

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 BOSCAN 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 ORDOÑEZ, Domingo GARCÍA BELAÜNDE, (Perú), Eduardo Jorge PRATS, Olivo A. RODRÍGUEZ H., (República Dominicana), Mariano BRITO, Juan Pablo CAJARVILLE P., Carlos E. DELPIAZZO (Uruguay)

Revista de Derecho Público

Fundación de Derecho Público

Torre América, PH, Av. Venezuela, Bello Monte, Caracas 1050, Venezuela
Email: fundaciondederechopublico@gmail.com.

Editada por la **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: fejbv@cantv.net

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

© 1980, FUNDACIÓN DE DERECHO PÚBLICO/EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

Revista de Derecho Público
Nº 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 de derecho Público ni 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.

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 siguiente dirección secretaria@revistadederechopublico.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 dos resúmenes breves, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con una palabras clave (en los dos idiomas)
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº 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 los ejemplares de la Revista de Derecho Público puede hacerse en la sede antes indicada de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana, o a través de la librería virtual en la página web de la Editorial: <http://www.editorialjuridicavenezolana.com>

La adquisición de los artículos de la Revista en versión digital puede hacerse a través de la página web de la Revista de Derecho Público: <http://www.revistadederechopublico.com>

Las instituciones académicas interesadas en adquirir la Revista de Derecho Público mediante canje de sus propias publicaciones, pueden escribir a canje@revistadederechopublico.com

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, LATINDEX (en catálogo, Folio Nº 21041), REVENCYT (Código RVR068) y DIALNET (Universidad de la Rioja, España).

Portada: Lilly Brewer (1980)

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Mirna Pinto,
en letra Times New Roman 9,5, Interlineado 10,5, Mancha 20x12.5

Hecho el depósito de Ley
Depósito Legal: DC2016000327
ISBN Obra Independiente: 978-980-365-348-4

Impreso por: Lightning Source, an INGRAM Content company
para Editorial Jurídica Venezolana International Inc.

Panamá, República de Panamá.
Email: ejvinternational@gmail.com



Nº 127

Julio - Septiembre 2011

Director Fundador: Allan R. Brewer-Carías

Editorial Jurídica Venezolana

Fundación de Derecho Público

SUMARIO

ESTUDIOS

Artículos

- Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales Latinoamericanos. El control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico*, por Victor **BAZÁN** 7

Comentarios Monográficos

- Retos de la enseñanza del derecho en la Venezuela actual*, por Laura **LOUZA SCOGNAMIGLIO** 31

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

- Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el tercer trimestre de 2011*, por Marianella **VILLEGAS SALAZAR** 39

Comentarios Legislativos

- Comentario sobre la bizarra situación constitucional y administrativa derivada de la ausencia temporal del Presidente de la República entre el 17 y el 24 de julio de 2011 por encontrarse en tratamiento médico en la Habana, Cuba*, por Allan R. **BREWER-CARIÁS** 47
- Revocar una inscripción catastral: Reflexiones sobre el artículo 36 de la Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional*, Claudia **NIKKEN** 55

<i>Comentarios sobre la Ley Orgánica de Nacionalización de la minería del oro y de la comercialización del oro</i> , por Allan R. BREWER-CARÍAS	65
--	----

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): tercer trimestre de 2011</i> , por Mary RAMOS FERNÁNDEZ y Mariabella VILLEGAS SALAZAR	81
---	----

Comentarios Jurisprudenciales

<i>El Juez Constitucional vs. El orden jurídico, al ordenar la desaplicación general de normas aplicables y la aplicación, en su lugar, de normas derogadas (O de cómo el Juez Constitucional, ante la imposibilidad de ordenar la aplicación retroactiva de una ley penal más gravosa a la libertad, logró ilegítimamente el mismo resultado, ordenando aplicar una ley derogada que también era más gravosa a la libertad, mediante la desaplicación por vía de control difuso pero con efectos erga omnes, de la ley más favorable aplicable al caso)</i> , por Allan R. BREWER-CARÍAS	183
<i>Sentencia TSJ-SPA-633-12-5-2011: El acceso del estado a espacios gratuitos y obligatorios en los medios de radio y TV. Otro caso por Globovisión</i> , por Ricardo ANTELA GARRIDO	201
<i>Prerrogativas procesales-empresas, asociaciones civiles y fundaciones municipales</i> , por Carlos REVERÓN BOULTON	219

ÍNDICE

<i>Alfabético de la jurisprudencia</i>	229
--	-----

ESTUDIOS

Artículos

*Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales Latinoamericanos: El control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico**

Víctor Bazán

Profesor Titular Efectivo de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Cuyo, San Juan (Argentina)

Resumen: *En el trabajo se enfocará, en general, la actualidad y la prospectiva de la interrelación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte IDH– y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos. Ya en particular, se abordará la importancia del “control de convencionalidad” a cargo de los jueces nacionales, que consiste en verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH– y a los estándares interpretativos de la Corte IDH.*

Asimismo, se argumentará sobre la importancia de trazar una línea de cooperación entre los tribunales internos y la Corte IDH y de intensificar un diálogo jurisprudencial entre ambas jurisdicciones en orden a que los tribunales locales lleven adelante una interpretación conforme a la CADH y a los pronunciamientos de la Corte IDH, pero que correlativamente ésta tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales nacionales se formulen a los criterios del tribunal interamericano.

Ello así, para fortalecer cualitativamente la tutela multinivel de los derechos humanos y disminuir los riesgos de eventuales dificultades prácticas en la aplicación del “control de convencionalidad”.

La aconsejable cooperación entre ambas instancias jurisdiccionales no apunta a una relación jerárquica entre ellos, sino a una conexión cooperativa en la hermenéutica pro homine de los derechos humanos. Es que las respectivas Constituciones Políticas de los Estados latinoamericanos, con la “fuerza normativa” que les es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (principalmente, la CADH y la interpretación que de ésta realiza la Corte IDH), conforman un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: la salvaguardia de los derechos fundamentales, expresión directa de la dignidad de la persona.

Palabras claves: *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Justicia constitucional latinoamericana. Derechos fundamentales. Control de convencionalidad.*

Abstract: *Generally speaking, the paper will focus on today and the prospect of the interrelationship between the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) and national courts. In particular, the work will address the importance of “conventionality control” by domestic judges, which consists of verifying the adequacy of internal legal rules that apply*

in specific cases, to the American Convention on Human Rights (ACHR) and interpretive standards of the IACHR.

Besides, the author will argue about the importance of drawing a line of cooperation among domestic courts and the IACHR and intensifying a case-law dialogue between both jurisdictions in order to take forward an interpretation according to the ACHR and the pronouncements of the IACHR, but at the same time it keep in mind the comments that the national legal contexts put to the criteria of the Inter-American Court.

That is so qualitatively strengthen multi-level protection human rights and reduce the risk of possible practical difficulties in implementing the "control of conventionality".

The desirable cooperation between the two jurisdictions (Inter-American and domestic) does not point to a hierarchical relationship between them, but to a cooperative connection in 'pro homine' hermeneutics of human rights. This is because the Constitutions of the Latin-American States, with the "normative power" inherent in them, and international human rights instruments (mainly the ACHR and the interpretation that around it performs the IACHR), give life to a legal block that directs its force to an axiologically identical substrate: safeguarding fundamental rights, direct expression of the dignity of the individual.

Key Words: *Inter-American Court of Human Rights. Constitutional Justice in Latin-America. Fundamental Rights. Conventionality control.*

SUMARIO

- I. PRELIMINAR
- II. CONSIDERACIONES CONTEXTUALES
- III. EN TORNO AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD
 - 1. Marco de análisis. 2. Propuesta de esclarecimiento conceptual. 3. La evolución del control de convencionalidad en la percepción de la Corte IDH. 4. Objetivo genérico. 5. Parámetro de control de convencionalidad. 6. Radio de acción. 7. Sobre el control de convencionalidad ex officio. 8. Algunas dificultades operativas de implementación del control de convencionalidad en el plano interno.
- IV. HACIA UN DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL CRÍTICO
 - 1. Un caso testigo. 2. Diálogo jurisprudencial
- V. APRECIACIONES FINALES

I. PRELIMINAR

En general, y entre otros tópicos, se examinará la actualidad y la prospectiva de la interrelación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales¹, y la influencia de aquélla sobre éstos. Ya

* Nota: El presente trabajo fue publicado originariamente en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Nº 16, 2º Semestre 2010, ISSN 1699-1524, Editores Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011, pp. 15/44.

1 Bajo tales denominaciones involucramos a las Cortes Supremas de Justicia (v.gr. México, Argentina), las Salas Constitucionales localizadas en Cortes o Tribunales Supremos de Justicia (v.gr., Costa Rica, Venezuela) y los Tribunales o Cortes Constitucionales (v.gr. Perú, Chile, Colombia, Guatemala –muy próximamente también República Dominicana–), ya estén enmarcados en el ámbito del poder, función o rama judiciales o sean órganos constitucionales extrapoderes o entes constitucionales autónomos.

dentro de un espectro más particularizado, se analizará la importancia del “control de convencionalidad” a cargo de los jueces domésticos, que consiste en verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo, CADH) y a los estándares interpretativos de la Corte IDH.

Asimismo, se argumentará sobre la relevancia de trazar una línea de cooperación entre los tribunales internos y la Corte IDH y de intensificar un “diálogo jurisprudencial” entre ambas jurisdicciones en orden a que las cortes locales lleven adelante una interpretación conforme a la CADH y a los pronunciamientos de la Corte IDH, pero que correlativamente ésta tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales nacionales se formulen a los criterios del Tribunal interamericano. Ello así, para fortalecer cualitativamente la tutela multinivel de los derechos humanos y disminuir los riesgos de eventuales dificultades prácticas en la aplicación del “control de convencionalidad”.

Evidentemente, toda esta rica y polifacética problemática representa una de las imágenes asociadas al fuerte crecimiento de los espacios de interacción del derecho procesal constitucional, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos.

Como tendremos ocasión de verificar, la aconsejable colaboración entre ambas instancias (interna e interamericana) no apunta a una relación jerárquica entre ellos, sino a una conexión cooperativa en la hermenéutica *pro homine* de los derechos humanos. Es que las respectivas Constituciones Políticas de los Estados latinoamericanos, con la “fuerza normativa” que les es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (principalmente, la CADH y la exégesis que de ésta realiza la Corte IDH), conforman un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: la salvaguardia de los derechos fundamentales, *expresión directa de la dignidad de la persona*.

II. CONSIDERACIONES CONTEXTUALES

La creciente trascendencia de la intersección del derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos exige una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en aras del afianzamiento real y no sólo declamado del sistema de derechos y garantías.

Semejantes coordenadas permiten comprobar que la medular cuestión de los derechos humanos es una incumbencia concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales e internacional.

Ciertamente, no se nos escapa que esta última ostenta una naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria* de aquellas de los ordenamientos nacionales (*Cfr.* Preámbulo de la CADH, párr. 2º) y que la pauta de agotamiento de los recursos internos, estrechamente vinculada al carácter subsidiario de la jurisdicción interamericana, está pensada para acordar al Estado la posibilidad de remediar internamente sus conflictos sin necesidad de verse enfrentado a un proceso internacional.

Es que, justamente, el desiderátum indica que los Estados deben constituirse en el primer ámbito de tutela cabal de tales derechos, pues como afirma Pérez Tremps “...no es bue-

no que la protección internacional actúe como sustitutivo de la interna; su función es completar ésta y fomentar su mayor eficacia”².

Convergentemente, García Ramírez resalta que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, no sustituto, el internacional³.

No puede ocultarse que la consolidación de una convergencia sustentable de ambas instancias jurisdiccionales se presenta como una necesidad de primer orden y se convierte en uno de los desafíos centrales a los que se enfrenta la protección integral de los derechos fundamentales, sobre todo, en un momento como el actual en el que la mayoría de los escenarios constitucionales de los países latinoamericanos está inmersa en un modelo de justicia internacional de derechos humanos, al menos desde el plano discursivo.

En el espacio de interacción jurisdiccional que mencionábamos, vale tener presente que tanto en la etapa inicial de un proceso en el que se investigue la eventual violación de derechos humanos, cuanto –en su caso– en la fase de ejecución de una sentencia de condena internacional (*v.gr.* de la Corte IDH⁴), la intervención de los órganos competentes nacionales resulta ineludible. Como es de sobra conocido, en principio constituye recaudo esencial para franquear el acceso inicial al sistema interamericano⁵, el previo agotamiento de los recursos internos (ante la existencia de una violación de derechos humanos no resuelta en el espacio nacional o no reparada integralmente en éste) y, análogamente, luego de un pronunciamiento de condena de un Estado por la Corte IDH que aquél no cumpla en tiempo y forma, sobrevendrá para la víctima, sus familiares o representantes legales, la posibilidad de ejecutar ese decisivo ante los tribunales internos del demandado remiso.

Se torna, así, indispensable internalizar la centralidad del fenómeno que encarnan los derechos humanos. Se trata de un punto de partida básico en el proceso hermenéutico, desde que la cuestión de los derechos fundamentales es materia perteneciente al *ius cogens*, esto es, normativa imperativa del derecho internacional.

En esa línea, es del caso recordar que el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), de 23 de mayo de 1969⁶, se refiere al *ius cogens*, conceptuándolo como “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” –remarcado agregado–.

² Pérez Tremps, Pablo, “Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 10, Universidad de Extremadura, 1992, p. 81.

³ Corte IDH, “Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158; voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 11.

⁴ *Cfr.* art. 68.2 de la CADH.

⁵ *Cfr.* art. 46.1.a de la CADH.

Fuera del sistema interamericano, también, por ejemplo, en el Protocolo Facultativo del PIDCP (art. 5.2.b).

⁶ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, que entró en vigor el 27 de enero de 1980.

Es un dato incontestable que tanto el art. 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de las Naciones cuanto el mismo número de artículo correspondiente al Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia (que sustituyó a aquel Tribunal Permanente) de la Organización de Naciones Unidas (ONU), han determinado la aplicación *–inter alia–* de “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

En definitiva, éstos configuran los postulados aceptados por las naciones en el ámbito interno. Consiguientemente, todos los Estados que integran la comunidad internacional deben cumplir tales pautas y las normas de derecho convencional y consuetudinario que se establezcan sobre la base de aquéllas, ya que los principios reconocidos por las “naciones civilizadas” son obligatorios para todos los Estados *incluso fuera de todo vínculo convencional*, desde que –como anticipábamos– se está ante la presencia de normas internacionales de *ius cogens*, es decir, de práctica generalizada y obligatoria.

Todo ello explica por qué debe dirigirse la mirada hacia la interacción de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos, que se mueve al compás de una lógica compleja y origina una urdimbre de relaciones a veces tensionales.

III. EN TORNO AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1. *Marco de análisis*

Previamente, corresponde enunciar ciertos elementos jurídica y axiológicamente significativos para contextualizar el tema.

Aludimos al notable nivel de desarrollo que ha adquirido el derecho internacional de los derechos humanos, a la envergadura de los instrumentos internacionales en dicha materia frente al derecho local y a la valía que cobran los informes, las decisiones y las opiniones consultivas de los órganos protectorios en las instancias internacionales (principalmente de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos), a cuyos repertorios de precedentes (en el caso de la Comisión IDH) y jurisprudencia (en el de la Corte IDH) *deben adaptarse las soluciones jurisdiccionales dispensadas en los escenarios judiciales locales*.

Es claro que para justificar el incumplimiento de las obligaciones surgentes de los instrumentos internacionales que los Estados suscriban o las sentencias de condena de la Corte IDH, no valen excusas cimentadas en el vacío argumento de la *soberanía estatal absoluta*. Es que, además de que dicho concepto ha quedado superado desde hace mucho tiempo, basta recordar a los Estados renuentes que es precisamente por conducto de un acto de *soberanía* que han firmado, aprobado y ratificado los instrumentos internacionales y aceptado la jurisdicción contenciosa de aquel Tribunal interamericano. Huelga afirmar que la doctrina de los propios actos o *estoppel* se encargaría de desvirtuar radicalmente semejante intento argumentativo⁷.

En resumen, la importancia de las líneas interpretativas marcadas por la Corte IDH excede los perfiles meramente especulativos o académicos, y se vincula con cuestiones concretas y exigencias prácticas que impone el Estado Constitucional de Derecho en el marco del aseguramiento de la cobertura tuitiva integral del ser humano.

⁷ Ver para ampliar, el libro de Bazán, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, Porrúa, México, D.F., 2003, *passim*.

2. *Propuesta de esclarecimiento conceptual*

Un acercamiento conceptual bastante elemental nos permitiría adelantar que el control de convencionalidad se mueve en dos planos: uno; *internacional*; el otro, *interno*.

A. *En el ámbito internacional*

La modalidad de contralor convencional que se desenvuelve en el *marco internacional* ha constituido desde antaño una actividad básica de la Corte IDH, aunque sin ser rotulada sino hasta hace relativamente poco tiempo, como “control de convencionalidad”.

Consiste en que ésta debe juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia –v.gr.– la reforma o la abrogación de dichas práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y a la preservación de la vigencia suprema de tal Convención o de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo.

B. *En el marco interno*

El restante movimiento de fiscalización convencional, cronológicamente más reciente, se despliega en *sede nacional* y se encuentra a cargo de los magistrados locales.

Se basa en la obligación de éstos de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en materia de derechos humanos) a los estándares interpretativos que la Corte IDH ha acuñado a su respecto, en aras de la obligación de tutela de los derechos fundamentales.

Además, tal supervisión de convencionalidad procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 de la CADH) “para garantizar con efectividad el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte en sentencia le ordena al Estado adoptar medidas legislativas (leyes internas) o de otro carácter que fueren necesarias para obtener dicha efectividad”⁸.

3. *La evolución del control de convencionalidad en la percepción de la Corte IDH*

Realizadas las precedentes referencias descriptivas, recrearemos –por supuesto, no taxativamente– la secuencia que el uso *expressis verbis* de la locución “control de convencionalidad” ha tenido en el seno de la Corte Interamericana y de la magnitud preceptiva que paulatinamente se ha ido asignando a tal modalidad fiscalizatoria.

Todo indica que fue el hoy ex Presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el “Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*”⁹, quien en el marco de ese Tribunal supraestatal utilizó por vez primera la expresión “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte (párr. 27).

⁸ Cfr. Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N° 26, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2008, p. 46.

⁹ Corte IDH, “Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2003, Serie C, N° 101.

Ya con mayor grado de detalle, y por medio de un voto concurrente razonado en el “Caso *Tibi vs. Ecuador*”¹⁰, el nombrado jurista –luego de comparar la labor de la Corte IDH con la que despliegan los tribunales constitucionales– señaló que aquella *analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos*, pretendiendo “conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía” (párr. 3).

En un voto razonado elaborado en el “Caso *López Álvarez vs. Honduras*”¹¹, y al analizar la duración razonable del proceso penal, García Ramírez indicó que la Corte IDH, que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención –es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”–, debe explorar las circunstancias *de jure y de facto* del caso (párr. 30).

A su tiempo, en el voto razonado pronunciado en el “Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*”¹² (resuelto el mismo día que el “Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*”, del que nos ocuparemos *infra*), el varias veces citado ex magistrado del Tribunal interamericano precisó que éste “tiene a su cargo el ‘control de convencionalidad’ fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana” (párr. 6), pudiendo sólo “confrontar los hechos internos –leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo– con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza” (párr. 7).

Vale recordar que la Corte IDH, ya utilizando plenariamente la expresión “control de convencionalidad”, ha emitido en fecha relativamente reciente una sentencia en la que *transmite* una señal a los magistrados internos de los Estados Partes de la CADH, en lo tocante a la faceta del examen de convencionalidad practicable en sede interna.

Se trata del anunciado “Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*”, en el que se ha pronunciado en los siguientes términos: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

En otras palabras, *el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*

¹⁰ Corte IDH, “Caso *Tibi vs. Ecuador*”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, Serie C, N° 114.

¹¹ Corte IDH, “Caso *López Álvarez vs. Honduras*”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de febrero de 2006, Serie C, N° 141.

¹² Corte IDH, “Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 155.

*En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*¹³ (remarcado añadido).

Dicho Tribunal ha ido más allá, determinando que tal *control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio*. Así, en el “Caso *Trabajadores Cesados del Congreso*”, puso de manifiesto que “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...”¹⁴ (párr. 128); tópico que retomaremos.

Asimismo, si confrontamos los fallos pronunciados en los casos “*Almonacid Arellano vs. Chile*” y “*Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*”, se hace notorio el mayor nivel de determinación jurídica en torno a la naturaleza y preceptividad del control de convencionalidad que se opera en este último respecto de lo verbalizado en el primero de los decisivos nombrados.

En efecto, mientras que en “*Almonacid Arellano vs. Chile*” la Corte expresó un tanto genéricamente que el Poder Judicial debe ejercer una *especie de “control de convencionalidad”*, en “*Trabajadores Cesados del Congreso*” puntualizó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer *no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’*. En síntesis, ya no se refirió laxamente a una “*especie de control de convencionalidad*”, sino que aludió específicamente a la obligación judicial de llevar adelante, además del contralor de constitucionalidad, *un control de convencionalidad*.

Y si a ello le adicionamos que, como vimos, en el mismo caso determinó que los magistrados deben efectivizar el control de convencionalidad incluso *de oficio* (por supuesto, también a pedido de parte), *es indudable que la Corte IDH ha apostado por reforzar la carga imperativa de tal fiscalización de convencionalidad*.

4. *Objetivo genérico*

En la dinámica interactiva de los tribunales locales y la Corte IDH, el control de convencionalidad se vincula con el establecimiento por ésta de patrones hermenéuticos generales que deben ser observados por aquéllos para pugnar por que los actos internos se conformen a los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado, evitar que éste incurra en responsabilidad internacional, además de concurrir razones de economía procesal y hasta de preservación de la sustentabilidad del propio sistema protectorio interamericano.

Puede resultar ilustrativo traer aquí la justificación que de ello proporciona García Ramírez (en su voto razonado en el mencionado “Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*”), para quien, dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y la operación de la Corte IDH, “no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centena-

¹³ Corte IDH, “Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124.

También lo ha expresado, *v.gr.*, en el “Caso *La Cantuta vs. Perú*”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162, párr. 173.

¹⁴ Corte IDH, “Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*”, *cit.* en nota 3.

res o millares de casos sobre un solo tema convencional –lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos–, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares.

La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el ‘criterio de interpretación y aplicación’, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida –insisto– merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales”¹⁵.

5. *Parámetro de control de convencionalidad*

Nos aventuramos a plantear que el material de cotejo para desarrollar el contralor de convencionalidad no se agota en el Pacto de San José de Costa Rica, sino que puede involucrar también a los restantes instrumentos internacionales que conforman el *corpus juris* básico en materia de protección de los derechos humanos, y de la interpretación que de ese plexo jurídico haya elaborado la Corte IDH.

En torno al tema, en su voto razonado emitido en el varias veces nombrado “Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*”, García Ramírez puntualizó que al referirse al control de convencionalidad si bien el Tribunal ha tenido a la vista la aplicabilidad y la aplicación de la CADH, tal función se despliega “en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera” (párr. 2).

Adicionalmente, traemos a colación la versión que aporta O’Donnell, para quien la expresión “*corpus iuris* de los derechos humanos” es un aporte de la Corte IDH a la doctrina internacional¹⁶.

En tal sentido, en la Opinión Consultiva OC-16/99¹⁷, específicamente en el párr. 115, sostuvo: “El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones...”.

¹⁵ Corte IDH, “Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*”, *cit.*, voto razonado del juez García Ramírez, párr. 8.

¹⁶ O’Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2ª ed., Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007, p. 57.

¹⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos; Serie A, N° 16.

Para cerrar esta esquemática reseña, se aprecia en línea convergente que en la Opinión Consultiva OC-17/2002¹⁸, el Tribunal interamericano manifestó que “los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, *tanto el ‘corpus iuris’ de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática...*” –énfasis agregado– (párr. 92); más allá de lo referido en los párrs. 26 y 27.

Ciertamente, resultan muy significativas las apreciaciones vertidas por el ex juez Cançado Trindade en su voto concurrente a la citada OC-17/2002, por ejemplo, en los párrs. 18, 31 y 50; además de los párrs. 37, 53 y 54, estos tres últimos específicamente sobre “el *corpus juris* de los derechos del niño”.

6. *Radio de acción*

Comenzamos esta breve aproximación con un interrogante: las Constituciones Nacionales, ¿pueden ser susceptibles de control de convencionalidad? La respuesta afirmativa se impone, aunque debe admitirse que la cuestión no está exenta de dificultades operativas en su aplicación práctica. Necesariamente debemos acudir –una vez más– al art. 27 de la CVDT, que proscribió al Estado alegar su *derecho interno* para dejar de cumplir una obligación de carácter internacional. Y en tal expresión “derecho interno” naturalmente queda comprendida la Constitución Política del Estado.

En ese sentido, la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-4/84 de 11 de enero de 1984¹⁹, consideró que el término “leyes internas” sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, “es para toda la legislación nacional y para todas las *normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales*” –énfasis agregado– (párr. 14).

En el marco de este acercamiento sintético al punto, puede apreciarse que, de hecho, la Corte IDH ha ejercido en más de una ocasión control de convencionalidad sobre reglas constitucionales consideradas contrarias a la CADH. Baste como ejemplo, traer a colación aquí el fallo pronunciado en el “Caso *La Última Tentación de Cristo vs. Chile*”²⁰, donde decidió que el Estado debía “*modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa...*” (pto. resolutivo 4). Concluyó que aquél había incurrido en responsabilidad internacional en virtud de que el art. 19, núm. 12, de la Constitución establecía la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determinaba los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (párr. 72), violando así el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el art. 13 de la CADH (párr. 73).

Ya desde el perfil del control de convencionalidad de disposiciones constitucionales operable *ad intra*, habrá que analizar en el contexto del Estado en cuestión quién/es recepta/n

¹⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, solicitada por la Comisión IDH; Serie A, N° 17.

¹⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización”, solicitada por Costa Rica; Serie A, N° 4.

²⁰ Corte IDH, “Caso ‘*La Última Tentación de Cristo*’ (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de febrero de 2001, Serie C, N° 73.

la competencia para desplegarlo y, en su caso, qué efectos tendría semejante declaración de inconventionalidad; asuntos, todos, no precisamente sencillos ni de importancia menor

Sea como fuere, en las varias veces citado “Caso *Trabajadores Cesados del Congreso*”, la Corte IDH parece clarificar la incógnita –al menos en abstracto– al enfatizar en el también nombrado párr. 128 que “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las *normas internas* y la Convención Americana...”.

Hemos remarcado *ex professo* la expresión “*normas internas*”, por cuanto ello permite interpretar que el material de derecho interno que se somete a fiscalización de compatibilidad convencional *vis-à-vis* la CADH (*inter alia*) envuelve a las *disposiciones constitucionales* que indudablemente quedan inmersas en el enunciado “*normas internas*”.

Por lo demás, en aquel párrafo (128) de la sentencia, la Corte IDH no ha excluido *expressis verbis* del análisis exigido a la categoría de normas constitucionales, lo que añade algún peso adicional al intento propositivo que formulamos.

7. *Sobre el control de convencionalidad ex officio*

La aplicación oficiosa de tal modalidad de contralor, que supone una manifestación de la observancia por los jueces locales de la jurisprudencia internacional, puede *inter alia* explicarse –empleando *mutatis mutandi* las palabras de Jimena Quesada– “por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [, ya que] la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la ‘piedra de toque’ del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal”²¹.

La propia Corte IDH abre el espacio para una interpretación extensiva en tal sentido, pues –basándose en el citado principio *jura novit curia*–, al desarrollar su tarea jurisdiccional en casos contenciosos no se autolimita a las alegaciones que expresamente hubieran realizado la Comisión IDH en el escrito de demanda o la víctima y/o sus representantes en las presentaciones que articulan.

Por el contrario, ha reivindicado con firmeza su competencia, a la luz de la CADH y sobre la plataforma del mencionado principio (el que, según afirma, se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional) “para estudiar la posible violación de las nor-

²¹ Jimena Quesada, Luis, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en Revenega Sánchez, Miguel (coord.), *El Poder Judicial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 542.

Para su afirmación, tal autor se apoya en Conforti, Benedetto (*International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 9), y pasa luego a agregar: “Cabalmente, cuanto mayor éxito tenga la tarea de difusión de la jurisprudencia internacional entre los operadores jurídicos internos, menos operativo resultará el principio *jura novit curia*, pues la mayor formación de los abogados comportará una elaboración más cuidada y perfeccionada de sus pretensiones y, por lo tanto, menor margen de discrecionalidad interpretativa en manos de los jueces” (“La vinculación del juez...”, *cit.*, pp. 542/543 y nota 96 a pie de página).

mas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella...²². Siendo así, y si los jueces nacionales tienen el *deber* de realizar el control de convencionalidad al aplicar la normativa interna a los casos concretos que resuelvan, pocas alternativas quedan para obturar discursivamente la posibilidad de que aquéllos lo hagan *ex officio*, esto es, aun cuando las partes no lo hubiesen planteado.

La declaración de anticonvencionalidad *es una cuestión de derecho y no de hecho*, por lo que su resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de defensa en juicio, la que no podría ser argüida frente al *derecho aplicable* para dirimir la contienda.

Tampoco implica que el juez falle *extra petita* ni soslaye el principio de congruencia, en tanto el sentenciante se atiene a las cuestiones planteadas y a las circunstancias fácticas invocadas en el proceso y, para dilucidar la *litis*, sólo sujeta la selección del derecho aplicable a su concordancia con la CADH (que, cuando menos, debería ostentar cotización constitucional), tarea en la que válidamente podría moverse con independencia de las pretensiones de las partes²³.

8. *Algunas dificultades operativas de implementación del control de convencionalidad en el plano interno*

Especulativamente, podríamos preguntar(nos) qué sucedería en un modelo de control de constitucionalidad con elementos concentrados, en el que los jueces ordinarios no estuviesen investidos de la facultad de ejercer tal fiscalización de constitucionalidad. En semejante hipótesis, ¿estarían habilitados –vía jurisprudencia de la Corte IDH– a descartar por ejemplo una ley u otro dispositivo subconstitucional por anticonvencional?

Vale como elemento inicial de análisis tomar en cuenta que al exigir el Tribunal interamericano en el “Caso *Trabajadores Cesados del Congreso*” que el Poder Judicial local despliegue el control de constitucionalidad y de convencionalidad (incluso de oficio), marca una cierta limitación al puntualizar que el desarrollo de tal actividad debe encuadrarse “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.

Sin embargo, tal apreciación pareciera contener un valor calórico relativo si se la coteja con el tono imperativo con que la Corte redacta las líneas que, en el esquema argumental que diseña, preceden a la enunciación de dicho “límite”.

En efecto, inmediatamente antes de esta suerte de matización, ha señalado preceptivamente –además de “*Almonacid Arellano vs. Chile*” (párr. 124) y por citar algún pronuncia-

²² Cfr., entre numerosos precedentes, Corte IDH, “Caso *Godínez Cruz vs. Honduras*”, Sentencia de Fondo, 20 de enero de 1989, Serie C, N° 5, párr. 172; “Caso de la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero de 2006, Serie C, N° 140, párr. 54; “Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, Serie C, N° 146, párr. 186; y “Caso *Kimel vs. Argentina*”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de mayo de 2008, Serie C, N° 177, párr. 61.

²³ Para redactar este párrafo, nos servimos –*mutatis mutandi*– de lo expresado respecto del control de constitucionalidad de oficio por Bidart Campos, Germán J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 155.

miento más reciente— en el “Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”²⁴, de 26 de noviembre de 2010: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin” (párr. 225).

Así, el pretendido límite pareciera difuminarse al influjo de la estricta obligación que la Corte traza como principio general, por lo que en modo alguno se disipan las dudas y dificultades de la aplicación práctica del control de convencionalidad en el ámbito local.

De modo convergente, y para referirnos justamente el caso de México, aparecen otras dificultades. En efecto, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación proscribire a los jueces locales ejercer el control difuso de la Constitución Federal establecido en el art. 133 de ésta. Así, y como se ha planteado acertadamente, “los jueces locales enfrentarán una paradoja: *no podrán desaplicar leyes locales que violen la Constitución pero sí podrán hacerlo cuando aquellas vulneren tratados internacionales de derechos humanos (cuando menos del sistema interamericano)*”²⁵ —remarcado añadido—.

A este aprieto por pugna de fidelidades en el que queda inmerso el juez mexicano, puede aún sumársele un capítulo adicional. Basta repasar el dilema que plantea Soto Morales en los siguientes términos: “Suponiendo que en materia interpretativa de un mismo derecho humano, previsto tanto en la Constitución como en el Pacto de San José, la Suprema Corte mexicana y la Corte Interamericana realicen una interpretación distinta o, inclusive, contradictoria, ¿cuál de las dos deberá preferir el juez mexicano? *Si elige la jurisprudencia de la SCJN mexicana violará un tratado internacional del que México es parte, lo que eventualmente podrá traducirse en una condena al Estado mexicano por parte de la Corte Interamericana. Por el contrario, si elige la interpretación de la Corte Interamericana transgredirá disposiciones de orden nacional, como las que establecen la obligatoriedad de la jurisprudencia de la SCJN y podría incurrir (el juzgador mexicano) en responsabilidad administrativa, que podría implicar su destitución*”²⁶ —énfasis agregado—.

Más allá del aporte hermenéutico que suministran el art. 29 de la CADH y el criterio *pro homine* (o *pro persona*, que aparece más abarcativo), no puede disimularse que el asunto es sumamente complejo y confirma lo anunciado en cuanto a que la activación del control de convencionalidad en sede interna no está precisamente exenta de dificultades operativas en su implementación.

A modo de digresión, aunque siempre dentro del contexto de México, permítasenos señalar que la sentencia de la Corte IDH en el “Caso *Radilla Pacheco*”²⁷, de 23 de noviembre

²⁴ Corte IDH, “Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220.

²⁵ Cfr. Soto Morales, Carlos A., “El control de convencionalidad en el sistema judicial mexicano”, 24 de marzo de 2010 (Fuente: <http://carlossotomorales.blogspot.com/2010/03/el-control-de-convencionalidad-en-el.html>).

²⁶ Ídem.

²⁷ Corte IDH, “Caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2009, Serie C, N° 209.

de 2009, ha desencadenado una importante preocupación en la Suprema Corte de Justicia de ese país para examinar el modo de dar cumplimiento a tal pronunciamiento internacional²⁸.

Por ejemplo, en el seno del Alto Tribunal se desarrolló una actuación denominada “consulta a trámite” N° 489/2010, que derivó precisamente de una consulta del Presidente de la Corte al pleno para resolver de qué manera se afrontaba dicho decisorio internacional, al no existir procedimiento específico, legal ni jurisprudencial, para hacerlo.

Hacia finales de 2010 se desechó el proyecto del ministro Ramón Cossío, en el que proponía, básicamente, cumplir con la condena específica que la Corte IDH hizo al Poder Judicial Federal, pero haciendo la aclaración de que *a priori* no son vinculantes todos los precedentes de la jurisprudencia interamericana, sino sólo las condenas particularmente relativas al Estado mexicano. En cuanto se refiere al Poder Judicial, lo que correspondía definir era si debían acatar las condenas (establecer cursos en materia de desaparición forzada, etc.), o más importante, realizar siempre control de convencionalidad, como dispuso la sentencia en el nombrado “Caso *Radilla Pacheco*”, basándose en el decisorio recaído en el “Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*”.

Hasta donde alcanza nuestra información, no se llegó al núcleo de la cuestión, porque el procedimiento de “consulta a trámite” se consideró inidóneo para resolver el tema. En otras palabras, se desestimó el proyecto porque no se abocaba a definir el procedimiento, sino que resolvía el fondo del tema, lo cual fue visto como inapropiado por el pleno de ministros.

Por lo demás, vale recordar que, entre otros ítems, la Corte IDH determinó en el “Caso *Radilla Pacheco*” que el Estado:

“...incumplió el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos I y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, respecto de la tipificación del delito de desaparición forzada de personas,...” (punto declarativo contenido en el ap. 6 de la parte decisoria del fallo);

“...deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,...” (punto dispositivo contenido en el ap. 10 de la parte decisoria del fallo); y

“...deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas,...” (punto dispositivo contenido en el ap. 11 de la parte decisoria del fallo).

Suponemos que la inquietud irá en aumento luego de la nueva sentencia de condena pronunciada por la Corte IDH en el mencionado “Caso *Cabrera García y Montiel Flores*”, donde *inter alia* estableció que el Estado:

“...ha incumplido la obligación contenida en el artículo 2, en conexión con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta relación con la disciplina militar o con bienes

²⁸ Como puede suponerse, el tema del cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH presenta ribetes complejos, aunque los Estados condenados –en tanto inmersos en un sistema de justicia internacional regional– deberán adaptar paulatinamente sus escenarios jurídicos internos para estar a tono con la textura y el nivel de exigencia de los estándares fijados por el Tribunal interamericano.

jurídicos propios del ámbito castrense,...” (punto declarativo contenido en el ap. 8 de la parte decisoria del fallo); y

“...debe, en un plazo razonable, adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como adoptar las reformas legislativas pertinentes para permitir que las personas que se vean afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo para impugnar su competencia...” (punto dispositivo contenido en el ap. 15 de la parte decisoria del fallo).

