseparables o inescindibles de los derechos o intereses de todos los estudiantes de la Universidad de Oriente (UDO), Núcleo Monagas.

Por las razones antes expuestas y en atención a la doctrina establecida por esta Sala Constitucional en sentencias N° 656 del 30 de junio de 2000, caso: ‘Dilia Parra’; 1.042 del 31 de mayo de 2004, caso: ‘Carlos Humberto Tablante Hidalgo’, y 536 del 14 de abril de 2005, caso: ‘Las Trincheras’, las cuales se reiteran en el presente fallo, esta Sala se declara competente para conocer de la acción de amparo constitucional por derechos colectivos ejercida. Así se declara” (Destacado de la Sala).

Visto entonces que si bien aquellos estudiantes que requieren la tutela constitucional esgrimen cualidades específicas que los hace parte de un colectivo estudiantil lesionado, aparentemente, en su derecho constitucional a la educación por un ente público corporativo, su situación merece ser protegida a través de una acción específica de tutela de intereses suprapersonales y los efectos que pueda devenir de dicho fallo, establecería una ulterior protección a los intereses colectivos de estudiantes de distintas Casas de Estudios Superiores que, en virtud de lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la Ley de Universidades, están obligadas a brindar una educación gratuita. Por tal razón, esta Sala considera que dicho pronunciamiento pudiese abarcar otros supuestos análogos a nivel nacional, y por ello con el propósito de garantizar la correcta interpretación del derecho a la obtención, por parte de las instituciones del Estado, y en los términos del artículo 103 constitucional, de una educación gratuita hasta el pregrado universitario, como se insiste, esta Sala es competente para conocer y decidir la acción propuesta para la tutela de intereses colectivos ejercida, y así se decide.

III

DE LA LEGITIMACIÓN

En el presente caso, la acción de amparo constitucional fue ejercida por un grupo de estudiantes de la Universidad Central de Venezuela que se identifican, algunos como estudiantes “*regulares*”, otros como pertenecientes a la categoría de estudiantes “*profesionales*” - quienes son afectados directamente por el cobro de aranceles al cursar una segunda carrera universitaria y, por tanto, cuentan con la legitimación activa requerida para incoar la acción-, con la asistencia jurídica de la abogada Mónica Andrea Rodríguez Flores, quien funge como Defensora Pública con Competencia para actuar ante la Sala Constitucional, Plena, Político Administrativa, Electoral, Salas de Casación Civil y Social del Tribunal Supremo de Justicia y ante las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo.

Cabe precisar que, con relación a la legitimación activa que esgrimen los ciudadanos Roberto Armando Ramírez Morán, César Andrés Villa Crespo, José Antonio Casanova Arvelo, Carlos Eduardo Pérez Medina, Darío Alejandro Lujano Hernández, Jesús Gerardo Díaz Blanco y Cecilia Carolina Leal Agüin, en su condición de estudiantes “*regulares*”, quienes actúan como representantes del grupo político estudiantil que actualmente ocupa la secretaría general del Centro de Estudiantes de la Escuela de Derecho Proyecto de Integración Estudiantil “*PIE-54*”, observa la Sala que si bien esta categoría procesal de protección de derechos e intereses suprapersonales cuenta con una legitimación más abierta para su incoación que otras vías procesales, no es menos cierto que, tratándose en este caso de la tutela de derechos colectivos, se requiere un grado de vinculación mínima con el sector o grupo social que pretende la tutela invocada y, además, la adopción de formas o cuerpos organizados que adopten la defensa jurisdiccional –o extrajurisdiccional- de aquellos intereses o derechos supraindividuales para obtener su satisfacción, que no pueden ser realizables aisladamente o de forma individual.

La Sala ha expresado ya en varias decisiones que los derechos colectivos están referidos a un sector poblacional determinado -no cuantificado- pero si identificable, de modo que dentro del conjunto de personas exista o pueda existir un vínculo jurídico que los una entre ellos. La lesión a dichos derechos se limita concretamente en un grupo, determinable como tal, como serían grupos profesionales o de vecinos, los gremios, los habitantes de un área determinada, etc. 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. Quien incoa la acción 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.

En tal sentido, 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.

De allí que en materia de intereses colectivos, lo primordial es reconocer quién representa a la sociedad civil, a la comunidad, a la familia, o al grupo. En consecuencia, la legitimación de los entes colectivos debe surgir de la representatividad que ostentan, por ende, no pueden ser, entre otros, personas naturales que obren en nombre propio, ni grupos que representen una ínfima parte de los componentes del sector (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 1.578 del 12 de julio de 2005, caso: “*Simón Guzmán y Julio César Castillo*”).

Así, esta Sala en sentencia N° 1.524 del 16 de octubre de 2008, caso: “*Centro de Estudiantes de la Universidad Santa Inés*”, precisó, respecto de la legitimación de los órganos de gobierno y cogobierno estudiantil para representar los intereses de los estudiantes que agrégan que “(...) quien procura la tutela judicial de derechos o intereses colectivos, debe ostentar su cualidad de individuo perteneciente al grupo o sector que se dice agraviado. Ello así, en el presente caso, los accionantes son integrantes de los órganos de gobierno y cogobierno estudiantil de la Universidad Santa Inés (*Centro de Estudiantes y representante estudiantil ante el Consejo Universitario*), por lo que resulta evidente que representan a una organización gremial organizada en procura de la defensa de los intereses de la comunidad de estudiantes de la aludida casa de estudios superiores, en consecuencia, acorde con la doctrina de esta Sala, se reconoce su legitimación para incoar la presente acción de amparo constitucional (...)”. De allí que, congruente con su propia doctrina, esta Sala admite la intervención de los mencionados ciudadanos en la presente causa, y así se decide.

Empero, surge para esta Sala la imposibilidad de admitir la asistencia jurídica que brinda a los accionantes la Defensora Pública con Competencia para actuar ante la Sala Constitucional, Plena, Político Administrativa, Electoral, Salas de Casación Civil y Social del Tribunal Supremo de Justicia y ante las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo, antes mencionada. Ello en razón de las específicas competencias que le atribuye la Ley Orgánica de la Defensoría Pública a esta categoría de funcionarios públicos, integrantes del sistema de justicia.