Justamente en este fallo, la Corte IDH citó las sentencias que pronunciara en las causas “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”²⁹, de 26 de septiembre de 2006; “*Rosendo Cantú y otra vs. México*”³⁰, de 31 de agosto de 2010; e “*Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*”³¹, de 1 de septiembre de 2010—, para concluir como manifestábamos líneas arriba en punto a que el Tribunal “*es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*” (párr. 225).

Es interesante poner de relieve que la Corte IDH reiteró aquí (párr. 233) lo que había señalado en la trilogía de asuntos recientes contra México: “*Radilla Pacheco*” (párr. 340), “*Fernández Ortega y otros*”³² (párr. 237) y “*Rosendo Cantú*”³³ (párr. 220), en cuanto a que “*es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas*” —remarcado agregado—.

Inmediatamente a continuación, en el mismo párr. 233, añadió: “*Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar (...), en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, dispo-*

²⁹ Corte IDH, “*Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”, cit. en nota 13, *idem*.

³⁰ Corte IDH, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 31 de agosto de 2010, Serie C, N° 216, párr. 219.

³¹ Corte IDH, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de septiembre de 2010, Serie C, N° 217, párr. 202.

³² Corte IDH, “*Caso Fernández Ortega y otros vs. México*”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de agosto de 2010, Serie C, N° 215.

³³ Corte IDH, “*Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2010, Serie C, N° 216.

*ner inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario*³⁴ –énfasis añadido–.

Por lo demás, el Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado en el “Caso *Cabrera García y Montiel Flores*” advirtió que el sistema jurisdiccional mexicano ha iniciado (incluso con anterioridad al pronunciamiento en el “Caso *Radilla Pacheco*”) una práctica del “control difuso de convencionalidad”, en sintonía con la jurisprudencia convencional interamericana y con los ejemplos de altas jurisdicciones de países latinoamericanos (párr. 83).

Tal vez esta tesis, que consiste en sostener la existencia en México de un “control difuso de convencionalidad” (cuya raíz debe buscarse en la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH), sea un principio de respuesta a la disyuntiva en que la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación colocaba a los jueces locales (de cara al control de convencionalidad), al inhabilitarlos para llevar adelante el control difuso de constitucionalidad determinado en el art. 133 de la Constitución Federal.

IV. HACIA UN DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL CRÍTICO

1. *Un caso testigo*

Previo a desarrollar específicamente el tópico que se anuncia en el epígrafe, es preciso efectuar una breve digresión sobre una causa resuelta por la Corte Suprema de Justicia de Argentina (CSJ): “Espósito, Miguel Ángel”³⁵, de 23 de diciembre de 2004, que nos servirá de soporte y caso testigo para algunas de las apreciaciones argumentales que *infra* efectuaremos.

En “Espósito”, y al menos por parte de varios de sus componentes, la CSJ exteriorizó un discurso demostrativo de su permeabilidad a acatar los pronunciamientos de la Corte IDH, al admitir mayoritariamente³⁶ el recurso extraordinario deducido contra una sentencia que había declarado extinta la acción penal por prescripción en una causa abierta por hechos que luego fueron juzgados por aquel Tribunal interamericano, cuyas decisiones –sostuvo la CSJ– resultan de “cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual también ella, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho Tribunal internacional (consid. 6° de la mayoría). Previamente, había puntualizado que el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte Interamericana en su sentencia de 18 de septiembre de 2003 en el “Caso *Bulacio vs. Argentina*”³⁷, en el que se declarara la responsabilidad internacional del país –entre otros puntos– por la deficiente tramitación del expediente en cuestión (consid. 5° del voto triunfante).

Acotó que, “en consecuencia, la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad inter-

³⁴ Este último segmento del párrafo coincide con lo expresado por la Corte IDH en el “Caso *Fernández Ortega y otros*” (párr. 237) y en el “Caso *Rosendo Cantú y otra*” (párr. 220), no así en “*Radilla Pacheco*”.

³⁵ *Fallos*, 327:5668.

³⁶ Formaron la mayoría los doctores Petracchi y Zaffaroni; por su voto, lo hicieron los doctores Belluscio y Maqueda (conjuntamente), y Fayt, Boggiano y Highton de Nolasco, de modo individual.

³⁷ Corte IDH, “Caso *Bulacio vs. Argentina*”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100.

nacional del Estado argentino. *Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado*”, por lo que correspondía declarar inaplicables al caso las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en una causa que, en principio, no podría considerarse alcanzada por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad: Convención sobre Desaparición Forzada de Personas y Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” –énfasis añadido– (consid. 10 de la mayoría).

En síntesis, la CSJ no se privó de exteriorizar su discrepancia respecto de algunas de las cuestiones resueltas por la Corte IDH, ni de puntualizar que “se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. *Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional*” –bastardillas nuestras– (consid. 15 de la mayoría).

2. *Diálogo jurisprudencial*

La sentencia sumariamente colacionada es sólo una muestra de la tendencia que (no exenta vaivenes³⁸) exhibe la CSJ en cuanto a adoptar en sus fallos una interpretación conforme a la CADH y a receptar los pronunciamientos de la Corte IDH y los estándares valorativos que ésta ha venido perfilando en su trayectoria jurisprudencial³⁹, aun cuando no se esté de acuerdo con ella y se deje verbalizada tal discrepancia en el decisorio.

Juzgamos que dicha tesitura resulta laudable y consistente con los compromisos asumidos internacionalmente y el debido respeto que demandan los principios generales del derecho internacional. En particular, se abastecen las exigencias de las pautas *pacta sunt servanda* (norma fundamental de todo el derecho de los tratados), cumplimiento de buena fe (que recorre transversalmente a todo el derecho internacional) e improcedencia de alegar disposiciones (u omisiones) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los acuerdos internacionales (*Cfr.*, en lo respectivamente correspondiente, arts. 26 y 27 de la citada CVDT, tándem de reglas medulares en materia de observancia de los tratados internacionales).

Sin embargo, en un plano general de discusión, ello no nos impide advertir la conveniencia de que se profundice un *diálogo jurisprudencial* entre la Corte IDH y los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional de los Estados que conforman el sistema interamericano, a los fines de que aquélla tenga presente las observaciones o discordancias que los mismos formulen a los criterios jurisprudenciales trazados por el Tribunal interamericano para coadyuvar al mejoramiento de su labor jurisdiccional.

³⁸ Ver sobre el particular Bazán, Víctor, por ejemplo, en “La Corte Suprema de Justicia argentina y su rol en la articulación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno”, *Revista de Derecho Político*, N° 73, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), septiembre-diciembre de 2008, Madrid, pp. 315/373.

³⁹ Entre otros trabajos de Bazán, Víctor, compulsar “El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia argentina”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2, 2010, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago de Chile, pp. 359/388.

Naturalmente, todo ello en aras de optimizar el modelo tuitivo de los derechos fundamentales sobre la base de un adecuado funcionamiento de las piezas que lo componen, precisamente *para hacer más efectiva y eficiente la protección de aquéllos en nuestro espacio regional*.

Es que, como con agudeza se ha afirmado (en referencia específica al citado caso “Espósito” de la CSJ Argentina), “el deber de cumplir con las decisiones de los tribunales internacionales no debería conducir a la aplicación ciega de la jurisprudencia internacional; corresponde también a los jueces nacionales, y en especial a los tribunales superiores, señalar sus disidencias y observaciones a las líneas jurisprudenciales de los órganos del sistema interamericano, que deben tomar debida nota de esas opiniones a fin de ajustar y perfeccionar sus decisiones. La plena integración de la justicia argentina en un orden jurídico internacional requiere, precisamente, del tipo de *diálogo crítico* que la Corte Suprema sugiere a la Corte Interamericana [en “Espósito”] ... Es indudable que *así como la jurisprudencia constitucional argentina se transforma y modela con los desarrollos del derecho internacional, también la jurisprudencia interamericana debe considerar adecuadamente la jurisprudencia constitucional de los Estados que integran el sistema*”⁴⁰ –énfasis añadido–.

Y convergentemente con la línea argumental que aquí esbozamos, también se ha llamado la atención sobre el punto, afirmando que “la meta de que la jurisprudencia interamericana sea norma interpretativa de las reglas convencionales requiere adecuaciones de rol por parte de la Corte IDH. Posiblemente tenga que mirar su propio trabajo con mayor modestia, en algunos casos moderar las ambiciones que se reflejan en los remedios que ordena y evitar el autoelogio en el que incurre a menudo. Así como tenemos que aprender a respetar la jurisprudencia interamericana, debemos acostumbrarnos a la idea de poder criticar su línea y funcionamiento sin que esto sea visto como conspirar contra el afianzamiento y la mejora del sistema interamericano de protección de derechos humanos. *La construcción de reglas en una comunidad de principios se logra a través de[!] diálogo interjurisdiccional, el intercambio y el aprendizaje recíproco. La capacidad y voluntad de crítica es vital en esta construcción*”⁴¹ –remarcado agregado–.

En el fondo, y como se adelantaba, la cooperación entre los tribunales internos y los tribunales internacionales no apunta a generar una relación de jerarquización formalizada entre éstos y aquéllos, sino a trazar una *vinculación de cooperación en la interpretación ‘pro homine’ de los derechos humanos*. Al respecto, Landa advierte que no puede olvidarse que el art. 29.b de la CADH proscribiera a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte IDH, “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con

⁴⁰ Abramovich, Víctor, “Introducción: Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, en Abramovich, Víctor, Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, CELS - Canadian International Development Agency, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. VI/VII.

⁴¹ Basch, Fernando, “Sobre la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana y la necesidad de conformar una verdadera comunidad internacional de principios”, borrador del trabajo presentado a las Jornadas “Una Constitución para el Nuevo Siglo”, 18 y 19 de mayo de 2010, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Fuente: <http://igualitaria.org/wp-content/uploads/2010/05/borrador-basch2.doc>).

las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”⁴².

Con algún punto de contacto con la problemática anunciada en el texto, la doctrina del “margen de apreciación nacional”, de extendido uso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y escasa receptividad en la praxis interamericana, responde –en la percepción de García Roca– a “una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante sus electorados. Pero no puede ocultarse su débil construcción jurisprudencial y las inseguridades que ocasiona”⁴³.

Naturalmente, un eventual empleo de semejante “margen de apreciación nacional” habría de ser prudente y razonable para evitar que se volatilice la esencia de la protección de los derechos humanos.

Por lo demás, y como lo pusiera de manifiesto el juez García-Sayán en su voto concurrente en el “Caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*” de la Corte IDH⁴⁴, “Altos tribunales latinoamericanos vienen nutriéndose de la jurisprudencia de la Corte en un proceso que podríamos llamar de ‘nacionalización’ del derecho internacional de los derechos humanos. Para que ocurra ese importante proceso de interacción entre tribunales nacionales e internacionales en la región, en el cual los primeros están llamados a aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y observar lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es preciso que se continúe incentivando el diálogo sustantivo que lo permita” –énfasis agregado– (párr. 33).

3. Breve colofón

Extrapolando *mutatis mutandi* a nuestro contexto de discusión las certeras apreciaciones de Jimena Quesada, el diálogo interjurisdiccional que planteamos constituye un desafío que “se ve impregnado por una idea básica: la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del Derecho y, por tanto, los problemas de articulación en el seno del ordenamiento jurídico, con objeto de que no se resientan principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho como, entre otros, la seguridad jurídica o la igualdad”⁴⁵.

⁴² Landa, César, “Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional Peruano”, en Bazán, Víctor y Nash, Claudio (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela 2009, Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Montevideo, 2010, p. 77.

⁴³ García Roca, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, en Bazán, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 1517.

⁴⁴ Corte IDH, “Caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 26 de mayo de 2010, Serie C, N° 213.

⁴⁵ Jimena Quesada, Luis, “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad”, *Revista europea de derechos fundamentales*, N° 15, Primer Semestre 2010, Editores Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2010, pp. 41/74.

V. APRECIACIONES FINALES

1) La creciente intensidad con que se desenvuelve la dinámica interactiva del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos acentúa la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes en aras de solidificar el sistema general de derechos, y pugnar por el cumplimiento por parte del Estado de los compromisos internacionalmente asumidos en la materia.

Con ello el Estado sortearía el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional por acción u omisión y, lo que es más importante, se prevendrían o remediarían en sede interna las violaciones a los derechos fundamentales.

2) La Constitución, con el vigor normativo que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas *–inter alia–* en la CADH y los estándares hermenéuticos que a su respecto traza la Corte IDH, dan forma a un bloque jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: *la protección y la realización de los derechos fundamentales*.

En esa línea, el incremento de los espacios de interactividad del derecho procesal constitucional, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, constituye una realidad insoslayable y de gran significación jurídica y axiológica.

3) La interrelación de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos se mueve al compás de una lógica compleja, generando un haz de relaciones a veces tensionales.

Precisamente, uno de los pliegues de esta trama interactiva corresponde al *control de convencionalidad*. Recogiendo los datos que proporciona la praxis del sistema interamericano, pueden reconstruirse ciertos perfiles de dicho contralor, teniendo en cuenta que éste transita por dos vertientes:

Una se desarrolla en sede *internacional*, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde hace bastante tiempo aunque sólo en época reciente se la ha bautizado como “control de convencionalidad”. Consiste básicamente en la obligación del Tribunal de analizar en casos concretos si una práctica o una normativa de derecho interno resultan congruentes, *inter alia*, con la CADH, disponiendo en caso de ser incompatibles su modificación o abrogación. Paralelamente, tal contralor convencional deviene procedente en hipótesis en que los Estados no hayan cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno con arreglo al art. 2 de la Convención. En resumen, se concreta una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo de este instrumento internacional, o de otros respecto de los cuales la Corte IDH ejerce competencia material.

La restante se desenvuelve en el contexto *nacional*, está a cargo de los magistrados locales (vinculados por la jurisprudencia interamericana) y enraíza en el deber de éstos de constatar la compatibilidad de las reglas jurídicas internas que aplican en casos concretos con la CADH (y otros instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos) y los patrones hermenéuticos que la Corte IDH ha elaborado en su trajinar jurisprudencial.

4) Con todo, una de las ideas medulares que pretendemos rescatar a modo recapitulativo es la importancia de que la dimensión objetiva de las sentencias internacionales (en nuestro caso, principalmente de la Corte IDH) tenga eco en los órganos jurisdiccionales nacionales. Dicho de otro modo, que se haga foco en el impacto jurisdiccional que esos fallos proyectan

con carácter general en el contexto interno, e impregnen toda la labor de la jurisprudencia en la aplicación e interpretación de las normas internas sobre derechos fundamentales⁴⁶.

Aunque en definitiva, como sucede con diversas cuestiones propias del derecho internacional, las posibilidades de éxito de la tesis del “control de convencionalidad” están cifradas en el grado de receptividad de la misma en los derechos internos, la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y la voluntad política de los Estados.

El juez de la Corte IDH, García-Sayán, en su voto concurrente emitido en el “Caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*”, ha precisado que “...los tribunales nacionales están llamados a cumplir un papel crucial por ser uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos. Ciertamente no sólo deben garantizar los derechos asegurando la efectividad de los recursos judiciales internos, sino que, además, deben poner en práctica las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos” –subrayado nuestro– (párr. 30)⁴⁷.

5) De la conjugación de los arts. 1.1. y 2 de la CADH surge que los Estados Parte se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y si tal ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquéllos se obligan a *adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*.

En tal contexto, la palabra “garantizar” supone el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias, incluso a través de decisiones jurisdiccionales, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra.

6) El citado principio de adecuación normativa supone la obligación general de cada Estado Parte de adaptar su derecho interno a las disposiciones de la CADH, en aras de garantizar los derechos en ella reconocidos, lo que significa que las medidas de derecho doméstico han de ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los magistrados locales asegurar el cumplimiento de aquel deber por medio del *control de convencionalidad*, mecanismo que, por lo demás, ha sido pensado como instrumento para lograr una aplicación armoniosa de las reglas, principios y valores atinentes a los derechos esenciales.

7) Como insistentemente ha señalado la Corte IDH, los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes.

Es decir, *no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes*; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan some-

⁴⁶ Cfr., *mutatis mutandi*, Jimena Quesada, Luis, *cit.* en nota 21 (“La vinculación del juez...”), pp. 501/502 y nota 13 a pie de página.

⁴⁷ Corte IDH, “Caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*”, *cit.* en nota 44.

tidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados⁴⁸.

8) No está de más insistir en que los principios y las reglas sobre derechos humanos pertenecen al ámbito del *ius cogens*; que lo ideal es siempre bregar por la formación de una sólida cultura de respeto, protección y realización de tales derechos; y en que es preciso asimilar –en paráfrasis de Higgins⁴⁹– que el derecho internacional general no son sólo reglas, *sino un sistema normativo que tiene como objetivo valores comunes*, y que los derechos fundamentales constituyen un sistema integrado tendiente a *salvaguardar la dignidad del ser humano*.

9) Se aprecia con nitidez que sólo sería una prédica discursiva o fraseológica vacua referirse a un modelo *multinivel* de protección de los derechos humanos (emergente de la supuesta combinación “tuitiva” de las dimensiones nacionales e internacional), si no se contara con genuinos y eficaces recursos judiciales, que operen como llaves de ingreso a la jurisdicción abriendo el camino para que puedan adquirir anclaje efectivo criterios hermenéuticos esenciales del derecho internacional de la persona, tales como las pautas *pro persona* y *pro actione*.

10) De su lado, y en un marco general de discusión, es preciso insistir en la conveniencia de que se intensifique un *diálogo jurisprudencial crítico tangible y efectivo, no etéreo*, entre la Corte IDH y los respectivos órganos de cierre de la justicia constitucional de los Estados que integran el esquema interamericano. Ello, con la finalidad de que no sólo éstos acaten los estándares exegéticos labrados por el Tribunal interamericano, sino que a su vez, éste tenga en cuenta las observaciones y sugerencias que puedan partir de las jurisdicciones constitucionales nacionales, en aras del fortalecimiento progresivo del sistema tutelar de derechos fundamentales en nuestra área regional.

11) Uno de los ingredientes para aportar a la búsqueda de un equilibrio sustentable entre ambas jurisdicciones podría centrarse en el recurso a la doctrina del “margen de apreciación nacional”, de vasto (aunque proteico) empleo por el TEDH, pero con una discreta repercusión en la Corte IDH.

Sin embargo, el tema no está exento de dificultades operativas por el riesgo de la generación de inseguridad jurídica que tal doctrina podría traer consigo, además de la necesidad de exigir a su respecto un empleo cauteloso y razonable para evitar el peligro de desnaturalización de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos fundamentales, desvaneciéndose las posibilidades de protección real y concreta de éstos.

En suma, que ese espacio de análisis en función de las particularidades jurídicas del Estado en cuestión sea un *margen de apreciación* y no un *margen de arbitrariedad*.

⁴⁸ Ver, por ejemplo, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)”, 24 de septiembre de 1982, solicitada por la Comisión IDH; Serie A, N° 2, párr. 29.

Un análisis de tal opinión consultiva puede consultarse en Bazán, Víctor, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Bidart Campos, Germán J. *et al.* (coords.), *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Ediciones Jurídicas Cuyo, T° I, Mendoza (Rep. Arg.), 2000, pp. 91/165.

⁴⁹ Higgins, Rosalyn, *Problems & Process. International Law And How We Use It*, Oxford University Press, Oxford, 2003, *passim*.

12) En un contexto donde crece la circulación de reglas iusinternacionales y se intensifica la penetración del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno, adquiere realce cualitativo la realización *ad intra* por los jueces nacionales del control de compatibilidad convencional de la normativa doméstica subconstitucional y constitucional con el compacto de pautas y principios que conforman la estructura literal de la CADH y los estándares valorativos que viene forjando la Corte IDH en su labor hermenéutica.

13) Por último, tal vez el anhelable “diálogo jurisprudencial” sobre el que argumentáramos aquí, se constituya justamente en el paradigma jurisdiccional que cobre definitivo impulso en la presente centuria para contribuir al complejo proceso que conduzca hacia la real efectividad de los derechos fundamentales.

Ello, en el marco interactivo de la defensa multinivel de éstos, a partir de una mutua influencia jurisdiccional que respete el importante emplazamiento institucional de la Corte IDH y el valor de sus estándares, pero que simultáneamente no se desentienda de las particularidades configurativas de las realidades sociales y culturales de los Estados que integran el sistema interamericano.

Comentarios Monográficos

RETOS DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN LA VENEZUELA ACTUAL

Laura Louza Scognamiglio*

Abogado

Directora de Acceso a la Justicia

Resumen: *El presidente venezolano Hugo Chávez Frías desde el inicio de su gobierno ha tratado de imponer una nueva ideología política sin importar el Derecho, ni la administración de justicia. Como consecuencia de ello, el Derecho ha sido un instrumento del cambio social y político que el Presidente quiere lograr. Su justificación es que el "socialismo bolivariano" o la "revolución bolivariana" es el único medio para crear una sociedad justa e igualitaria. El problema es que esta ideología es ajena a los principios de un Estado democrático y de derecho. Por ello, la mayor parte del derecho venezolano vigente es contrario al Estado Constitucional garantista y a la propia Constitución venezolana. De allí surgen, entre otras, las siguientes interrogantes: ¿qué deben enseñar los profesores de Derecho: los principios constitucionales y mundiales o la legislación y jurisprudencias "bolivarianas"? Si sólo se enseña el derecho "bolivariano" - al alejarse éste de lo que es el Derecho a nivel mundial-, ¿los estudios de derecho venezolanos seguirán siendo reconocidos, como hasta ahora, en el extranjero? Estas breves notas pretenden dar respuesta a estos dilemas.*

Palabras claves: *Derecho, Estado de derecho, enseñanza del Derecho, socialismo bolivariano.*

Abstract: *The Venezuelan incumbent president, Hugo Chavez Frías, from the very beginning of his government has been trying to establish a new political ideology, notwithstanding any legal status, or any administration of justice. The Law is used and abused as he pleases. He believes that the "bolivarian socialism" or the "bolivarian revolution" is the only means to create a fair and equalitarian society. The problem is that his ideology is against the principles of the Rule of Law and the Constitutional State. Therefore, since beginning of Chavez' government, the outstanding legislation and jurisprudence are in direct contrast with their principles; even with the Venezuelan Constitution. Drawing from the above springs up the following questions: ¿What the Law professors are supposed to teach: the principles of the Venezuelan Constitution or the "Bolivarian" legislation? If only the "Bolivarian" Law be taught -since such legislation is alienating itself from what is nowadays the World Law- ¿Will the Venezuelan law studies still be acknowledged abroad, as they have been until now? These short observations are trying to find answers to those dilemmas.*

Key words: *Law, Rule of law, Constitutional State, human rights, teaching of law, "bolivarian socialism".*

En Venezuela, hoy en día, enseñar Derecho representa un reto adicional al de las demás carreras. Cada día está más claro que el Derecho ya no es un medio para alcanzar la justicia,

ni un límite al poder del Estado frente a la libertad del individuo (Ferrari, 2007), sino que está destinado a cumplir los fines de la “justicia revolucionaria” sin atender a las formalidades jurídicas, lo cual “introduce la paradoja de un orden normativo personalizado, circunstancial y transitorio, que ha dejado los escenarios de la certeza jurídica” (Torres, 2007, p. 22).

Al respecto en el acto de apertura del año judicial, celebrado el 5 de febrero de 2011, la propia Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia expresó claramente que “las leyes en nuestro país a raíz de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela responden a un fin ideológico claramente establecido”¹.

Por su parte, el magistrado Fernando Vegas Torrealba, designado como orador de orden en ese acto, explicó también con mucha transparencia el rol del Poder Judicial en ese sentido:

“Así como en el pasado, bajo el imperio de las constituciones liberales que rigieron el llamado estado de derecho, la Corte de Casación, la Corte Federal y de Casación o la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales, se consagraban a la defensa de las estructuras liberal-democráticas y combatían con sus sentencias a quienes pretendían subvertir ese orden en cualquiera de las competencias ya fuese penal, laboral o civil, de la misma manera **este Tribunal Supremo de Justicia y el resto de los tribunales de la República, deben aplicar severamente las leyes para sancionar conductas o reconducir causas que vayan en desmedro de la construcción del Socialismo Bolivariano y Democrático**” (negritas nuestras).

(<http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=823>)

Estas declaraciones no dejan lugar a dudas sobre el hecho de que el Tribunal Supremo de Justicia, desde el inicio de este gobierno ha estado, y ahora está aún más, al servicio del gobierno de turno, y en consecuencia, también la interpretación del derecho, y por ello, el “Derecho” mismo. A pesar de la claridad de las declaraciones citadas, para tener mayor certeza sobre la politización del Tribunal Supremo de Justicia se puede consultar el “*Libro Rojo*” del partido de gobierno (Partido Socialista Unido de Venezuela), que explica claramente qué es el “socialismo bolivariano”, y lo declara como la única doctrina válida en Venezuela, indicando cómo implantarlo y construir la nueva sociedad socialista. (<http://www.psuve.org.ve/temas/biblioteca/libro-rojo/>), con lo cual no sólo se autoreconoce como un régimen autocrático (donde no hay pluralidad), sino además totalitario, por su contenido ideológico.

El problema que se ha creado a partir de la situación descrita es que el gobierno venezolano ha tratado como sea de implantar su doctrina “socialista bolivariana” y, como el mismo Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido, se ha servido del Derecho para ello, así, en la actualidad hay dos regímenes jurídicos en vigencia: por una parte, el de la Constitución, ya que su reforma, como en cambio propuso el gobierno en el 2007, no fue aprobada por los venezolanos el 2 de diciembre de 2007, y por la otra, el de las leyes, sentencias y normas jurídicas que, en general, cambian la Constitución, e incluso, los tratados internacionales de derechos humanos, que tampoco, a pesar de lo que establece al respecto el artículo 23 de la Constitución, según el Tribunal Supremo de Justicia, son válidos².

* Acceso a la Justicia (<http://accesoalajusticia.org/>)

¹ Fuente: Tribunal Supremo de Justicia, Oficina de Prensa, <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=8240>

² Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 1939 de fecha 18 de diciembre de 2008. Ver más en: <http://www.eluniversal.com/2011/09/07/el-ts-j-pone-la-nota-discordante-con-sus-desacatos-a-la-corte-idh.shtml#.Tmg0gQe0mt0.facebook>.

De allí surge la pregunta: ¿qué deben enseñar los profesores de derecho? ¿Las normas jurídicas y sentencias revolucionarias ajenas a la Constitución? La respuesta es más sencilla de lo que se puede esperar en una situación tan compleja y caótica como la descrita, pero para comprenderla es importante entender qué está sucediendo en Venezuela y, sobre todo, qué es y qué no es Derecho.

En efecto, este tipo de situaciones se han presentado en otros países y en otras épocas, porque el Derecho “no es una cosa como una silla, un caballo o un libro; ni es un concepto bien definido como el de Iglesia católica o familia nuclear” (Friedman, 1978, p. 34). El derecho es un objeto cultural y no está regido por leyes exactas (Hernández Gordils, 2006, p. 25). Por ello, se puede ver como algo cambiante, hasta “dúctil” (Zagrebelky, 2008), que puede ser fácilmente usado como un instrumento por el gobierno de turno para regular la conducta social e imponer su voluntad, como ocurrió por ejemplo en la Alemania nazi.

No obstante, como indica Palombella (2009) por muy “neutral” que sea el Derecho hay un límite en la idoneidad del medio para usarlo para fines ajenos a su naturaleza (p. 31). El Derecho por definición no es un instrumento de dominación, no puede ser arbitrario, ni excepcional, se trata de reglas de conducta que deben seguirse, que deben tener unas formas donde la libertad del individuo o su “derecho” es lo que se busca y debe imperar (p. 51). Por ello, en el Estado de derecho, el Derecho es el instrumento fundamental para limitar el poder del Estado (Jacques Chevallier, 1992), y el único medio reconocido en el mundo democrático contemporáneo para evitar el abuso y la concentración del poder.

A pesar de ello, una de las justificaciones del gobierno venezolano para implementar el “socialismo bolivariano” y alejarse del modelo del Estado de derecho se centra en la supuesta contradicción entre Estado de derecho y Estado social.

Debe destacarse que esta aparente antinomia no ha sido discutida sólo en Venezuela, sino que en el mundo actual es común en los estados sociales de derecho, ya que se plantea una paradoja, porque como explica Ferrajoli (2006), el Estado de derecho exige “un conjunto de límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos de forma cierta, general y abstracta para la tutela de la libertad de los ciudadanos, y el Estado social, por el contrario, demanda a los propios poderes la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones positivas, no siempre predeterminables de manera general y abstracta y, por tanto, eminentemente discretionales, contingentes, sustraídas a los principios de certeza y estricta legalidad y confiadas a la intermediación burocrática y partidista” (p. 16). Así, la supuesta paradoja que se crea es la siguiente: ¿es más importante el cumplimiento del Derecho o la satisfacción de las necesidades sociales, o mejor dicho, si éstas lo exigen puede eludirse el cumplimiento del Derecho?

Ferrajoli (2006) responde a esto al aclarar que esta engañosa discordancia entre Estado de derecho y Estado social sólo se puede enfrentar con “*el modelo garantista de estado en que los derechos fundamentales son los que orientan la actuación del Estado y la aplicación del Derecho*” (27). Por tanto a su criterio nunca se justifica la imposición de un Estado sin límites, que es lo que aparentemente pretende el gobierno venezolano y promueve el propio Tribunal Supremo de Justicia. En efecto, como indica Bobbio “...una sociedad en la cual el gobierno adopta medidas de justicia distributiva al grado de volver a los ciudadanos no sólo iguales desde un punto de vista formal, frente a las leyes, como suele decirse, sino también sustancialmente está obligada a limitar muchas libertades” (citado por Córdova Vianello, 2006, p. 56).

A esta tesis se añade, como también explica Bobbio (1997) que en el mundo moderno está claro que el Estado de derecho no se contraponen a la materialización de la justicia, y por tanto, a la satisfacción de las necesidades sociales, en la medida en que el derecho positivo

actualmente recoge principios del derecho natural, que son los derechos humanos, que precisamente buscan la mayor solidaridad y altruismo posibles y contienen valores morales, donde la justicia y la igualdad de trato frente a la ley están siempre presentes.

En este orden de ideas, Casal (2009) va más allá y aclara que incluso ante una posible contradicción entre derechos de la mayoría o supuestas necesidades colectivas y derechos del individuo, “los derechos humanos tienen una importancia tal que han sido colocados por encima incluso de la voluntad mayoritaria de una nación, ante la experiencia histórica de regímenes totalitarios que dejaban de actuar como jurados respetuosos de una justicia superior -parafraseando a Tocqueville-, para pasar a hacerse dueños del Derecho, convertido en mero instrumento de una dominación política” (p. 117).

El fundamento de esto como indica Hayek (2005) es el siguiente: “Si la igualdad de trato de todos los ciudadanos por parte del gobierno me parece la condición esencial para la libertad individual, la discriminación que supone el intento de otorgar a todos una misma posición económica me parece no sólo incompatible con la libertad personal sino también netamente inmoral” (p. 24). El gobierno venezolano es un perfecto ejemplo de esto. Es un gobierno cuyo origen es democrático por la forma en que se hicieron las primeras elecciones, pero actualmente no tiene límites en el ejercicio del poder bajo la excusa de una supuesta mayoría que apoya al gobierno, cuando los resultados de las elecciones de los diputados de la Asamblea Nacional celebradas el 26 de septiembre de 2010 mostraron que no existe ese apoyo mayoritario y sin embargo, a partir de esa elección es que se ha radicalizado aún más la implantación del “socialismo bolivariano”, como demuestra la declaración del magistrado Vega antes citada.

Con base en lo anterior queda claro que el gobierno venezolano lejos de estar creando las bases para una sociedad más justa e igualitaria, está implantando un régimen totalitario, donde la libertad es la excepción en vez de la regla, que es precisamente lo que el Derecho -por muy dúctil que sea- siempre debe prescribir y promover. De allí, la dificultad de enseñarlo en la Venezuela actual, ya que las leyes y normas jurídicas que se aprueban en el contexto del “socialismo bolivariano” son tan ajenos a lo que es la esencia del Derecho, porque promueven arbitrariedad, discrecionalidad del gobernante, excepcionalidad en la aplicación de los derechos, que hasta se puede dudar que sean Derecho. Como explica de manera elocuente Palombella (2009) “no todos los instrumentos pueden ser usados para cualquier fin: y puede resultar insensato hacer uso del bisturí, aunque esté muy afilado, cuando en vez de cortes se pretenda hacer suturas” (p. 31). No obstante lo anterior, la solución, como ya se dijo, al problema de cómo y qué se debe enseñar en este momento en la carrera de Derecho, no es tan compleja. En efecto, en la medida en que la Constitución es la norma suprema (artículo 7 *eiusdem*) y está vigente, así como deben aplicarse los tratados y acuerdos internacionales de derechos humanos si son más favorables por encima incluso de la propia Constitución (artículos 23 y 31 *eiusdem*), es evidente que los profesores deben continuar enseñando el derecho consagrado en la Constitución, y no su excepción o aplicación arbitraria.

Esta solución la impone también una realidad práctica y no sólo la dogmática jurídica, cual es que el Derecho se está mundializando, porque hay un lenguaje común del Derecho por la globalización (Irene Valera, 2009). En efecto, los derechos humanos son en la actualidad la sustancia del derecho en el mundo occidental democrático (Carlos Ayala, 2009) y ese es el derecho de la Constitución y además, de los tratados internacionales vigentes en Venezuela por estar aprobados por el Estado, aunque el gobierno de turno no lo considere así.

Esta solución al problema planteado tiene una ventaja: hace que los abogados venezolanos continúen siendo competitivos a nivel global porque “hablan” un lenguaje común al de los abogados del mundo.

No obstante, como no se puede separar la realidad política del Derecho, y menos aún cuando esta se transforma en “derecho positivo”, los profesores de derecho también deben hacer mención a estas nuevas normas jurídicas, aunque aclarando que no tienen las características de lo que el Derecho como disciplina es y prescribe.

BIBLIOGRAFÍA

AYALA CORAO, Carlos, *La mundialización de los Derechos Humanos*, Obra Colectiva titulada: “La mundialización del Derecho”, Coordinadora Irene de Valera, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009.

BOBBIO, Norberto, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1997.

CASAL, Jesús María, *Algunos cometidos de la jurisdicción constitucional en la democracia*, en la obra colectiva de Winifried Hassemmer, Norbert Losing y Jesús María Casal titulada “Jurisdicción constitucional, Democracia y Estado de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Konrad Adenauer-Stiftung, Caracas, 2009, pp.139-145.

CHEVALLIER, Jacques, *L'État de droit*, Montchrestien, Paris 1992.

CORDOVA VIANELLO, Lorenzo (coordinador), *La democracia ideal en el pensamiento de Norberto Bobbio y las democracias reales en América Latina*” de la obra colectiva: “Norberto Bobbio: cuatro interpretaciones”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2006.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta, Madrid 2006.

FERRARI, Vincenzo, *Reflexiones sobre el Estado de Derecho*, Conferencia dictada el 4 de julio de 2007 en la Universidad Metropolitana, Caracas 2007.

FRIEDMAN, Lawrence M., *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Società editrice Il Mulino, Bologna 1978.

HAYEK, Friedrich A., *Democracia, Justicia y Socialismo*, Unión Editorial, Madrid 2005.

HERNANDEZ GORDILIS, José Rafael, *Introducción al Derecho*, Legis Editores C.A., Caracas 2006.

MORALES, Luis Estela, *Pálabras de apertura del año judicial 2011*, Tribunal Supremo de Justicia, Departamento de Prensa, <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=8240>

PALOMBELLA, Gianluigi, *Il Rule of Law. Argomenti di una teoria (giuridica) istituzionale*, Rivista di Sociologia Giuridica N° 1/2009, Milano 2009.

PARTIDO SOCIALISTA UNIDO DE VENEZUELA, *Libro Rojo*, <http://www.psu.org.ve/temas/biblioteca/libro-rojo/>, Caracas 2010.

TORRES, “Modelo para la construcción cultural del derecho en tiempos de cambio social: el caso venezolano”, *Revista* N° 38, Politeia, Caracas 2007.

VALERA, Irene (coordinadora), “La mundialización del Derecho”, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009.

VEGAS TORREALBA, Fernando, *Discurso de orden, 2011*, Tribunal Supremo de Justicia, Departamento de Prensa, <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=823>.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid 2008.