En efecto, el artículo 94 de la Ley Orgánica antes mencionada, enuncia el ámbito de competencias procesales específicas que ostenta dicha Defensora Pública, de la siguiente manera:

“Atribuciones de los defensores públicos o defensoras públicas con competencia para actuar ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Artículo 94. *Son atribuciones de estos funcionarios o funcionarias las siguientes:*

1. *Orientar y asesorar en la materia de su competencia.*
2. *Ejercer la defensa y asistir a las audiencias convocadas por la Sala Constitucional, en las acciones de amparo ejercidas por el Defensor Público o Defensora Pública contra las decisiones de los Tribunales de Segunda Instancia que amenacen o violen derechos o garantías constitucionales, comunicando de inmediato los resultados de la audiencia al Defensor Público o Defensora Pública que ejerció la acción de amparo.*
3. *Ejercer el recurso de revisión contra las decisiones y procedimientos que de acuerdo al ordenamiento jurídico se ventilen ante la Sala Constitucional, cuando se denuncie la violación de principios fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en aquellas causas en las cuales sea parte.*
4. *Intervenir en la defensa cuando se haya solicitado el avocamiento a una causa determinada, porque se presume la violación de principios y garantías constitucionales, contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tratados, pactos o convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República, aun cuando por razón de la materia y en virtud de la Ley, la competencia le esté atribuida a otra Sala.*
5. *Ejercer la defensa de las apelaciones realizadas contra las sentencias de amparo constitucional y de la acción autónoma de amparo, contra las sentencias que dicten los Tribunales Superiores como Tribunales de Primera Instancia, que decidan sobre la acción de reclamo para garantizar los principios constitucionales.*
6. *Realizar seguimiento de los recursos de revisión intentados contra las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y control difuso de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, dictadas por los demás Tribunales de la República.*
7. *Realizar seguimiento de las apelaciones contra las sentencias dictadas por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo cuando su conocimiento no estuviere atribuido a otro tribunal, con ocasión a la interposición de acciones autónomas de amparo constitucional.*
8. *Ejercer la defensa de la acción autónoma de amparo constitucional realizada contra las sentencias de última instancia dictadas por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo cuando su conocimiento no estuviera atribuido a otro Tribunal.*
9. *Mantener informada a la dependencia competente de la Defensa Pública en relación a cualquier cambio de jurisprudencia de la Sala Constitucional.*
10. *Las demás que les atribuyan esta Ley y su Reglamento”.*

Como se observa, la norma no atribuye la competencia específica a estos funcionarios para incoar acciones de amparo constitucional dirigidas a la tutela de intereses difusos y colectivos, o incluso para prestar asistencia jurídica en tales casos, pues tanto el Constituyente de 1999, como el legislador, a través de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, fijaron dicha competencia procesal en cabeza de la Defensoría del Pueblo, de conformidad con el artículo 281.2 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con los numerales 2, 3 y 4 del artículo 14 de la mencionada Ley Orgánica.

Ello así, conviene sacar a colación lo expuesto por la Sala en sentencia N° 3.648 dictada el 19 de diciembre de 2003, caso: “*Fernando Asenjo*”, mediante el cual se sostuvo -entre otras cosas- respecto a la legitimación para incoar una acción para la tutela de derechos o intereses difusos y colectivos, en los siguientes términos:

“(…) LEGITIMACIÓN PARA INOCAR (sic) UNA ACCIÓN POR INTERESES DIFUSOS: no se requiere que se tenga un vínculo establecido previamente con el ofensor, pero sí que se actúe como miembro de la sociedad, o de sus categorías generales (consumidores, usuarios,

etc.) y que invoque su derecho o interés compartido con la ciudadanía, porque participa con ella de la situación fáctica lesionada por el incumplimiento o desmejora de los Derechos Fundamentales que atañen a todos, y que genera un derecho subjetivo comunal, que a pesar de ser indivisible, es accionable por cualquiera que se encuentre dentro de la situación infringida. La acción (sea de amparo o específica) para la protección de estos intereses la tiene tanto la Defensoría del Pueblo (siendo este organismo el que podría solicitar una indemnización de ser procedente) dentro de sus atribuciones, como toda persona domiciliada en el país, salvo las excepciones legales.

LEGITIMACIÓN PARA INCOAR UNA ACCIÓN POR INTERESES Y DERECHOS COLECTIVOS: quien incoa la demanda con base a derechos o intereses colectivos, debe hacerlo en su condición de miembro o vinculado al grupo o sector lesionado, y que por ello sufre la lesión conjuntamente con los demás, por lo que por esta vía asume un interés que le es propio y le da derecho de reclamar el cese de la lesión para sí y para los demás, con quienes comparte el derecho o el interés. La acción en protección de los intereses colectivos, además de la Defensoría del Pueblo, la tiene cualquier miembro del grupo o sector que se identifique como componente de esa colectividad específica y actúa en defensa del colectivo, de manera que los derechos colectivos implican, obviamente, la existencia de sujetos colectivos, como las naciones, los pueblos, las sociedades anónimas, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones, los gremios, pero también minorías étnicas, religiosas o de género que, pese a tener una específica estructura organizacional, social o cultural, pueden no ser personas jurídicas o morales en el sentido reconocido por el derecho positivo, e inclusive simples individuos organizados en procura de preservar el bien común de quienes se encuentran en idéntica situación derivado del disfrute de tales derechos colectivos (...)”.

Conforme a la doctrina sentada por esta Sala, compete sólo a la Defensoría del Pueblo la incoación o la asistencia técnica en este tipo de acciones dirigidas a la tutela de intereses colectivos y difusos por expresa habilitación constitucional y legal, siendo que, en el presente caso la Defensora Pública con Competencia para actuar ante la Sala Constitucional, Plena, Político Administrativa, Electoral, Salas de Casación Civil y Social del Tribunal Supremo de Justicia y ante las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo carece de competencia para brindar asistencia jurídica e incluso intervenir activamente en el juicio como representante de los intereses colectivos cuya vulneración se denuncia.

Empero, tratándose en el presente caso de un juicio de amparo constitucional, considera oportuno la Sala recordar que ha sostenido que la ausencia de representación o asistencia de abogados, no puede convertirse en un impedimento a la garantía constitucional de acceso a la jurisdicción que tiene toda persona, y menos para que ella pueda defender sus derechos y garantías constitucionales alegados como infringidos y, en tal sentido, ha admitido la incoación de la demanda de amparo constitucional sin la asistencia técnica requerida, pero, con la salvedad que los demás actos procesales subsiguientes a la incoación de la demanda deben contar con un profesional del Derecho que ostente plena capacidad de postulación para representar válidamente a las partes o asistirles en el decurso del juicio (En ese sentido, *Vid.* Sentencias de esta Sala N°742 del 19 de julio de 2000, caso: “*Rubén Darío Guerra*” y 948 del 24 de mayo de 2005, caso: “*Gritzko Gabriel Terán*”).