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

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

Recopilación y selección
por Marianella Villegas Salazar
Abogado

SUMARIO

- I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO
 1. *Poder Ejecutivo nacional: Ministerios. 2. Poder Electoral: Registro Civil. 3. Poder Ciudadano: Contraloría General de la República.*
- II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO
 1. *Administración Financiera.*
- III. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA
 1. *Política de Relaciones Exteriores: Tratados, acuerdos y convenios. 2. Seguridad y defensa. A. Comités ciudadanos de Control Policial. B. Acciones para disminuir el índice delictivo. C. Régimen de control de la legitimación de capitales. D. Prohibición de portar armas de fuego en transporte público. E. Régimen de prevención en piscinas y similares*
- IV. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA
 1. *Régimen Cambiario. 2. Régimen de los bancos y otras instituciones financieras. A. Apertura, traslado o cierre de agencias. B. Ejercicio de la actividad bancaria. C. Intervención y liquidación de instituciones financieras. D. Créditos hipotecarios. E. Cámara de compensación electrónica. F. Financiamiento de los proyectos de los consejos comunales u otras formas de organización social. G. Fondos Nacionales de Garantías Recíprocas. H. Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios. 3. Régimen del comercio interno. A. Ley Costos y Precios Justos. B. Producción y comercialización de productos. C. Precio máximo de venta al público. 4. Régimen Agrícola. 5. Régimen del mercado de capitales. 6. Régimen de la actividad aseguradora. 7. Régimen de los juegos y apuestas lícitas: Hipismo.*
- V. RÉGIMEN DEL DESARROLLO SOCIAL
 1. *Régimen del trabajo. A. Ley de Alimentación para los Trabajadores. B. Días feriados. 2. Régimen de la educación. 3. Régimen del patrimonio cultural. 4. Régimen de la salud. A. Sueldo básico de los médicos. B. Autorización del comercio y consumo de alimentos y bebidas. 5. Régimen del deporte: Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física.*
- VI. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO
 1. *Régimen de protección del medio ambiente y los recursos naturales. A. Exploración y explotación de oro. B. Circulación de bienes forestales. 2. Régimen de las telecomunicaciones: Telefonía móvil. 3. Régimen del transporte y tránsito. A. Transporte y tránsito terrestre. a. Transporte de combustible. b. Transporte público comunal.*

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Poder Ejecutivo nacional: Ministerios*

Decreto N° 8.266 de la Presidencia de la República, mediante el cual se crea el Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario. *G.O.* N° 39.721 de 26-7-2011.

2. *Poder Electoral: Registro Civil*

Resolución N° 110623-0123 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se dictan las Normas para la Transferencia del Servicio Público de Registro Civil al Poder Electoral. *G.O.* N° 39.714 de 15-7-2011.

3. *Poder Ciudadano: Contraloría General de la República*

Resolución N° 01-00-000163 de la Contraloría General de la República, mediante la cual se dicta el Reglamento para el Registro, Calificación, Selección y Contratación de Auditores, Consultores y Profesionales independientes en materia de Control. *G.O.* N° 39.729 de 5-8-2011.

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Administración Financiera*

Decreto N° 8.414 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. *G.O.* N° 39.741 de 23-8-2011.

III. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Política de Relaciones Exteriores: Tratados, acuerdos y convenios*

Ley Aprobatoria del Protocolo Adicional al Acuerdo Complementario en el Ámbito del Desarrollo del Programa Venesat-1 (Sistema Satelital Simón Bolívar) para el uso Conjunto de la Posición Orbital 78 Solicitada por la República Oriental del Uruguay para el Programa Urusat-3 entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay. *G.O.* N° 39.719 de 22-7-2011.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del estado Plurinacional de Bolivia para la Producción de Tecnologías Agrícolas. *G.O.* N° 39.719 de 22-7-2011.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del estado Plurinacional de Bolivia para la Constitución de la Gran Nacional de Producción de Alimentos. *G.O.* N° 39.719 de 22-7-2011.

Ley Aprobatoria del Protocolo al Acuerdo Marco de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República del Ecuador para Profundizar los Lazos de Comercio y Desarrollo. *G.O.* N° 39.719 de 22-7-2011.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Comercio de los Pueblos para la Complementariedad Económica, Productiva entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el estado Plurinacional de Bolivia. *G.O.* N° 39.719 de 22-7-2011.

Ley Aprobatoria del Memorando de Entendimiento entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del estado Plurinacional de Bolivia para el Desarrollo de Actividades de Intercambio y Capacitación en Ciencia y Tecnología para la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos. *G.O.* N° 39.719 de 22-7-2011.

Ley Aprobatoria del Memorando de Entendimiento sobre el Plan de Trabajo de Factibilidad de un Proyecto Productivo Conjunto en el Sector Cemento en el Marco de la Gran Nacional de Manufactura, Ciencia y Tecnología entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del estado Plurinacional de Bolivia. *G.O.* N° 39.719 de 22-7-2011.

2. *Seguridad y defensa*

A. *Comités ciudadanos de Control Policial*

Resolución N° 158, mediante la cual se dictan las Normas sobre la Promoción de los Comités ciudadanos de Control Policial. *G.O.* N° 39.710 de 11-7-2011.

B. *Acciones para disminuir el índice delictivo*

Resolución N° 235, mediante la cual se establece los lineamientos para la regulación, coordinación, supervisión, control y seguimiento de los Órganos de Seguridad Ciudadana en sus diferentes ámbitos, por parte del Coordinador Nacional del Dispositivo Bicentenario de Seguridad Ciudadana (DIBISE) en la ejecución y desarrollo del conjunto de acciones sociales y preventivas, además de metas operativas de los ejes estratégicos del Dispositivo, con el propósito de disminuir el índice delictivo a nivel nacional y garantizar el orden, la paz y la tranquilidad ciudadana. *G.O.* N° 39.760 de 19-9-2011.

C. *Régimen de control de la legitimación de capitales*

Providencia N° 078 de FOGADE, mediante la cual se dicta el Código de Ética para los Funcionarios, Empleados, Obreros y Contratados del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios en materia de Prevención y Control de Legitimación de Capitales, Financiamiento al Terrorismo y Tráfico y Consumo de Drogas. *G.O.* N° 39.729 de 5-8-2011.

D. *Prohibición de portar armas de fuego en transporte público*

Resolución Conjunta N° 196 y 018940 de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia y para la Defensa, mediante la cual se prohíbe portar Armas de Fuego y municiones en todas las Unidades de transporte público a nivel nacional, ya sean en rutas urbanas, suburbanas e interurbanas; así como en los terminales de pasajeros y pasajeras a nivel nacional públicos y privados; dicha medida incluye los sistemas de transportes de pasajeros y pasajeras por ferrocarril y los sistemas de metros existentes en el territorio nacional, en los términos que en ella se indican. *G.O.* N° 39.743 de 25-8-2011.

E. *Régimen de prevención en piscinas y similares*

Resolución N° 198 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, mediante la cual se ordena a las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, propietarios o administradores, de los clubes, hoteles, moteles, complejos turísticos, parques acuáticos, gimnasios, establecimientos de educación, asociaciones, instituciones y demás inmuebles que mantengan en sus instalaciones piscinas, embalses, pozos y demás estanques o similares destinados al baño, a la recreación y esparcimiento, a la natación o a otros ejercicios y deportes acuáticos o usos medicinales o terapéuticos, públicos o privados, a disponer de personal salvavidas de atención permanente, para la prevención, vigilancia y actuación en caso de accidentes, así como en la prestación de primeros auxilios en toda piscina de uso particular o colectivo, en los horarios permitidos para su uso, en los términos que en ella se indican. *G.O.* N° 39.733 de 11-8-2011.

IV. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. *Régimen Cambiario*

Providencia N° 108 de CADIVI, mediante la cual se establecen los Requisitos y el Trámite para la Autorización de Adquisición de Divisas Destinadas a las Importaciones. *G.O.* N° 39.764 de 23-9-2011.

2. *Régimen de los bancos y otras instituciones financieras*

A. *Apertura, traslado o cierre de agencias*

Resolución de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, mediante la cual se emiten las «Normas para la apertura, traslado o cierre de agencias, oficinas, sucursales y centros de negocio e instalación y cierre de taquillas externas, taquillas asociadas, mostradores informativos, cajeros automáticos o electrónicos y otras modalidades de atención a clientes, usuarios y usuarias, en el territorio nacional». *G.O.* N° 39.708 de 7-7-2011.

B. *Ejercicio de la actividad bancaria*

Resolución N° 199.11 de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, mediante la cual se dictan las «Normas que permiten determinar el cumplimiento de los Requisitos de Calidad Moral y Ética exigidos para el ejercicio de la Actividad Bancaria». *G.O.* N° 39.714 de 15-7-2011.

C. *Intervención y liquidación de instituciones financieras*

Resolución N° 209.11 de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, mediante la cual se dicta las «Normas Relativas al Proceso de Intervención de las Instituciones que Operan en el Sector Bancario Venezolano y Personas Jurídicas Vinculadas». *G.O.* N° 39.731 de 9-8-2011.

Providencia N° 082 de FOGADE, mediante la cual se dictan las Normas para la Liquidación de Instituciones del Sector Bancario y Personas Jurídicas Vinculadas. *G.O.* N° 39.741 de 23-8-2011.

D. *Créditos hipotecarios*

Resolución N° 103 del Ministerio del Poder Popular para Vivienda y Hábitat, mediante la cual se establecen las condiciones de Financiamiento que regirán el otorgamiento de créditos para la adquisición de vivienda principal con recursos propios de las instituciones financieras y con recursos provenientes de los Fondos regulados por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat. *G.O.* N° 39.716 de 19-7-2011.

Resolución N° 104 del Ministerio del Poder Popular para Vivienda y Hábitat, mediante la cual se establece en doce por ciento (12%) el porcentaje mínimo de la cartera de crédito bruta anual, que con carácter obligatorio deben colocar con recursos propios las instituciones del sector bancario obligadas a conceder créditos hipotecarios destinados a la construcción, adquisición, ampliación, mejoras y autoconstrucción de vivienda principal. *G.O.* N° 39.716 de 19-7-2011.

Aviso Oficial del BCV mediante el cual se fija lo contenido de la Tasa de Interés Social Máxima y de las Tasas de Interés Sociales Especiales aplicables a Créditos Hipotecarios para la adquisición, construcción, autoconstrucción; así como para mejora y ampliación de vivienda principal. (Máxima 11, 42%; Especiales: 4,66%; 6,91% y 9,16%, entre otros). *G.O.* N° 39.751 de 6-9-2011.

Resolución N° 124 del Ministerio del Poder Popular para Vivienda y Hábitat, mediante la cual se dictan las Normas para el otorgamiento de créditos para la adquisición de vivienda principal de conformidad con las condiciones de financiamiento establecidas en la Resolución N° 103, de fecha 19 de julio de 2011. *G.O.* N° 39.763 de 22-9-2011.

E. *Cámara de compensación electrónica*

Resolución N° 11-07-02 del BCV, mediante la cual se dicta la Reforma Parcial del Reglamento del Sistema de Cámara de Compensación Electrónica. (Modifican los artículos 29 y 60 y se deroga el Título III). *G.O.* N° 39.713 de 14-7-2011.

F. *Financiamiento de los proyectos de los consejos comunales u otras formas de organización social*

Resolución Conjunta N° MPPPF-3.054 y MPCPS 072 de los Ministerios del Poder Popular para las Comunas y Protección Social y de Planificación y Finanzas, mediante la cual se establece a los bancos los mecanismos de asignación de recursos para el financiamiento de los proyectos de los consejos comunales u otras formas de organización social. *G.O.* N° 39.724 de 29-7-2011.

Resolución N° 233.11 de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, mediante la cual se emiten las «Normas Relativas a los Mecanismos de Asignación de Recursos para el Financiamiento de los Proyectos de los Consejos Comunales u otras Formas de Organización Social». *G.O.* N° 39.741 de 23-8-2011.

G. *Fondos Nacionales de Garantías Recíprocas*

Resolución N° 176 de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, mediante la cual se emiten las «Normas que regulan los límites del total de las garantías otorgadas mediante avales o fianzas por parte de las Sociedades de Garantías Recíprocas y reafianzamiento o segundo aval por parte de los Fondos Nacionales de Garantías Recíprocas». *G.O.* N° 39.707 de 6-7-2011.

H. *Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios*

Providencia N° 089 de FOGADE, mediante la cual se dicta el Reglamento de Firmas del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios. *G.O.* N° 39.741 de 23-8-2011.

Providencia N° 088 de FOGADE, mediante la cual se dictan las Normas que regulan el procedimiento para hacer efectivo el pago de la garantía de los depósitos del público amparados por este Organismo. *G.O.* N° 39.751 de 6-9-2011.

3. *Régimen del comercio interno*

A. *Ley Costos y Precios Justos*

Decreto N° 8.331, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos. *G.O.* N° 39.715 de 18-7-2011.

B. *Producción y comercialización de productos*

Resolución Conjunta N° DM/088, DM/038-2011 y DM/038 de los Ministerios del Poder Popular para el Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, mediante la cual se fija el precio del sorgo en todo el Territorio Nacional pagado al Productor, en los términos que en ella se indican. *G.O.* N° 6.030 Extraordinario de 3-8-2011.

C. *Precio máximo de venta al público*

Resolución Conjunta N° DM/3046, DM/ 077, DM/078, DM/026-11 y DM/090 de los Ministerios del Poder Popular de Planificación y Finanzas, para el Comercio, para la Agricultura y Tierras, para la Alimentación y para Ciencia, Tecnología e Industrias Intermedias, mediante la cual se fija en todo el Territorio Nacional el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP) y Precio Máximo de Venta (PMV) de los productos alimenticios que en ella se mencionan. *G.O.* N° 39.723 de 28-7-2011.

Resolución Conjunta N° DM/3044, DM/078, DM/077, DM/033-11 y DM/089 de los Ministerios del Poder Popular de Planificación y Finanzas, para el Comercio, para la Agricultura y Tierras, para la Alimentación y para Ciencia, Tecnología e Industrias Intermedias, mediante la cual se fija en todo el territorio nacional el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP) del Arroz Blanco de mesa tipo I, tipo II y tipo III. (Precios por Kilogramo: Tipo I: 5,62; Tipo II: 5,23; Tipo III: 4,96). *G.O.* N° 39.748 de 1-9-2011.

Resolución Conjunta N° DM/3045, DM/076, DM/076, DM/034-11 y DM/088, mediante la cual se fija en todo el territorio nacional el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP) de la Harina de Maíz Precocida. (Kilogramo: 4,06 Bs.). *G.O.* N° 39.748 de 1-9-2011.

4. *Régimen Agrícola*

Decreto N° 8.330 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Agrícola de Venezuela, C.A. (Se reimprime por fallas en originales). *G.O.* N° 39.739 de 19-8-2011.

5. *Régimen del mercado de capitales*

Resolución N° 121 de la Superintendencia Nacional de Valores, mediante la cual se dictan las «Normas relativas a las tasas y contribuciones que deben cancelar las personas sometidas al control de la Superintendencia Nacional de Valores». *G.O.* N° 39.720 de 25-7-2011.

6. *Régimen de la actividad aseguradora*

Resolución N° FSAA-002992 de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, mediante la cual se dicta las Normas por las cuales se registrarán las Empresas de Seguros para el acceso, comercialización y suscripción de las Pólizas de Seguros Solidarios de Salud, Accidentes Personales y Funerarios. *G.O.* N° 39.762 de 21-9-2011.

Resolución N° FSAA-002993, mediante la cual se dicta las Normas que establecen el número mínimo de Pólizas de Seguros Asignadas a las Empresas de Seguros para la Comercialización de los Seguros Solidarios de Salud, Accidentes Personales y Funerarios. *G.O.* N° 39.762 de 21-9-2011.

Resolución N° FSAA-002994, mediante la cual se dicta las Normas que establecen el Registro Único de Seguros Solidarios (R.U.S.S). *G.O.* N° 39.762 de 21-9-2011.

7. *Régimen de los juegos y apuestas lícitas: Hipismo*

Providencia N° 105 de la Junta Liquidadora del Instituto Nacional de Hipódromos, mediante la cual se dicta las Normas para la Seguridad y Prevención de la presencia, expendio o uso ilegal de sustancias peligrosas en las instalaciones de este Instituto. *G.O.* N° 39.721 de 26-7-2011.

Providencia N° 173 de la Junta Liquidadora del Instituto Nacional de Hipódromos, mediante la cual se dicta las Normas que Regula el Uso, Difusión y Comercialización de la Programación Hípica Oficial. *G.O.* N° 39.721 de 26-7-2011.

V. RÉGIMEN DEL DESARROLLO SOCIAL

1. *Régimen del trabajo*

A. *Ley de Alimentación para los Trabajadores*

Decreto N° 8.332 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores. *G.O.* N° 39.713 de 14-7-2011.

B. *Días feriados*

Decreto N° 8.300 de la Presidencia de la República, mediante el cual se declara día no laborable el día 04 de julio del año 2011 y, por tanto, se le otorga el carácter de feriado a los efectos de la Ley Orgánica del Trabajo. *G.O.* N° 39.706 de 1-7-2011. (Véase *G.O.* N° 5.029 Extraordinario de la misma fecha).

2. *Régimen de la educación*

Resolución Conjunta N° DM/063 y DM/083 de los Ministerios del Poder Popular para la Educación y para el Comercio, mediante la cual se fija para el año escolar 2011-2012, el ajuste en un porcentaje que no supere el veintidós por ciento (22%), como límite máximo de aumento de la matrícula y de las mensualidades escolares en las instituciones educativas privadas del Subsistema de Educación Básica, ubicadas en todo el territorio nacional. *G.O.* N° 39.719 de 22-7-2011.

3. *Régimen del patrimonio cultural*

Providencia N° 025/11 del Instituto del Patrimonio Cultural, mediante la cual se establece que todo bien cultural mueble e inmueble de todas las instituciones del Estado y los bienes muebles e inmuebles propiedad particular declarados monumentos nacionales y los bienes muebles o inmuebles de propiedad eclesiástica que hayan sido declarados o se declaren monumentos nacionales, catalogados por este Instituto, sean registrados digitalmente para su inclusión en el Museo Virtual de América Latina y El Caribe, con el objetivo de difundir, promocionar y protegerlas del tráfico ilícito. *G.O.* N° 39.760 de 19-9-2011.

4. *Régimen de la salud*

A. *Sueldo básico de los médicos*

Decreto N° 8.353 de la Presidencia de la República, mediante el cual se fija un aumento salarial del treinta por ciento (30%) al sueldo básico, por denominación de cargo y escalafón para todos los médicos y médicas, adscritos al Sistema Público Nacional de Salud. *G.O.* N° 39.721 de 26-7-2011.

B. *Autorización del comercio y consumo de alimentos y bebidas*

Resolución N° 084 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se autoriza la Libre Venta y Consumo en el territorio nacional de los alimentos y bebidas que en ella se indican, con los Números de Registro Sanitario que en ella se señalan. *G.O.* N° 39.724 de 29-7-2011.

5. *Régimen del deporte: Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física*

Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física. *G.O.* N° 39.741 de 23-8-2011.

VI. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

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

- A. *Exploración y explotación de oro*

Decreto N° 8.413 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a éstas. *G.O.* N° 39.759 de 16-9-2011.

- B. *Circulación de bienes forestales*

Resolución N° 0000035 del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, mediante la cual se prohíbe la circulación de bienes forestales maderables y no maderables provenientes sólo del bosque nativo, en el territorio nacional durante el horario comprendido desde las 6:00 p.m. hasta las 6:00, a.m. y sábados y domingos las veinticuatro (24) horas. *G.O.* N° 39.720 de 25-7-2011.

2. *Régimen de las telecomunicaciones: Telefonía móvil*

Providencia N° 1.869 de CONATEL, mediante la cual se dicta las Normas Técnicas para el Registro y Bloqueo de Equipos Terminales de Telefonía Móvil Reportados como Presuntamente Robados, Hurtados o Extraviados. *G.O.* N° 39.759 de 16-9-2011.

3. *Régimen del transporte y tránsito*

- A. *Transporte y tránsito terrestre*

- a. *Transporte de combustible*

Resolución N° 092 del Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo, mediante la cual se establece los fletes para el transporte de las gasolinas de motor y combustible diesel automotor desde las plantas de suministro propiedad de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA). *G.O.* N° 39.718 de 21-7-2011.

- b. *Transporte público comunal*

Resolución N° MPCPS-071-2011 del Ministerio del Poder Popular para las Comunas y Protección Social, mediante la cual se establecen las normas que prohíben utilizar las unidades del Proyecto de Transporte Público Comunal impulsado a nivel de Comunas y Consejos Comunales, con fines distintos al establecido en el Convenio Marco de Alianza Estratégica entre este Ministerio y PDVSA Petróleo, S.A. *G.O.* N° 39.756 de 13-9-2011.

Comentarios Legislativos

COMENTARIO SOBRE LA BIZARRA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA DERIVADA DE LA AUSENCIA TEMPORAL DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA ENTRE EL 17 Y EL 24 DE JULIO DE 2011 POR ENCONTRARSE EN TRATAMIENTO MÉDICO EN LA HABANA, CUBA

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: Este comentario tiene por objeto analizar la situación jurídica constitucional originada con motivo de la falta temporal del Presidente de la República por ausencia del territorio nacional para seguir un tratamiento médico en Cuba; de la falsedad de los “Ejecútese” a leyes que el Presidente “firmó” en Caracas durante dicha ausencia; y de la negativa del Vicepresidente Ejecutivo de suplir dicha ausencia temporal.

Palabras claves: *Presidente de la República. Falta temporal; Vicepresidente Ejecutivo.*

Abstract: This comment has the purpose of analyzing the constitutional situation derived from the temporal absence from office of the President of the Republic in order to follow a medical treatment in Cuba; the false signature “in Caracas” of a few statutes where he was not; and the rejection by the Vice President to exercise its functions.

Key words: *President of the Republic. Temporal absence; Executive Vice President.*

El Presidente de la República, después de haber sido sometido a una severa operación quirúrgica en La Habana, Cuba el 20 de junio de 2011, y después de casi un mes de ausencia temporal en el ejercicio de la Presidencia de la República,¹ regresó al país el día 4 de julio de 2011, avenido asumido de nuevo sus funciones.

Sin embargo, a los efectos de seguir un tratamiento médico contra el cáncer que se le detectó, de nuevo viajó a La Habana, Cuba para someterse a un tratamiento de quimioterapia, donde permaneció entre los días 17 al 24 de julio de 2011. Con ello, de nuevo se produjo una situación de ausencia temporal del Presidente en el ejercicio de sus funciones, lo que siempre ocurre cuando el Presidente viaja al exterior, sea cual fuese el número de días de la ausencia.

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La extraña situación constitucional respecto del funcionamiento del gobierno en Venezuela, durante la falta temporal del Presidente de la República, por su ausencia del territorio nacional, entre el 5 de junio de 2011 y el 4 de julio de 2011,” en *Revista de Derecho Público*, N° 126, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 59-75

En este caso, sin embargo, como estimó que su ausencia del territorio nacional y del ejercicio de la Presidencia tendría un lapso mayor de 5 días, conforme lo prescribe el artículo 235 de la Constitución, requirió de la Asamblea Nacional la autorización correspondiente. Esta autorización, se precisa, no es para que pueda tener lugar una ausencia temporal del Presidente en el ejercicio de sus funciones, las cuales no siempre se pueden predecir, e incluso se pueden producir aún permaneciendo el Presidente en el país, sino sólo para los casos de viajes al exterior por más de 5 días, los cuales siempre implican una ausencia temporal. Sin embargo, una ausencia temporal por viaje al exterior por menos días no requiere de la autorización de la Asamblea Nacional.

Ahora bien, lo que podía haberse desarrollado conforme al ordenamiento jurídico, y luego de la experiencia de la situación confusa ocurrida durante casi todo el mes de junio cuando el Presidente tuvo que ser operado de urgencia en dos oportunidades en Cuba, entre el 17 y el 24 de julio de 2011, se convirtió en una bizarra situación constitucional y administrativa derivada de la ausencia temporal del Presidente en el ejercicio de su cargo, que se quiso ignorar.

I. MEDIDAS ADMINISTRATIVA PREVIAS Y PREPARATORIAS AL VIAJE AL EXTERIOR DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Durante los días previos a su proyectado viaje al exterior de julio de 2011, para recibir tratamiento médico, el Presidente de la república tomó varias decisiones administrativas de importancia que deben destacarse.

1. *Nombramiento anticipado de un hermano como Ministro Encargado de Energía Eléctrica*

En primer lugar, mediante Decreto N° 8307 de fecha 11 de julio de 2011, el Presidente de la República nombró a uno de sus hermanos (Argenis Chávez Frías) como encargado del Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica y Presidente de CORPOLEC, en una forma completamente inusual en la práctica administrativa y política del país, particularmente por su forma anticipada, para un período fijo entre el 23 y el 30 de julio de 2011.

El Decreto anticipado, sin embargo, no se publicó de inmediato, como es lo usual, sino diez días después de dictado, el 21 de julio de 2011,² una vez el que el Presidente ya estaba ausente del país.

2. *Delegación de atribuciones presidenciales en el Vicepresidente*

Como lo indica el artículo 239 de la Constitución, el Vicepresidente de la República tiene, entre sus atribuciones, la de ejercer aquellas que le delegue el Presidente de la República.

Se consagra así en la Constitución una figura clásica del derecho administrativo regulada legalmente en el artículo 34 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que implica que el Presidente de la República puede delegar las atribuciones que les estén otorgadas por ley en el Vicepresidente Ejecutivo, quien precisamente por la delegación, asume la responsabilidad de las decisiones que resulten de la ejecución de la atribución delegada.

Es el principio que está en el artículo 37 de la referida Ley Orgánica al indicar que “los funcionarios del órgano al cual se haya delegado una atribución serán responsables por su ejecución.” Ello no impide, sin embargo, que a los efectos del ejercicio de acciones conten-

² *Gaceta Oficial* N° 39.718 de 21-7-2011.

cioso administrativas contra los actos administrativos derivados por el Vicepresidente en ejercicio de las atribuciones delegadas por el Presidente, se tengan siempre como dictados por el propio Presidente, como autoridad delegante (art. 37).

La delegación de atribuciones se distingue, por otra parte, de la delegación de firma, también prevista en el artículo 34 de la misma Ley Orgánica, conforme a la cual, el Presidente también puede delegar en el Vicepresidente “la firma de documentos” lo que significa que la responsabilidad administrativa como órgano decisor queda en el Presidente.

Ahora bien, teniendo este marco normativo, el Presidente de la República, en la víspera de su viaje al exterior, emitió el Decreto N° 8328 de 14 de julio de 2011,³ mediante el cual delegó en el Vicepresidente Ejecutivo “el ejercicio de las atribuciones y la firma de los actos” que enumeró en el artículo 1, y que se refieren: (i) a los decretos de trasposos presupuestarios; de rectificación de los presupuestos; de prórroga para la supresión o liquidación de órganos y entes de la Administración Pública; de nombramientos de Vice Ministros y Presidentes y directivos de entes descentralizados; de expropiación o adquisición forzosa; de modificación, supresión, modificación o liquidación de entes descentralizados (así como el conocimiento, aprobación, diferimiento o negación de puntos de cuenta de los Ministros del Despacho sobre los decretos antes mencionados); y los decretos autorizados previamente por el Presidente y el Consejo de Ministros; (ii) la actuación del Presidente como miembro de órganos colegiados; (iii) a la aprobación y firma de actos de otorgamiento de jubilaciones; y (iv) la aprobación, diferimiento o negativa de puntos de cuenta de los Ministros sobre la adquisición de divisas, y los presupuestos de entes descentralizados.

En el artículo 2, el Presidente de la República también delegó en el Ministro del Poder Popular para la Planificación y las Finanzas, la emisión de decretos sobre insubsistencias presupuestarias, sobre exoneración del Impuesto al Valor Agregado (IIVA) y sobre exoneración del Impuesto sobre la Renta.

Debe observarse que en el artículo 3 del Decreto, en forma totalmente innecesaria, pues la delegación por esencia es modificable y revocable, el Presidente precisó que se reservaba el ejercicio de las atribuciones y la firma de los actos delegados “en el momento que lo considere conveniente.”

Sin embargo, lo que si aparece evidente de los Decretos dictados a partir de esa fecha por el Vicepresidente Ejecutivo, “por delegación,” es que en si mismos, como se verá más adelante, desconocen la propia naturaleza de la delegación, pues si bien están firmados por el Vicepresidente y no los firma el Presidente, están encabezados por el propio Presidente de la República, cuando precisamente ha delegado la atribución, y además, si coincide con la ausencia temporal por viaje al exterior, físicamente es imposible que siquiera haya visto el Decreto respectivo.

No parece que en el Gobierno se haya entendido realmente de qué se trata una delegación administrativa.

3. *La solicitud de autorización a la Asamblea para viajar fuera del país más de 5 días*

Previendo el Presidente de la República, que con el viaje que tenía programado para una sesión de quimioterapia en Cuba iba a tener una duración superior a cinco días, en fecha 15

³ *Gaceta Oficial* N° 39715 de 18-07-2011

de julio de 2011 y mediante oficio, se dirigió a la Asamblea Nacional solicitándole, conforme al artículo 187 de la Constitución, le fuera

“otorgada autorización legislativa para ausentarme del territorio nacional a partir del próximo sábado 16 de julio del año en curso, con el fin de continuar en La Habana, República de Cuba, el plan de tratamientos necesarios para la recuperación plena de mi salud.”

El Presidente de la república, con razón, no solicitó de la Asamblea Nacional le autorizase a estar en la situación constitucional de falta temporal en el ejercicio de sus funciones, sino que lo que solicitó fue una autorización para viajar al exterior y ausentarse del territorio nacional, lo que obviamente, como consecuencia, origina una falta temporal. Es decir, constitucionalmente hablando la autorización que corresponde dar a la Asamblea es sólo para viajar al exterior por más de cinco días, no para separarse del cargo por más de 5 días, lo que puede ocurrir estando en el territorio nacional, sin salir al exterior.

De acuerdo con lo que se informó en los medios de comunicación, el asunto fue debatido el día sábado 16 de julio de 2011 en una sesión extraordinaria de la Asamblea Nacional,⁴ en la cual esta autorizó al Presidente “para viajar a la República de Cuba, donde cumplirá con la segunda fase del tratamiento médico al cual es sometido, tras haber sido operado de un tumor abscesado con células cancerígenas en la hermana nación, el pasado mes de junio.” “Minutos después,” según esas informaciones de los medios, el Presidente de la República quien habría visto el debate de la Asamblea por televisión, declaró que:

“La autorización se me ha dado conservando mi condición de Presidente de la República (...) Gracias a la Asamblea Nacional por esta autorización, yo espero que no sea un plazo muy largo, debo regresar muy pronto, quizá más pronto de lo que ellos (opositores) quieren”, apuntó.” (*destacado nuestro*)

Realmente es incomprensible que el Presidente de la república pueda haber declarado esto, pues constitucionalmente, su “condición de Presidente” no la pierde salvo si se produjera una falta absoluta; pero nunca durante una falta temporal, como un viaje al exterior.

En la reseña del debate de la Asamblea Nacional, otro medio de comunicación electrónico, sin embargo, parece ofrecer la clave de lo afirmado por el Presidente, al resumirse lo siguiente:

“La bancada parlamentaria de oposición votó a favor de otorgar el permiso, aunque solicitó que el vicepresidente, Elías Jaua, asuma la jefatura de Estado porque Chávez no debe ejercer la presidencia desde Cuba.

“Autorizamos el viaje del presidente para Cuba y esperamos que se recupere (...) pero mientras dure la ausencia, todos los actos deben hacerse desde Venezuela y no desde Cuba”, dijo el diputado opositor Hiram Gaviria.

Gaviria reiteró: “A partir de hoy la jefatura del Gobierno recae en el vicepresidente”.

Por su parte, el también opositor Miguel Rodríguez acusó a la bancada oficialista de “traficar” con la salud del presidente.”

Y luego se recoge lo que se atribuye al Presidente:

⁴ Véase por ejemplo la información en El Correo del Orinoco, 16-7-2011, en <http://www.co-reodelorinoco.gob.ve/nacionales/asamblea-nacional-autorizo-al-presidente-chavez-para-viajar-a-cuba/>

“Estos voceros de la derecha perdieron la conciencia del límite del absurdo”, dijo Chávez mientras escuchaba el debate y calificó de “estupidez” los argumentos que señalan que **su partida implica que hay una ausencia de jefe de Estado en el país.**” (*destacado nuestro*)⁵

Sin embargo, así el Presidente haya considerado que ello es una estupidez, esa es la realidad: la partida del Presidente hacia el exterior y su permanencia en fuera del territorio nacional, implica una falta temporal del Presidente; tan sencillo como eso, y ello implica que el Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional no está “en el país,” y que hay una ausencia temporal. Todo ello, no es estúpido, es normal en las funciones de gobierno al punto de estar regulado en la propia Constitución, la cual en su artículo 239.8 dispone que el Vicepresidente debe suplir automáticamente las faltas temporales del Presidente, así se produzcan en el país y por horas, o días. Para ello, precisamente fue que se creó tal figura del Vicepresidente.

Pensar o decir lo contrario, si rebasa “los límites del absurdo,” pues implicaría afirmar que una persona estando en el exterior, sometido a un tratamiento médico, así sea el Jefe del Estado, pueda considerarse que sigue “en el país.” No hay nada de extraño que si alguien está ausente de un sitio, pues está ausente, y nada se puede hacer. No se puede estar ausente y a la vez no estarlo. Las leyes de la física lo impiden, y que se sepa, ningún ser viviente, así sea un Presidente de la república, tiene el don de la ubicuidad.

En todo caso, el Presidente fue autorizado el 16 de julio de 2011, para ausentarse del país por más de cinco días, pero el Acuerdo de la Asamblea Nacional nunca se publicó en la *Gaceta Oficial*.

Lo cierto, en todo caso, fue que el Presidente estuvo ausente del territorio nacional, entre el 17 de julio de 2011 y el 24 de julio de 2011, fecha esta última cuando regresó al país, y cesó su ausencia temporal provocada por el viaje al exterior.

II. LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA DURANTE LA FALTA TEMPORAL DEL PRESIDENTE

El Presidente, como se dijo, salió de Venezuela el 16 de julio de 2011, de manera que el 17 de julio de 2011 ya estaba en La Habana para someterse al tratamiento médico que tenía prescrito;⁶ ausencia temporal que se prolongó hasta el 24 de julio de 2011 cuando regresó a Caracas.

Durante su ausencia temporal tal como resulta de la lectura de la *Gaceta Oficial*, se adoptaron una serie de actos ejecutivos, unos dictados y firmados por el Presidente de la República, en el Palacio de Miraflores, en Caracas, cuando en realidad, estaba en Cuba; y otros dictados por el Vicepresidente supuestamente por delegación de atribuciones, pero comprometiendo la responsabilidad del Presidente.

⁵ Véase la información en La República del mismo día 16 de julio de 2011, en <http://www.la-republica.ec/blog/internacional/2011/07/16/venezuela-asamblea-debate-si-autoriza-que-chavez-viaje-a-cuba-a-recibir-quimioterapia/>

⁶ Así se anunció, por ejemplo, en El Universal 17-7-2011, en <http://www.eluniversal.com/2011/07/17/chavez-llega-a-cuba-para-iniciar-tratamiento-de-quimioterapia.shtml>

1. *La supuesta decisión del Presidente de la República adoptada en Caracas de promulgar varias Leyes aprobatoria de convenios o acuerdos internacionales, sin estar en el territorio nacional*

Durante la ausencia del Presidente de la República del territorio nacional, encontrándose en La Habana, según la *Gaceta Oficial* N° 39.719 de 22 de julio de 2011, el mismo Presidente “aparece” en el palacio de Miraflores, en Caracas, promulgando, es decir, poniéndole el “Ejecútese,” a las siguientes Leyes: Ley Aprobatoria del Protocolo Adicional al Acuerdo Complementario en el Ámbito del Desarrollo del Programa Venesat-1 (Sistema Satelital Simón Bolívar) para el uso Conjunto de la Posición Orbital 78° Solicitada por la República Oriental del Uruguay para el Programa Urusat-3 entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay; Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del estado Plurinacional de Bolivia para la Producción de Tecnologías Agrícolas; Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del estado Plurinacional de Bolivia para la Constitución de la Gran Nacional de Producción de Alimentos; Ley Aprobatoria del Protocolo al Acuerdo Marco de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República del Ecuador para Profundizar los Lazos de Comercio y Desarrollo; Ley Aprobatoria del Acuerdo de Comercio de los Pueblos para la Complementariedad Económica, Productiva entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el estado Plurinacional de Bolivia; Ley Aprobatoria del Memorando de Entendimiento entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del estado Plurinacional de Bolivia para el Desarrollo de Actividades de Intercambio y Capacitación en Ciencia y Tecnología para la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos; y Ley Aprobatoria del Memorando de Entendimiento sobre el Plan de Trabajo de Factibilidad de un Proyecto Productivo Conjunto en el Sector Cemento en el Marco de la Gran Nacional de Manufactura, Ciencia y Tecnología entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del estado Plurinacional de Bolivia.

Por supuesto, ello es completamente falso. El Presidente de la República el día 22 de julio de 2011 estaba en La Habana, Cuba, de donde regreso dos días después, el 24 de julio de 2011. Y es también falso que los Ministros con sus refrendos, supuestamente den fe de haber estado en el Palacio de Miraflores junto con el Presidente, y haber firmado junto con él, ese mismo día, el ejecútese a esas leyes, las cuales además, salieron publicadas en la *Gaceta Oficial* del mismo día.

2. *Decretos dictados por el Vicepresidente supuestamente por delegación del Presidente pero encabezados por el Presidente delegante*

Por otra parte, durante la ausencia del Presidente del territorio nacional, y por tanto, durante su falta temporal, el Vicepresidente comenzó a dar ejecución a la delegación de atribuciones presidenciales que había recibido.

Sin embargo, la forma como ello ocurrió, es totalmente irregular y en contra de la situación jurídica administrativa del Presidente como funcionario delegante.

En efecto, en la *Gaceta Oficial* N° 39.717 de 20 de julio de 2011, aparecieron publicados una serie de Decretos ejecutivos, específicamente los N° 8334 a 8340, todos de fecha 19 de julio de 2011, relativos a aprobaciones de traspasos de créditos adicionales y de créditos adicionales al presupuesto de diversos Ministerios; materias que caían dentro de ámbito de la delegación presidencial de atribuciones que se había hecho al Vicepresidente Ejecutivo.