En virtud de lo anterior, vista la naturaleza de los intereses que subyacen en la presente acción de amparo constitucional, esta Sala debe ordenar la notificación de la Defensoría del Pueblo, a los fines que sea este órgano quien, en los actos procesales subsecuentes del presente juicio de amparo constitucional, asuma activamente la defensa y representación del grupo de estudiantes que ejerció la presente acción para la tutela de intereses colectivos, y así se decide.

Comentario Jurisprudencial

ORALIDAD Y PRUEBAS EN LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: *Notas a propósito de la sentencia de la Sala Político-Administrativa N°1177 del 24 de noviembre de 2010*

Miguel Ángel Torrealba

*Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Central de Venezuela*

“Lo importante es que la oralidad y la concentración sean observadas rigurosamente como una regla”¹

Resumen: *Se analiza -a la luz de los principios de inmediación y concentración- la sentencia de la Sala Político-Administrativa 1177 del 24 de noviembre de 2010, mediante la cual se atribuyó a los Juzgados de Sustanciación en los Tribunales Colegiados Contencioso-administrativos, la evacuación de las pruebas en el procedimiento breve de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.*

I. INTRODUCCIÓN

Hemos denominado estos breves comentarios empleando una paráfrasis del título de una obra ya clásica del Derecho Procesal², toda vez que las principales ideas allí expuestas con relación a la justificación, sentido y alcance de la oralidad como principio procesal, nos servirán de guía para examinar un reciente fallo dictado por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

En ese sentido, en las siguientes páginas se revisará de forma sucinta la sentencia identificada en el subtítulo, a la luz de:

Primero: La concepción de la oralidad recogida en líneas generales por la doctrina procesal, incluyendo lógicamente, la del proceso administrativo³.

¹ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Traducido por E. Gómez Orbaneja, Serie clásicos del Derecho Procesal Civil, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001, p. 484.

² CAPPELLETTI, Mauro: *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1972.

³ En el caso venezolano, puede consultarse: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: “La oralidad en el orden jurisdiccional administrativo”. En: *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público. 1980-2005*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2005, pp. 905-923, y del mismo autor: “Constitución y proceso administrativo oral”. En: *Pruebas y oralidad en el proceso. VII Congreso Venezolano de Derecho Procesal*. Librería J. Rincón. Caracas, 2007, pp. 503-552. Más recientemente: “El proceso administrativo por audiencias”. En: *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Colección textos legislativos N° 47. 1° Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2010, pp. 160-197.

Segundo: La regulación del procedimiento breve en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en lo sucesivo LOJCA)⁴.

De seguidas, se examinarán las consecuencias de tal precedente en el devenir de ese novedoso instrumento legal.

Por supuesto que con este artículo no se pretende abordar de forma general el tema de la oralidad en el proceso, ni siquiera en el proceso administrativo, sino contrastar el marco de Derecho Positivo venezolano con un criterio interpretativo de la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa en lo concerniente a la aplicación de la LOJCA.

Realicemos entonces una sumaria aproximación al análisis de una de las primeras sentencias relevantes dictadas en materia contencioso-administrativa luego de la entrada en vigencia de la LOJCA, no sin antes situar el caso en el correspondiente marco normativo.

II. LAS CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DEL PROCEDIMIENTO BREVE DE LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

El procedimiento breve regulado en la Sección segunda, Capítulo II del Título IV, artículos 65 al 74 de la LOJCA, está destinado a la tramitación de las pretensiones relacionadas con la omisión, demora o deficiente prestación de servicios públicos, vías de hecho o abstenciones administrativas (artículo 65), en los supuestos en que las mismas no tengan contenido patrimonial o indemnizatorio⁵.

En el caso de este procedimiento (que junto con el de las demandas de contenido patrimonial y el común a las demandas de nulidad, interpretación y controversias administrativas, constituye una suerte de *summa divisio* de las tres vías procesales administrativas en la Ley), se trata de un trámite abreviado que se caracteriza por la concentración de varias de las diversas fases del proceso en una audiencia oral única, escuetamente regulada en los artículos 70 y 71, la cual conjuga las funciones de conciliación; de depuración o saneamiento del proceso; de abreviación, esclarecimiento o fijación de los hechos controvertidos; de ordenación o preparación de las pruebas a practicarse (típicas de las audiencias previas o preliminares de los procesos orales), con las de la práctica o evacuación de las pruebas, que incluye el control y contradicción de las mismas, su valoración por parte del juez, y por último, de la exposición de los alegatos finales verificado el debate probatorio (que se corresponden con las vistas o audiencias conclusivas, definitivas, de juicio o finales)⁶. En ciertos casos, como en el

⁴ G.O. 39.451 del 22 de junio de 2010 (reimpresión por <<error material>>).

⁵ Véanse los comentarios a esa exclusión legal en: UROSA MAGGI, Daniela: “Las pretensiones procesales en la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. En: *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2010, p. 221, y también nuestras consideraciones en: “Las demandas de contenido patrimonial en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. En: *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Volumen II. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2010 (en prensa).

⁶ Cfr. ZEPEDA, José Antonio: “El saneamiento del proceso y la audiencia preliminar”. En: *Revista de Derecho Procesal* Nº 1. Instituto de Estudios Jurídicos de Derecho Procesal “José Rodríguez Urraca” y Paredes Editores. Caracas, 1990, pp. 277-282. En el mismo sentido véase: INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL: *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Exposición de Motivos*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios Nº 47. Caracas, 1994, p. 63-72; BERIZONCE, Roberto Omar: “La audiencia prelimi-

proceso laboral venezolano, se incluye la emanación de la sentencia o del dispositivo de ella como parte necesaria de la audiencia de juicio (artículo 158, primer aparte, de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo)⁷.