Esto significa, que tales Decretos, estando el Presidente ausente del territorio nacional, y en una situación de falta temporal, pura y simplemente debían ser adoptados y firmados por el Vicepresidente Ejecutivo, por delegación del Presidente, y nada más.

Sin embargo, no fue así, y en todos ellos, al contrario, aparece el siguiente encabezamiento que tomamos como ejemplo del primero de dichos Decretos, el N° 8334 de 19 de julio de 2011, sobre un traspaso de créditos presupuestarios, que dice:

HUGO CHAVEZ FRIAS

Presidente de la República

Con el supremo compromiso y voluntad de lograr la mayor eficacia y calidad revolucionaria en la construcción del socialismo y engrandecimiento del País, basado en los principios humanistas y en las condiciones morales y éticas Bolivarianas, por mandato del pueblo y en ejercicio de la atribución que le confiere el numeral 11 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el numeral 4 del artículo 84 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del sector Público, sobre el Sistema Presupuestario, en Consejo de Ministros.

ELIAS JAUA MILANO,

Vicepresidente Ejecutivo de la República

Por delegación del Presidente de la república Hugo Chávez Frías, según Decreto N° 8328 de fecha 14 de julio de 2011, Publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 39715 de 18 de julio de 2011,

DECRETA

Artículo 1. Un traspaso de Créditos Presupuestarios entre acciones específicas de diversos proyectos,

De la lectura de estos Decretos, por supuesto no se sabe quién es el que “decreta” y adopta la decisión respectiva, si el Presidente de la República, en este caso, delegante y además, ausente del territorio nacional; o el Vicepresidente Ejecutivo, en este caso, delegado y ejercicio de las funciones presidenciales cubriendo su falta temporal. Ambos encabezan el Decreto como si lo estarían dictando ambos dos a la vez, aún cuando no aparece la firma del Presidente sino la del Vicepresidente.

Este encabezamiento, formalmente, no sólo es un disparate jurídico engañoso, sino que con el mismo se compromete innecesariamente la responsabilidad del Presidente de la República como funcionario delegante, en decisiones que conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Pública, sólo deben comprometer la responsabilidad del Vicepresidente como funcionario delegado. Aparte de que es falso lo que se dice en dichos decretos, pues el Presidente no estaba en Venezuela para ese momento, sino en La Habana, sometido a un tratamiento de quimioterapia, de manera que no podía estar en ejercicio de ninguna atribución.

III. LA CONTINUACIÓN DE LA IRREGULAR PRÁCTICA DE INVOLUCRAR AL PRESIDENTE EN LOS DECRETOS EJECUTIVOS ADOPTADOS POR EL VICEPRESIDENTE POR DELEGACIÓN

El Presidente de la República, como se dijo, luego de concluido el tratamiento médico que lo alejó del país durante diez días, regresó a Venezuela desde Cuba, el día 24 de julio de 2011.⁷

En principio, habiendo cesado la falta temporal, debe presumirse que el Presidente reasumió sus funciones de Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional, aún cuando hubiera seguido vigente el Decreto de delegación de atribuciones y firma en el Vicepresidente que había dictado el 14 de julio de 2011.

A partir del 26 de julio de 2011, en consecuencia, comenzaron a aparecer publicados en la *Gaceta Oficial*, Decretos presidenciales varios, unos emitidos y firmados por el Presidente de la República y otros por el Vicepresidente de la República, pero con el mismo encabezamiento general antes mencionado, involucrando al Presidente en decisiones que no tomó, pues las tomó el funcionario delegado que era el Vicepresidente.

Así por ejemplo, en la mencionada *Gaceta Oficial* N° 39.721 del 26 de julio de 2011, apareció publicado el Decreto N° 8341 de fecha 24 de julio de 2011, es decir, del mismo día cuando había regresado de La Habana, Cuba, sobre dedicación conmemorativa de la Casa natal del Libertador, y el Decreto N° 8342 de 26 de julio de 2011, de nombramiento de la Ministra del Servicio Penitenciario, ambos firmados por el mismo Presidente de la República.

En paralelo, en la misma *Gaceta Oficial* N° 39.721 del 26 de julio de 2011, aparecieron publicados, los siguientes Decretos: N° 8343, de nombramiento de un Viceministro de Fomento Económico Cultural; Nos. 8344 a 8352, de aprobación de traspasos de créditos presupuestarios y de créditos adicionales; y N° 8353, sobre aumento de salarios en el Sistema Nacional de Salud Pública, todos de fecha 26 de julio de 2011, y todos firmados por el Vicepresidente, por delegación del Presidente.

Sin embargo, en estos casos, siguiendo misma viciada práctica de tener el “encabezamiento” con una forma y texto similar al antes mencionado, donde aparece como si el Presidente de la República lo estuviese dictando en uso de sus atribuciones, lo cual es falso, pues quien los dictó fue el Vicepresidente Ejecutivo, por delegación. Con ello, se ha comprometido innecesariamente la responsabilidad del Presidente de la República, como funcionario delegante en un acto que dicta el Vicepresidente como funcionario delegado del cual él es el único responsable.

De eso se trata la delegación.

⁷ Véase por ejemplo, <http://noticias.terra.com.ar/internacionales/chavez-regresa-tras-quimioterapia-y-sin-celulas-malignas,43bde05bec51310VgnVCM10000098f154d0RCRD.html>

REVOCAR UNA INSCRIPCIÓN CATASTRAL: REFLEXIONES SOBRE EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY DE GEOGRAFÍA, CARTOGRAFÍA Y CATASTRO NACIONAL

Claudia Nikken

*Profesora de Derecho Administrativo
en la Universidad Central de Venezuela*

Resumen: *La facultad acordada a las oficinas municipales de catastro para revocar inscripciones catastrales ha sido utilizada, en algunos casos, como medio para resolver un conflicto de propiedad inmobiliaria. Sin embargo, ese no es el sentido de la norma que acuerda tal facultad. En el artículo se analiza la norma que establece tal facultad, con el ánimo de determinar qué es una inscripción catastral y por qué se revocan.*

Palabras clave: *Catastro, inscripción catastral, revocatoria de inscripción catastral, registro inmobiliario, nulidad del registro inmobiliario, derecho de propiedad, posesión, justo título, mejor título, título preferente.*

Abstract: *The power given to the municipal offices of cadastre to revoke cadastral registration has been used in some cases as a means to resolve a conflict of real property. However, this is not the meaning of the rule that agrees that power. The article analyzes the rule, with the aim of determining what is a cadastral registration and why is it revoked.*

Key words: *Cadastre, cadastral registration, revocation of a cadastral registration, property registry, invalid property registration, property, legal title, equitable title, preferred title.*

La facultad acordada a las oficinas municipales de catastro para revocar inscripciones catastrales ha sido utilizada, en algunos casos, como medio para resolver un conflicto de propiedad inmobiliaria. Sin embargo, ese no es el sentido de la norma que acuerda tal facultad.

El artículo 36 de la Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional establece:

“La solicitud de revocatoria de una inscripción catastral sólo será admitida y acordada por la oficina municipal de catastro donde conste la inscripción. Dicha solicitud deberá estar acompañada del título preferente o la decisión judicial o administrativa en que se fundamente. Admitida la solicitud, la oficina municipal de catastro ordenará la apertura del procedimiento administrativo correspondiente y notificará a los interesados.

En todo caso la decisión definitiva que adopte la oficina municipal de catastro, agotará la vía administrativa y será recurrible ante el tribunal superior contencioso administrativo competente”.

De la norma se desprende lo siguiente: 1) es posible solicitar la revocatoria de una inscripción catastral; 2) la solicitud debe ser acompañada del título preferente o de la decisión

judicial o administrativa en que se fundamente; 3) la solicitud debe ser presentada, para su tramitación y resolución, por ante la oficina municipal de catastro donde conste la inscripción; 4) la oficina municipal de catastro debe dar apertura al correspondiente procedimiento administrativo, notificando tal circunstancia a los interesados; 5) la decisión que se adopte agota la vía administrativa.

De las anteriores consideraciones, importa en este momento determinar *qué quiere decir revocar una inscripción catastral*. Para responder esta interrogante, es necesario establecer, en primer lugar, qué cosa es una inscripción catastral; en segundo lugar, por qué se revoca la inscripción.

I. ¿QUÉ ES UNA INSCRIPCIÓN CATASTRAL?

Para determinar qué es una inscripción catastral, hay que referirse a lo expresado en el artículo 31, numeral 1, de la Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional, que impone a los propietarios y ocupantes de inmuebles, así como a los responsables de la administración de inmuebles pertenecientes al Estado, la obligación de

“Inscribir sus inmuebles en el Registro Catastral de la respectiva oficina municipal de catastro, suministrando a los funcionarios competentes los documentos y planos de mensura de los mismos, los derechos invocados, sus linderos, cabida y cualquier otra información de interés”.

A primera vista, parece que la inscripción catastral consiste en anotar en la oficina municipal correspondiente, la ubicación y demás características de un inmueble sobre el cual se afirma algún derecho, acompañada tal información de los documentos y planos que dan fe de lo expresado.

Sin embargo, cuando se revisa la ley, encontramos que cuando se da cumplimiento a la obligación que se acaba de señalar, de acuerdo con lo establecido en su artículo 33,

“Los funcionarios de la oficina municipal de catastro examinarán los documentos y planos que les sean presentados, dejarán constancia de los derechos invocados, del destino dado al inmueble y verificarán la ubicación, cabida y linderos de éste”.

En otros términos, no se trata sólo de inscribir, registrar, anotar. Los funcionarios de catastro deben realizar tres actividades:

- 1) Examinar los documentos y planos presentados;
- 2) Dejar constancia de los derechos invocados y del destino dado al inmueble;
- 3) *Verificar*, es decir, *constatar*, *comprobar*, *confirmar*, la ubicación, cabida y linderos del inmueble.

De estas tres actividades, revisten especial interés el examen de documentos y planos y la obligación de los funcionarios de la oficina municipal de catastro, de verificar la ubicación, cabida y linderos del inmueble de cuya inscripción catastral se trate¹.

En cuanto al *examen de documentos y planos*, la autoridad catastral debe tomar en consideración los siguientes *principios*:

¹ Dejar constancia de los derechos invocados y del destino dado al inmueble es una actividad si se quiere instrumental.

- 1) El asiento registral es un acto administrativo y, como tal, se presume legal y, por lo mismo, debe ejecutarse y cumplirse como fue dictado. Su legalidad está sujeta a control judicial, según las formas y procedimientos establecidos para ello². Por eso, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido que,

“incorporado al Registro un documento [de compra-venta], si el mismo no se subsume dentro de las prohibiciones registrales y cumple con el principio del tracto sucesivo al citar como título inmediato de adquisición otro documento registrado o registrable simultáneamente, el respectivo asiento queda revestido de la protección que la protocolización le brinda”. (TSJ-SPA, 20/4/2005, Godofredo Orsini González; énfasis añadido; el corchete es nuestro).

De hecho, la misma Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que

“Los asientos, una vez efectuados, han de tenerse como válidos y eficaces, hasta tanto lleguen a ser privados de tal condición *por vía judicial*, de conformidad con lo establecido en el artículo 40-A de la Ley de Registro Público de 1978 (artículo 53, tanto de la Ley de 1993 como en la Ley de 1999, y artículo 41 de la vigente Ley de 2001)” (TSJ-SPA, 10/4/2002, Consuelo Arévalo de Bocache; énfasis añadido).

En la misma sentencia se advierte que:

“el examen hecho por el Registrador debe ser, en principio, respecto al documento presentado para su registro y sobre su relación con el título anterior de adquisición y *que por lo tanto, no está el Registrador habilitado por la Ley para remontarse más allá de éste, con el fin de indagar, a su vez, sobre su validez. Debido a que estando ya registrado ese título inmediato y, de suyo, presumiéndose su validez y corrección*, la oportunidad en que debió ser analizada la conformidad con el orden registral de tales elementos, era cuando se pretendía el registro del mismo, y no precisamente en esta oportunidad” (TSJ-SPA, 10/4/2002, Consuelo Arévalo de Bocache; énfasis añadido)³.

Adicionalmente, fuera de la forma administrativa, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1359, 1360 y 1363 del Código Civil, “*mientras no sean declarados falsos*” o “*salvo que en los casos y con los medios permitidos por la ley se demuestre la simulación*”, los instrumentos registrados –sean éstos públicos o privados reconocidos-, *hacen plena fe entre las partes y con respecto a terceros* de lo siguiente:

- de los hechos jurídicos que el funcionario declara haber efectuado, si tenía facultad para efectuarlos;

² El artículo 43 de la Ley de Registro Público y del Notariado establece lo siguiente: “La inscripción no convalida los actos o negocios jurídicos inscritos que sean nulos o anulables conforme a la ley. Sin embargo, los asientos registrales en que consten esos actos o negocios jurídicos solamente podrán ser anulados por sentencia definitivamente firme” (énfasis añadido).

³ Más recientemente, la Sala Político-Administrativa se pronunció en el mismo sentido, en sentencia del 26 de mayo de 2009 dictada en el caso *Yone Elizabeth Sardi Brandt*, en la que señaló que “(...) los asientos registrales en los cuales constan las compra ventas que los integrantes de la sucesión Sardi Brandt invocan como prueba de su propiedad no han sido anulados mediante sentencia definitivamente firme. / Así, de las normas y documentos analizados antes, considera la Sala se desprende, cuando menos en principio, que los recurrentes tienen presuntamente derechos sobre una porción de terreno perteneciente al denominado Fundo Cogote o Comunidad de los Indios, por lo que el acto impugnado incurre en una imprecisión al considerar *a priori* que dicho fundo pertenece en su totalidad al ente municipal” (énfasis añadido).

- de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber visto u oído, siempre que esté facultado para hacerlos constar;
- de la verdad de las declaraciones formuladas por los otorgantes acerca de la realización del hecho jurídico a que el instrumento se contrae.

Así las cosas, la administración catastral no está habilitada para desconocer el contenido de los documentos públicos o privados reconocidos, debidamente registrados, –lo que ni siquiera puede hacer el Registrador-, sino que está sujeta a la prohibición de evaluar su validez, siendo que esta se presume y que *corresponde sólo a los tribunales establecer lo contrario, según los procedimientos especialmente establecido para ello.*

- 2) Un plano levantado unilateralmente, especialmente si tiene por objeto establecer linderos y cabida cuando ellos no aparecen en el documento de propiedad, no es oponible a terceros *ni siquiera cuando ha sido registrado*; pues como ya lo había señalado la Sala Político-Administrativa de la entonces denominada Corte Suprema de Justicia,

“Para que una aclaratoria en relación a la cabida pudiese ser válida, tendría que emanar de las mismas partes que otorgaron el documento original de compra-venta, o bien ser el producto de un fallo judicial declarativo de que la voluntad de las partes fue la venta de una cabida mayor que la señalada en el documento de propiedad” (CSJ-SPA, 29/3/1994, *Giacomo Procopio Mora*).

Incluso, para señalar que no incurrió en usurpación de funciones el Ministro de Justicia al no considerar un documento de aclaratoria de linderos y cabida registrado, por haber sido levantado unilateralmente, en sentencia del 21 de abril de 2005 (Godofredo Orsini González), la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia dictaminó lo siguiente:

“(…) el entonces Ministro de Justicia, más que restarle validez a un asiento registral, procedió a considerar el mismo, sólo que a ese respecto no le atribuyó la calificación y eficacia que pretendía el recurrente, esto es, como ‘...*instrumento traslativo de propiedad...*’, ya que con relación a dicho documento indicó que éste tenía ‘... *carácter supletorio, no traslativo de propiedad, contenido de modificaciones y alteraciones no aceptables legalmente...*’, situación que se encuentra plenamente ajustada a derecho, (...) dado que ***para que las aclaratorias surtan ese efecto, éstas en lugar de hacerse en forma unilateral deben realizarse bilateralmente***” (negritas añadidas).

Por su parte, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia del 1° de junio de 2004 (Exp. RC N° AA20-C-1999-000028-1999875, *Manuel, Miguel Enrique y Luis Armando Rodríguez Espinoza vs. DECOIN, S.A., DECOIN BIENES RAÍCES, C.A., y ASOCIACIÓN CIVIL LAS CUMBRES*), ratificó la sentencia dictada en el caso el 22 de julio de 1999, por el Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en juicio de reivindicación, en la cual se dijo:

“En cuanto al plano topográfico, protocolizado ante... esta Superioridad considera que dicho levantamiento topográfico resulta inoponible a los demandados, por tener naturaleza pericial que requería su evacuación dentro del proceso, a los fines de garantizar el derecho a control y contradicción de las partes”.

No se trata de desconocer la publicidad que deriva del registro de un documento, sino de analizar ese documento conforme a su naturaleza intrínseca. En particular, *una declaración unilateral no pierde ese carácter por el hecho de que se haga públicamente.*

Partiendo de los principios antes expuestos, para referirnos ahora a la **verificación de la ubicación, cabida y linderos del inmueble**, debemos pasar a lo establecido en el artículo 35 de la Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional:

“Al momento de practicarse la ubicación e identificación del inmueble, se dejará constancia en el acta de verificación de linderos de todo lo observado incluyendo construcciones, servidumbres, alteraciones de linderos, accidentes geográficos y cualquier otra circunstancia de interés. Así mismo, se dejará constancia de la conformidad o inconformidad del propietario u ocupante con el contenido de la misma”.

Así las cosas, la inscripción catastral no consiste únicamente en que los funcionarios competentes dejen constancia de que algún particular ocurrió a la oficina de catastro a afirmar algún derecho sobre un inmueble identificado en algún documento y plano. Supone, además, el examen por parte de estos funcionarios de los documentos y planos según los principios expuestos; más aún, supone que los funcionarios *verifiquen la ubicación, cabida y linderos del inmueble con base en el documento de propiedad*, luego de lo cual deben levantar un “*acta de verificación de linderos*”, en la que deben dejar constancia de la conformidad o disconformidad del propietario u ocupante. Esta verificación puede hacerse a través del llamado mapa catastral, *cuando existe y es confiable*. Si no existe y/o no es confiable, *necesariamente debe ocurrir el funcionario al sitio* (lo cual debe servir justamente para formar el mapa catastral).

Conforme a lo establecido en el artículo 38 de la ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional, la inscripción catastral puede materializarse a través de dos tipos de documentos: la cédula catastral y el certificado de empadronamiento.

Según el artículo 39, la *cédula catastral* o debe comprender la identificación del propietario; los datos de protocolización del documento de origen de la propiedad; el número del mapa catastral y el código catastral que correspondan al inmueble; los linderos y la cabida del inmueble, originales y actuales; el valor catastral del inmueble. Esta cédula catastral debe llevar anexo el mapa catastral con la individualización del inmueble; de no ser posible el levantamiento de este mapa catastral, la individualización del inmueble debe reflejarse en el plano de mensura presentado por el interesado y *certificado por dicha oficina*.

Luego, el artículo 40, al referirse al *certificado de empadronamiento catastral*, señala que el mismo debe comprender la identificación del ocupante; los datos del documento contentivo del derecho invocado, si lo hubiere; número del mapa catastral y código catastral que correspondan al inmueble; los linderos y cabida del inmueble; originales y actuales; el valor catastral del inmueble.

Así, según lo expuesto, revocar una inscripción catastral supone pura y simplemente dejar sin efecto una cédula catastral o un certificado de empadronamiento catastral. Ahora bien, *¿por qué se revoca una inscripción catastral?*

II. ¿POR QUÉ SE REVOCA UNA INSCRIPCIÓN CATASTRAL?

Para responder a esta pregunta, es necesario remitirse nuevamente a lo establecido en el artículo 36 de la Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional, de acuerdo con el cual, quien solicite la revocatoria de una inscripción catastral, debe acompañar su solicitud del “título preferente” o bien de la “decisión judicial o administrativa en que se fundamente”.

En consecuencia, se puede solicitar la revocatoria de una inscripción catastral –cédula o certificado- porque se tiene un “título preferente” o porque así lo ha ordenado una decisión judicial o administrativa⁴.

La decisión judicial aludida puede referirse a un sinnúmero de situaciones que afecten de una manera u otra el contenido de la inscripción catastral. No obstante, es posible hablar de la *típica decisión judicial* a la que específicamente se refiere la norma: la sentencia que recae en juicio contencioso, mediante la cual se declara o se crea –según sea el caso- la condición de propietario o incluso de ocupante. Ejemplos típicos: sentencia dictada en juicio de reivindicación; sentencia dictada en juicio de prescripción adquisitiva; etc.

No puede decirse lo sobre la decisión administrativa a la cual se hace referencia en el artículo 36 de la Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional; pues aunque puede referirse a un sinnúmero de situaciones que afecten de una manera u otra el contenido de la inscripción catastral, el ámbito sería muy restringido dada la limitada competencia de la administración, por ejemplo, en materia de propiedad y de estado y capacidad de las personas.

Falta establecer en qué consiste el “título preferente” señalado en la ley, pues cuando se revisan la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, es sólo en y a partir de lo expresado en el artículo 36 de la Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional, que se habla de “título preferente”. Siempre se ha hecho referencia al “justo título” o al “mejor título”.

En cuanto a lo anterior, es necesario detenerse en la definición de las instituciones señaladas.

Como lo expresaba Gert Kumerow, “[e]l *título* es el acto jurídico (...) que justifica la adquisición de la propiedad (...). No es, por consiguiente, el *documento* (acepción formal del vocablo) en que se incorpora la causa constitutiva del derecho”⁵. Tampoco son “título” los hechos de la ocupación o la usucapión, ni la sucesión; aunque son todos mecanismos para adquirir la propiedad. Son títulos los contratos, por ejemplo, y la expropiación⁶.

El *justo título* es “el dispositivo *abstractamente idóneo* para transferir la propiedad o el derecho real poseíble, pero que –concretamente- no lo es por adolecer de vicios que impiden la generación de tales consecuencias (en especial la ausencia de titularidad del disponente)⁷. Este “justo título”, de hecho, es uno de los elementos de lo que se llama “posesión de buena fe” y, como se ve, *no se refiere a la prueba de la propiedad*.

Luego está lo que se denomina *mejor título*: un acto jurídico que justifica la transmisión de la propiedad. La utilización del adjetivo comparativo nos dice que debe haber, al menos, dos títulos en conflicto, que justifican, ambos, la transmisión de la propiedad. Y, a diferencia de lo que ocurre con el justo título, *sí nos referimos en el caso a la prueba de la propiedad*.

⁴ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha declarado que el artículo 36 de la Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional funge igualmente como base legal para pedir que se corrijan errores o inexactitudes contenidas en las inscripciones catastrales (TSJ-SC, 9/5/2007, Sucesión Orlando Inocencio Ortega Meléndez).

⁵ Kumerow Gert, *Compendio de bienes y derechos reales – Derecho Civil II*, Paredes Editores, Caracas, 1988, p. 166.

⁶ *Idem*.

⁷ *Ibidem*.

La cualidad de “mejor título” viene dada por una multiplicidad de factores y para determinarla, se parte en esencia de dos fuentes de conflicto: 1) que los títulos tengan el mismo origen (venta duplicada, por ejemplo); 2) que los títulos no tengan el mismo origen.

Cuando los títulos en conflicto tienen el mismo origen, la solución depende de la naturaleza misma del título. Si se trata de una compra-venta, se aplica la regla de la anterioridad del registro (inmuebles). Si se trata de un testamento, se aplica en cambio la regla de la última disposición⁸.

La segunda hipótesis es la que presenta mayores inconvenientes, pues quien alega la propiedad debe probar no sólo la legitimidad de su título, sino también el derecho de su causante: *nadie puede transmitir lo que no tiene*. Si ninguna de las partes en conflicto logra probar su mejor derecho (lo que es común), es decir, *si los títulos son iguales*, se aplica lo previsto en el artículo 775 del Código Civil, de acuerdo con el cual, “[e]n igualdad de circunstancias es mejor la condición del que posee”.

Hasta aquí hemos hablado del justo título como elemento objetivo de la posesión legítima (que es una situación de hecho); y del mejor título que demuestra la propiedad en caso de conflicto entre partes.

Descartando el “justo título” por ahora, ¿es posible considerar como sinónimos “título preferente” y “mejor título”?

Para responder, hay que mirar la Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional. Ahí encontramos que el registro catastral tiene tres elementos característicos: información física (geográfica) de los inmuebles ubicados en un determinado municipio; información económica (valor) sobre esos inmuebles; e información sobre el propietario o el ocupante de tales inmuebles.

La información física o geográfica cumple una finalidad estratégica que va más allá de la natural que consiste en saber dónde queda alguna cosa, pues permite *planificar*. La información económica persigue establecer el monto del nunca suficientemente ponderado impuesto sobre inmuebles urbanos. La información sobre el propietario u ocupante del inmueble permite al Municipio conocer a quién debe requerirle el pago del impuesto correspondiente⁹.

Volvamos al contenido de los dos tipos de inscripción catastral:

La *cédula catastral* debe comprender la identificación del propietario; los datos de protocolización del documento de origen de la propiedad; el número del mapa catastral y el código catastral que correspondan al inmueble; los linderos y la cabida del inmueble; el valor catastral del inmueble.

⁸ *Ibidem*, p. 355.

⁹ Adicionalmente, la Ley de Registro Público y del Notariado (2006) establece que el catastro es fuente de información registral inmobiliaria (artículo 46), debiendo estar vinculado al Registro Público, mediante el uso del código catastral, en los términos de la Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional. Ello, pues en la ley se establece el sistema del folio real, aplicable justamente en las zonas urbanas o rurales donde exista levantamiento catastral (artículo 34).

El *certificado de empadronamiento catastral* debe comprender la identificación del ocupante; los datos del documento contentivo del derecho invocado, si lo hubiere; número del mapa catastral y código catastral que correspondan al inmueble; los linderos y cabida del inmueble; el valor catastral del inmueble.

Así, para obtener una *cédula catastral* es necesario alegar (y fundamentar) el *título de propietario*, en el sentido de *carácter o condición*. Para obtener, en cambio, un certificado de empadronamiento catastral, se alega (y eventualmente fundamenta) el *título* (carácter o condición) *de ocupante*. En síntesis, la ley reconoce así dos títulos para proceder a la inscripción catastral de un inmueble: el título del propietario y el título del ocupante.

Es a esos dos “títulos” que se refiere el legislador cuando señala que puede solicitar la revocatoria de una inscripción catastral quien presente un “título preferente”; y, con base en lo dispuesto en el artículo 115 de la Constitución, tendrá lógicamente preferencia el título de propietario sobre el título de ocupante.

En efecto, el catastro no es el medio previsto por el ordenamiento jurídico para *conocer* al propietario de un determinado inmueble. Esa es la función del registro inmobiliario, de lo cual deriva la carga de registrar todo documento traslativo de propiedad.

Menos aún tiene por función el catastro, *determinar quién es el propietario de un bien inmueble*. Tal determinación, en caso de duda, corresponde *de manera indiscutible* a los órganos del Poder Judicial, como se desprende de lo dispuesto en el encabezamiento del artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

“Corresponde al Poder Judicial conocer y juzgar, *salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley, de las causas y asuntos civiles*, mercantiles, penales, del trabajo, de menores, militares, políticos, administrativos y fiscales, cualesquiera que sean las personas que intervengan; decidirlos definitivamente y ejecutar o hacer ejecutar las sentencias que dictare” (énfasis añadido).

En el caso, un conflicto entre partes que se afirman propietarias del mismo bien es un conflicto de orden civil; y la Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional no autoriza expresamente –tampoco tácitamente– a la Administración para resolver ese conflicto. Sólo permite emitir y revocar cédulas catastrales y certificados de empadronamiento catastral.

Así las cosas, debe quedar claro que la facultad acordada a la administración para revocar inscripciones catastrales no implica la facultad para establecer quién, entre dos o más partes en conflicto, tiene un “mejor título”, y así resolver un problema de propiedad.

*

* *

Hemos querido establecer el significado de la facultad que acuerda la ley a las oficinas municipales de catastro para “revocar” inscripciones catastrales, pues la misma ha sido utilizada, a juicio de quien comenta, de manera arbitraria; y ha servido como fundamento para *negar* e incluso *anular* el derecho de propiedad de legítimos tenedores de inmuebles.

En efecto, el procedimiento administrativo de derecho común no está diseñado para alcanzar la *verdad legal* y, por lo mismo, las decisiones que se dicten a su término no causan *cosa juzgada*. Por ello, como ya se vio, la competencia de las oficinas municipales de catastro, independientemente de su relevancia que es indiscutible, está limitada a la inscripción catastral de inmuebles y a la revocatoria de esas inscripciones en los términos expuestos.

Imaginemos el caso siguiente:

Una sucesión se presentó a la oficina municipal de catastro antes de la entrada en vigencia de la Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional, cuando el catastro tenía más un carácter fiscal que urbanístico, a “inscribir” un inmueble adquirido más de cien años antes. La oficina municipal de catastro inscribió el inmueble en cuestión sin notar que el mismo se solapaba parcialmente con un inmueble vecino, inscrito con anterioridad (se insiste en que el catastro cumplía entonces una función más fiscal que urbanística).

Pasados los años, vigente la Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional, la sucesión en cuestión se percató de la existencia del señalado solapamiento y solicita a la oficina municipal de catastro la revocatoria de la inscripción catastral emitida a nombre del vecino. Como fundamento, la sucesión alega tener un “mejor título”.

La condición de mejor título derivaría de que el mismo consiste en un compra-venta registrada en el año 1880, momento en el cual, según se dice, el vendedor obtuvo la propiedad por haberla adquirido del representante de la población indígena propietaria de la tierra, en una época en la cual el registro de los documentos traslativos de la propiedad no era obligatorio.

El propietario del inmueble vecino, por su parte, compró el bien veinte años antes, de quien había comprado a su vez treinta años antes y así sucesivamente hacia el pasado, hasta llegar al “primer título”: un título supletorio emitido sesenta años antes de la solicitud de revocatoria de la inscripción catastral.

¿Cuál título es mejor?

¿Quién posee?

¿Cuál era el derecho aplicable en 1881?

¿Hay justo título?

Un procedimiento administrativo no permite establecer la respuesta correcta (verdad legal) a ninguna de esas interrogantes.

En efecto, el procedimiento administrativo de derecho común no cuenta con un lapso preclusivo para la promoción y evacuación de pruebas, que permita a los interesados además ejercer los controles propios de su derecho a la defensa; sin contar con el principio inquisitivo que rige a la actividad administrativa.

La autoridad administrativa no tiene prohibido “absolver de la instancia”; en otros términos, más allá de la garantía de dar oportuna y adecuada respuesta, la administración no está obligada a decidir sobre lo que han solicitado los particulares.

No está previsto en el procedimiento administrativo de derecho común el trámite de las excepciones, a cuya oposición tendría derecho, por ejemplo, el propietario cuya inscripción catastral se solicita sea revocada, cual es el caso de la excepción de prescripción. No tiene competencia la administración para declarar, justamente, la prescripción adquisitiva.

Imaginemos por un momento ese escenario en el cual una oficina municipal de catastro pueda decidir sobre la propiedad, siguiendo el procedimiento administrativo de derecho común. Imaginemos que el lugar para defender el derecho de propiedad sea la jurisdicción contencioso-administrativa, ante la cual diremos únicamente si el acto de la oficina municipal de catastro está viciado o no...

¿Qué hacemos con las acciones reivindicatoria y de deslinde? ¿Qué pasa con la usucapión y con la excepción de prescripción? ¿Y el registro público?

En fin. Hasta aquí estas reflexiones, que espero sirvan a quienes pasan por las oficinas municipales de catastro en condición de funcionarios, y a los propietarios de inmuebles... Sobre todo a ellos, para que sucumban ante el engaño de quienes inescrupulosamente les ofrecen solucionar un problema de propiedad sin tener que incurrir en los gastos que supone acudir a los órganos de la administración de justicia.

COMENTARIOS SOBRE LA LEY ORGÁNICA DE NACIONALIZACIÓN DE LA MINERÍA DEL ORO Y DE LA COMERCIALIZACIÓN DEL ORO

Allan R. Brewer-Carías
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *Este comentario está destinado a destacar las más importantes previsiones de la Ley Orgánica que reserva al estado las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y auxiliares a éstas de septiembre de 2011, mediante la cual se ha nacionalizado la minería del oro y la comercialización del oro, extinguiéndose de pleno derecho todas las concesiones, autorizaciones y contratos mineros existentes, regulándose la posibilidad de participación de empresas privadas en la minería del oro, solo como socios minoritarios en empresas mixtas del Estado.*

Palabras claves: *Concesiones mineras; nacionalización; empresas mixtas del Estado, Oro.*

Abstract: *The purpose of this note is to highlight the most important provisions of the Organic Law that reserves for the State the activities for exploration and exploitation of gold sanctioned on September 2012, through which mining and commercialization of gold have been nationalized, extinguishing by law all existing concessions, authorizations and contracts, and establishing only the possibility for private parties to participate in mixed companies controlled by the State.*

Key words: *Mining concessions; Nationalization; Mixed enterprises, Gold*

I. EL DOMINIO DEL ESTADO SOBRE LAS MINAS DE ORO Y LA NACIONALIZACIÓN DE LA MINERÍA DEL ORO

De acuerdo con lo establecido en el artículo 12 de la Constitución, los yacimientos mineros, incluyendo el oro, cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, ubicados bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental, pertenecen a la República y son bienes del dominio público, por lo que son inalienables e imprescriptibles.

Ello se repite en la Ley de Minas sancionada por Decreto Ley N° 295 de 5 de septiembre de 1999 (*Gaceta Oficial* N° 5.382 Extraordinario del 28 de septiembre de 1999) en cuyo artículo 2 se precisó que “Las minas o yacimientos minerales de cualquier clase existentes en el territorio nacional pertenecen a la República, son bienes del dominio público y por tanto inalienables e imprescriptibles.” Y ahora lo repite la Ley orgánica que reserva al estado las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y auxiliares a éstas (Decreto Ley N° 8.413 de 23 de agosto de 2011 (*Gaceta Oficial* N° 39.759 del 16 de septiembre de 2011), en cuyo artículo 3, relativo a la “naturaleza jurídica de los yacimientos de

oro” existentes en el territorio nacional cualquiera que sea su naturaleza, se insiste en que “pertenece a la República y son bienes del dominio público y atributos de la soberanía territorial del Estado, por lo tanto inalienables, imprescriptibles y carentes de naturaleza comercial por ser recursos naturales no renovables y agotables.”

Esta aclaratoria final, por supuesto, no es más que un soberano disparate, pues no hay en el mundo ni en toda la historia de la humanidad un recurso natural no revocable y agotable que no sea tan comercial como el oro. Una cosa es que los recursos mineros sean del dominio público, que lo son desde siempre, y otra que los mismos tengan o no carácter comercial. Esto último no quita lo primero, y menos lo quita la ignorancia del “jurista” redactor del decreto presidencial.

Ahora bien, a pesar de tratarse de bienes del dominio público, las actividades de exploración y explotación y aprovechamiento de los recursos mineros de oro, en ese contexto, había estado regulada en la Ley de Minas en cuyo artículo 7 se disponían las siguientes modalidades conforme a las cuales se podían realizar: a) Directamente por el Ejecutivo Nacional; b) Concesiones de exploración y subsiguiente explotación; c) Autorizaciones de Explotación para el ejercicio de la Pequeña Minería; d) Mancomunidades Mineras; y, e) Minería Artesanal.

La Ley de Minas, por otra parte, establecía la posibilidad de que el Estado cuando el Ejecutivo Nacional así lo considerase conveniente al interés público, se podía reservar mediante Decreto, “determinadas sustancias minerales y áreas que las contengan, para explorarlas o explotadas solo directamente por órgano del Ministerio de Energía y Minas, o mediante entes de la exclusiva propiedad de la República” (Art. 23).

Por último, dado el interés público envuelto en las actividades mineras, el artículo 3 de la Ley de Minas dispuso que la materia regida por dicha ley “se declara de utilidad pública,” particularmente a los efectos expropiatorios de acuerdo con el artículo 15 de la Constitución, lo que repite ahora la Ley Orgánica de nacionalización de la minería del Oro, al declarar en su artículo 4, como “de utilidad pública e interés social los bienes y obras vinculadas con la reserva” prevista en dicha Ley, es decir, específicamente la minería del oro. Además, la ley Orgánica estableció que sus disposiciones “son de orden público, y se aplicarán con preferencia a cualquier otra del mismo rango” (Art. 36). Sin embargo, se precisó que en todo lo no previsto en dicha Ley Orgánica, “se aplicará supletoriamente la Ley de Minas y su reglamento” (art. 36).

Ahora bien, el régimen general establecido en la Ley de Minas en relación específicamente con la minería del oro, ha sido reformado mediante el mencionado Decreto Ley N° 8.413 de 23 de agosto de 2011 (*Gaceta Oficial* N° 39.759 del 16 de septiembre de 2011), contentivo de la Ley orgánica que reserva al estado las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y auxiliares a éstas, mediante el cual se han regulado los siguientes aspectos enumerados en su artículo 1°: (i) el “relativo al régimen de las minas y yacimientos de oro;” (ii) “la reserva al Estado de las actividades primarias, conexas y accesorias al aprovechamiento de dicho mineral,” y (iii) “la creación de empresas para su ejercicio.”

Este Decreto Ley, se dictó, en cuanto a la reserva al Estado que contiene, en las previsiones de los artículos 12 y 302 de la Constitución, y en cuanto a la potestad del Presidente de la República para dictarlo conforme al artículo 236.8 de la Constitución, en el artículo 1.9 de la Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en las Materias que se Delegan de 17 de diciembre de 2011 (*Gaceta Oficial* N° 6.009 Extraordinario, de fecha 17 de diciembre de 2010).