Es ostensible entonces la importancia de esta audiencia única en el procedimiento breve de la LOJCA, y es en ella en la cual habrán de estar presentes y operativos los principios procesales específicos del proceso oral, a saber: la inmediación (presencia física inmediata del juez como director del proceso en el cual se ventilan las pretensiones de las partes, incluyendo tanto la fase de alegaciones como de pruebas)⁸ y la concentración (realización de las diversas actuaciones en una oportunidad o en varias oportunidades cronológicamente seguidas o al menos cercanas, evitando las suspensiones y obstáculos del proceso)⁹. De no ser así,

nar en el código procesal civil modelo para Iberoamérica”. En: *Revista de Derecho Probatorio* N° 3. Editorial Jurídica Alva, S.R.L. Caracas, 1994, pp. 242-263; SÁNCHEZ NOGUERA, Abdón: “El principio de oralidad en los procedimientos civil y de protección del niño y del adolescente”. Ediciones Paredes. Caracas, 2004, pp. 103-113. Las audiencias procesales han sido objeto de atención por la doctrina patria con ocasión de la adopción de tal modelo en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, entre otros véanse: GARCÍA VARA, Juan: “La oralidad en los juicios del trabajo”. En: *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*. Ensayos. Serie normativa N° 4. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004, pp. 212-217; URDANETA, Guido E.: “La oralidad y el proceso por audiencias en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo”. En: *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*. Ensayos. Serie normativa N° 4. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004, pp. 318-332; MORA DÍAZ, Omar Alfredo: “Ley Orgánica Procesal del Trabajo”. En: *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*. Ensayos. Serie normativa N° 4. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004, pp. 52-53; DUQUE CORREDOR, Román J.: “Apuntaciones sobre el procedimiento oral contemplado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo”. En: *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*. Ensayos. Serie normativa N° 4. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004, pp. 169-172 y 191; CARBALLO MENA, César Augusto: “La audiencia preliminar en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo”. En: *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*. Ensayos. Serie normativa N° 4. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004, pp. 484-488; CARBALLO MENA, César Augusto: “La audiencia preliminar en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo”. En: *Derecho Procesal del Trabajo*. Librería Jurídica Rincón. Barquisimeto, 2005, pp. 57-126; MIRABAL RENDÓN, Iván: “Audiencia de juicio y procedimiento en segunda instancia. Algunas precisiones conceptuales”. En: *Derecho Procesal del Trabajo*. Librería Jurídica Rincón. Barquisimeto, 2005, pp. 203-208; HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo: “Nuevo proceso laboral venezolano”. Ediciones Liber. Caracas, 2003, pp. 345-348, 356-366, 407-416. En el *Derecho Procesal Administrativo venezolano hay doctrina reciente*: HERNÁNDEZ MENDIBLE, “El proceso administrativo”..., pp. 190-197.

⁷ Solución más idónea para la doctrina. Cfr. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 481.

⁸ Véanse entre otros; DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad. 3ª edición (reimpresión). Buenos Aires, 2004, p. 68. Este autor señala: <<La manifestación principal de la inmediación subjetiva es la que impone que el acto de prueba se practique en presencia de su destinatario, es decir, que la prueba se practique ante el juez que debe apreciar su mérito>>. En similar sentido en el proceso administrativo venezolano: HERNÁNDEZ MENDIBLE, *El proceso administrativo...*, pp. 173-176. Como complemento, pueden consultarse las matizaciones a la doctrina clásica que realiza NIEVA FENOLL, Jordi: “Los problemas de la oralidad”. En: *Pruebas y oralidad en el proceso*. VII Congreso Venezolano de Derecho Procesal. Librería J. Rincón. Caracas, 2007, pp. 304-309.

⁹ Véase entre otros DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.*, pp. 66-67, quien expresa: <<...sólo en los procedimientos orales tiene aplicación adecuada este principio (concentración), ya que en las audiencias se presentan todas las excepciones y se plantean todos los incidentes, además de alegarse las pruebas y formularse los alegatos, y por regla general en la sentencia se resuelven todos estos problemas, sin que pueda suspenderse el curso del proceso para darle previa solución a uno de ellos>> (paréntesis añadido). Precisamente de eso se trata el proceso por audiencias, al extremo que se destaca: <<El elemento llamado de la concentración de la causa es la principal característica del procedimiento oral y el que tiene manifiesta influencia en la abreviación del juicio, a tal

se estará ante actos en los cuales formalmente las partes se dirigirán oralmente al juez, pero no de la oralidad como principio procesal¹⁰, el cual debe presidir el diseño de las normas adjetivas conforme al artículo 257 constitucional. De igual forma, lógicamente, la interpretación que se haga de tales disposiciones deberá tener como referencia el mantenimiento de la oralidad, so pena de incurrir en conductas contrarias al mandato de la Carta Fundamental¹¹.

En ese mismo orden de ideas, hay que destacar, siguiendo a la doctrina, que la noción de procedimiento oral se caracteriza por: 1) El predominio de la palabra hablada como medio de expresión, atenuado por el uso de escritos de preparación y de documentación; 2) La inmediación de la relación entre el juzgador y las personas cuyas declaraciones tiene que valorar; 3) La identidad de las personas físicas que constituyen el tribunal durante la duración del juicio; y 4) La concentración de la sustanciación de la causa en un período único, que se desenvuelve en una audiencia única o en el menor número posible de audiencias próximas¹². Se trata de un modelo que persigue entonces la relación directa del juez y las partes y la verificación del examen de procedencia de las pretensiones esgrimidas en uno o varios actos o audiencias, incluyendo tanto la determinación de si están presentes los presupuestos procesales como el examen del mérito de la controversia, y que implica que el juez debe estar presente tanto en la realización de los alegatos como en el debate probatorio.

Respecto a esto último, señala la doctrina:

“El principio de la inmediación exige que el juez que debe pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas de las que saca su convencimiento, y haya entrado, por tanto, en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos de juicio, de forma que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y las condiciones de los sitios y cosas litigiosas, etc, fundándose en la impresión inmediata recibida de ellos y no en referencias ajenas. El principio de la inmediación está no sólo unido de manera estrecha al de la oralidad, en cuanto que sólo en el proceso oral puede ser plena y eficazmente aplicado, sino que también verdaderamente constituye la esencia del proceso oral”¹³.

Es esa la concepción de proceso judicial a que alude la Carta Fundamental en los artículos 26 y 257.

punto que hablar de oralidad equivale a hablar de concentración>> (SÁNCHEZ NOGUERA, *op. cit.*, p. 56). Ese autor agrega como principios la identidad física del juez en el desarrollo del procedimiento y el predominio de la oralidad sobre la escritura (*Ibidem*, pp. 49-55), aunque ellos pueden derivarse de los ya anteriormente referidos. Con referencia al proceso administrativo venezolano puede consultarse: HERNÁNDEZ MENDIBLE, *El proceso administrativo...*, pp. 177-178.

¹⁰ Además de la obra citada en la nota al pie 2, tomaremos como especial referencia en este breve estudio las clásicas reflexiones sobre la oralidad planteadas por: CHIOVENDA, *op. cit.*, pp. 475-486.

¹¹ Téngase en cuenta también que la oralidad está consagrada expresamente como principio en el artículo 2 de la LOJCA. Se trata entonces de una opción política acogida tanto en el rango constitucional como el legal, sin que ello implique que no puedan existir objeciones teóricas y prácticas a la implantación de la oralidad, varias de ellas enumeradas por ejemplo, por NIEVA FENOLL, *op. cit.*, pp. 289-313.

¹² CHIOVENDA, *op. cit.*, pp. 478-481. Véanse también las consideraciones expuestas al respecto con relación a la LOJCA en: HERNÁNDEZ MENDIBLE, *El proceso administrativo...*, pp. 163-182.

¹³ CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 480.

Expuesto lo anterior, veamos cómo están siendo interpretadas varias disposiciones del procedimiento breve de la LOJCA, comenzando por la labor del Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-Administrativa.

III. EL AUTO 424 DEL 22 DE JULIO DE 2010 DEL JUZGADO DE SUSTANCIACIÓN DE LA SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

En la tramitación del procedimiento breve de la LOJCA, de conformidad con lo establecido en su artículo 67, conjuntamente con la citación del demandado, el Tribunal ha de requerir del legitimado pasivo un <<informe sobre la causa de la demora, omisión o deficiencia del servicio público, de la abstención o de las vías de hecho, según el caso>>.

En ese orden de ideas, por auto 424 del 22 de julio de 2010, el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-Administrativa, luego de admitir lo que calificó como una <<acción por abstención o carencia>>, se pronunció con relación a la solicitud del informe en estos términos:

“Ahora bien, se observa que como quiera que el artículo 67 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que, una vez admitida la demanda, debe requerirse al demandado con la citación un informe sobre la causa de la abstención, tal atribución —estima este Juzgado— corresponde al Juez del mérito, dada la relevancia que la misma tiene en este procedimiento, en cuya virtud, se acuerda remitir a la Sala las presentes actuaciones”.

No encontramos razón alguna para que el Juzgado de Sustanciación se abstenga de requerir tal informe, si se considera que la referida solicitud es un asunto de mera sustanciación, toda vez que la importancia o no del contenido del informe para la decisión del mérito de la causa será considerada por la Sala en la oportunidad respectiva (audiencia oral y posterior publicación de la sentencia). En todo caso, tal solución interpretativa no luce cónsona con los principios de brevedad y economía procesales.

No obstante, mucho más trascendente que la decisión del Juzgado de Sustanciación, sobre todo en materia de oralidad, resultó ser la de la Sala Político-Administrativa al pronunciarse sobre la recepción del expediente. El siguiente epígrafe tiene por objeto exponer un breve análisis de tal decisión.

IV. LA SENTENCIA 1177 DEL 24 DE NOVIEMBRE DE 2010 DE LA SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

En la oportunidad de pronunciarse sobre la remisión realizada por el Juzgado de Sustanciación, la Sala Político-Administrativa fijó una serie de criterios interpretativos respecto a la tramitación del procedimiento breve de la LOJCA ante los Tribunales colegiados contencioso-administrativos¹⁴, que resulta necesario transcribir:

“Conforme se desprende de las normas antes citadas, las demandas relacionadas con reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos, vías de hecho y abstención, cuando no tengan contenido patrimonial o indemnizatorio, se tramitarán por el procedimiento breve.

¹⁴ Sala Político-Administrativa y Cortes de lo Contencioso-Administrativo, hasta tanto entren en funcionamiento los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a que se refieren los artículos 15 y 16 de la LOJCA.

Persigue así el legislador arbitrar un procedimiento expedito que resulte cónsono con la naturaleza y finalidad de la pretensión deducida, en tanto la materia se relaciona con principios cardinales de derecho público y rango constitucional, tales como el derecho a ser notificado de la apertura de cualquier procedimiento que afecte intereses de los particulares, de alegar y disponer del tiempo y los medios adecuados para su defensa; el derecho a servicios básicos de calidad; así como el derecho a dirigir peticiones a cualquier autoridad y obtener oportuna y adecuada respuesta.

De ahí que se haya pensado en evitar demoras inconvenientes mediante la aplicación de un procedimiento que constituya garantía del efectivo y rápido restablecimiento de la situación jurídica infringida.

Considera la Sala, dada la naturaleza breve del procedimiento en cuestión, que su tramitación (admisión, notificación, audiencia oral y decisión), en los tribunales colegiados, debe realizarse directamente ante el juez de mérito, en este caso, la Sala Político-Administrativa, ello en virtud del carácter breve del referido procedimiento por el cual corresponde a dicho juez instruir directamente el expediente.

Por tanto, sólo procederá la remisión de la solicitud al Juzgado de Sustanciación en aquellos casos en que los asistentes a la audiencia, si así lo consideran pertinente, presentan sus pruebas y las mismas por su naturaleza, necesiten ser evacuadas.

Conforme a lo expuesto, concluye la Sala, que los recursos por abstención o carencia deben tramitarse directamente por ante esta Sala Político-Administrativa y sólo se remitirá el expediente al Juzgado de Sustanciación en caso de ser necesaria la evacuación de alguna prueba, asegurándose así la celeridad que quiso el legislador incorporar a ese especial procedimiento. Así se declara”.

Resumiendo las líneas argumentales de la sentencia, en ella se señala que, dada la propia naturaleza breve de tal procedimiento, su tramitación debe hacerse ante el Juez a los fines de que sea éste quien instruya *directamente* el expediente, con excepción de la evacuación de pruebas presentadas en los Tribunales Colegiados, en cuyo caso la práctica de las mismas tendrá lugar ante el Juzgado de Sustanciación. De acuerdo con el fallo, con ello se “*asegura*” la celeridad del procedimiento.