El propósito fundamental de esta nacionalización o reserva al Estado de la actividad de minería del oro, tal como se precisa en el artículo 1º de la ley Orgánica, fue fundamentalmente la de:

“revertir los graves efectos del modelo minero capitalista, caracterizado por la degradación del ambiente, el irrespeto de la ordenación territorial, el atentado a la dignidad y la salud de las mineras mineros y pobladoras pobladores de las comunidades aledañas a las áreas mineras, a través de la auténtica vinculación de la actividad de explotación del oro con la ejecución de políticas públicas que se traduzcan en el vivir bien del pueblo, la protección ambiental y el desarrollo nacional.”

Lo menos que puede decirse de esta motivación de la Ley Orgánica de nacionalización de la minería del oro, es que ninguno de esos efectos enumerados es consecuencia de “modelo minero capitalista” alguno, pues si ha habido en Venezuela un sector de la economía altamente intervenido por el Estado esa ha sido precisamente la minería del oro. Esos efectos, si existen, sólo son atribuibles al propio Estado por falta de cumplimiento de las previsiones de la ley. Basta recordar las previsiones del artículo 5 de la Ley de Minas, donde se dispone que las actividades mineras reguladas por dicha Ley, se deben llevar “a cabo científica y racionalmente, procurando siempre la óptima recuperación o extracción del recurso minero, con arreglo al principio del desarrollo sostenible, la conservación del ambiente y la ordenación del territorio,” imponiéndose a los titulares de derechos mineros además de la observancia de la Ley, las siguientes obligaciones que el Estado estaba en la obligación de exigir:

1. Ejecutar todas las operaciones a las cuales se refiere esta Ley, con sujeción a los principios y prácticas científicas aplicables a cada caso;
2. Tomar todas las providencias necesarias para impedir el desperdicio de los minerales;
3. Cumplir todas las disposiciones que le sean aplicables, establecidas en las leyes, decretos, resoluciones y ordenanzas, sin perjuicio de los derechos mineros que ostentan; y,
4. Proporcionar a los funcionarios del Ministerio de Energía y Minas, todas las facilidades que sus empleados puedan necesitar para el mejor desempeño de sus funciones.

Además, se estableció en el artículo 15 de la Ley de Minas, que “las actividades mineras deben efectuarse con acatamiento a la legislación ambiental y a las demás normativas que rigen la materia,” a cuyo efecto se creó en la ley una “Comisión Permanente, de carácter interministerial, integrada por el Ministerio de Energía y Minas, el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, el Ministerio de Finanzas y el Ministerio de la Defensa.”

De ello resulta que todo efecto que pudiera haberse derivado del ejercicio de la minería del oro que en Venezuela y que haya podido significar degradación del ambiente, irrespeto de la ordenación territorial, atentado a la dignidad y la salud de los mineros y pobladores de las comunidades aledañas a las áreas mineras, y la eventual falta de auténtica vinculación de la actividad de explotación del oro con la ejecución de políticas públicas que se traduzcan en el vivir bien del pueblo, la protección ambiental y el desarrollo nacional, es sólo y únicamente atribuible al propio Estado y a su falta de conducción política de la actividad; lo que evidentemente no se garantiza que vaya a cambiar al efectuarse la nacionalización de la misma.

II. EL ÁMBITO DE LA RESERVA DE LA MINERÍA DEL ORO Y DE LA COMERCIALIZACIÓN DEL ORO Y LA MILITARIZACIÓN DE LAS ZONAS AURIFERAS

La Ley Orgánica de Nacionalización de la minería del oro, como su nombre lo sugiere, reservó al Estado por razones de conveniencia nacional y carácter estratégico, no sólo “las actividades primarias” en materia de exploración y explotación de oro, sino la actividades “conexas y auxiliares al aprovechamiento del oro;” a cuyo efecto en su artículo 2, define por

actividades primarias: “la exploración y explotación de minas y yacimientos de oro,” y por actividades conexas y auxiliares: “el almacenamiento, tenencia, beneficio, transporte, circulación y comercialización interna y externa del oro, en cuanto coadyuven al ejercicio de las actividades primarias.”

La consecuencia directa de esta reserva fue la asunción por parte del Estado conforme al artículo 302 de la Constitución, de la realización de las actividades de la minería del oro, lo que implica como principio, la exclusión de derecho alguno que pudieran haber tenido los particulares de poder realizar las actividades económicas de su preferencia, como lo dispone el artículo 112 de la Constitución en materia de minería del oro.

A tal efecto, el artículo 5 de la Ley de nacionalización al referirse al ejercicio de las actividades reservadas, que las mismas sólo pueden ser ejercidas:

En primer lugar, “por la República o a través de sus institutos públicos, o empresas de su exclusiva propiedad, o filiales de éstas,” es decir, por personas jurídicas estatales de derecho público o derecho privado; y

En segundo lugar, “por Empresas Mixtas,” en las cuales la República o alguna de las empresas de su exclusiva propiedad, o filiales de éstas, “tenga control de sus decisiones y mantenga una participación, mayor del cincuenta y cinco por ciento (55%) del capital social.”

Esta reserva, por supuesto, afectó permisos ambientales otorgados a proyectos mineros por lo cual la Disposición Transitoria Primera de la ley Orgánica dispuso respecto de los que se encontrasen en ejecución para el momento de la entrada en vigencia de la ley Orgánica, que debían permanecer vigentes y se debían entender transferidos a las empresas a las cuales se le asigne la continuidad de la ejecución de dichos proyectos, siempre y cuando no se modifique de manera sustancial el cumplimiento de las condiciones bajo las cuales esos permisos fueron otorgados. Por otra parte, en cuanto a las solicitudes de concesiones y de autorización para el ejercicio de la pequeña minería, que se encontrasen en curso para el momento de entrada en vigencia de la Ley Orgánica, se dispuso en la Disposición Transitoria Segunda de la misma, que se dejaban sin efecto por decaimiento en su objeto.

La Ley Orgánica, por otra parte, en su artículo 27 declaró el mineral de oro y a las áreas mineras auríferas, como estratégicos para la Nación, a los fines de la declaratoria de zonas de seguridad a las que se refiere la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación. En consecuencia, de acuerdo con la misma norma, se procedió a la militarización de dichas zonas, al disponer la ley que corresponde a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana:

- “1) Mantener las condiciones de seguridad y de orden interno en las áreas sujetas al desarrollo de la actividad de exploración y explotación del oro,
- 2) Cooperar con las autoridades competentes en la materia, para la fiscalización y control de la actividad minera.
- 3) Desarrollar planes y programas de formación y fomento de la seguridad para resguardar las actividades de exploración y explotación en áreas mineras auríferas.
- 4) Combatir los ilícitos que se cometan en contra del ambiente y los intereses del Estado, en las áreas donde se desarrollen actividades mineras de oro.
- 5) Participar activamente en la atención y desarrollo de las comunidades y pueblos indígenas que hagan vida en las zonas mineras.
- 6) Colaborar con las autoridades civiles en el mantenimiento de la paz, tranquilidad y orden público.

7) Enfrentar las amenazas que atenten contra la soberanía e independencia de la Patria, así como aquellas amenazas al desarrollo de la actividad minera.

8) Proporcionar el apoyo logístico y de seguridad a la Superintendencia de Fiscalización del Oro, en el ejercicio de sus competencias.”

Debe señalarse, por otra parte, que conforme al artículo 21 de la Ley Orgánica, la reserva al Estado hecha en la ley no sólo abarcó las actividades de la minería de oro, sino la venta y comercialización del oro. A tal efecto, se dispuso en dicha norma que “todo el oro que se obtenga como consecuencia de cualquier actividad minera en el territorio nacional, será de obligatoria venta y entrega a la República Bolivariana de Venezuela, a través del ministerio del poder popular competente, o del ente o entes que éste designe.”

Como consecuencia, se estableció que “la República o los entes públicos designados al efecto ejercerán el monopolio de la comercialización del oro, en los términos que establezcan las políticas que dicte el Ejecutivo Nacional al respecto;” quedando excluidas del ámbito de aplicación de la ley de nacionalización, “la comercialización de las joyas de oro de uso personal.”

En todo caso, corresponde al Ejecutivo Nacional, por órgano del ministerio del poder popular competente, la función de coordinar con las demás ramas del Poder Público, las medidas y acciones necesarias para garantizar el cumplimiento de la ley Orgánica (art. 33).

Por último, debe mencionarse que a pesar de la reserva al Estado decretada, y que abarca las actividades primarias y conexas o auxiliares, en cuanto al ejercicio de actividades conexas o auxiliares, la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley Orgánica dispuso que “hasta que el ministerio con competencia en materia de minería dicte la resolución correspondiente,” quienes realicen las actividades conexas o auxiliares, salvo la referida a la comercialización nacional e internacional del oro, quedan habilitadas para seguir ejerciendo dichas actividades.

Por otra parte, en cuanto a las empresas del Estado que hasta la publicación en *Gaceta Oficial de la Ley Orgánica* fueran titulares de asignaciones directas o derechos mineros vinculados con el mineral de oro, las mismas quedaron habilitadas para seguir realizando dichas actividades, en las mismas áreas correspondientes a los títulos extinguidos, hasta tanto el ministerio del poder popular con competencia en la materia las modifique.

III. LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DE LAS CONCESIONES, AUTORIZACIONES Y CONTRATOS MINEROS PARA LA EXPLOTACIÓN DE ORO

La reserva al Estado de las actividades de minería de oro establecida en la Ley Orgánica de nacionalización de la minería de oro no sólo implicó el establecimiento del régimen de reserva hacia el futuro, sino hacia el pasado, la extinción obligatoria y anticipada de las concesiones, autorizaciones y títulos mineros, de que se habían otorgado en el país conforme a la ley de Minas de 1945 y de 1999.

La Ley Orgánica, en relación con estas concesiones, autorizaciones y títulos mineros en primer lugar, dispuso su terminación anticipada y obligatoria; en segundo lugar, previó un mecanismo legal para la eventual participación de los antiguos concesionarios en las nuevas empresas mixtas que se establezcan de acuerdo con la ley; y en tercer lugar, estableció que los bienes y derechos afectos a dichas actividades mineras pasarían en plena propiedad a la República, regulando un régimen de expropiación e indemnización.

En cuanto a las antiguas concesiones mineras, a las autorizaciones para el ejercicio de la pequeña minería y a los contratos para la exploración y explotación de oro que habían sido otorgados y estaban existentes al momento de publicarse la Ley Orgánica, y que no fueran

extinguidos “por acuerdo entre las partes,” el artículo 14 de la misma previó que “quedarán extinguidas de pleno derecho, al término de noventa (90) días continuos contados desde la publicación en la *Gaceta Oficial* del presente Decreto Ley (lo que ocurrió el 16 de septiembre de 2011), es decir, el día 16 de diciembre de 2011. De acuerdo con la Disposición Transitoria Sexta de la Ley Orgánica, además, las oficinas de registro público inmobiliario correspondientes, deben dejar constancia de la extinción de las concesiones o de cualquier otro título o derecho minero, estampando la respectiva nota marginal, de oficio o a solicitud del ministerio del poder popular con competencia en la materia minera.

En virtud de la extinción de las concesiones, de las autorizaciones para el ejercicio de la pequeña minería y de los contratos de exploración y explotación de oro, la Ley Orgánica autorizó al ministerio del poder popular competente, “podrá dictar las medidas necesarias a fin de garantizar la continuidad de las actividades mineras que estime convenientes.” De acuerdo con el artículo 30 de la Ley Orgánica, por último, se declaró que los actos, negocios y acuerdos que se realicen o suscriban a los efectos de la reserva regulada en la misma, así como las cesiones, transferencias de bienes y cualesquiera otras operaciones que generen enriquecimiento o supongan la enajenación, transmisión o venta de bienes destinados a conformar el patrimonio de empresas del Estado, estarán exentos del pago de impuestos, tasas, contribuciones especiales o cualquier otra obligación tributaria (art. 30).

IV. LA TOMA DE POSESIÓN Y CONTROL COMPULSIVO POR PARTE DEL ESTADO DE LOS BIENES AFECTOS A LAS ACTIVIDADES NACIONALIZADAS Y LA POSIBILIDAD DE PARTICIPACIÓN DE LOS ANTIGUOS CONCESIONARIOS EN EMPRESAS MIXTAS PARA LA REALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES RESERVADAS

La Ley Orgánica de nacionalización de la minería de oro, en una forma relativamente similar a lo que ocurrió en materia petrolera en 2007 al extinguirse los Contratos de Asociación (Ley de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas, en *Gaceta Oficial* N° 38623 de 16-2-2007), dispuso lo que se denomina en el artículo 12 como “proceso de migración,” mediante el cual el Estado debe propender, facilitar y tener como objetivo fundamental, el cambio o transformación de las concesiones mineras, autorizaciones para el ejercicio de la pequeña minería y contratos para la exploración y explotación del oro, a un esquema de Empresa Mixta. Se dispuso, sin embargo, que el ministerio del poder popular con competencia en la materia, debía hacer “especial consideración del caso de la pequeña minería, minería artesanal y mancomunidades mineras.”

A los efectos de llevar adelante el “proceso de migración” o transformación de las concesiones mineras, autorizaciones para el ejercicio de la pequeña minería y contratos para la exploración y explotación del oro para lograr la participación de los interesados en convenios de empresas mixtas con entes del Estado, el artículo 13 de la Ley, a los efectos de conducir las negociaciones pertinentes, dispuso que el ministerio del poder popular con competencia en la materia, debía designar una comisión que debía negociar con los concesionarios, con las personas autorizadas para el ejercicio de la pequeña minería o con los beneficiarios de contratos para la exploración y explotación de oro, la constitución de las Empresas Mixtas. Esas negociaciones debieron realizarse dentro de los noventa (90) días continuos siguientes a la fecha de publicación de la Ley en *Gaceta Oficial* del presente Decreto Ley, es decir, entre el 16 de septiembre de 2011 y el 16 de diciembre de 2011. A partir del vencimiento de dicho término de noventa días, es decir, a partir del 16 de diciembre de 2011, el ministerio del poder popular con competencia en la materia o la empresa que éste designase, debía tomar “posesión de los bienes y control de las operaciones relativas a las actividades reservadas, de

conformidad con el cronograma que se establezca al efecto;” correspondiendo al mismo ministerio del poder popular con competencia en la materia, la asunción de las “medidas necesarias para garantizar la continuidad” de las actividades mineras (art. 15), a cuyo efecto se le autorizó en la Ley para “solicitar el apoyo de cualquier órgano o ente del Estado.”

De acuerdo con la Ley, se dispuso que correspondía “a las personas naturales o jurídicas vinculadas a la materia, colaborar en la entrega pacífica y ordenada de las operaciones, instalaciones, documentación, bienes y equipos afectos a las actividades” mineras de oro, so pena de la aplicación de las sanciones administrativas y penales que pudieran corresponder, de conformidad con el ordenamiento jurídico (art. 15).

En todo caso, la Ley buscó asegurar la continuación de las actividades a cuyo efecto en su artículo 17 dispuso que el ministerio del poder popular competente, debía tomar las medidas necesarias para garantizar dicha continuidad, previendo que a esos fines los órganos y entes de la Administración Pública debían prestar “la colaboración en la forma exigida en la Constitución y las Leyes de la República Bolivariana de Venezuela.”

Por último debe señalarse que en los casos en los cuales, de acuerdo con la ley Orgánica se produjese la migración hacia empresas mixtas, es decir, la transformación de concesiones autorizaciones o contratos mineros en empresas mixtas, entonces de acuerdo con la Disposición Transitoria tercera, a los efectos de la continuidad de la relación laboral y garantía de pago de los beneficios laborales, se dispuso que los trabajadores que presten servicios a personas naturales o jurídicas titulares de concesiones, autorizaciones para el ejercicio de la pequeña minería o a beneficiarios de los contratos para la exploración y explotación del oro, extinguidos de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica, “mantendrán su continuidad laboral en éstas, garantizándose plenamente el disfrute de sus condiciones y beneficios laborales.”

Sin embargo, dispone la misma norma que “en caso de que el patrono de los trabajadores no migre a la modalidad de Empresa Mixta, el Estado a través del ministerio del poder popular con competencia en la materia minera, garantizará a dichos trabajadores, el pago de sus prestaciones sociales y procurará que sean absorbidos por alguna Empresa Mixta.” Además, se dispuso que “en caso de que algún órgano o ente del Estado, pague por cuenta del patrono obligado, se subrogará en los derechos y acciones del trabajador afectado.”

V. LA EXPROPIACIÓN DE LOS BIENES Y DERECHOS AFECTOS A LAS ACTIVIDADES MINERAS NACIONALIZADAS

La Ley Orgánica de nacionalización de la minería de oro, en todo caso, al establecer la reserva al Estado de las actividades de minería de oro, disponiendo la terminación anticipada de las concesiones, autorizaciones y contratos existentes que concedían a particulares el derecho de realizarlas, a los efectos de que las actividades se continuaran realizando, mediante la toma de posesión y control de los bienes y derechos de los antiguos concesionarios mineros, de los antiguos titulares de autorizaciones para el ejercicio de la pequeña minería y o de los contratistas para la exploración y explotación del oro, procedió a disponer la expropiación de tales bienes y derechos.

A tal efecto dispuso el artículo 16 de la Ley Orgánica, que dichos bienes vinculados con las concesiones, las autorizaciones para el ejercicio de la pequeña minería y los contratos para la exploración y explotación de oro que quedaron extinguidos en virtud de lo establecido en la propia Ley Orgánica, “pasarán en plena propiedad a la República, libre de gravámenes y cargas.”

Se trató por tanto de una expropiación de bienes y derechos por virtud de la Ley orgánica, la cual en todo caso, genera el derecho de los titulares de las antiguas concesiones, autorizaciones para el ejercicio de la pequeña minería y contratos para la exploración y explotación de oro de ser indemnizados de acuerdo con el artículo 115 de la Constitución, es decir, mediante el “pago oportuno de justa compensación.”

La Ley Orgánica, sin embargo, en forma distinta a la garantizada en la Constitución sólo dispuso que la indemnización debida a los expropiados, era la que correspondía al “porcentaje de las inversiones no amortizadas del concesionario o los beneficiarios de contratos para la exploración y explotación de oro, sobre los bienes cuya propiedad se transfiere a la República,” y sólo “según su valor en libro,” y siempre que dichas inversiones hubiesen “sido debidamente notificadas al órgano o ente competente, en el marco del plan de explotación de la concesión o los contratos para la exploración y explotación de oro.”

Se dispuso sin embargo en el mismo artículo 17 de la ley Orgánica que “en el caso de las autorizaciones para el ejercicio de la pequeña minería existentes, el ministerio del poder popular con competencia en la materia, podrá adoptar medidas especiales a los fines de la compensación de sus titulares.”

VI. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS MIXTAS PARA EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES DE LA MINERÍA DEL ORO Y EL ÁMBITO DE SU ACTIVIDAD MINERA

A los efectos de la constitución de las mencionadas empresas mixtas para la realización de las actividades primarias y las condiciones que deben regir la realización de las mismas, de acuerdo con el artículo 6, se requiere de la aprobación de la Asamblea Nacional mediante Acuerdo “adoptado con por lo menos la mayoría simple de los diputados”, a cuyo efecto el Ejecutivo Nacional, por órgano del Despacho ejecutivo con competencia en la materia, debe informar a la Asamblea “de todas las circunstancias pertinentes a dicha constitución y condiciones, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República.” Debe recordarse, sin embargo, que en todo caso en que se tratase de la constitución de una empresa mixta con otro Estado o con una entidad oficial extranjera o con una sociedad no domiciliada en Venezuela, la exigencia de la aprobación legislativa estaba ya establecida en el 151 de la Constitución.

Estas empresas mixtas mediante las cuales puede desarrollarse la minería del oro, están sometidas en un todo, y en cada caso particular, a los términos y condiciones aprobados mediante Acuerdo que dicte la Asamblea Nacional, así como por las disposiciones que “dicte el Ejecutivo Nacional por órgano del ministerio del poder popular con competencia en la materia.” Así lo dispone el artículo 7 de la Ley Orgánica, agregando una previsión en la cual se dispone que:

“supletoriamente se aplicarán las normas del Código de Comercio y las demás leyes que les fueran aplicables.”

Este agregado, por supuesto, requiere de una advertencia, pues con esta norma lo que se pretende, ni más ni menos, es otorgarle a la Asamblea Nacional para que a través de un Acuerdo (no de una ley) y a un Despacho ministerial, que se denomina “el ministerio del poder popular con competencia en la materia,” a través de resoluciones ministeriales, la potestad de establecer el régimen jurídico particular aplicable a las empresas mixtas del Estado que se establezcan para el desarrollo de la minería de oro, y en esa forma, poder establecer un régimen distinto al por ejemplo regulado en las previsiones del Código de Comercio, de la Ley Orgánica de la Administración Pública o de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público en materia de sociedades mercantiles del Estado, es decir, de empresas del Estado.

Ello simplemente sería inconstitucional, pues las leyes sólo se modifican por otras leyes (ART. 218, Constitución), y si bien es cierto que una ley puede prever que sus normas sean de aplicación supletoria respecto de lo que se regule en otras leyes, una ley no puede establecer con carácter general que un conjunto de leyes sea de aplicación supletoria, no a lo dispuesto en leyes especiales, sino de lo dispuesto en actos legislativos que no tienen carácter de ley (Acuerdos) o en actos administrativos (resoluciones ministeriales). En realidad como se ha dicho, el artículo 36 de la Ley Orgánica lo que dispone es que en todo lo no previsto en ella, “se aplicará supletoriamente la Ley de Minas y su reglamento.”

Ahora bien, las empresas mixtas del Estado que se constituyan para la realización de actividades de minería de oro, por tanto, deben tener por una parte, siempre, un socio público, que debe ser o la República directamente o alguna de las empresas de su exclusiva propiedad, o filiales de éstas, el cual debe tener control de sus decisiones y mantenga una participación, mayor del cincuenta y cinco por ciento (55%) del capital social;” y por la otra, una persona natural o jurídicas que se asocien con los entes o empresas estatales en la constitución de la empresa mixta. En caso de que el socio del ente público en la empresa mixta sea una persona jurídica, el artículo 7 de la ley establece, solo en cuanto a las empresas mixtas “para la realización de actividades primarias” de minería de oro, que las mismas “no podrán ceder, enajenar o traspasar sus acciones, sin la previa autorización del ministerio del poder popular competente, en materia de minería;” teniendo siempre el Estado, en tal caso, el “derecho de preferencia para adquirir dichas acciones.”

Estas empresas mixtas para el desarrollo de la minería del oro, conforme al artículo 35 de la ley Orgánica, se entienden incluidas en la excepción contenida en el artículo 89 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público (*Gaceta Oficial* N° 39.556 del 19 de noviembre de 2010) en el sentido de que no se les aplica el régimen de sistema de crédito público previsto en el Título III de dicha Ley. Dicho

Conforme a dicha norma, sin embargo, a los fines de la certificación de la capacidad de pago, la empresa mixta debe publicar en un diario de circulación nacional y, por lo menos, en un diario de la zona donde tenga su sede principal dentro de los quince días hábiles siguientes a la terminación de su ejercicio económico, un balance con indicación expresa del monto del endeudamiento pendiente, debidamente suscrito por un contador público, inscrito en el Registro de Contadores Públicos en Ejercicio Independiente de la Profesión que lleva la Comisión Nacional de Valores.

Ahora bien, cada una de las empresas mixtas que se establezcan para desarrollar las actividades primarias de minería de oro, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley Orgánica, debe tener un área asignada que ha de ser determinada por el ministerio con competencia en la materia, con la indicación igualmente por dicho ministerio del número de años que durará la asignación para la explotación de mineral de oro, la cual en ningún caso puede ser por más de veinte (20) años, prorrogables por un máximo de dos (2) períodos de hasta diez (10) años cada uno. Estas prórrogas deben ser solicitadas al mismo ministerio con competencia en la materia, “dentro del último tercio antes del vencimiento del período para el cual fue otorgado el derecho” (art. 8).

A los efectos de que las empresas mixtas puedan realizar las actividades mineras, además de la asignación del área respectiva y de la determinación del tiempo de asignación, deben obtener el derecho al ejercicio de todas o parte de las actividades reservada, el cual de acuerdo con el artículo 9 de la ley Orgánica le debe ser transferido por el Ejecutivo Nacional mediante Decreto. El Ejecutivo nacional también podrá transferirles a las empresas mixtas, la propiedad u otros derechos sobre bienes muebles o inmuebles del dominio privado de la República, requeridos para el eficiente ejercicio de tales actividades (art. 9).

La Ley aclara, además, que el Ejecutivo Nacional puede abstenerse de otorgar estos derechos, e incluso puede revocarlos, “en ejercicio de sus potestades soberanas, cuando así conenga al interés nacional, e igualmente, cuando las referidas empresas no den cumplimiento a sus obligaciones.”

En todo caso, al proceder a otorgar derechos mineros a las empresas para realizar actividades primarias, en ese mismo momento, el ministerio del poder popular con competencia en la materia, debe establecer “la alícuota correspondiente a las ventajas especiales,” disponiéndose que los ingresos que se perciban por este concepto, se pueden “destinarse al financiamiento de planes y proyectos de recuperación de las áreas de explotación del oro, al desarrollo social de las comunidades donde tiene lugar dicha explotación, incluidas las comunidades mineras e indígenas, educación, salud y demás aspectos necesarios para fomentar el buen vivir del pueblo”(art. 20).

VII. EL RÉGIMEN DE LAS ACTIVIDADES MINERAS REALIZADAS POR LAS EMPRESAS MIXTAS

Tal como lo indica el artículo 10 de la Ley Orgánica, la realización de las actividades primarias de minería de oro por parte de las empresas mixtas se efectúa “a todo riesgo de quienes las realicen.”

En consecuencia, “la República no garantiza la existencia del mineral de oro, o que éste sea industrial y económicamente explotable, ni se obliga a saneamiento legal o contractual.” De acuerdo con la misma norma de la Ley, tales circunstancias se considerarán incorporadas y aplicables, aún cuando no se hicieren constar en el Decreto que otorgue el derecho al desarrollo de tales actividades.

En todo caso, las empresas mixtas autorizadas para el ejercicio de las actividades de minería de oro, debe realizarlas “empleando las mejores prácticas científicas y tecnológicas, procurando la óptima recuperación o extracción racional del recurso aurífero, respetando la conservación ambiental y la ordenación del territorio” (art. 29).

Se dispuso además que dichas empresas mixtas pueden efectuar las gestiones necesarias para el ejercicio de las actividades que se les hayan transferido y podrán además, a tales efectos, “celebrar los correspondientes contratos, todo conforme a las disposiciones de este Decreto Ley u otras que le fueran aplicables” (art. 11).

En relación con las actividades que desarrollen las empresas mixtas, o en cualquier otra forma, que implique la extracción de oro, la ley dispuso una “regalía minera de oro” conforme a la cual, de las cantidades de oro extraídas de cualquier mina o yacimiento, como regalía, “el Estado tiene derecho a una participación de trece por ciento (13%),” asignándose al Ejecutivo Nacional el establecimiento de los parámetros para ello (art. 18). Esta regalía, sin embargo, puede ser rebajada por el Ejecutivo Nacional, por órgano de ministerio del poder popular con competencia en la materia, “hasta un límite del tres por ciento (3%)” exclusivamente respecto de “las empresas mixtas vinculadas a proyectos mineros de interés social, con la participación de comunidades indígenas, pequeños mineros y mineras, mineros y mineras artesanales agrupados en cooperativas o empresas de propiedad social comunal.” Conforme al artículo 38 de la Ley Orgánica, el régimen de la regalía entra en vigencia al término de 60 días continuos a partir de la publicación de la misma, es decir, el 16 de febrero de 2012.

En todo caso, la regalía, conforme se dispone en el artículo 19, puede ser exigida por el Ejecutivo Nacional “en especie o en dinero, total o parcialmente,” de manera que si no lo exigiere de otra manera, se debe entender “que opta por recibirla totalmente en dinero.”

En estos casos en los que se decida recibir la regalía en dinero, la empresa mixta que desarrolle las actividades primarias, debe pagar el precio de las cantidades correspondientes, que deben ser “medidas donde determine las normas técnicas que se dicten al efecto, a valor de mercado o valor convenido o en defecto de ambos a un valor fiscal fijado por el liquidador.” A tal efecto el ministerio del poder popular con competencia en la materia, a través de la Superintendencia Nacional del Oro, debe liquidar la planilla correspondiente, la cual debe ser pagada al Fisco Nacional dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la recepción de la misma (art. 19).

En cambio, cuando el Ejecutivo Nacional decida recibir la regalía en especie, el mismo artículo 19 de la ley permite que se pueda utilizar “para los efectos de beneficio, transporte y almacenamiento, los servicios de la empresa que designe a tal efecto, la cual deberá prestarlos hasta el lugar indicado, y recibirá el precio que se convenga por tales servicios.” Sin embargo, a falta de acuerdo, el precio debe ser fijado por el ministerio del poder popular con competencia en la materia.

La Ley Orgánica, además, estableció diversas normas que repiten lo ya regulado en la ley de Minas, sobre las limitaciones legales a la propiedad privada derivada de la minería del oro. Así, el artículo 22, dispone que las empresas mixtas que realicen actividades primarias, están facultadas “para solicitar” la constitución de servidumbres, la ocupación temporal y la expropiación de bienes, para la realización de sus objetivos.

En cuanto a las servidumbres que deban constituirse sobre terrenos de propiedad privada, la ley dispone que la misma puede convenirse con los propietarios de los mismos. Sin embargo, de no lograrse el avenimiento, las empresas mixtas que realicen actividades primarias, pueden dirigirse al ministerio del poder popular con competencia en la materia, a los fines de que el mismo decida sobre las modalidades en que deben operar las servidumbres, al cual le corresponderá autorizar el comienzo de los trabajos, una vez obtenidos los permisos ambientales destinados al resguardo ecológico (art. 23). Se estableció así, un régimen de constitución de servidumbres mineras puramente administrativa, sin intervención judicial.

En cuanto a la ocupación temporal, el artículo 24 de la Ley Orgánica establece que la misma debe formularse por la empresa mixta que realice actividades primarias, igualmente ante el ministerio del poder popular con competencia en materia de minería, el cual debe estudiar la solicitud, el cual puede acordarla en el caso de que la misma sea necesaria para preservar la continuidad de las actividades objeto de la reserva establecida en la ley Orgánica, y mantener su control. De nuevo, se regula en la ley Orgánica, una ocupación temporal netamente administrativa, sin intervención judicial.

Esta ocupación temporal administrativa, además, cuando se dicte por el ministerio sobre los bienes objeto de la solicitud, de acuerdo con la misma norma del artículo 24, tiene una duración de seis meses, renovables por seis meses más, “sin necesidad de que medie el proceso de expropiación por causa de utilidad pública o interés social” el cual, en todo caso, se debe ventilar con la modalidad prevista en la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o interés social.

Por otra parte, de acuerdo con la Ley Orgánica, el ministerio del poder popular con competencia en la materia, debe ejercer “la planificación, promoción, formulación de políticas públicas en el sector,” y la “regulación, administración, seguimiento y fiscalización técnica de las actividades mineras,” lo cual comprende “lo relativo al desarrollo, conservación, aprovechamiento y control de dichos recursos auríferos, así como el estudio de mercado, análisis, fijación de precios y el régimen de la inversión nacional y extranjera en el sector.”

En tal sentido, conforme a la ley Orgánica, dicho ministerio es el órgano nacional competente en todo lo relacionado a la administración del oro y en consecuencia tiene la facultad de ingresar a las áreas e inspeccionar las actividades y trabajos inherentes a los mismos (art 25).

Por último, a los efectos de la fiscalización de los ingresos públicos por las actividades mineras, la ley Orgánica creó un nuevo órgano permanente, denominado “Superintendencia de Fiscalización del Oro,” como servicio desconcentrado, adscrito al ministerio del poder popular con competencia en materia de finanzas, a los fines de fiscalizar, liquidar y recaudar la regalía y las ventajas especiales establecidas en la Ley Orgánica (art. 26). La organización, estructura y funcionamiento de la Superintendencia de Fiscalización del Oro se debe determinar en el reglamento orgánico del ministerio respectivo.

La Ley Orgánica, por otra parte, regula el supuesto conforme al cual las empresas mixtas autorizadas para el ejercicio de las actividades primarias de minería de oro encuentren minerales diferentes a los autorizados, en cuyo caso les impone la obligación de comunicarlo inmediatamente al ministerio del poder popular con competencia en la materia, el cual de ser procedente, puede disponer de los mismos para su aprovechamiento, conforme a las modalidades previstas en la Ley de Minas (art. 28).

VIII. EL RÉGIMEN SANCIONATORIO

La ley orgánica estableció un régimen sancionatorio, regulando a tal efecto un conjunto de infracciones administrativas y de delitos.

En cuanto a las infracciones administrativas el artículo 31 de la ley dispuso que será sancionado con multa de 400 a 1.000 Unidades Tributarias (UT), quienes:

“1. No se inscriban en los registros que establezca el ministerio competente, como propietario o poseedor de ciertas clases de bienes.

2. No colaboren con las fiscalizaciones que instruya el ministerio competente.

3. Presenten al ministerio competente informaciones falsas, fuera de plazo o imprecisas.

Estas sanciones pecuniarias deben ser impuestas mediante resolución del ministerio con competencia en materia de minería, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En cuanto a los delitos, el artículo 32 de la ley Orgánica estableció el de “ejercicio ilegal de las actividades mineras de oro, al disponer que toda persona natural o los socios y directores de las personas jurídicas, que por sí o por interpuesta persona, realicen las actividades primarias, conexas o auxiliares relativas a la minería de oro sin cumplir con las formalidades a las que se refiere la ley Orgánica, deben ser penadas con prisión de seis meses a seis años.

IX. EL RÉGIMEN JURIDICCIONAL PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El artículo 34 de la Ley Orgánica dispuso que:

“todos los hechos y actividades objeto de la normativa contenida en el presente Decreto Ley, se regirán por las leyes de la República Bolivariana de Venezuela, y las controversias que de los mismos deriven, estarán de manera exclusiva y excluyente sometidas a la jurisdicción de sus tribunales, en la forma prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

En relación con esta norma debe recordarse que todos los hechos y actividades realizados en el país, en virtud del principio de la territorialidad, en principio se rigen por la legislación nacional; de manera que si nada se dispone expresamente en contrario en el texto de la ley, todas las situaciones jurídicas derivadas de cualquier ley, se rigen por la “ley nacional.”

Por otra parte, la ley Orgánica además, dispuso que las controversias que se deriven de sus disposiciones estarán sometidas de manera exclusiva y excluyente a la jurisdicción de los tribunales venezolanos, dejando claro que el Estado venezolano en las materias reguladas en la ley no renuncia a la jurisdicción venezolana. Por tanto, las controversias que surjan con ocasión de la reserva al Estado de la minería del oro, de la toma de posesión de bienes de los antiguos concesionarios o titulares de derechos por el Estado, de la expropiación de los mismos y de la posible constitución de empresas mixtas por migración de los antiguos concesionarios o titulares de derechos mineros, como socios minoritarios de las mismas, solo pueden ser resueltos por la jurisdicción nacional.

Además, por ejemplo, las controversias derivadas de las decisiones contenidas en el Decreto Ley y su aplicación, sin duda, en principio también están sometidas a la jurisdicción venezolana, por ejemplo, en cuanto a la posibilidad de impugnación por razones de inconstitucionalidad de las normas de la Ley Orgánica ante la Jurisdicción Constitucional, o de la impugnación de los actos administrativos que conforme a ella dicte el Ejecutivo Nacional, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Pero ello no implica, en forma alguna, la anulación en virtud de la ley Orgánica de las cláusulas que hubieran podido haber sido insertas en las concesiones o contratos mineros cuya terminación anticipada y unilateral se ha resuelto por la Ley Orgánica, por ejemplo, relativas a la sumisión de las controversias que deriven de la ejecución, cumplimiento e incumplimiento de las mismas a alguna jurisdicción arbitral, incluso fuera de Venezuela, como lo autoriza el artículo 151 de la Constitución. Igualmente la previsión de la Ley Orgánica no implica que los inversionistas extranjeros que tengan posibilidad de acceso alguna jurisdicción arbitral internacional no puedan acudir a la misma en virtud de las previsiones de la Ley de protección y promoción de Inversiones de 1999 o de algún Convenio Bilateral de protección de Inversiones que pueda protegerlos.