En realidad, se trata de una decisión bastante contradictoria, puesto que, salvo que se esté ante causas de mero derecho o aquellas en las cuales los medios probatorios se limiten a los documentales, *en todas las demás la regla general*¹⁵ será que la práctica o evacuación de las mismas no tendrá lugar en la audiencia oral ante los Jueces o Magistrados que decidirán el mérito de la causa, sino ante el Juzgado de Sustanciación¹⁶. Por ello, señalar que en el procedimiento breve la tramitación o sustanciación del mismo debe corresponder al Juez de mérito para luego aclarar que la excepción será la fase de evacuación de pruebas, no luce especialmente coherente (mucho menos tratándose en muchos supuestos del procedimiento breve de

¹⁵ La redacción del fallo intenta dar la impresión de que se trata de una circunstancia excepcional, al señalar como supuestos concurrentes el que los asistentes a la audiencia consideren pertinente presentar pruebas (como si se tratara de un derecho o facultad y no de una carga procesal) y que se trate de pruebas que requieran ser evacuadas (como si no se estuviera refiriendo a la generalidad de los medios probatorios salvo las documentales).

¹⁶ Órgano constituido por el Presidente del Tribunal colegiado, el Secretario y el Alguacil, salvo que su conformación se realice de forma distinta conforme lo permite el artículo 17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como sucede en la práctica.

pretensiones de condena frente a la actuación o inactividad administrativa que requieren de la demostración de tales conductas).

No obstante, lo más trascendente del caso no es la intrínseca contradicción lógica del fallo, sino sus consecuencias sobre el procedimiento breve regulado en la LOJCA, y aún más, sobre la oralidad consagrada como principio informador establecido en el artículo 2 del referido instrumento legal. A comentar algunas de éstas dedicamos el siguiente epígrafe.

V. LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA. LA ELIMINACIÓN DE LA INMEDIACIÓN Y LA CONCENTRACIÓN EN LA FASE PROBATORIA Y LA CONSIGUIENTE INUTILIDAD DE LA ORALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO BREVE

La implicación fundamental de la sentencia referida en el anterior epígrafe estriba en que la práctica o evacuación de las pruebas en el procedimiento breve regulado en la LOJCA no se realiza en la audiencia oral en presencia de los Magistrados (o Jueces en el caso de las Cortes de lo Contencioso-administrativo), sino ante el Juzgado de Sustanciación de ese órgano judicial. Se trata, a no dudarlo, de una interpretación contraria no sólo a la literalidad de los correspondientes preceptos legales¹⁷, sino a la propia esencia de la oralidad como principio procesal, que como ya se destacó, ostenta tanto cobertura legal en la regulación del contencioso-administrativo, como expresa base constitucional.

En efecto, la oralidad no se centra en el empleo de la palabra hablada en el proceso judicial¹⁸, sino que su característica más resaltante y la que le otorga al proceso oral su razón de ser, es la concentración de la sustanciación de la causa en una audiencia única o en el menor número posible de audiencias próximas, evitando la presencia de incidencias procesales que atenten contra la concentración y la inmediación, ya se trate de cuestiones previas, pero sobre todo, de aquellas que surjan durante la práctica de la prueba¹⁹.

En efecto, en el proceso por audiencias son la inmediación y la concentración como principios intrínsecos de la oralidad los que justifican la adopción de ese modelo. De lo contrario, se está ante un juicio escrito en el cual hay actos en los cuales las partes y eventualmente el Juez emplean la palabra hablada, pero no de un proceso oral. Y es precisamente en

¹⁷ La redacción de los artículos 71 y 72 de la LOJCA se refiere a la evacuación de las pruebas por orden del Tribunal una vez admitidas éstas, así como la posibilidad de prolongar la audiencia en casos especiales. Ninguna referencia hay a que la evacuación de las mismas se realizará en diversa oportunidad y forma a aquella prevista en la audiencia oral. Más aún, la posibilidad de prolongar la audiencia se justifica, primordialmente, por el tiempo requerido para la práctica de las pruebas.

¹⁸ CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 11-15. Se hace referencia al predominio de la palabra hablada atenuada por la escritura en la preparación y documentación de las audiencias (CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 478-479).

¹⁹ La vinculación entre práctica de las pruebas, concentración, inmediación y oralidad es destacada por CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 9, 75-78, 85-109. Véase también: CHIOVENDA, *op. cit.*, pp. 480-481. Incluso doctrina más reciente que cuestiona la adopción de la oralidad como modelo intrínsecamente superior a la escritura, postula que es precisamente la fase probatoria una de las que debe realizarse de forma oral, al acotar que: <<...es imprescindible la celebración de una vista para la práctica de los medios de prueba que la precisen, fundamentalmente las declaraciones de personas, las pruebas periciales en cuanto a la declaración del perito, y la prueba de reconocimiento judicial. En ellas tiene que adoptar el juez una postura activa, preguntando a los intervinientes lo que no sea accesible de cuanto observa, haciendo de ese modo que el destinatario de la prueba no sea un simple convidado de piedra, sino un auténtico juez que no sólo juzga en la sentencia, sino que va formando su juicio paulatinamente, conforme va avanzando el proceso>> (NIEVA FENOLL, *op. cit.*, p. 309).

la fase de pruebas en la que el procedimiento oral adquiere su razón de ser, al resolverse en presencia de las partes y ante la intervención del Juez el tema fáctico, al someterse al debate probatorio las afirmaciones de hecho y al practicarse los medios de prueba tendientes a demostrar cada una de tales aseveraciones frente al control y contradicción de la contraparte y bajo la dirección directa e inmediata del tercero imparcial.

En cambio, si en una audiencia oral la práctica de las pruebas determina la suspensión del acto en espera de que las probanzas sean llevadas a cabo por un Juez distinto a aquél o aquellos que están presidiendo la audiencia, se desnaturaliza la esencia de esta última, al perderse los principios de concentración e inmediación²⁰.

Si a ello se añade que, a falta de una regulación expresa en la LOJCA en materia de pruebas (omisión notablemente perjudicial para el logro de un verdadero proceso oral), la tendencia será entonces a la evacuación de éstas por las normas del Código de Procedimiento Civil (concebidas para el procedimiento ordinario escrito), el resultado será frontalmente contrario a lo que debería ser la audiencia oral. Esta última, en el mejor de los casos, resultará suspendida en muchas de las ocasiones, en espera de la práctica de las pruebas, para su posterior reinicio y conclusión²¹.

De tal forma que, a las carencias propias del diseño del procedimiento breve contenido en la LOJCA, y en general, del proceso *con* audiencias y no *por* audiencias²², ahora se añaden

²⁰ Esa diferenciación entre la identidad física del juez que sustancia y el juez que decide, que ha sido objeto de críticas por la doctrina venezolana en el caso de la regulación de los procesos penal y laboral (SÁNCHEZ NOGUERA, *op. cit.*, pp. 54-55) es entonces injustificadamente asumida por vía de interpretación, adoptando precisamente lo que se cuestiona del Derecho Positivo. En ese mismo sentido, como refiere la doctrina, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia también se ha pronunciado respecto a la necesidad de la presencia física del juez de mérito en el debate probatorio en los procesos orales (Cfr. HERNÁNDEZ MENDIBLE, *El proceso administrativo...*, pp. 174-177). Y es que como también señala la doctrina clásica italiana: <<El valor de la oralidad consiste esencialmente en aquel de sus múltiples aspectos que llamamos inmediación, esto es, en aquel principio que permite utilizar en la valoración de las pruebas la observación directa>> (CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 484). Viene a colación una referencia de la doctrina venezolana con ocasión del proceso laboral, plenamente aplicable al administrativo: <<La inmediación es fundamental en el procedimiento oral, pues conforme a este principio, el juez de la causa debe presentarse en forma directa todos los actos del proceso, especialmente los actos de prueba (...). ¿Qué ocurría en el procedimiento escrito? Ocurría que el juez de la causa, mediante la figura de la comisión, encomendaba a un juez de municipio o de parroquia la evacuación de la mayoría de las pruebas. De esta manera el debate probatorio se verificaba ante un juez a quien no correspondía decidir la causa y que no tenía ningún conocimiento real de los hechos y alegatos del litigio y por tanto no podía ejercer el control de la prueba que también corresponde al juez>> (VILLASMIL BRICEÑO, Fernando: "Sistema probatorio en el proceso oral venezolano". En: *Derecho Procesal del Trabajo*. Librería Jurídica Rincón. Barquisimeto, 2005, pp. 239-240).

²¹ Situación que debe ser evitada a la luz de la doctrina, la cual postula <<Los incidentes deben ser resueltos en la audiencia misma en que el proceso está concentrado, no siendo lógico ni económico que una persona examine la causa para conocer de la competencia; otra, que vuelva a examinarla para conocer del fondo; que una se pronuncie sobre la admisión de un medio de prueba, y que otra conozca de los resultados de la prueba admitida. Con ello, existe no sólo el daño de malgastar el tiempo y de duplicar inútilmente muchos actos, sino también el peligro de juzgar con criterios divergentes puntos que son comunes a la cuestión incidental y al fondo del litigio. **Tratándose de cuestiones surgidas durante las pruebas, su decisión deberá efectuarse necesariamente en la audiencia, puesto que en el proceso oral las pruebas se desenvuelven precisamente en la audiencia**>> (CHIOVENDA, *op. cit.*, Resaltado añadido).

²² La gráfica expresión es de HERNÁNDEZ MENDIBLE, *El proceso administrativo...*, p. 219.

las que derivarán de una interpretación judicial contraria tanto al texto como al sentido y finalidad del proceso oral regulado en las vías adjetivas del referido texto legal²³. El resultado puede ser que la LOJCA termine convirtiéndose en un instrumento legal que consagra formalmente la oralidad, pero que en la práctica ofrezca resultados análogos a los planteados por la legislación que ésta vino a derogar²⁴.

VI. REFLEXIONES FINALES. ORATORIA Y ORALIDAD. LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA SERÁ LO QUE LA SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DIGA. EL ROL DE LA DOCTRINA

Como señala la doctrina, si la audiencia oral (y en general las audiencias contempladas en la LOJCA) no se entiende como sustanciación oral de la causa en una audiencia única o en pocas audiencias próximas, se pierde entonces la característica de la inmediación del proceso oral.

Y es que la oralidad no reside en los alegatos jurídicos expuestos oralmente por las partes y sus apoderados, puesto que de ser así se está en presencia de oratoria forense, no de oralidad²⁵. El proceso oral se concibe y justifica pues “...principalmente, como *asunción y discusión de las pruebas frente al órgano decisor*”²⁶, al punto de asumir un doble significado: “...proceso más rápido, concentrado y eficiente, y de proceso más fiel a una metodología

²³ Si se pensara en alegar que el proceso oral no se ajusta al funcionamiento de la Sala Político-Administrativa y las Cortes de lo Contencioso-administrativo, conformadas por varios Magistrados o Jueces, cabe recordar que el propio CHIOVENDA respondió más que satisfactoriamente las posibles refutaciones a la implantación de la oralidad en los tribunales colegiados (Cfr. *Ibidem*, pp. 482-483), para luego expresar, refiriéndose al interrogatorio de testigos, que en el proceso oral <<...se verifica en la audiencia ante los miembros todos del tribunal, llamados a juzgar del valor e importancia de las cosas oídas, fundándose en sus propias impresiones, e interrogando y escuchando a los testigos...>> (*Ibidem*, p. 482). En todo caso, hay otra implicación del fallo: La de establecer una injustificada distinción en el trámite del procedimiento breve según se trate de órganos judiciales unipersonales o colegiados, en detrimento del principio constitucional de igualdad.

²⁴ Y parece tratarse no sólo del procedimiento breve. En el caso del procedimiento para la tramitación de las demandas de contenido patrimonial, comienza a ser práctica del Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-Administrativa la de citar al demandado para que comparezca *ante ese órgano* a la realización de la audiencia preliminar (v.g. Auto 477 del 21 de septiembre de 2010). Si esa interpretación se mantiene, y más aún, si es confirmada por la Sala Político-Administrativa, se tratará de otra notable ruptura –también carente de apoyo legal– del principio de inmediación en la LOJCA, puesto que será un Juez –de Sustanciación– el que resuelva la audiencia preliminar (con la consiguiente posibilidad de apelación) y otro el que resuelva el mérito de la causa. Sobre las consecuencias que un defectuoso diseño del proceso oral puede plantear, ya señaló la doctrina italiana: <<...se debe reconocer que la oralidad del proceso civil francés no alcanza aquella plenitud con la que la encontramos desarrollada en el proceso penal (...). Falta, por ejemplo, una realización completa de los principios de la inmediación y de la concentración, puesto que el interrogatorio de las partes y el examen de los testigos, por una antigua prevención contra los peligros de la publicidad, se confían aún a un juez comisario. Contiene por esto el proceso francés muchos de los defectos propios del proceso escrito, y la doctrina francesa más reciente no vacila en reconocer que los inconvenientes más generalmente denunciados en el funcionamiento de ese proceso derivan de la aplicación incompleta del principio de la oralidad>> (CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 477). Véase también CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 47-51.