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Tercer 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. *El Ordenamiento Jurídico. La Ley: Principio de irretroactividad.*

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales: La garantía de igualdad ante la Ley. 2. Derechos individuales. A. Derecho a la protección de datos personales. B. Derecho de petición y oportuna respuesta. C. Derecho a la Libertad de expresión en materia publicitaria. 3. Derechos Sociales y de las Familias. A. Derecho a la Salud. a. Medicina prepagada. b. Exclusión de enfermedades preexistentes en los contratos suscritos con empresas de servicios de asistencia médica. B. Derecho de los consumidores y usuarios a disponer de bienes y servicios de calidad.*

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Nacional. A. El Poder Legislativo: Inmunidad parlamentaria. B. El Poder Judicial. a. Medios alternativos de resolución de conflictos: Arbitraje. 2. El Poder Municipal. A. Los Municipios. a. Síndico Procurador Municipal (actuación en juicio). b. Consejo local de planificación pública (organizaciones vecinales y comunitarias que lo integran) Elecciones*

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *Régimen Económico: Libertad de empresa. Restricciones. 2. Propiedad y expropiación. A. Derecho de Propiedad. B. Prohibición de confiscaciones.*

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Principio de Legalidad Tributaria. 2. Tributos: Impuesto a las actividades económicas.*

VI. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Aspectos generales del proceso contencioso administrativo. A. Prerrogativas procesales de los entes públicos. a. Consulta de fallos contrarios a los intereses de la República. b. No extensión de privilegios y prerrogativas a las empresas del Estado. 2. El Procedimiento Contencioso Administrativo de Anulación. A. Medidas cautelares: Revocatoria. B. Sentencia. a. Vicios. Falso supuesto. b. Apelación (Fundamentación). 3. El Contencioso Administrativo Especial. A. El Contencioso Administrativo Electoral: Competencia. B. El Contencioso Administrativo Agrario: Acciones posesorias.*

VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Recurso de Inconstitucionalidad. Leyes derogadas.* 2. *Recurso de Interpretación Constitucional.* 3. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional.* A. Poder de postulación. B. Objeto: Decisiones definitivamente firmes que han adquirido el carácter de cosa juzgada. 4. *Acción de Amparo Constitucional.* A. Competencia. Sala Constitucional. B. Admisibilidad: Existencia de otros medios procesales. C. Medida cautelar. a. Requisitos. b. Decisión por juez incompetente.

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico. La Ley: Principio de irretroactividad*

TSJ-SC (1092)

13-7-2011

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Corporación Industrial Class Light C.A. y Class Light Publicidad C.A. (Impugnación del Único Aparte del artículo 45 de la Ley de Tránsito Terrestre de 1996).

El principio de irretroactividad normativa se encuentra justificado en la seguridad jurídica que debe ofrecer el ordenamiento a los ciudadanos en el reconocimiento de sus derechos y relaciones ante la eventual mutabilidad de la legislación.

...Precisamente, una de las consecuencias del principio de publicidad normativa y, por tanto, de la entrada en vigencia de las normas jurídicas, es el principio de irretroactividad de la ley establecido en nuestra Carta Magna en su artículo 24, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 24. Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia aún en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron. Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o rea.”

Como puede observarse de la norma antes transcrita, la aplicación de las disposiciones legislativas parte del momento de su publicación y, en consecuencia, la aplicación retroactiva está prohibida, salvo la única excepción de la despenalización o de la sanción menos gravosa de una conducta. Cabe agregar que este principio de irretroactividad normativa se encuentra igualmente justificado en la seguridad jurídica que debe ofrecer el ordenamiento a los ciudadanos en el reconocimiento de sus derechos y relaciones ante la eventual mutabilidad de la legislación.

Entonces, tal como señaló esta Sala: “resulta contrario al principio de irretroactividad de la ley aplicar una norma jurídica a una situación fáctica anterior a su entrada en vigencia y, de allí, que la inconstitucionalidad de una norma legal por violación del principio *in commento*, devenga del hecho de establecer disposiciones que regulen situaciones jurídicas precedentes a su promulgación, lo cual, no ocurre en el presente caso.

En efecto, la norma atacada, cuya vigencia se encuentra suspendida desde el 15 de junio de 1999, ni establece expresamente que regulará hechos acaecidos con anterioridad a su publicación, ni ha tenido efectividad práctica hasta la fecha y, tampoco, puede incidir de

manera negativa en la actividad publicitaria que haya empezado a desarrollarse durante el tiempo que estuvo suspendida, pues, en tal caso, no estaríamos en presencia de la irretroactividad de la ley, sino de los actos o actuaciones que se pudieran desarrollarse conforme a un artículo que estaba suspendido.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales: La garantía de igualdad ante la Ley*

TSJ-SC (1092)

13-7-2011

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Corporación Industrial Class Light C.A. y Class Light Publicidad C.A. (Impugnación del Único Aparte del artículo 45 de la Ley de Tránsito Terrestre de 1996.

El texto Constitucional reconoce expresamente a la igualdad como una de las bases del sistema político instaurado, sobre el cual surge un deber de protección que trasciende la noción retórica, para asumirlo como una técnica jurídica operante, que tiende a equilibrar las situaciones jurídicas de los particulares de una manera no sólo declarativa, sino también real y verdadera.

...Véase Sentencia N°1709 de 7-8-2007, Caso: *Impugnación Art.493 (derogado) del Código Orgánico Procesal Penal*, en *Revista de Derecho Público* N° 111, 2007, pp.144-146

...Así, la igualdad se presenta como una de las decisiones políticas fundamentales del Estado Social de Derecho y de Justicia, del cual constituye un presupuesto cardinal y básico. Es decir, es una regla primaria de los sistemas jurídicos que se considera, a su vez, un aspecto de libertad, pues tal como afirma Hauriou (*Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Barcelona, Editorial Ariel, p. 67), si todos los hombres son plenamente libres, son por ello mismo iguales.

En consonancia con lo expuesto, nuestro Texto Fundamental reconoce en el artículo 21, al principio de igualdad como un “elemento rector de todo el ordenamiento jurídico,” (Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Editorial 2009, p. 289), es decir, como “un valor inserto en nuestro Ordenamiento, que se traduce en un principio general, el cual a su vez se concreta como derecho subjetivo que afecta a todos los derechos constitucionales, y como obligación de los poderes públicos de hacerla real allí donde no surja de forma espontánea” (Molas, *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, 1998, p. 299).

De esta manera, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reconoce expresamente a la igualdad como una de las bases del sistema político instaurado, sobre el cual surge un deber de protección que trasciende la noción retórica, para asumirlo como una técnica jurídica operante, que tiende a equilibrar las situaciones jurídicas de los particulares de una manera no sólo declarativa, sino también real y verdadera.

Con ello, es uno de los fines del Estado, que consiste en el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a uno de lo que se concede a otro en iguales circunstancias, lo cual implica, que ante diferencias fácticas, la ley no puede establecer disposiciones uniformes.

En este contexto, García Morillo afirma (*Derecho Constitucional*, 2000, p. 171), que es un derecho prototípicamente relacional, por cuanto antes de concebirlo de manera autónoma, se observa conjuntamente con otro derecho o en una determinada situación material, es decir, “no se viola la igualdad en abstracto, sino en relación con – esto es en la regulación, ejecución o aplicación, ejercicio, etc.- el acceso a los cargos públicos, la libertad de residencia, el derecho al trabajo o la tutela judicial efectiva, por solo poner unos ejemplos” (García Morillo, *ob. cit.*, p. 174).

En efecto, el derecho a la igualdad “no es propiamente hablando un derecho autónomo de los otros derechos, puesto que difícilmente puede materializarse en abstracto” (Molas, *ob. cit.*, p. 299), es decir, que aparece adminiculado con otros derechos, concretándose siempre en una situación material determinada.

Este derecho, ha ido “superando cada vez más el concepto formal de igualdad ante la ley y adentrándose en el de igualdad material, esto es, igualdad dentro de la ley o en la ley. En cierta forma, ello ha supuesto la ruptura, al menos parcial, de los caracteres de universalidad, generalidad, abstracción y duración de la ley, al admitirse las leyes singulares o sectoriales –con destinatarios individuales o grupales concretos-, las leyes temporales –cuya validez se persigue sólo durante una época concreta- y las leyes diferenciadoras, que, aún siendo generales o duraderas, otorgan distintos tratamientos en función de sus características” (García Morillo, *ob. cit.*, p. 172).

Tal fenómeno no es injustificado, pues viene determinado por la constatación de diferencias entre las situaciones fácticas de los sujetos de derecho y por la obligación que no pocas Constituciones, entre ellas la de 1999, imponen a los Poderes Públicos, de procurar que esa igualdad sea real y efectiva. Estas circunstancias, aunadas a la complejidad de la sociedad moderna y al carácter social del Estado venezolano, explican que un gran número de normas otorguen hoy, tratamiento diferente a supuestos de hecho que se entienden distintos.

Actualmente, la igualdad se constituye en una situación jurídica de poder, que permite la “reacción frente a la posible arbitrariedad de los poderes públicos. No se trata ya de que éstos no puedan, en sus actuaciones, diferenciar entre individuos o grupos: se trata de que, si lo hacen, su actuación no puede ser arbitraria. Es, por lo tanto, un principio negativo, limitativo, que acota un ámbito de actuación de los poderes públicos, y reaccional, que permite a los particulares reaccionar frente a las actuaciones de aquellos cuando sean arbitrarias” (García Morillo, *ob. cit.*, p. 173).

De este modo, “la igualdad jurídica no implica un trato igual en todos los casos con abstracción de los elementos diferenciadores. Se prohíbe la discriminación, pero no toda desigualdad es una discriminación. Se prohíben las normaciones <<no justificadas>> (es decir arbitrarias o discriminatorias), pero no las normaciones diferenciadas, si corresponden a supuestos de hecho diferentes” (Molas, *ob. cit.*, p. 301). A mayor abundamiento, los dos corolarios de la noción de igualdad: a) no asimilar a los distintos y b) no establecer diferencias entre los iguales.

En este mismo sentido, el referido autor sostiene, que “la igualdad no exige tratar de manera igual situaciones diferentes” (Molas, *ob. cit.*, p. 301), sino, que prohíbe la discriminación, que consiste en la diferenciación “que se funda en un prejuicio negativo en virtud del cual los miembros de un grupo son tratados como seres no ya diferentes sino inferiores (en ciertos aspectos al menos). El motivo de la discriminación es algo más que irrazonable, es odioso, y de ningún modo puede aceptarse porque resulta humillante para quienes sufren esa marginación.” (Bilbao, *La Eficacia de los Derechos Fundamentales Frente a Particulares*, 1997, p. 398).

Al respecto, esta Sala, en sentencia del 17 de febrero de 2006, dictada en el caso *José Gómez Cordero*, señaló:

“el principio de igualdad implica un trato igual para quienes se encuentren en situación de igualdad -igualdad como equiparación-, y un trato desigual para quienes se encuentren en situación de desigualdad -igualdad como diferenciación-. En este último supuesto, para lograr justificar el divergente tratamiento que se pretenda aplicar, el establecimiento de las diferencias debe ser llevado a cabo con base en motivos objetivos, razonables y congruentes.

De lo anterior se desprende que no resulta correcto conferirle un tratamiento desigual a supuestos fácticos que ostenten un contenido semejante y que posean un marco jurídico equiparable, pero debe aclararse que igualdad no constituye sinónimo de identidad, por lo que también sería violatorio del principio de igualdad darle un tratamiento igualitario a supuestos que sean distintos (*Vid.* GUI MORI, Tomás. *Jurisprudencia Constitucional Integral* 1981-2001, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 2002, p. 332). Lo que podría resumirse en dos conclusiones: ‘No asimilar a los distintos, y no establecer diferencias entre los iguales,’ como se dijo *ut supra*”.

Con ello, no cualquier trato desigual resulta discriminatorio, pues sólo lo es el trato desigual no basado en causas objetivas y razonables. En efecto, “la igualdad constitucional no prohíbe que el legislador diferencie. Si lo hiciera, el legislador no podría hacer nada. No se aprobaría ni una sola ley. Lo que prohíbe es que diferencie de una manera no objetiva, no razonable y no proporcionada. Es decir, que tome partido ante el ejercicio del derecho a la diferencia” (Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 2000, p. 311).

De allí, que el legislador pueda introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, esto es, cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos, con lo cual la vigencia del principio de igualdad, no debe analizarse desde una visión puramente formalista.

Sobre este particular, esta Sala estableciendo que “es posible que el ordenamiento jurídico establezca diversas regulaciones de carácter particular que no sean violatorias de los preceptos constitucionales.”

2. *Derechos individuales*

A. *Derecho a la protección de datos personales*

TSJ-SC (1318)

4-8-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Germán José Mundarain Hernández y Otros (Impugnación del artículo 192 del Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia fija interpretación vinculante respecto del derecho a la protección de datos personales.

Igualmente, esta Sala advierte que corresponde a la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario, en ejecución de las obligaciones establecidas en la vigente Ley de Instituciones del Sector Bancario, adecuar el ordenamiento jurídico estatutario aplicable al Sistema de Información Central de Riesgos, por lo que se exhorta a la mencionada Superintendencia, que proceda a adecuar su normativa a la legislación vigente. En tal sentido, debe precisarse que si bien el 24 de octubre de 2006, la entonces Superintendencia de Bancos y Otras

Instituciones Financieras, remitió proyecto de “Resolución de Normas de funcionamiento del sistema de Información Central de Riesgos (SICRI)”, con el objeto “que [este] (...) Tribunal evalúe el contenido del mencionado documento y nos indique la viabilidad de emisión del mismo”, tal solicitud no puede ser objeto de consideración, en tanto que no corresponde a este órgano jurisdiccional el ejercicio de una función consultiva como la planteada, por cuanto no se subsume en las competencias que rigen a este órgano jurisdiccional, por lo que se desestima la misma.

Al margen de las anteriores consideraciones, no escapa al conocimiento de la Sala, que en la actualidad no existe un marco legal que regule en forma sistematizada la protección de datos y particularmente el llamado derecho de autodeterminación informativa, cuyo reconocimiento y contenido se deriva de la retícula normativa contenida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de la jurisprudencia vinculante de esta Sala, la cual reiteradamente ha señalado que las normas constitucionales tienen aplicación inmediata (*Cfr.* Sentencia N° 1.050/00), en tanto los derechos y garantías constitucionales, cuyo ejercicio no han sido desarrollados por la ley, no por ello pierden vigencia y se hacen inaplicables, sino por el contrario vinculan de forma inmediata el ejercicio de las competencias entes y órganos que integran la administración y de los derechos y deberes de la sociedad en general.

Efectivamente, a partir de los derechos fundamentales se forjan un conjunto de estadios normativos que se vinculan entre sí, para la tutela efectiva de los derechos y garantías, por lo que a la par de la garantía judicial inmediata que se derivó de la entrada en vigencia de la Constitución, se generó igualmente el deber de todos los órganos que ejercen el Poder Público, emprender en el marco de sus competencias, una redefinición estructural del arquetipo existente para el funcionamiento de los órganos del Poder Público y, particularmente de sus relaciones entre sí y con la sociedad, en orden a armonizarlo con los fines que le han sido constitucionalmente encomendados

(Véase Sentencia N°332 de14-3-2001 Caso: *Ministerio de Sanidad y Asistencia Social (Director de drogas y Cosméticos)* en *Revista de Derecho Público* N° 85-86/87-88, 2001, p.483 y ss.)

Ahora bien, aunado a las anteriores consideraciones, es preciso que las regulaciones generales y sectoriales que se implementen para la defensa del derecho a la protección de datos, respondan a los principios contenidos en la Constitución, particularmente en los artículos 20, 28, 60 y 143 de la Constitución, los cuales establecen expresamente que:

“Artículo 20. Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social”.

“Artículo 28. Toda persona tiene el derecho 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. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley”.

“Artículo 60. Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación.

La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos”.

“Artículo 143. Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a ser informados e informadas oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad”.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, recoge la protección de datos de carácter personal, la cual se constituye en un derecho fundamental autónomo que subyace en el contenido de los artículos parcialmente transcritos y que tiene como finalidad cardinal, permitir que todas las personas puedan controlar el acceso y uso por terceros de sus datos personales y, a su vez, que evitar los datos de carácter personal recogidos sufran desviaciones de la finalidad para la que fueron recabados. En tal sentido, debe tenerse en consideración que la protección de datos hace referencia a un “conjunto de bienes o intereses que pueden ser afectados por la elaboración de informaciones referentes a personas que pueden ser identificadas o identificables” -Cfr. ANTONIO PÉREZ LUÑO. *Nuevos Derechos Fundamentales en la Era de la Tecnología: La libertad informática. Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, N° 2, 1989/90, p. 172-173-. La concepción del derecho a la protección de datos de carácter personal, trasciende entonces el resguardo del ámbito íntimo de la vida privada, y alcanza la posibilidad de controlar esa información, a los fines de asegurar a las personas frente al riesgo que supone el acopio y transmisión de sus datos, como una cuestión que en muchos casos se extiende (más allá del interés particular) a la necesidad de la sociedad en general de contar con medios que la protejan, ante el uso indebido de su información, la cual puede conducir a la negación de derechos fundamentales -vgr. participación- o en la ineficacia de las instituciones que hacen posible su ejercicio.

La relevancia de una debida protección de datos personales en el marco de la sociedad moderna, ha generado a nivel mundial el surgimiento de un marco regulatorio en la materia de protección de datos personales, tal como se desprenden de los principios establecidos por la Organización de las Naciones Unidas -vgr. Asamblea General, Resolución 45/95 del 14 de diciembre de 1990-, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -vgr. Directrices Relativas a la Protección de la Intimidad y de la Circulación Transfronteriza de Datos Personales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)-, normativas generales a nivel regional, como el Convenio N° 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal o a nivel nacional, como en México, con normas como la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.

Así, el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, claramente diferenciado del derecho a la intimidad personal y familiar de las personas, al establecer lo siguiente:

- “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.
3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.

Del contenido del artículo parcialmente transcrito, resulta claro que toda regulación o actividad vinculada al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, comporta la garantía que los datos correspondientes sean tratados de modo leal y respondan para fines concretos, sobre la base del consentimiento del interesado o como consecuencia de algún otro fundamento legítimo, previsto legalmente, aunado a que toda persona tendrá los derechos de acceso, rectificación y cancelación al tratamiento y la existencia de una autoridad independiente encargada de velar por la garantía del derecho.

Igualmente, la ya citada Resolución 45/95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1990, considera como garantías mínimas que deben prever las legislaciones nacionales, los principios de legalidad y lealtad; exactitud; especificación de la finalidad; acceso de la persona interesada; no discriminación; limitación de la facultad para hacer excepciones; seguridad; supervisión y sanciones, a través de una autoridad que deberá ofrecer garantías de imparcialidad, independencia y competencia técnica; flujo transfronterizo de datos basado en la similitud de las salvaguardas y de campo mínimo de aplicación general a todos los archivos informatizados públicos y privados.

A nivel jurisprudencial, en el Derecho Comparado, la Corte Constitucional de Colombia a través diversos fallos ha definido el alcance y características del habeas data, así como las condiciones que deben rodear el tratamiento de los datos personales consagrado en el artículo 15 de la Constitución de 1991. Concretamente, en su sentencia N° T-414/92, estableció que:

“al dato no puede aplicarse en todo su rigor el derecho clásico de propiedad. En verdad, bien miradas las cosas, salta a la vista la existencia de varios sujetos con distintas relaciones. Uno es el sujeto del cual se dice algo o al cual algo le concierne en el universo informativo construido a partir del dato. Otro es el sujeto que, aplicando unos códigos o gramáticas como instrumentos auxiliares, hace que el dato se convierta en información.

Pueden existir otros cuya labor específica es la circulación y difusión de la información con destino a los clientes habituales de los medios de comunicación. La labor primordial de estos últimos sujetos es, como se ve, hacer que el dato se convierta en esa mercancía denominada a veces noticia, apta para el consumo de su clientela que las nuevas tecnologías de información permiten ampliar más y más cada día. En estas condiciones, los diversos sujetos son apenas titulares de algunas facultades que no les confieren necesariamente la calidad de propietarios. Muchas veces no son más que simples depositarios forzosos.

De otra parte, la facultad de difusión que es, como se sabe, propia del derecho a la información, adquiere un contenido económico que muy a menudo dificulta establecer un límite claro entre el ejercicio del derecho a la información como dimensión de la libertad política y presupuesto de una democracia participativa y pluralista, y la simple actividad empresarial de producir más y más noticias para una creciente clientela teniendo como materia prima los datos. Algunos se apropian codiciosamente de ellos, como si se tratara de colegiales indisciplinados a la caza de frutos silvestres en predios que consideran baldíos y que son en verdad los huertos de sus iracundos vecinos o colegas.

Lo cierto es que por las muy estrechas relaciones entre el dato personal y la intimidad que atrás hemos destacado, la sola búsqueda y hallazgo de un dato no autoriza a pensar que se ha producido simultáneamente su apropiación exclusiva y, por tanto, la exclusión de toda pretensión por parte del sujeto concernido en el dato.

De ahí que no pueda hablarse de que existe un propietario del dato con las mismas implicaciones como si se tratara de una casa, un automóvil o un bien intangible. Tampoco cabe pensar que la entidad que recibe un dato de su cliente en ejercicio de una actividad económica, se convierte por ello mismo en su propietario exclusivo hasta el punto de que es ella quien pueda decidir omnímodamente su inclusión y posterior exclusión de un banco de datos. Esto

sería tanto como autorizarlo de lleno a desposeer al sujeto, con todas sus consecuencias pre-visibles, de los ‘perfiles virtuales’ que, como ya hemos visto, pueden construirse a partir de los datos de una persona.

Con las posibilidades que ofrecen hoy las modernas tecnologías de información y, en particular, los bancos de datos computarizados, ello equivaldría también a autorizar a la persona o entidad que recibe el dato a encarcelar ‘virtualmente’ en el banco de datos al sujeto concernido en los mismos. Lo cual, en países que carecen de una legislación específica protectora de la intimidad frente al fenómeno informático, favorecería abiertamente su cotidiana vulneración. Que estos abusos no son simplemente potenciales e imaginarios, lo señala en buena medida el informe del señor Superintendente.

Por eso, a partir de la vigencia del art. 15 de la Carta del 91 y en desarrollo del mismo es indispensable la regulación integral del poder informático para poner coto a sus crecientes abusos. Así lo exige la adecuada protección de la libertad personal frente a los poderosos embates de las nuevas tecnologías”.

En España, por su parte el Tribunal Constitucional en sentencia N° 292/2000, señaló que “el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso”, añadiendo que “estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero” y, concluye que “son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele”.

Del contenido de tales experiencias normativas y jurisprudenciales, resulta importante destacar que la regulación no va dirigida exclusivamente a la actividad de los órganos y entes públicos, sino por igual a la actividad desarrollada por particulares que se vinculen o incida sobre el derecho a la protección de datos personales, ya que cualquier regulación parcial, haría nugatorio el mencionado derecho, como por ejemplo puede evidenciarse, en el sector bancario, que cuentan con un Sistema de Información Central de Riesgos, pero el cual no constituiría una garantía real para los usuarios, si sistemas de información paralelos, como los denominados “burós de crédito o sociedades de reportes del consumidor privadas” no ofrecen una protección debida de los datos, bajo los siguientes principios.

Ahora bien, al margen de la necesaria regulación legislativa del Texto Constitucional, de éste se derivan condiciones mínimas de garantía del derecho a la protección de datos personales, que resultan aplicables en términos generales, a todos los sistemas de base de datos personales, los cuales designan al conjunto organizado de datos que sean objeto de tratamien-

to o procesamiento, electrónico o no, cualquiera que fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los ámbitos público o privado, salvo las excepciones establecidas en la ley.

A tal efecto, esta Sala con carácter vinculante establece que toda normativa o sistema sobre datos personales que contenga información de cualquier tipo referida a personas físicas o jurídicas determinadas o determinables, debe garantizar

1.- El principio de la autonomía de la voluntad. Lo cual comporta la necesaria existencia de un consentimiento previo, libre, informado, inequívoco y revocable para el uso o recopilación de datos personales.

Al respecto, debe tenerse en consideración que esta Sala ha sostenido en sentencia N° 85 del 24 de enero de 2002, caso: “*Asodeviprilara*”, que “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”.

Por ello, la autonomía de la voluntad debe vincularse necesariamente en estos casos, al grado de información que tienen los titulares de los datos en relación al uso de los mismos, vale decir a la finalidad última de la recopilación de la información y sus consecuencias.

Frente a los anteriores asertos, cabe señalar de una vez que la ley puede permitir el acceso a la información personal tutelada por la protección de datos, sin que medie la autorización del afectado, tal como se desprende en el sector bancario del contenido del artículo 89 de la Ley de Instituciones Bancarias del Sector Público, al establecer que:

“Artículo 89

Levantamiento del secreto bancario

El secreto bancario no rige cuando la información sea requerida para fines oficiales por:

1. El Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República, el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional, los Magistrados o Magistradas Presidentes o Presidentas de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, el Ministro o Ministra en el área financiera, el Defensor o Defensora del Pueblo, el Defensor o Defensora Pública General, el Procurador o Procuradora General de la República, el Contralor o Contralora General de la República, el Presidente o Presidenta del Consejo Nacional Electoral, el Presidente o Presidenta del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional, el Presidente o Presidenta del Banco Central de Venezuela, el Presidente o Presidenta del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios, el Superintendente o Superintendente del mercado de valores y el Superintendente o Superintendente del sector seguros.

2. El Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia para Interior y Justicia, el Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia para la Defensa, los Órganos del Poder Judicial, la administración aduanera y tributaria, y la autoridad administrativa con competencia en materia cambiaria, según las leyes.

3. Los jueces o juezas y tribunales en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso determinado, en el que sea parte el usuario y usuaria de la institución del sector bancario a quien se contrae la solicitud.

4. La Fiscalía General de la República, en los casos de presunción de enriquecimiento ilícito de funcionarios o funcionarias y servidores públicos o servidoras públicas de quienes administren o hayan administrado recursos del Estado o de organismos a los que éste otorga soporte económico.

5. El Superintendente o Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario, en el ejercicio de sus funciones de supervisión.

6. Los organismos competentes del gobierno de un país con el que se tenga celebrado convenio para combatir, reprimir y sancionar el tráfico ilícito de drogas o el terrorismo y la legitimación de capitales.

7. El Presidente o Presidenta de una Comisión Investigadora de la Asamblea Nacional, con acuerdo de la Comisión de que se trate y en relación con hechos que comprometan el interés público.

En los casos de los numerales 2, 3 y 4, la solicitud de información se canaliza a través de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.

Los receptores o receptoras de la información a que se refiere el presente artículo, deberán utilizarla sólo a los fines para los cuales fue solicitada, y responderán de conformidad con las leyes por el incumplimiento de lo aquí establecido”.

Asimismo, la Sala ha señalado reiteradamente en casos relativos a la existencia de archivos policiales, que estos tienen fundamento legal y no atentan contra derechos constitucionales. En este sentido, se estableció que:

“en sentencia del 29 de octubre de 2004 (caso: *María Isabel Mijares Herbilla*), señaló: ‘Así las cosas, debe concluirse que la existencia per se de tales archivos policiales, legalmente constituidos y llevados, no afecta ilegítimamente los derechos fundamentales de las personas. Lo que puede devenir lesivo, de manera ilegítima, a derechos tales como el de la libertad y la seguridad personales, así como a la honra, a la intimidad de la vida privada y a la reputación –que tutelan la Constitución, en los términos de sus artículos 44, 60 y 143, e instrumentos normativos vigentes en la República; tales los casos de los artículos V, XXV, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 7 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-, es el empleo abusivo y contrario a la ley que de tal información se haga. De otro lado, por razones del interés social, la existencia de tales registros es de aceptación universal, como herramienta indispensable que coadyuva a la eficacia de la investigación y la prevención del delito; ello, sin perjuicio de las limitaciones que el ordenamiento jurídico establezca, en relación con el uso de dichos instrumentos, con el propósito de aseguramiento de la efectiva vigencia de los derechos fundamentales. Así, en el caso de Venezuela, existe una estricta regulación de los registros en referencia, mediante una inequívoca restricción de su empleo para los fines taxativamente señalados en la Ley, razón por la cual el legislador estableció el carácter reservado de los mismos y, por consiguiente, la determinación de quiénes tienen acceso a ellos. Así, los artículos 6 y 7 de la Ley de Registro de Antecedentes Penales, aplicables, mediante interpretación extensiva, a los antecedentes judiciales y policiales –por ende, a la situación presente-, establecen: ‘Artículo 6º. El Registro de Antecedentes Penales es secreto y los datos que en él consten sólo podrán ser suministrados en los casos determinados por esta ley’. ‘Artículo 7º. Solamente se expedirán copias simples o certificadas del Registro de Antecedentes Penales, a las autoridades públicas, por motivo de la función del proceso penal o por razones de seguridad o de interés social en los casos establecidos por la ley. Las autoridades policiales o administrativas no podrán expedir certificaciones relativas a las faltas policiales o administrativas de las que hayan conocido, sino única-

mente al Ministerio de Justicia, cuando éste lo considere conveniente' (...). Resulta claro, entonces, que de la mera existencia, en los registros policiales, penales o judiciales, de antecedentes respecto de alguna persona, no derivaron violaciones como las que, en la presente causa, denunció la parte actora" (*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 1.526/09).

La jurisprudencia parcialmente transcrita, ejemplifica claramente, casos en los cuales la sola existencia de registros como los policiales en los cuales reposan datos inherentes a una persona, de ninguna manera constituye fundamento constitucional ni legal para que sea objeto de limitaciones en sus derechos constitucionales. Pero se insiste, que al margen del carácter lícito para recopilar datos y utilizarlos en casos como los antes señalados, no significa que el afectado pierda su capacidad de autodeterminación en este ámbito.

También deriva del presente principio, el deber de informar al interesado previamente o al tiempo de recolección de datos, elementos como la identidad del responsable de los mismos, los fines para los cuales son recolectados y el modo en que podrá hacer efectivos su derecho a la autodeterminación, así como de cualquier otra información necesaria para garantizar el derecho a la protección de datos personales.

Las anteriores exigencias, deben materializarse en una normativa sectorial que en el caso del sistema bancario regule minuciosamente, qué actividades y omisiones por parte de los usuarios generan su inclusión en el Sistema de Información Central de Riesgos y las consecuencias de la calificación en el mismo.

2.- El principio de legalidad. La recopilación de datos personales comporta que la limitación a la autodeterminación informativa, sea el resultado de normas de rango legal. Así, cualquier limitación al derecho a la "autodeterminación informativa" es admisible en la medida que resguarde un interés general superior que la ley tutele directamente o se fundamente en la Constitución, advirtiéndose en todo caso que las restricciones deberán ser objeto de interpretaciones estrictas, por constituirse en normas restrictivas de derechos. Sentencia N°332 de14-3-2001 Caso: *Ministerio de Sanidad y Asistencia Social (Director de drogas y Cosméticos)* en *Revista de Derecho Público* N° 85-86/87-88, 2001, p.483 y ss.)

La información relativa a las personas no debe ser recogida o procesada por métodos desleales o ilegales, ni debe ser utilizada para fines contrarios a los principios y garantías de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Sin embargo, es posible que la ley establezca tratamientos particulares a datos de carácter personal, en la medida que la aplicación de los principios generales pudiera suponer un riesgo para la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud pública o la moralidad, lo cual deberá analizarse en cada caso y, será procedente en términos generales, en tanto dicha medida resulte estrictamente necesaria y no excesiva en el ámbito de una sociedad democrática.

En tal sentido, es posible una restricción del derecho a la información ya que como se señala *infra*, el grado de protección o reserva de los datos personales responden a las circunstancias particulares de cada caso.

Mención aparte, merecen datos que revelen la ideología, afiliación sindical, religión o creencias, origen racial y la vida sexual del afectado, los cuales sólo podrán ser tratados con su consentimiento, a menos que el afectado los hubiera hecho manifiestamente públicos, o cuando una ley así lo disponga.

A juicio de esta Sala, en materia bancaria cuando el artículo 92 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario en concordancia con el artículo 90 *eiusdem*, establecen una prohibición no absoluta a las instituciones bancarias, las cuales "en consonancia con la presente Ley tienen prohibido informar los antecedentes financieros personales de sus usuarios o usuarias a

cualquier persona natural o jurídica u Organismos Públicos o Privados, exceptuando al mismo usuario o usuaria, a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, al Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional, al Banco Central de Venezuela y demás entes autorizados por la presente Ley o Leyes Especiales, salvo que el usuario o usuaria autorice por escrito a la institución, autorización que en cualquier momento podrá ser revocable por el usuario o usuaria” comporta que sistemas de información paralelos, como los denominados “burós de crédito o sociedades de reportes del consumidor privadas”; deban ofrecer una protección debida de los datos y a los usuarios del sistema bancario, bajo los principios contenidos en el presente fallo y a las potestades normativas de la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario.

Ello es posible, sobre la base de la doctrina de los poderes inherentes o implícitos en el ámbito de la actividad administrativa, la cual reitera la Sala debe atender a la posibilidad del intérprete de las normas atributivas de competencia de revisar el espíritu de la norma ‘atributiva’, en forma tal que permite aceptar la existencia de competencia cuando ésta sea consecuencia lógica del dispositivo legal y de la índole de la actividad principal que el órgano o ente ejerza (*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 565/08).

Los anteriores razonamientos, sólo contrarían una concepción simple del principio de legalidad, que se restrinja a la literalidad de la exigencia que éste impone respecto a la ineludible existencia de un precepto jurídico que justifique la actuación administrativa, la cual se constituye en una “(...) exigencia [que] debe ser matizada con la doctrina de los poderes inherentes o implícitos que, por excepción, pueden inferirse por interpretación de las normas más que por su texto directo. Esta doctrina fue formulada originalmente en el Derecho público Anglosajón, tanto en el ámbito constitucional (inherent powers de la Federación americana, deducidos de su posición general, no mencionados en el pacto federal o Constitución y que una aplicación estricta del principio federal hubiera tenido que interpretar como no transferidos a la Unión por los Estados miembros -Enmienda X-; entre ellos está nada menos que la posición del presidente para conducir las relaciones internacionales), como el del local government (competencias de los entes locales construida sobre el sistema de lista -y no sobre el de la cláusula general-, corregida tal lista con los implied powers). (...) la inherencia o implicación ha de deducirse, no de ninguna imagen ideal o abstracta de unos supuestos poderes ‘normales’ administrativos (imagen que arruinaría la exigencia de la legalidad en su función habilitante), sino de otros poderes expresamente reconocidos por la Ley y de la posición jurídica de los administrados por la Ley y de la posición jurídica singular que ésta construye, como poderes concomitantes de tales o tal posición o, incluso, como filiales o derivados de los mismos (poderes incluidos en otros o derivados) (...)” -*Vid.* Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. Reimpresión de la octava edición, Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 440 y De La Cuetara, Juan Miguel, *Las Potestades Administrativas*, ED. TECNOS, Madrid, 1986, p. 101.

Ciertamente, “aun cuando la competencia no esté literalmente contenida en una norma, es posible deducirla acudiendo a una interpretación finalista o sistemática de la misma, ya que si la competencia no surge en forma concreta de la disposición, en orden a materializar los fines del Estado y su cometido esencial de justicia social mediante la prestación de servicios eficientes y bienes de calidad, debe establecerse si la actuación administrativa puede derivarse como consecuencia lógica del texto de ésta” (*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 565/08).

Se insiste entonces, que dado que cualquier regulación parcial en esta materia haría nugatorio el derecho a la protección de datos, ya que un Sistema de Información Central de Riesgos, que permita sistemas de información paralelos que no ofrezcan las debidas garantías

a los usuarios del sector bancario, como los denominados “burós de crédito o sociedades de reportes del consumidor privadas”, resulta contrario al contenido y alcance de las normas constitucionales y al ordenamiento estatutario de derecho público aplicable al sistema bancario, es por lo que la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario tiene competencia para regular la actividad desarrollada por dichas instituciones, sobre la base del contenido del último aparte del artículo 90 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario y de conformidad con el contenido del presente fallo.

3.- El principio de finalidad y calidad. La recopilación de datos personales debe responder a finalidades, motivos o causas predeterminadas, que no sean contrarias al ordenamiento jurídico constitucional y sectorial, lo cual se constituye además en un requisito necesario para obtener un consentimiento válido de conformidad con lo indicado en el principio de autonomía de la voluntad.

La elaboración de sistemas o archivos de datos personales, permite con los actuales avances de la tecnología, generar investigaciones que potencialmente pueden influenciar a individuos o sectores de la sociedad, por lo que se pueden constituir restricciones indebidas del derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad económica y otros derechos fundamentales.

Por lo tanto, la recolección y uso de datos deben formularse con estricto respeto al principio de buena fe, con lo cual éstos sólo podrán ser obtenidos y tratados para el cumplimiento de finalidades determinadas, explícitas y legítimas relacionadas con la actividad de quien los obtenga en el marco del ordenamiento jurídico aplicable.

Así, el principio de finalidad comporta igualmente la necesaria proporcionalidad que debe existir en la obtención sólo los datos que resulten adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para los cuales se requieren. Para ello, es necesario en materia bancaria establecer sistemas de datos adecuados, lo que supone necesariamente contar con información sobre los usuarios del sistema financiero, que sea confiable en la medida que pueda reflejar la situación real; plena ya que debe abarcar todo aquello que pueda influir en la situación patrimonial de la banca y su estructura financiera; pertinente o útil, ya que debe comportar no sólo una información actualizada que permita a los interesados -usuarios, administración e instituciones- conocer elementos necesarios para la toma de decisiones, sino que además posibilite prever circunstancias que atenten contra la seguridad del sector; comprensible en tanto garantice que los usuarios puedan efectivamente ponderar las consecuencias de los datos contenidos, su uso, aunado a los medios para obtener su actualización y; finalmente, segura lo cual necesariamente conlleva a la regulación de exigencias mínimas de control de acceso a los mismos, posibilidad de modificación y actualización.

4.- El principio de la temporalidad o conservación. La conservación de los datos se extiende hasta el logro de los objetivos para las cuales han sido elaborados, vale decir, que justificaron su obtención y tratamiento.

El contenido de la recopilación de datos personales, no puede constituirse al margen de la ley, en un medio de estigmatización o de desigualdad, que en forma alguna responda a la realidad o finalidad de la compilación.

Ello resulta particularmente relevante, cuando los datos o información compilada es relativa a sanciones o informaciones negativas acerca de una persona, ya que “no tienen vocación de perennidad y, en consecuencia después de algún tiempo tales personas son titulares de un verdadero derecho al olvido” *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-414 del 16 de junio de 1992).

Corolario de lo anterior, es que la materialización de tales asertos, corresponde al ejercicio de las competencias que tiene atribuidas la Superintendencia de las Instituciones Financieras para dictar la normativa prudencial en la materia. Sin embargo, la aplicación de los anteriores principios al sector bancario, y en particular en lo relativo al Sistema de Información Central de Riesgos, en términos generales propendería a generar un registro que garantice el denominado derecho al olvido, conforme al cual los datos tienen por su naturaleza una vigencia limitada en el tiempo y en relación al fin para el cual han sido incluidos en determinado “registro”, lo cual impone a los responsables o administradores de bancos de datos, la obligación ineludible de una permanente actualización a fin de no poner en circulación perfiles de “personas virtuales” que afecten negativamente a sus titulares, vale decir, a las personas reales.

En tal sentido, comparte esta Sala el criterio de la Corte Constitucional de Colombia al señalar sobre el fundamento del derecho al olvido en materia crediticia y, en particular sobre la permanencia indefinida del dato cuando el deudor ha pagado, al asentar que:

“Para la hipótesis específica de las obligaciones con entidades del sector financiero, la actualización debe reflejarse en la verdad actual de la relación que mantiene el afectado con la institución prestamista, de tal manera que el responsable de la informática conculca los derechos de la persona si mantiene registradas como vigentes situaciones ya superadas o si pretende presentar un récord sobre antecedentes cuando han desaparecido las causas de la vinculación del sujeto al sistema, que eran justamente la mora o el incumplimiento.

Considera la Corte que en tales circunstancias, para que la información tenga la característica de veraz, como lo exige el artículo 20 de la Constitución, el nombre y la identificación de quien era deudor y ya no lo es, deben ser excluidos del catálogo de clientes riesgosos.

El pago o solución de la deuda tiene la virtualidad de liberar jurídicamente al deudor, quitando justificación al acreedor para seguir exigiendo algo de él y, con mayor razón, para causar su descrédito (...).

(...)

Los derechos al buen nombre y a la honra deben prevalecer frente al derecho a la información, pues no es justo que se esté suministrando a todo el sector financiero un dato en torno a una persona liberada de la obligación que condujo a su registro y que, pese al pago, se la haga permanecer en la tabla de quienes representan peligro para la banca por no pagar sus deudas cuando los hechos demuestran lo contrario”. (Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-110 del 18 de marzo de 1993 y Sala Sexta. Sentencia T-303 del 3 de agosto de 1993. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara).

De ello resulta pues, que sobre la base del derecho a la protección de datos personales, del derecho a la intimidad y del derecho a actualizar las informaciones que reposan en bancos de datos y en archivos de personas públicas o privadas, constituye una actividad contraria al sistema de derechos fundamentales y, en particular, al ordenamiento constitucional vigente, la conservación de registros o inscripciones en los que se califica como deudor, a una persona que ha pagado sus obligaciones -el capital adeudado y los intereses correspondientes-, pues el pago de la obligación hace desaparecer el fundamento de ese dato justificado plenamente durante el tiempo de la deuda, la mora, el retardo o en general el incumplimiento de la obligación, ya que con posterioridad a la solución, no es posible mantener inalterado o vigente dicho registro, sin incurrir en violación del derecho a la protección de datos personales.

Por ello, quien ha incurrido en alguna mora o retardo en la cancelación de una obligación crediticia, ciertamente debe incluirse en el Sistema de Información Central de Riesgos como ‘deudor moroso’, pero si con posterioridad éste paga su obligación, no podría aceptarse ninguna tesis que le impida ser borrado del correspondiente banco de datos, pues el sentido

de la norma constitucional, y así lo ha entendido la Sala -*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 4.796/07-, es que priva el derecho de toda persona a que la información que sobre ella se recoja o registre en entidades bien sean públicas o privadas sea actualizada; lo que se concreta en la obligación de estas entidades que se encargan de la recolección, tratamiento y circulación de datos, de actualizar sus informaciones incluso de manera oficiosa.

5.- El principio de exactitud y de autodeterminación. Los datos deben mantenerse exactos, completos y actualizados, respondiendo a la verdadera situación de la persona a la que se refieran, ya que toda actividad que comporte la recopilación de datos personales puede ser objeto de control, el cual posee cada ciudadano frente a la información que les concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo y en último extremo la propia identidad, dignidad y su libertad ante las injerencias en la zona espiritual íntima y reservada de una persona o un grupo, especialmente de una familia, la cual comprende no sólo sus relaciones afectivas o sexuales, sino también la esfera de confianza que abarca toda la información de un sujeto como afinidad o parentesco, entre otras.

En este sentido, se ha pronunciado la doctrina cuando entiende que la libertad informática y el derecho a la autodeterminación informativa, son en cierto modo sinónimos, ya que constituyen un nuevo derecho fundamental que tiene por objeto garantizar la facultad de las personas para conocer y acceder a las informaciones que les conciernen archivadas en base de datos, controlar su calidad o que impliquen la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados; y disponer sobre su transmisión. (*Vid.* Álvarez-Cienfuegos Suárez, José María. *La Defensa de la Intimidad de los Ciudadanos y la Tecnología Informática*. Editorial Aranzadi, 1999, pp. 25-26). Para ello, el interesado debe contar con procedimientos claros y expeditos para recabar del responsable del uso o resguardo, confirmación de la existencia o no del tratamiento de datos que le conciernen, así como información relativa los fines de dichos registros y los destinatarios a quienes se comuniquen dichos datos; que además le permitan lograr de ser procedente, la rectificación o cancelación de los datos que pudieran resultar incompletos, inexactos, inadecuados o excesivos y lograr, que tales modificaciones sean del conocimiento de aquellos a quienes se les haya comunicado la información errada, de conformidad con el ordenamiento jurídico aplicable.

También deriva de este principio, la necesidad de una discriminación en relación a la calificación que se haga de los datos, lo cual se materializa en materia bancaria en lograr un sistema que propenda a reflejar la situación real de los usuarios incluidos en el sistema, así no podría recibir una calificación genérica de deudor moroso, personas que se retrasen por ejemplo en pago mínimo de las tarjetas de crédito y mantengan un buen historial crediticio en relación a otros productos -*vgr.* Créditos hipotecarios-, por lo que la calificación estará vinculada con los respectivos incumplimientos (Principio de finalidad).

6.- El principio previsión e integralidad. La tutela de los derechos fundamentales vinculados con la recopilación de datos personales, debe plantearse inicialmente en relación con la protección del individuo contra la recopilación, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitada de los datos concernientes a la persona en los términos antes expuestos, pero el análisis de la posible afectación de sus intereses o derechos, no puede hacerse en todos los casos aisladamente -vinculado a registros de información determinados-, sino necesariamente debe tomar en consideración los datos que integran otros registros y su posible vinculación, ya que si bien éstos pueden carecer en sí mismo de interés, alcanzan un nuevo valor o significado de referencia, en relación con otros sistemas de registro de datos, más aún si se tienen presentes los actuales avances tecnológicos, por lo que no puede afirmarse que algunos datos carezcan per se de interés o relevancia jurídica.

Ahora bien, la averiguación de si existe o no una violación del derecho a la protección de datos -y en general de los derechos fundamentales- y su correspondiente tutela, puede fundarse en elementos esencialmente relativos, ya que como en la denominada “Proclama de Teherán”, aprobada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos el 13 de Mayo de 1968, se declaró que “si bien los recientes descubrimientos científicos y adelantos tecnológicos han abierto amplias perspectivas para el progreso económico, social y cultural, esta evaluación puede, sin embargo, comprometer los derechos y las libertades de los individuos y por ello requerirá una atención permanente”. Igualmente, la “Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad”, de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de noviembre de 1975 expresa que “todos los Estados tomarán medidas apropiadas a fin de impedir que los progresos científicos y tecnológicos sean utilizados, particularmente por órganos estatales, para limitar o dificultar el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales pertinentes”.

Por ello, debe tenerse en consideración que al existir un deber de proteger los derechos fundamentales, ello comprende la posibilidad que exista precaución frente a riesgos o posibles daños graves, por mucho que la incertidumbre científica o técnica que los rodee no permita encajarlos en el concepto tradicional de violación o amenaza de violación, en la medida que “los derechos fundamentales constituyen «mandatos de optimización», imponen la obligación de realizar y salvaguardar un determinado interés en la mayor medida posible, de manera que el Estado está obligado a protegerlos en principio contra cualquier riesgo” -Cfr. GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL. *Derechos Fundamentales y Riesgos Tecnológicos*. CEPC, Madrid, 2006, p. 271- bajo los límites que la propia Constitución impone y bajo los principios de racionalidad y ponderación, aplicables en cada caso en concreto.

Dado que la finalidad del Sistema de Información Central de Riesgos, es la de constituirse como una base de datos para “precisar los niveles riesgos”, debe incluir además de usuarios con historial crediticio propiamente dicho, aquellas personas que constituyen bajo el principio de precaución, sujetos que la propia legislación bancaria califica como riesgosos, bien sea para su entrada al sistema bancario o que mediante sentencia definitivamente firme, hayan sido condenados por delitos que atenten contra la integridad en el desarrollo de una actividad económica, como la bancaria o financiera.

Al respecto, esta Sala considera pertinente precisar, que personas condenadas por delitos de legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo, terrorismo, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria, o bien aquellos accionistas mayoritarios que directamente o a través de terceros, hayan ocupado cargos de administración o de dirección, consejeros, asesores, consultores, auditores internos y externos, gerentes de áreas, secretarios de la junta directiva o cargos similares, de hecho o de derecho, en una institución del Sistema Financiero Nacional y que haya sido intervenida o liquidada por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario o los entes de regulación del mercado de valores y de las empresas de seguros, se encuentra en una especial situación de riesgo que, por motivos de precaución, deben ser incluidos en el Sistema.

Igualmente, debe aclararse que la incorporación de tales personas al Sistema de Información Central de Riesgos, no constituye una sanción o pena accesoria a la comisión de delitos, sino una medida legislativa cuyo objeto es lograr la integridad y veracidad del registro, para el efectivo cumplimiento de su objetivo, vale decir determinar el nivel de riesgo, en una actividad que constituye un elemento fundamental en la consecución de los postulados contenidos en los ya citados artículos 112, 299 y 308 de la Constitución, dado que la banca y

el resto de las instituciones financieras y comerciales del país, funcionan como los canales de captación y distribución de los capitales hacia los sectores de la economía que hagan un uso eficaz de aquellos y a su vez, coadyuvan en el mantenimiento de la estabilidad económica en general, lo cual se vincula con elementos como la protección de la seguridad y defensa del Estado. Cabe reiterar en tal sentido, que la actividad bancaria debe responder a los principios de transparencia, democratización, sustentabilidad y responsabilidad (*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 794/11). Así, la necesaria inclusión de tales personas en el referido Sistema, tiene su fundamento legal en el artículo 90 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, el cual señala que:

“La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario solicitará información a otras instituciones públicas y privadas sobre el comportamiento en la cancelación oportuna de servicios públicos de las personas naturales o jurídicas, sean usuarios o no del sector bancario nacional, a fin de recopilar información adicional para facilitar la evaluación de riesgos, contribuir con las normas de identificación del usuario y usuaria para la prevención de legitimación de capitales, y facilitar el acceso a productos crediticios a las personas sin historial bancario”.

Ahora bien, al igual que en el caso de los deudores tradicionalmente contenidos en el Sistema de Información Central de Riesgos, debe insistirse que aquellos sujetos que se incluyan por causas vinculadas a delitos de legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo, terrorismo, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria, existe igualmente la necesidad de garantizar el principio de temporalidad, advirtiéndose que el tiempo o la generación del derecho al olvido en el presente caso, no se vincula o identifica con el cumplimiento de la pena, sino responde bajo el principio de precaución a la necesidad de monitorear por un plazo determinado el desarrollo de actividades de sujetos activos en el sistema.

Así, personas sometidas a intervenciones o procesos de liquidación, también constituyen posibles sujetos de riesgo, tal como se evidencia de la propia ponderación que formula el legislador al establecer para el procedimiento de intervención (así como la rehabilitación o liquidación), los cuales se caracterizan fundamentalmente por “mantener a la institución bancaria bajo la administración de un administrador o junta administradora designada por el Estado a través de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, para garantizar que la institución conserve su giro comercial con el fin de que adecúe su actividad a las instrucciones impartidas por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario y supere la situación en la cual se encuentra” (Artículo 254 *eiusdem*), lo que “denota una situación irregular que habilita al Estado a actuar en orden a salvaguardar los derechos de los depositantes y agilizar la entrega de activos al Estado, en aquellos casos en los que corresponda”

No sobra anotar entonces, que en ese contexto se establezca la necesaria inclusión al Sistema de Información Central de Riesgos de determinados sujetos vinculados a las instituciones bancarias, ya que si durante el proceso de intervención se estableciere que los activos de la institución del sector bancario de que se trate fueron transferidos a favor de terceras personas naturales o jurídicas de derecho privado, durante los ciento ochenta días continuos inmediatos anteriores a la fecha de la declaratoria de intervención, el Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario, debe solicitar al juez competente que dicte las medidas cautelares que estime pertinentes al caso, sin perjuicio de que el Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios proceda de igual forma si detectó tal situación durante la fase de liquidación. Aunado a que coetáneamente, se impone un deber al juez de tutelar efectivamente que los perjuicios que puedan ocasionar tales transferencias no se materialicen, sin partir para ello de los intereses de las partes involucradas en las relaciones contractuales en particular, sino en orden a prevenir daños a los usuarios -directos y potenciales- de la banca -inme-

diatamente afectada por la medida o no-, como sector vulnerable en la actividad y que, por lo tanto, encuentra una protección especial por parte del ordenamiento jurídico, con lo cual las medidas cautelares se mantendrán hasta que el juez o jueza establezca la legalidad y legitimidad de la operación.

Lo anterior se ratifica, ya que también se prevé que la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, instruirá a los administradores de las instituciones del sector bancario que se encuentren sometidos a las medidas señaladas en el artículo 182 *eiusdem* o ante cualquiera de los causales previstos en el artículo 247 *eiusdem*, que solicitarán autorización previa al ente de regulación para realizar cualquier transferencia de sus activos. Ello se ratifica, en los supuestos de liquidación de la institución bancaria, conforme al cual se genera una obligación al Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario, de “previa a la declaratoria de liquidación no voluntaria de una institución del sector bancario en la que aparezcan indicios de fraude bancario o financiero, deberá solicitar al juez o jueza competente medidas cautelares sobre los bienes de las personas naturales identificadas en el artículo 186 de esta Ley de la institución del sector bancario declarada en liquidación no voluntaria, que hayan participado en los actos o en la administración que sean objeto de los indicios” (Artículo 261 *eiusdem*). La competencia de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, para dictar normativas prudenciales vinculadas al ejercicio de su actividad de policía y, particularmente, en materia de riesgos, se erige en un medio para la defensa del sistema bancario frente a peligros que atentan contra su sustentabilidad. Por ello, se reitera que tanto la administración sectorial, las instituciones bancarias y las personas que lo integran, así como los órganos jurisdiccionales, deben hacer girar su actuación en el marco de los derechos y garantías consagrados en la Constitución, para lograr determinar la existencia de peligros o amenazas a la estabilidad del sistema bancario o la negación del objetivo fundamental de la actividad bancaria, contenidos en leyes estatutarias de derecho público en la materia, como la Ley de Instituciones del Sector Bancario, conforme a la cual existe la obligación de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad, mediante el correcto y eficaz desarrollo de la actividad de la banca y demás instituciones financieras, bajo los principios de justicia social -*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 1107/08-.

Bajo ese principio de justicia social, en el desarrollo de una actividad económica, como la bancaria o financiera, no sólo se garantiza la tutela de los derechos de los titulares de la actividad económica sino de los usuarios del mismo, ya que dentro de los fines de ese régimen estatutario de derecho público, siempre se ha tratado que las entidades sometidas a las leyes de bancos, posean una condición financiera y estructural suficiente para responder a las eventuales exigencias de los usuarios.

7.- Principio de seguridad y confidencialidad. Corolario de los anteriores principios, es la necesaria garantía -según los casos- de confidencialidad, de no alteración de datos por terceros y del acceso a tales datos por parte de las autoridades competentes de conformidad con la ley. Por lo tanto, deberán adoptarse las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para proteger los datos contra su adulteración, pérdida o destrucción accidental, el acceso no autorizado o su uso fraudulento.

La garantía de seguridad o resguardo de la información, se vincula entonces con el principio de finalidad, en tanto el contenido, uso y finalidad de los datos, determinará el grado resguardo del cual deban ser objeto. Con lo cual, existe una obligación subyacente a cargo de quienes intervienen en cualquier fase del manejo de datos personales, a guardar la debida reserva respecto de los mismos, aun después de finalizada su relación con el titular del archivo de datos.

Como principio general, también debe postularse que debe garantizarse que no procederán transferencias internacionales de datos al territorio de Estados cuya legislación no garantice un mínimo de protección de datos personales conforme a los anteriores principios, teniendo en consideración la naturaleza de los datos, las circunstancias que concurren en cada supuesto, tales como el ordenamiento jurídico estatutario aplicable y el consentimiento del posible afectado.

En tal sentido, se debe tener en consideración en lo que se refiere a la garantía de seguridad que al margen de la obligación contenida en el artículo 91 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, conforme al cual las instituciones bancarias y las instituciones señaladas en el artículo 90 *eiusdem*, suministrarán periódica y oportunamente, la información que se requiere para mantener actualizado el correspondiente registro y que deban contar con sistemas computarizados que les permitan proporcionar dicha información con la periodicidad que determine la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, la normativa prudencial correspondiente a la par de especificaciones técnicas en relación a minimizar el grado de vulnerabilidad de tales sistemas de información, debe implementar restricciones en relación al acceso por parte de las instituciones señaladas en el artículo 90 *eiusdem*, vale decir, no puede sostenerse que cualquier empleado de una institución financiera tenga acceso al referido registro, ya que la información en ella contenida tiene una finalidad específica, que no se corresponde con las funciones de determinados trabajadores de las instituciones bancarias.

8.- Principio de tutela. Al respecto, cabe reiterar que “en sentido amplio el derecho a acceder a la información y al conocimiento del fin (Véase, Sentencia N°332 de 14-3-2001 Caso: *Ministerio de Sanidad y Asistencia Social (Director de drogas y Cosméticos)* en *Revista de Derecho Público* N° 85-86/87-88, 2001, p.483 y ss.)

Aunado a la necesidad de contar con el medio de tutela judicial, las personas deben contar con un medio extrajudicial que garantice su derecho a la protección de datos personales, lo cual se concreta en la existencia de órganos o entes públicos que ejercen dicha competencia, por lo que además de conocer de las reclamaciones que les sean dirigidas por los interesados, deberán en el marco del ordenamiento jurídico aplicable, tener la competencia para elaborar o implementar modelos simplificados y basados en estándares técnicos, que permitan generar y medir el nivel de eficacia de las estructuras organizativas y procedimientos vinculados al cumplimiento y el grado de protección de los datos personales.

9.- Principio de Responsabilidad. La violación del derecho a la protección de datos personales debe generar de conformidad con el ordenamiento jurídico aplicable, sanciones de tipo civil, penal y administrativas, según sea el caso.

En ese sentido, la regulación sancionatoria por parte del Estado en materia de protección del derecho a la protección de datos personales, debe hallarse en las características propias de la actividad regulada la cual está fundamentada, tomando en consideración que el manejo de datos, va precedido por la confianza de los usuarios que autorizan su recolección o uso, pero también en la seguridad -en aquellos casos que no sea voluntario- que tal información será objeto de un debido resguardo y uso, por instituciones estructuradas para asumir efectivamente los riesgos que se derivan de sus operaciones, derivado de la convicción de contar con un respaldo normativo que permita certificar la idoneidad de éstas para manejar datos personales. De ello resulta pues, que en sectores donde existe una mayor injerencia en la regulación, control, supervisión y medidas de saneamiento, se manifieste proporcionalmente en materia sanciones administrativas, delitos y penas, que en términos generales extiendan la responsabilidad, no sólo a las personas naturales de las instituciones del sector bancario, sino también a los funcionarios que tienen a su cargo los sistemas de información. Con ello se

indica *per se*, que en el ámbito como el bancario la legislación asume una visión integral de la responsabilidad derivada del funcionamiento del sistema y de la tutela de derechos como el de la protección de datos personales, lo cual abarca no sólo a las actividades desarrolladas por el sector bancario propiamente dicho, sino además a los órganos y entes encargados de velar por la plena aplicación de las normas que informan ese ordenamiento jurídico estatutario de derecho público.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, se exhorta a la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario, para que en ejecución de las competencias establecidas en la vigente Ley de Instituciones del Sector Bancario, a adecuar el ordenamiento jurídico estatutario aplicable al Sistema de Información Central de Riesgos, sobre la base de las consideraciones contenidas en la presente decisión y de la normativa aplicable.

B. *Derecho de petición y oportuna respuesta*

TSJ-SPA (1061)

10-8-2011

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (Provea) vs. Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo.

El derecho de petición implica a la vez un deber para la Administración y sus funcionarios de decidir acerca de lo solicitado, sin que la referida obligación implique la emisión de un pronunciamiento favorable a la petición del interesado, y que quienes violen tal derecho de petición “serán sancionados conforme a la ley”, e incluso pueden ser “destituídos del cargo respectivo”.

...Al respecto resulta pertinente citar lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contenido del derecho de petición denunciado como infringido en el caso de autos, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 51.- 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 conforme a la ley, pudiendo ser destituídos o destituidas del cargo respectivo” (negrillas de la Sala).

Respecto al precitado derecho de petición la Sala Constitucional de este Alto Tribunal ha establecido en sentencia del 15 de agosto de 2002 lo siguiente:

“(...) se observa que el derecho presuntamente violado es el derecho de petición y de obtener oportuna respuesta, respecto al cual, esta Sala, en sentencia del 4 de abril de 2001 (Caso: Sociedad Mercantil Estación de Servicios Los Pinos S.R.L.), señaló lo siguiente:

‘Tal como lo exige el artículo 51 de la Constitución, toda persona tiene derecho a obtener una respuesta ‘oportuna’ y ‘adecuada’. Ahora bien, en cuanto a que la respuesta sea ‘oportuna’, esto se refiere a una condición de tiempo, es decir que la respuesta se produzca en el momento apropiado, evitando así que se haga inútil el fin de dicha respuesta.

En cuanto a que la respuesta deba ser ‘adecuada’, esto se refiere a la correlación o adecuación de esa respuesta con la solicitud planteada. 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’.

Asimismo, también en sentencia del 30 de octubre de 2001 (Caso: Teresa de Jesús Valera Marín y Cruz Elvira Marín vs. Ministro del Interior y Justicia), esta Sala Constitucional señaló 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’ (...).” (subrayado de esta Sala).

Asimismo, con relación al mencionado derecho de petición esta Sala Político-Administrativa (Véase Sentencia N°332 de14-3-2001 Caso: *Ministerio de Sanidad y Asistencia Social (Director de drogas y Cosméticos)* en *Revista de Derecho Público* N° 85-86/87-88, 2001, p.483 y ss.)

De las sentencias parcialmente transcritas se colige que toda persona natural o jurídica tiene el derecho de presentar peticiones ante cualquier autoridad sobre los asuntos de su competencia y a obtener respuesta sobre lo solicitado dentro de los lapsos establecidos en la ley (oportuna y adecuada respuesta). El mencionado derecho implica a la vez un deber para la Administración y sus funcionarios de decidir acerca de lo solicitado, sin que la referida obligación implique la emisión de un pronunciamiento favorable a la petición del interesado, y que quienes violen tal derecho de petición “*serán sancionados conforme a la ley*”, e incluso pueden ser). Debe precisarse además que lo peticionado debe guardar relación con las competencias que le han sido conferidas al respectivo funcionario público.

En relación con las competencias del Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo conviene citar lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional (publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.654 del 28 de marzo de 2007), aplicable *ratione temporis* (hoy previstas en similares términos -salvo lo relativo a la materia de energía eléctrica- en la prenombrada *Gaceta Oficial* N° 39.294 del 28 de octubre de 2009), que establece lo siguiente:

“Artículo 20. *Son competencias del Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo:*

1. La regulación, formulación y seguimiento de políticas, la planificación, realización y fiscalización de las actividades del Ejecutivo Nacional en materia de hidrocarburos, energía en general, petroquímica, carboquímica, similares y conexas;

2. El desarrollo, aprovechamiento y control de los recursos naturales no renovables y de otros recursos energéticos, así como de las industrias eléctrica, petrolera y petroquímica, carboquímica, similares y conexas;

3. *El estudio de mercado y el análisis y fijación de precios de los productos del petróleo, del servicio de la electricidad, de la petroquímica, la carboquímica, similares y conexas;*

4. *La prevención de la contaminación del medio ambiente derivada de las actividades energéticas, de hidrocarburos, petroquímica, carboquímica, similares y conexas, en coordinación con el Ministerio del Poder Popular para el Ambiente;*

5. *Las demás que le atribuyan las leyes y otros actos normativos”.*

Asimismo, el artículo 6 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 36.793 de fecha 23 de septiembre de 1999) consagra:

“Artículo 6. El Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, ejercerá la competencia nacional en materia de los hidrocarburos a los cuales se refiere esta Ley y en consecuencia, podrá planificar, vigilar, inspeccionar y fiscalizar a todos los fines previstos en las leyes, las actividades relacionadas con los mismos”.

El artículo 8 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos (publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.443 del 24 de mayo de 2006), dispone:

“Artículo 8. Corresponde al Ministerio de Energía y Petróleo la formulación, regulación y seguimiento de las políticas y la planificación, realización y fiscalización de las actividades en materia de hidrocarburos, lo cual comprende lo relativo al desarrollo, conservación, aprovechamiento y control de dichos recursos; así como al estudio de mercados, al análisis y fijación de precios de los hidrocarburos y de sus productos. En tal sentido, el Ministerio de Energía y Petróleo es el órgano nacional competente en todo lo relacionado con la administración de los hidrocarburos y en consecuencia tiene la facultad de inspeccionar los trabajos y actividades inherentes a los mismos, así como las de fiscalizar las operaciones que causen los impuestos, tasas o contribuciones establecidos en esta Ley y revisar las contabilidades respectivas. El Ministerio de Energía y Petróleo realizará la función de planificación a que se refiere este artículo, en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo. A los fines del cumplimiento de estas funciones, el Ejecutivo Nacional proveerá los recursos necesarios conforme a las normas legales pertinentes.

Los funcionarios y particulares prestarán a los empleados nacionales que realicen las anteriores funciones, las más amplias facilidades para el cabal desempeño de las mismas”.

El artículo 9 de la Ley Orgánica para el Desarrollo de las Actividades Petroquímicas (publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.203 del 18 de junio de 2009, reimpresa en la referida *Gaceta Oficial* N° 39.218 del 10 de julio de 2009) establece:

“Artículo 9. Corresponde al Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Energía y Petróleo, la formulación, regulación y seguimiento de las políticas y la planificación, vigilancia, inspección y fiscalización de las actividades reguladas por esta Ley y su Reglamento”.

De las normas transcritas se deriva que al Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo le corresponde la regulación, planificación y fiscalización de las actividades del Ejecutivo Nacional en materia de hidrocarburos, energía en general, petroquímica, carboquímica, similares y conexas; el desarrollo, aprovechamiento y control de los recursos naturales no renovables y de otros recursos energéticos; el estudio de mercado y fijación de precios de los productos del petróleo, del servicio de electricidad, de la petroquímica, la carboquímica, similares y conexas; la prevención de la contaminación del medio ambiente producto de la actividad energética, de hidrocarburos, petroquímica, carboquímica, similares y conexas en coordinación con el Ministerio del Poder Popular para el Ambiente.

En el caso de autos se observa de actas que mediante escritos de fechas 13 de junio y 16 de julio de 2008, recibidos por el despacho del Ministro del Poder Popular para la Energía y Petróleo el 13 de junio y 17 de julio de 2008 (folios 40 al 48), la parte recurrente efectuó sus peticiones, sin que conste por parte del referido ministerio una respuesta a tales interrogantes.

Asimismo se evidencia que las últimas tres peticiones -del total de cuatro- efectuadas por la recurrente están referidas a que el Ministro del Poder Popular para la Energía y Petróleo le informe respecto a: 1) “...**los planes y proyectos de construcción de nuevos urbanismos o expansión urbanística con este tipo de viviendas, incluyendo el número de viviendas proyectadas y la ubicación geográfica de las mismas...**”; 2) “...**si este tipo de viviendas será incluida como el sistema oficial de construcción en la nueva Misión Villanueva u otro plan de Estado para solventar el déficit habitacional ...**”; y 3) “...**la posibilidad de realizar visitas institucionales a urbanismo que posean Petrocasas, para hacer evaluaciones de las viviendas...**” (negritas de la cita).

Conviene precisar que las aludidas peticiones de la recurrente, referidas a que se emita información sobre los proyectos de construcción de nuevos urbanismos con las denominadas “PETROCASAS”, no guardan relación con las atribuciones asignadas al Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo, lo que permite colegir que el titular de dicho órgano no le corresponde darle respuesta dada su falta de competencia en esa materia, razón por la que esta Sala las desestima por improcedentes. Así se declara.

C. *Derecho a la Libertad de expresión en materia publicitaria*

TSJ-SC (1092)

13-7-2011

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Único Aparte del artículo 45 de la Ley de Tránsito Terrestre de 1996 (Corporación Industrial Class Light C.A. y Otras).

La libertad de expresión en materia publicitaria no se limita a la simple exteriorización de una idea o pensamiento, sino que constituye una verdadera manifestación del ejercicio a la libertad económica, en cuanto que la expresión publicitaria es, de ordinario y salvo la publicidad oficial, una actividad mercantil que, como tal, se encuentra sujeta a las restricciones que el artículo 112 de la Carta Magna impone a los derechos económicos.

Por otra parte, las recurrentes denuncian la vulneración del artículo 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, donde se reconoce el derecho a la libertad de expresión 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”.

Tal como se desprende de la norma transcrita, el constituyente de 1999 reconoce en el marco del principio de libertad y de autonomía de la voluntad, el derecho a la libertad de expresión como una de las facultades personales a través de las cuales una persona puede exteriorizar sus procesos intelectuales de acuerdo a sus aspiraciones y capacidades.

En otras palabras, la posibilidad que tiene un sujeto de comunicar y compartir libremente sus temores y esperanzas (Duchacek citado por De Esteban J. González-Trevijano P. (1993). *Curso de Derecho Constitucional Español II*, Madrid, p. 136).

De esta forma, el derecho *in commento* le otorga dimensión social y política a los pensamientos (Torres del Moral. *Introducción al Derecho Constitucional*, Universidad Complutense, Madrid, 1996) y, a su vez, les permite a los sujetos expresar sus puntos de vista de manera omnicomprendensiva, es decir, a través de cualquier vía y, por ende, en su concepción más extensa.

De allí que, la libertad de expresión no se circunscriba a la exteriorización del pensamiento, la idea o la opinión que tiene una persona en un momento determinado, sino que se extienda a la utilización de los mecanismos idóneos para hacerla conocer, lo cual, determina lo que Bronfman. A. et al., (1998) *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Universidad Europea de Madrid-Cees. p. 81), concibe como la doble concepción del derecho a la libertad de expresión, esto es, que el derecho *in commento* se encuentra integrado por varios elementos que lo componen y que pueden ser observados de manera individual.

Por una parte, encontramos el acto de exteriorización de lo que la persona ha desarrollado intelectualmente y, por otra parte, el derecho a comunicarlo a través de cualquier mecanismo en ejercicio de lo que se conoce como el derecho a la pluralidad de fuente. Precisamente, una de las fuentes que ha adquirido mayor importancia como parte del derecho a la libertad de expresión, es el fenómeno publicitario que en los últimos dos siglos ha demostrado ser una de las manifestaciones más trascendentales en lo económico, político y cultural.

En efecto, la actividad publicitaria, entendida como el proceso técnico destinado a atraer la atención del público, para informarlo de un producto, un servicio o una acción con el objetivo de convencer a una persona que adquiera o utilice algo, constituye una de las vías o formas específicas de expresión que, por su especificidad y, como afirma De Esteban J., y González-Trevijano (*Ob. cit.* p. 142), debe ser regulada especialmente en razón de la propia naturaleza de la publicidad para evitar lesiones al bien común o a la salud. Así, igualmente lo afirma López A., (et al. 1998. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Universidad Europea de Madrid-Cees. p. 90), al señalar que la actividad publicitaria, en cuanto a manifestación del derecho a la libertad de expresión, presenta una especificidad que exige la adopción de medidas destinadas a la protección de la moral pública, la juventud y la infancia, frente a expresiones de contenido sexual, violento o incluso ante mensajes que pudieran ser lesivos de la salud y la seguridad ciudadana.

La citada doctrina deja claro que una cosa es la libre posibilidad de exteriorizar un pensamiento, una idea o una opinión de contenido publicitario y, otra cosa, son las condiciones de modo, lugar y tiempo que debe imponer el Estado, en el marco de su poder regulatorio, para que la expresión publicitaria se desarrolle de manera legítima sin afectar el interés general. Entonces, corresponde analizar si en Venezuela tiene cabida la tesis expuesta de limitación a la libre expresión publicitaria, para aquellos casos distintos a los que taxativamente prohíbe el citado artículo 57 del Texto Fundamental, según el cual, los únicos límites del referido derecho son la proscripción de mensajes anónimos, los que hagan propaganda de guerra, los discriminatorios o los que promuevan la intolerancia religiosa.

La respuesta está en la doctrina que esta Sala ha desarrollado sobre el principio de interpretación constitucional: Véase Sentencia N°23 de 22-1-2003, Caso: *Interpretación Art.71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en Revista de Derecho Público* N° 93-94/95-96 2003, pp.107-108

En la referida sentencia, se recoge tanto el principio de unidad o integridad del Texto Fundamental, como el principio de concordancia práctica según el cual, la estructura constitucional (preámbulo, parte orgánica y parte dogmática), no puede observarse como si se tratase de disposiciones autónomas y descoordinadas, sino como el andamiaje jurídico-político que tiene carácter preceptivo en su totalidad.

Así lo ratificó la Sala (caso: *Ángel Rafael Ávila y otros*), en la cual reconoció que un Texto Fundamental,

“...es un conjunto sistemático de valores, principios y normas racionalmente entrelazados, informados por una filosofía política determinada, según la cual se organizan los Poderes Públicos, se atribuyen competencias a los órganos del Estado y se fijan las metas de su actuación. Por ello, ninguno de sus preceptos debe considerarse de manera aislada, ni independiente de los demás, ya que su sentido y alcance se encuentra conectado con los restantes preceptos constitucionales. De este modo, la interpretación intrasistemática de la Constitución obliga a entender sus normas en armonía, sin magnificar el sentido de algunos preceptos, ni minimizar el de otros, con el propósito de compatibilizarlos positivamente para garantizar su homogeneidad, cohesión y coherencia”.

Significa entonces, que las disposiciones constitucionales deben ser armonizadas como un todo, en el sentido de no poder hacer abstracción unas de otras y, de allí, que el operador jurídico no deba limitarse a contemplar la norma aislada y aséptica, sino en el contexto general de la Constitución.

Ello así, la libertad de expresión en materia publicitaria no se limita a la mera exteriorización de una idea o pensamiento, sino que constituye una verdadera manifestación del ejercicio a la libertad económica, en cuanto que la expresión publicitaria es, de ordinario y salvo la publicidad oficial, una actividad mercantil que, como tal, se encuentra sujeta a las restricciones que el artículo 112 de la Carta Magna impone a los derechos económicos.

Efectivamente, la libertad de expresión publicitaria se concretiza en un hecho comercial que como se estableció *supra*, está sometido a las limitaciones que el legislador puede imponer legítimamente por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social, de acuerdo a lo establecido en el anteriormente analizado artículo 112 de la Carta Magna.

En consecuencia de lo expuesto, esta Sala desestima los argumentos de violación del artículo 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que, la limitación cuya nulidad se pretende, se enmarca dentro de las razones de seguridad y sanidad que justifican la imposición de restricciones a los derechos de libertad económica, y así se declara.

3. *Derechos sociales y de las familias*

A. *Derecho a la salud*

a. *Medicina prepagada*

TSJ-SPA (1001)

21-7-2011

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: SANITAS Venezuela, S.A. vs. Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del consumidor y del Usuario (INDECU), hoy Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS).

En la actualidad la medicina prepagada constituye una forma de actividad aseguradora que se encuentra sujeta al control, vigilancia, supervisión, autorización y regulación de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora y, por tanto, quienes la prestan deben cumplir con la normativa prevista en dicha Ley, a fin de desarrollar legalmente su objeto principal, el cual es la prestación de los servicios de salud a sus contratantes

En este sentido, alegan que el *a quo* interpretó erróneamente que la actividad aseguradora de las empresas de medicina prepagada, entre las cuales se encuentra SANITAS, es similar a la actividad desarrollada por las empresas aseguradoras, pues -a su decir- no es sino hasta el 29 de julio de 2010 cuando se publicó la Ley de la Actividad Aseguradora, que la medicina prepagada se somete al control y vigilancia de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora.