²⁵ *Ibidem*, p. 77

²⁶ *Idem*.

*concreta y empírico-inductiva en la búsqueda de los hechos y en la valoración de las pruebas*²⁷.

De allí que la sentencia que ha sido objeto de este breve análisis resulta un precedente desafortunado, que esperamos sea objeto de reflexión, toda vez que si el mismo se mantiene –y peor aún, se profundiza–, el principio de oralidad, aunque recogido de forma incompleta y no del todo coherente en la LOJCA, no será capaz de alcanzar ninguno de los objetivos que la doctrina, y la propia Carta Fundamental venezolana de 1999 le asigna al mismo, en cuanto a la adopción de un proceso que, dada su simplicidad, brevedad, celeridad e idoneidad, permita el ejercicio cabal al justiciable de su derecho a la tutela judicial efectiva.

De consumarse la hipótesis más negativa, consideramos que se corre el riesgo de que la LOJCA no pase de ser un giro *gatopardiano* más en nuestro contencioso-administrativo, y no un instrumento legal que, si bien no se constituya en la panacea del mismo –ninguna ley puede asumir ese papel–, al menos contribuya a superar la profunda crisis del proceso administrativo venezolano, dotando al justiciable de un medio adjetivo eficaz y efectivo para hacer valer sus pretensiones frente a la Administración²⁸.

De allí que la referida Ley será lo que la Sala Político-Administrativa establezca, pero no en el sentido de que deba tenerse a ese órgano como una suerte de autoridad interpretativa oficial indiscutida e indiscutible, sino que dependerá de este órgano judicial la suerte del instrumento legal en su aplicación diaria por los tribunales.

Ya para finalizar, resta sólo el señalamiento de que, al menos en criterio de quien suscribe, uno de los principales cometidos que tiene la doctrina venezolana en la actualidad, es el de someter los fallos judiciales a un análisis dogmático riguroso, justamente como contrapeso frente a la creciente tendencia inercial y acrítica de parte de nuestro foro de asignarle a la jurisprudencia contencioso-administrativa, y en algunos casos hasta a sentencias aisladas, el valor de precedente <<vinculante>> (sin base constitucional y ni siquiera legal para ello) con el cual se resuelven todos los casos análogos²⁹.

En ese sentido, hoy más que nunca luce necesario hacer ver a la comunidad jurídica, y especialmente a los estudiantes de Derecho y futuros abogados, que el estudio y la práctica de nuestra disciplina no se agota en la búsqueda del precedente judicial dictado por la máxima instancia jurisdiccional del país. Que al contrario de esa práctica, sólo útil para “salir del

²⁷ *Ibidem*, p. 78.

²⁸ No está demás señalar que una adecuada implantación del modelo oral en el proceso administrativo establecido en la LOJCA debería partir también de la realización planificada y anticipada de los correspondientes cambios en la infraestructura física, la formación de los jueces y de los abogados, el entrenamiento del personal judicial, y en general, la adopción todas las medidas requeridas para viabilizar la idónea aplicación del instrumento legal. Sobre el particular puede verse: HERNÁNDEZ MENDIBLE, *El proceso administrativo...*, pp. 182-191. Hasta donde sepamos, en el caso del contencioso-administrativo poco o nada de eso se ha hecho, y prueba de ello es que, ya próximo a vencerse el lapso previsto en la Disposición Final de la Ley para la instauración de los nuevos Tribunales contencioso-administrativos, no se tiene noticia de la próxima apertura de los concursos públicos de oposición para proveer los respectivos cargos de jueces titulares. Una vez más, la respuesta oficial frente a la existencia de un problema estructural resultar ser meramente normativa, sin que a ella le precedan y sigan las medidas prácticas que garanticen –o siquiera permitan– la aplicación de la nueva regulación.

²⁹ Esa preocupante situación fue tempranamente advertida por PEÑA SOLÍS, José: *Manual de Derecho Administrativo*. Volumen 1. Colección Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2000, pp. 675-677.

paso”, nuestro rol exige emplear los mecanismos de interpretación e integración del ordenamiento jurídico partiendo de un orden de principios y valores constitucionales con evidente fuerza normativa, y que permiten estudiar y evaluar críticamente una decisión judicial precisamente a la luz de estos valores propios de todo Estado Constitucional de Derecho.

En todo caso, si estos breves comentarios de alguna forma ayudan a promover la búsqueda de más y mejores soluciones interpretativas que permitan una aplicación de la LOJCA bajo los postulados constitucionales, el esfuerzo no habrá sido en vano. Y en caso contrario tampoco, pues servirán para evidenciar que el modelo oral acogido en esa ley, con todas sus carencias y vacíos, sigue por implantarse en la práctica, en espera de que bajo condiciones más idóneas pueda aproximarse al logro de sus trascendentes fines.

ÍNDICE

ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

-A-

Acción de inconstitucionalidad. 210

- Competencia. 210
- Medidas cautelares. 211

Acción de amparo. 213

- Competencia. 213
- Condiciones de admisibilidad. 216

-C-

Contencioso Administrativo. 200

- Medidas Cautelares. 200

Contencioso Administrativo contra la Abs-
tención o Carencia de la Administración. 201

- Procedimiento. 201

-D-

Derechos Culturales y Educativos: Derecho a
la Educación. 154

Derechos colectivos o difusos. Legitimación
en los casos de amparo. 222

Derechos de los Pueblos Indígenas. 156

Derechos Individuales. 128

- Derecho de petición, oportuna y ade-
cuada respuesta. 140

- Libertad de expresión. 137

- Libertad Personal: Pena accesoria de
sujeción a la vigilancia de la autoridad.
128

Derechos Laborales. 142

- Derecho al Salario: Inembargabilidad.
142

-P-

Poder Judicial. 193

- Administración de Justicia: Cita ino-
cente o inocua de conocimientos aje-
nos al derecho. 193

Poder Legislativo Nacional: Inmunidad Par-
lamentaria. 180

Poder Municipal: Privilegios y Prerrogativas
procesales. 194

Poder Nacional. 178

- Competencias del Poder Nacional. 178

-R-

Recurso Especial de Juridicidad. 205

Responsabilidad Patrimonial del Estado. 118