Por su parte, el *a quo* al decidir sostuvo que las empresas de medicina prepagada “*prestan un servicio de salud, el cual es público, esencial y está a cargo del Estado*”. Asimismo indicó, entre otras cosas, que “*la medicina prepagada, sin importar su denominación técnica, constituye una forma de actividad aseguradora de riesgos médicos, similar a la desplegada por las empresas de seguros al asumir ajenas consecuencias de problemas de salud, que maneja recursos captados del público, y que obtiene un lucro con el ejercicio de esa actividad*”.

En cuanto al error de juzgamiento, esta Sala, en sentencia de fecha 14 de febrero de 2008, sostuvo lo siguiente:

“...Al respecto, resulta menester acotar que de acuerdo a pacífica y reiterada jurisprudencia de esta Sala, el vicio de suposición falsa en las decisiones judiciales se configura, por una parte, cuando el Juez, al dictar un determinado fallo, fundamenta su decisión en hechos inexistentes, falsos o que no guardan la debida vinculación con el o los asuntos objeto de decisión, verificándose de esta forma el denominado falso supuesto de hecho...”.

En orden a lo anterior, la Sala considera necesario señalar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 83, establece que “*la salud es un derecho social fundamental*”, por tanto, todo lo relacionado con la prestación del servicio de salud debe estar regulado por el Estado.

En este sentido, se observa que la empresa recurrente al tener como presupuesto básico la prestación de un servicio público, como es la salud, bajo la modalidad de medicina prepagada, éste debe estar sujeto a la intervención, vigilancia y control del Estado para precisar sus fines, alcances y límites, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 constitucional, según el cual “*El Estado regulará las instituciones públicas y privadas de salud*”.

Ahora bien, según lo alegado por la parte actora, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de la Actividad Aseguradora publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.990 Extraordinario del 29 de julio de 2010, la medicina prepagada no se encontraba regulada por la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros; no obstante, tal como se indicó en las normas constitucionales ya mencionadas, el Estado está en la obligación de regular, controlar, vigilar y supervisar las Instituciones tanto públicas como privadas que presten servicios de salud. En este sentido, la aludida Ley de la Actividad Aseguradora prevé en su artículo 1°, lo siguiente:

“Artículo 1. El objeto de la presente Ley es establecer el marco normativo para el control, vigilancia, supervisión, autorización, regulación y funcionamiento de la actividad aseguradora, a fin de garantizar los procesos de transformación socioeconómico que promueve el

Estado en tutela del interés general representado por los derechos y garantías de los tomadores, asegurados y beneficiarios de los contratos de seguros, reaseguros, los contratantes de la medicina prepagada y de los asociados de las cooperativas que realicen actividad aseguradora de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional.”

Asimismo, dispone el artículo 2 del referido texto normativo que:

“Artículo 2. La actividad aseguradora es toda relación u operación relativas al contrato de seguro y al de reaseguro, en los términos establecidos en la ley especial que regula la materia. De igual manera, forma parte de la actividad aseguradora la intermediación, la inspección de riesgos, el peritaje evaluador, el ajuste de pérdidas, los servicios de medicina prepagada, las fianzas y el financiamiento de primas.”. (Resaltado de la Sala).

De la normativa antes transcrita se observa que, en la actualidad, la medicina prepagada constituye una forma de actividad aseguradora que se encuentra sujeta al control, vigilancia, supervisión, autorización y regulación de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora y, por tanto, quienes la prestan deben cumplir con la normativa prevista en dicha Ley, a fin de desarrollar legalmente su objeto principal, el cual es la prestación de los servicios de salud a sus contratantes.

Siendo así, comparte esta Sala lo decidido por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, cuando señala lo que a continuación se transcribe:

“(…) es evidente la importancia que tienen las empresas de medicina prepagada, al punto de considerar esta Corte, que esas empresas deberán cumplir con los requisitos, regulaciones y controles establecidos en la ley con competencia de seguros, por consiguiente, la actividad desplegada por estas empresas, aun cuando existen diferencias entre su objeto social y las sociedades mercantiles dedicadas a la actividad aseguradora, reitera (...) que deben encontrarse bajo la vigilancia, control y supervisión del Estado, por cuanto (...), tales empresas prestan un servicio de salud, el cual es esencial y público; además, el desarrollo de esta actividad implica el ejercicio de la medicina, que es una profesión que implica riesgos sociales, elementos éstos que justifican suficientemente la inspección y vigilancia estatal. En consecuencia, conforme a lo previamente señalado, este Órgano Jurisdiccional considera que empresas como la recurrente, que se dedican a la prestación de la medicina prepagada, dada su naturaleza, deben someter su actuación tanto al Ministerio del ramo como a la Superintendencia de Seguros y por su estrecha vinculación con los consumidores de ese servicio, han de someterse igualmente a las regulaciones previstas en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, así como a los controles ejercidos por el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS).”

En atención a lo anteriormente expuesto, debe la Sala desestimar el alegato expuesto por la parte apelante, en relación a que el *a quo* incurrió en el vicio de falso supuesto de hecho al interpretar que la actividad desarrollada por las empresas que prestan servicios de medicina prepagada, es similar a la prestada por las empresas de seguro. Así se decide.

- b. *Exclusión de enfermedades preexistentes en los contratos suscritos con empresas de servicios de asistencia médica*

TSJ-SPA (1001)

21-7-2011

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: SANITAS Venezuela, S.A. vs. Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), hoy Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS).

Las empresas prestadoras de servicios de asistencia médica no podrán alegar la preexistencia de alguna enfermedad para desamparar o excluir de los servicios que prestan a los usuarios que han contratado los servicios, si al momento de la suscripción del contrato no han dejado constancia expresa de tales padecimientos a través de los exámenes médicos previos científicamente pertinentes.

- B. *Derecho de los consumidores y usuarios a disponer de bienes y servicios de calidad*

TSJ-SPA (1001)

21-7-2011

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: SANITAS Venezuela, S.A. vs. Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), hoy Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS).

El Estado está en la obligación de tomar las medidas necesarias para el resarcimiento de los daños ocasionados a consumidores y usuarios, lo cual se logra a través de la obtención de compensaciones efectivas por la reparación de los daños y perjuicios.

Afirman que la ley aplicable al caso concreto *ratione temporis*, es la derogada Ley de Protección al Consumidor y al Usuario la cual no facultaba al INDECU para dictar medidas innominadas resarcitorias de los daños causados a los usuarios, “*como sería la devolución de cantidades de dinero*”, posibilidad que se encuentra prevista en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios; por tanto, dicha norma no es aplicable al caso concreto a pesar de lo cual él *a quo* afirmó que dicho Instituto, debió “*ordenar como medida efectiva para la reparación de los daños ocasionados al usuario, la devolución, al menos, de las cantidades de dinero que fueron pagadas por el ciudadano (...) en la intervención quirúrgica que le efectuaron (...)*”.

Sobre este aspecto, se observa que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo indicó en el fallo apelado que si bien el INDECU, hoy INDEPABIS, impuso una multa a la sociedad mercantil recurrente, este no actuó de manera diligente en cuanto a la reparación del daño ocasionado, toda vez que según lo dispuesto en el artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual contempla auténticos derechos de usuarios y consumidores a disponer de bienes y servicios de calidad, a obtener una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, y, sobre todo, al resarcimiento de los daños ocasionados a consumidores y usuarios, lo cual se logra a través de la obtención de compensaciones efectivas o de la reparación de los daños y perjuicios; dicho organismo ha debido ordenar la cobertura de la intervención quirúrgica de la denunciante y cualesquiera otras derivadas del tratamiento médico que ésta tuvo que asumir dentro de los límites del contrato, a los fines de cumplir y conceder una protección efectiva de los derechos de los consumidores y de los usuarios según el mandato constitucional.

En este sentido, se observa que el *a quo* a los fines de fundamentar lo antes expuesto, en ningún momento hizo alusión al artículo 112 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, sino que se basó en una norma constitucional como es el artículo 117, el cual contempla lo siguiente:

“Artículo 117. Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos.”

La disposición antes transcrita contempla el derecho de los consumidores a disponer de bienes y servicios de calidad y a un tratamiento digno y no discriminatorio, por tanto, el Estado está en la obligación de tomar las medidas necesarias para el resarcimiento de los daños ocasionados a consumidores y usuarios, lo cual se logra a través de la obtención de compensaciones efectivas por la reparación de los daños y perjuicios.

En el caso de autos, siendo la actividad desarrollada por la empresa recurrente de interés público y social, por cuanto presta un servicio de salud, la Administración se encuentra en la obligación de velar por su buen funcionamiento y porque ésta preste un servicio óptimo y acorde con las necesidades de los usuarios; así, cuando se observe un daño como el ocasionado a la denunciante en sede administrativa, por habersele negado la cobertura de una intervención quirúrgica, fundamentando su negativa en la existencia de una enfermedad preexistente a la suscripción del contrato de asistencia médica, el INDECU, hoy INDEPABIS, tal como lo indicó *a quo*, debió haber ordenado a la empresa recurrente cubrir dicha intervención denominada en el *Informe Médico “Artroscopia de hombro para Acromioplastia y Reparación del Manguito Rotador”*, y cualquiera otra derivada del tratamiento médico que ésta tuvo que asumir dentro de los límites del contrato, a los fines de cumplir y conceder una protección efectiva de sus derechos como consumidora y los usuarios en los términos de la Constitución y de la Ley.

Conforme a lo anteriormente expuesto, debe esta Alzada desechar el alegato expuesto por la parte apelante, en relación a la aplicación retroactiva del artículo 112 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. Así se declara.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Nacional*

A. *El Poder Legislativo: Inmunidad parlamentaria*

TSJ-SP (15)

4-5-2011

Magistrado Ponente: Deyanira Nieves Bastidas

Caso: Michael Ferrandina Medina

De conformidad con el criterio interpretativo de la Sala Constitucional, es obligante establecer si el hecho que da lugar a la persecución penal se produce con motivo del ejercicio de su cargo o no, a los fines de determinar la inmunidad parlamentaria.

Asumida la competencia, pasa seguidamente, esta Sala Plena a determinar si en el presente caso existen o no méritos para enjuiciar al ciudadano **MICHAEL FERRANDINA MEDINA**, quien para el momento en que ocurrieron los hechos que se le imputan (**HOMICIDIO INTENCIONAL**), ostentaba la condición de Concejal del municipio Tomas Lander del estado Miranda, quien posteriormente en fecha el 31 de octubre de 2004, fue elegido legislador del Consejo Legislativo del referido estado; al efecto, consignó copia de la credencial que lo acredita como tal, por lo que resulta indiscutible tal función pública, haciéndolo

posible acreedor de la inmunidad parlamentaria y de ser el caso de la prerrogativa procesal de antejuicio de mérito, de conformidad con lo establecido en los artículos 162, 266 (numeral 3) y 200, todos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como los artículos 112 y 24 numeral 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Ahora bien, el artículo 162 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece lo siguiente:

“Artículo 162. El Poder Legislativo se ejercerá en cada Estado por un Consejo Legislativo (...)

Los requisitos para ser integrante del Consejo Legislativo, (...) y la inmunidad en su jurisdicción territorial, se regirán por las normas que esta Constitución establece para los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, en cuanto les sean aplicables. (...)” (Resaltado de la Sala).

El artículo 200, también de la Carta Magna, establece:

“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 de la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que cometan los y las integrantes de la Asamblea 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. (...)” (Destacado de la Sala).

A su vez el artículo 266, numeral 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece lo siguiente:

“Artículo 266. Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia: (...)

3.- Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento (...), de los integrantes de la Asamblea Nacional (...) en caso afirmativo, remitir los autos al Fiscal o Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si fuere el caso; y si el delito fuere común, continuará conociendo de la causa hasta la sentencia definitiva (...)” (Destacado de la Sala).

Este último en concordancia con el artículo 5 numeral 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo (*Gaceta Oficial* N° 37942 del 20 de mayo de 2004), aplicable en razón al principio de *ratione temporis*, como se advirtió en el capítulo correspondiente a la competencia de esta Sala, y cuyo contenido establece que:

“Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República (...) 2. Declarar, en Sala Plena, si hay o no mérito para el enjuiciamiento (...) de los o las integrantes de la Asamblea Nacional (...)”.

Lo anterior fue recogido en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 39522 de fecha 01 de octubre de 2010, la cual señala en su artículo 24, las competencias de la Sala Plena, destacando entre ellas, el numeral 2, lo siguiente:

“Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento (...) de los o las integrantes de la Asamblea Nacional (...)”.

Por su parte, el artículo 112 *eiusdem* dispone:

“Artículo 112. Corresponde a la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento (...) de los o las integrantes de la Asamblea Nacional (...)”.

Trascrito ello, ha quedado claro que el ciudadano: **MICHAEL FERRANDINA MEDINA**, pudiera gozar de inmunidad parlamentaria y de la posibilidad de ser sujeto de la prerrogativa de antejuicio de mérito, empero, respecto a las normas de carácter constitucional, *supra* aludidas, debe esta Sala Plena hacer referencia a la sentencia N° 1636 del 16 de junio de 2003, emanada de la Sala Constitucional, cuyo contenido advierte la interpretación vinculante efectuada de los artículos 162 y 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a saber:

“(...) Partiendo del concepto y finalidad de la inmunidad parlamentaria, así como de la jurisprudencia citada y del análisis de las disposiciones constitucionales y legales que actualmente regulan dicho privilegio constitucional, la Sala resuelve la interpretación solicitada, de la siguiente manera:

1.- Los miembros legisladores de los Consejos Legislativos tienen la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria de conformidad con lo establecido en el artículo 162 constitucional en el territorio del Estado en que ejerzan sus funciones o fuera de dicho territorio siempre y cuando el hecho que da lugar a acciones en su contra se produce con motivo del ejercicio de su cargo. Este trato es diferente al establecido en la Constitución de 1961 respecto a la inmunidad de los miembros de la Asamblea Legislativa de cada Estado.

2.- La solicitud de antejuicio de mérito para el caso de los miembros legisladores de los Consejos Legislativos al igual que ocurre con los altos funcionarios a que se refieren los numerales 2 y 3 del artículo 266 constitucional, corresponde al Fiscal General de la República, y puede ser formulada por quien demuestre la condición de víctima del hecho punible que se le pretenda imputar al funcionario que goza de la prerrogativa, caso éste en el cual se procederá conforme a lo establecido en el fallo dictado por esta Sala el 20 de junio de 2002.

3.- La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia es la competente para declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los miembros legisladores de los Consejos Legislativos.

4.- La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia es la competente -en el caso de decidir que hay mérito para el enjuiciamiento del miembro legislador del Consejo Legislativo- para ordenar su detención, previa autorización del órgano legislativo, el cual deberá en aras al debido proceso, dar oportunidad al afectado de ejercer su defensa antes de decidir al respecto.

A partir de la autorización que dé el órgano legislativo a este Alto Tribunal, quedará allanada la inmunidad, y será la Sala Plena la competente para conocer -en forma privativa- del enjuiciamiento del funcionario.

En el supuesto de que el órgano legislativo niegue la autorización antes referida, el ejercicio de la acción contra el miembro legislativo de dicho órgano estará supeditada a la conclusión del mandato o a la renuncia del parlamentario; circunstancias éstas que producen la pérdida de la inmunidad como prerrogativa procesal.

5.- El procedimiento aplicable será el contemplado en el Código Orgánico Procesal Penal (artículo 379) para el caso de juicios contra altos funcionarios del Estado. (...). (Destacado de la Sala).

Como se dijo con anterioridad, la oportunidad en que ocurrieron los hechos, esto fue el 22 de marzo de 2000, según se desprende de la narrativa de modo, tiempo y lugar, el ciudadano: **MICHAEL FERRANDINA MEDINA**, ostentaba, para ese entonces, el cargo de Concejal del municipio Tomás Lander del estado Miranda, posteriormente fue electo como legislador al Consejo Legislativo del referido estado, por lo que podría ser susceptible de la aplicación de la interpretación de la Sala Constitucional, cuyo texto alude que:

“(…) Los miembros legisladores de los Consejos Legislativos tiene la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria de conformidad con lo establecido en el artículo 162 constitucional en el territorio del Estado en que ejerzan sus funciones o fuera de dicho territorio siempre y cuando el hecho que da lugar a acciones en su contra se produce con motivo del ejercicio de su cargo. (…)” (Destacado de la Sala).

De conformidad con el criterio interpretativo de la Sala Constitucional, es obligante establecer si el hecho que da lugar a la persecución penal se produce con motivo del ejercicio de su cargo o no; en consecuencia como se ha verificado de las actuaciones de marras, el hecho ilícito ocurrió el 22 de marzo de 2000, lo cual nos lleva a concluir que tal suceso no se produjo con motivo del ejercicio del cargo, ya que la función parlamentaria del ciudadano MICHAEL FERRANDINA MEDINA, como legislador del Consejo Legislativo del estado Miranda, se produce posteriormente, esto es el 31 de octubre de 2004.

Concordante al caso que ocupa a esta Sala, es propio hacer referencia a la sentencia de fecha 26 de octubre de 2010 y publicada el 9 de noviembre de 2010, emanada de esta Sala Plena, en Sentencia N° 59, caso *Richar José Blanco Cabrera*, con ponencia del Magistrado Doctor Francisco A. Carrasquero López, en cuyo texto se desprende que:

“(…) 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, el 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’.

*De igual modo, el carácter marcadamente procesal que esta Sala evidencia en la regulación que de la inmunidad parlamentaria hizo el Constituyente de 1999, también se observa en la novedad según la cual **sólo el Tribunal Supremo de Justicia conocerá de los procesos en los cuales se señale como presunto autor de un hecho punible a los Diputados a la Asamblea Nacional.***

No hay referencia alguna a la suspensión de los juicios en los que se investigue o procese a un diputado a la Asamblea Nacional, lo cual debe entenderse como la consolidación de un modelo de inmunidad que persigue evitar la detención con fines políticos, es decir, con el fin de modificar la composición de la Asamblea o de evitar que se tome una determinada decisión, y no una inmunidad que tenga como propósito evitar el enjuiciamiento de los parlamentarios. (...) la condición de la cual se hace depender la protección que conlleva gozar de inmunidad parlamentaria consiste en que se detenga de forma inesperada y simulada a un parlamentario con la intención real de obstaculizar o impedir el normal funcionamiento del parlamento (...) nuestra vigente Constitución contiene una regulación de la inmunidad parlamentaria en el sentido apuntado en el párrafo anterior, y ello se observa no sólo por la lectura de sus preceptos, sino también por la tendencia constitucional en la que se inscribe, la cual, como ya se ha dicho, se revitaliza con la Constitución de 1947, se asienta en la Constitución de 1961, y se consolida en la vigente constitución. (...) la estabilidad de la composición de un parlamento (...) afecta por consecuencia el que tome las decisiones en que consiste el ejercicio de las potestades legislativas. Supuestos estos que, (...) son los que justifican en la actualidad el que se proteja mediante la inmunidad la labor o función parlamentaria. (...) el artículo 200 de la Constitución sólo protege al órgano legislativo ante situaciones que afecten de forma inesperada e inadvertida el buen orden de los asuntos que dicha institución discute (...) considera la Sala que los cambios sufridos por el texto original propuesto ante la Asamblea Nacional Constituyente, en el sentido de centrar la naturaleza de la inmunidad en la protección del ejercicio de las funciones encomendadas a los parlamentarios (evidente en la frase ‘los diputados o diputadas... gozarán de inmunidad en el

ejercicio de sus funciones'), así como la atribución al Tribunal Supremo de Justicia, con carácter privativo, de la potestad de enjuiciar a los parlamentarios, demuestran que la intención del constituyente fue restringir la inmunidad parlamentaria a aquéllos casos en los cuales su labor se viese amenazada por decisiones premeditadas y orientadas a perjudicar la composición del órgano y la toma de decisiones. (...) puede afirmarse que nuestros recientes constituyentistas estaban conscientes de la necesidad de implantar una 'inmunidad contra el arresto', y de rechazar una 'inmunidad contra el proceso', pero con un ingrediente adicional: el respeto a la igualdad ante la ley y a otros derechos estimables, como el de la tutela judicial. De todo esto habría surgido un modelo de 'inmunidad contra el arresto premeditado' al mismo tiempo respetuoso de las funciones del parlamento y de las demás garantías consagradas en la constitución, particularmente de la igualdad y de la tutela judicial. (...) citan al autor Pérez Serrano, quien afirma que «resulta doloroso contemplar cómo un privilegio nacido para proteger la función, durante el período parlamentario y para evitar posibles injusticias de turbio origen político, se ha convertido en privilegio personal que permite al Parlamento burlar impunemente y con agravio de la justicia el Código Penal que a todos los ciudadanos obliga.» (...) La inmunidad es, como afirma Pizzorusso, una 'causa temporal de improcedibilidad de la acción penal, acción que queda diferida en su efectividad hasta el momento en que se conceda la autorización parlamentaria o, en su defecto, hasta el término de la legislatura, a no ser que se produzca la reelección', no 'una eximente' de responsabilidad (cf.: *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tomo I, CEC, Madrid, 1984, p. 279). (...) La inmunidad parlamentaria protege directamente la función legislativa, e indirectamente a la persona del diputado, que se beneficia de ella; pero sólo en la medida en que tal beneficio consiste en una prerrogativa procesal, que nada tiene que ver con la autoría o la responsabilidad de los delitos, visto que tal calificación corresponde a los órganos jurisdiccionales. Por eso el autor Burgoa Orihuela sostiene que el 'funcionario con fuero de no procesabilidad sólo goza de él cuando desempeña el cargo respectivo...', (...) **hay prerrogativa en tanto se ejerza la función. Por consecuencia, cuando no se desempeña el cargo no se goza de la prerrogativa procesal, y debe el diputado electo seguir sometido al proceso ya iniciado. Incluso, algunos autores sostienen que si el hecho que presuntamente tiene carácter de delito se comete en los pasillos de la Asamblea o el Congreso (en el caso de la inviolabilidad parlamentaria), el parlamentario puede ser desaforado porque en el supuesto de receso no se está cumpliendo con el encargo legislativo.**

Por eso, en los supuestos en los cuales los presuntos hechos punibles no hubiesen sido cometidos durante el ejercicio de funciones legislativas, no deben aplicarse las normas relativas a la inmunidad parlamentaria. Así se establece. (...) la intención del constituyente que redactó el actual artículo 200 de la Constitución fue la de establecer con mayor precisión un modelo de inmunidad parlamentaria respetuoso del principio de igualdad y de los demás derechos y garantías constitucionales, particularmente del derecho a la tutela judicial efectiva.

Dicho modelo exige, pues, que las denuncias contra los parlamentarios sean tramitadas por el Tribunal Supremo de Justicia, pero sólo aquéllas que pudiesen perjudicar el buen funcionamiento de la Asamblea Nacional. Y, tal como se ha dicho ya, sólo aquéllas decisiones dictadas durante el ejercicio de las funciones parlamentarias podrían tener la capacidad para lograr tal beneficio. (...)" (Destacado de la Sala Plena).

Como se verifica del texto transcrito ut retro, la Sala Plena concluyó y estableció que si los presuntos hechos imputados se cometen fuera del ejercicio de la función legislativa, no será aplicable la inmunidad parlamentaria, al dictaminar que:

"(...) hay prerrogativa en tanto se ejerza la función. Por consecuencia, cuando no se desempeña el cargo no se goza de la prerrogativa procesal, y debe el diputado electo seguir sometido al proceso ya iniciado. (...) en los supuestos en los cuales los presuntos hechos punibles no hubiesen sido cometidos durante el ejercicio de funciones legislativas, no deben aplicarse las normas relativas a la inmunidad parlamentaria. Así se establece. (...)"

Igualmente se estima invocar la sentencia N° 58 emanada de esta Sala Plena en fecha 9 de noviembre de 2010, con ponencia del Magistrado Arcadio Delgado Rosales, caso *BIAGIO PILIERI GIANINNOTO*; de cuyo texto se desprende:

*“(…) 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 antejuzicio 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](#)). (...) 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”, (...) 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. (...) 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 constitucional 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. (...) 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. (...)”* (Destacado de la Sala).

Como se observa de la lectura de la jurisprudencia, “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 siendo que, los legisladores y legisladoras del Consejo Legislativo, al formar parte del Poder Legislativo, respecto a su inmunidad parlamentaria se regirán por las normas que la Constitución establece para los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, de conformidad con el artículo 162 de la Constitución la República Bolivariana de Venezuela, es por lo que, con fundamento a ello, en cuanto les sean aplicables, igualmente lo serán la jurisprudencia pacífica, reiterada y sentada por esta Sala Plena y la Sala Constitucional. Razonado ello, mal puede la Sala Plena, hacer uso del contenido de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en sus artículos 112 y 24 numeral 2, respecto a: “Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento (...) de los o las integrantes de la Asamblea Nacional (...)”; para el caso de marras de los integran-

tes del Poder Legislativo Estadal, siendo que el ciudadano: MICHAEL FERRANDINA MEDINA, ostenta condición de legislador del Consejo Legislativo del estado Miranda, desde el día 31 de octubre de 2004, y para el momento de la ocurrencia de los hechos ilícitos imputados (22 de marzo del año 2000), no ejercía tal investidura, siéndole negada la posibilidad del goce de inmunidad parlamentaria y menos la prerrogativa de antejuicio de mérito; en razón a que como lo expresa bien la sentencia trascrita ut retro, *“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.”*.

En consecuencia, esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, siendo la competente para conocer de la presente causa, con base a los razonamientos antes aludidos, del criterio pacífico y sostenido de este Alto Tribunal y en amparo a nuestro ordenamiento constitucional, declara que, no procede inmunidad parlamentaria ni prerrogativa de antejuicio de mérito al ciudadano **MICHAEL FERRANDINA MEDINA**, quien el 17 de noviembre de 2004, solicitó ante el Juzgado Primero de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Judicial Penal del estado Carabobo, *“la suspensión del proceso por haber sido electo Diputado del Consejo Legislativo del estado Miranda”*; y no acepta la competencia que le fuera declinada por el referido juzgado, pues corresponde a la justicia penal ordinaria. Por lo que se ordena remitir el expediente al precitado órgano jurisdiccional, a los efectos de continuar el procedimiento penal instaurado de conformidad con las reglas establecidas en el Código Orgánico Procesal Penal. Así se decide.

Voto Salvado de la Magistrado Blanca Rosa Marmol de León

Yo, Blanca Rosa Mármol de León, Magistrada de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, presento voto salvado por disentir del criterio expresado por la mayoría en la decisión de esta Sala Plena nomenclatura AA10-L-2009-000078, por las siguientes consideraciones de ley:

El Tribunal Primero de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Judicial Penal del estado Carabobo, declinó su competencia en esta Sala Plena por considerarse incompetente para conocer sobre el juicio seguido en contra del acusado **MICHAEL FERRANDINA MEDINA**, por el hecho de que fue electo Diputado en la Asamblea Nacional por el estado Miranda y por tanto goza de inmunidad parlamentaria, según lo establecido en los artículos 162 y 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La mayoría de esta Sala Plena declaró que no procede la inmunidad parlamentaria ni la prerrogativa del antejuicio de mérito al referido Diputado, Negó su competencia para seguir conociendo del caso y Ordenó la remisión del expediente al Tribunal Primero de Juicio del estado Carabobo.

Ahora bien, discrepo de la decisión que antecede por las siguientes razones:

Sobre el concepto de inmunidad la doctrina patria refiere que “Las prerrogativas de la inmunidad parlamentaria, casi tan antiguas como el sistema representativo mismo, tienden a preservar la independencia del Poder Legislativo frente al Ejecutivo y el Judicial y asegurar el libre desempeño de sus funciones por los miembros del primero. No ha pretendido con ello el constituyente (1961) crear privilegios individuales para cada uno de los miembros de las Cámaras (actualmente Asamblea), porque sería contrario al principio, también constitucional, de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. El beneficio, en última instancia, no está concebido para el parlamentario en particular, sino para el Cuerpo en su conjunto. De esta suerte, la inmunidad emana de la soberanía popular, la cual mediante el voto ha elegido a sus representantes y requiere que éstos gocen de las garantías necesarias para que cum-

plan las funciones que se les ha encomendado. No debe olvidarse que el Congreso es el órgano representativo por excelencia de la soberanía popular. Así, por definición, la inmunidad es irrenunciable (...Omissis...). (Gustavo Machado. *La Inmunidad Parlamentaria en la Constitución de 1961, Estudios Sobre la Constitución*. Tomo III, 1979 Universidad Central de Venezuela, p. 1941). (Resaltados de la Magistrada que disiente).

En el mismo sentido, señala Hermann Petzold Pernía (*Obra citada*, p. 1879) citando al profesor argentino Rafael Bielsa, que “el privilegio contra el arresto de los legisladores se justifica ... (*sic*) , por la defensa de la integridad del cuerpo legislativo, **la que se afectaría si se pudiera arrestar a sus miembros como a cualquier particular**, con la sola acusación, o visos de verosimilitud de un hecho que justifica el arresto; y también se afectaría a una parte del pueblo soberano al privársele -aunque sea momentáneamente- de la actuación de alguno de sus representantes.” (Resaltados de la Magistrada que disiente). Siendo ello un privilegio a la función pública en atención a salvaguardar la independencia en el ejercicio de ella **procede en todo caso**, un antejuicio de mérito para “el enjuiciamiento”, lo que conlleva el pronunciamiento en sede Judicial de cualquier situación sobre “presuntos” delitos que pudiera haber cometido un integrante de la Asamblea Nacional, decisión que deberá establecer la procedencia del antejuicio de acuerdo al caso sometido a consideración.

El artículo 200 de la Constitución vigente establece lo 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.” (Cursivas y resaltado de la Magistrada que aquí disiente).

La primera parte del referido artículo establece la premisa general para todo caso en que se encuentre involucrado un diputado o diputada de la Asamblea Nacional en la **presunta** comisión de un delito.

En el caso de los diputados, altos funcionarios que se encuentran investidos de la garantía de la inmunidad parlamentaria, desde el momento de su proclamación y hasta que finalice su mandato, tal como lo establece la Constitución en el artículo 200, considero, que los procesos por presuntos delitos cometidos antes de la proclamación se encuentran sujetos al allanamiento de la inmunidad y del antejuicio de mérito que son consecuencia indefectible de esa elección realizada mediante voto popular, a los fines de que el Diputado elegido pueda efectivamente cumplir con el mandato conferido, toda vez que el proceso iniciado antes de su proclamación no afecta la investidura obtenida, pues en el proceso como justiciable es una persona amparada por el principio de presunción de inocencia, no se encuentra inhabilitado políticamente y por ende la inmunidad y posible antejuicio de mérito quedan sujetos al conocimiento de esta Sala Plena.

Así pues, en los procesos iniciados antes de la proclamación, la acusación que se presente deberá ser sometida al antejuicio de mérito por esta Sala Plena, de conformidad con el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal.

Por ello, considero que la mayoría de la Sala Plena debió hacer el pronunciamiento correspondiente sobre la inmunidad que unge o inviste actualmente al ciudadano Diputado **MICHAEL FERRANDINA MEDINA**.

Queda en estos términos salvado mi voto en la decisión que antecede. Fecha *ut-supra*.

Voto Salvado del Magistrado Antonio Ramírez Jiménez del Tribunal Supremo de Justicia, salva su voto en los términos siguientes:

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.

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° 10-030. En todas ellas, con una importante amplitud de razonamientos, se ha sostenido la opinión referida.

En el presente caso, del ciudadano Michael Ferrandina Medina, electo diputado del Consejo Legislativo del Estado Miranda el 31 de octubre de 2004, 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 cometen 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 todo 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 vía del antejudicio 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 prejuzgar sobre ningún aspecto de fondo, 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 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 LA SALA

En la referida decisión, la Sala Plena con Ponencia de la Magistrada Deyanira Nieves Bastidas, se pronunció sobre el caso del Diputado del Consejo Legislativo del estado Miranda, ciudadano Michael Ferrandina Medina. Al respecto, dicho fallo ante la declinatoria de competencia efectuada por la Sala de Casación Penal, vista la incompetencia decretada por el Juzgado Primero de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Penal del estado Carabobo, en primer lugar se pronunció sobre la competencia de la Sala Plena. En este sentido, se declaró *“competente para pronunciarse sobre la existencia o no de la inmunidad parlamentaria y de la posible prerrogativa de mérito para el enjuiciamiento”* de dicho ciudadano, toda vez que al momento de ocurrir el hecho delictivo del cual se le acusa, era integrante del Concejo Municipal del Municipio Tomás Lander del estado Miranda y actualmente se encuentra en el ejercicio de sus funciones como legislador del Consejo Legislativo de dicha entidad federal.

En segundo lugar, asumida la competencia, se analizó el asunto, apoyándose en decisiones recientes de la Sala Plena, para concluir, de acuerdo a la interpretación que en dicho fallo se hace de la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria, que la ocurrencia de los hechos ilícitos imputados no se originaron con motivo del ejercicio del cargo del ciudadano Michael Ferrandina Medina, puesto que su función parlamentaria como legislador del Consejo Legislativo del estado Miranda, se produjo con posterioridad.

Ahora bien, observa quien disiente que dicha prerrogativa, se encuentra consagrada en los artículos 162 y 200 de la Constitución, la cual fue interpretada por el fallo que precede para resolverlo y por tanto declarar -que no procede la inmunidad parlamentaria, ni prerrogativa de antejuicio de mérito al referido ciudadano; y -que no acepta la competencia que le fuera declinada, pues corresponde a la justicia penal ordinaria.

En este sentido disiento sobre la competencia de la Sala Plena para la resolución del caso en cuestión. En efecto, y 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 será 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, Nos. 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.

Resulta por demás contradictorio, que dicho fallo declare su competencia para pronunciarse sobre la existencia o no de la inmunidad parlamentaria y de la posible prerrogativa de mérito para el enjuiciamiento de dicho ciudadano y posteriormente declare que no acepta la competencia que le fuera declinada, todo lo cual ha debido resolverse a priori -en el capítulo de la competencia de la referida Sala Plena- para así resolverla.

Por otra parte, el artículo 5 numeral 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del 20 de mayo del año 2004, aplicable en razón del principio *ratione temporis*, recogido en el artículo 24, ordinal 2° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (publicada en *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 39.522, de fecha 01 de octubre del año 2010), le atribuye, entre otras, la competencia a la Sala Plena para declarar si hay o no mérito suficiente para el enjuiciamiento de los ciudadanos allí identificados. 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 y por último, expresa, sobre dicha competencia, “las demás que establezca la Constitución y las leyes”.

Por su parte, la Constitución 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 no aceptar la competencia que le fuera declinada por el Juzgado Primero de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Penal del estado Carabobo, como antes se indicó, tuvo que interpretar los artículos 162 y 200 de la Constitución, para determinar -con base en tal interpretación- la inexistencia de la protección especial de la inmunidad parlamentaria a favor del referido ciudadano.

Debo resaltar que independientemente que el asunto sometido a revisión, como sucedió en el caso en cuestión, tenga relación con un diputado, no se resolvió sobre 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. Por el contrario, a pesar de que el Juzgado que declinó la competencia lo hizo en razón de que dicho ciudadano -a su decir- goza del privilegio procesal, a los efectos de que este máximo Tribunal declarara si hay o no méritos suficientes para su enjuiciamiento, en la decisión que precede se interpretaron los artículos 162 y 200 de la Carta Fundamental a los efectos de verificar si dicho ciudadano goza o no de prerrogativa de la inmunidad parlamentaria, es decir, se interpretaron normas constitucionales, lo cual tiene atribuida su competencia exclusivamente en la Sala Constitucional.

Por tanto, considero que la competencia debió corresponder a la Sala Constitucional a los efectos de la interpretación de las referidas normas y así debió resolverlo la Sala Plena.

Quedan en estos términos expresadas las razones de mi voto salvado.

B. *El Poder Judicial*

a. *Medios alternativos de resolución de conflictos: Arbitraje*

TSJ-SPA (974)

20-7-2011

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Promotora E Inversiones Civiles, C.A.

El análisis que hagan los jueces sobre las cláusulas contentivas de acuerdos arbitrales, no puede desconocer la participación necesaria de los órganos del Poder Judicial para resolver un conflicto, pero tampoco puede afectar al arbitraje como un medio idóneo y eficaz para solucionar una controversia.

....En el caso bajo examen el Juzgado del Municipio Falcón de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, declaró la falta de jurisdicción del Poder Judicial respecto al arbitraje, al constatar la existencia de un cláusula arbitral en el contrato de opción de compra venta suscrito entre la sociedad de comercio oferente y el ciudadano Ramón Agustín Camacho Sandoval, quien mediante escrito consignado el 14 de abril de 2011 opuso la cuestión previa contenida en el ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil -referida a la falta de jurisdicción del Poder Judicial- al invocar la validez del acuerdo arbitral contenido en la cláusula décima tercera del aludido contrato (folios 20 al 24 del expediente).

De este modo, el referido Juzgado en acatamiento a lo establecido en la sentencia del 3 de noviembre de 2010 dictada por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, declaró la falta de jurisdicción del Poder Judicial para conocer la oferta real de pago, al evidenciar que la voluntad de las partes era someter a arbitraje la resolución de las controversias que pudieran surgir entre ellas derivadas del contrato de opción de compra-venta.

En orden a lo anterior, cabe traer a colación lo consagrado en el segundo párrafo del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, respecto al deber que tiene el legislador de promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios para la solución de conflictos, como alternativa para resolver las disputas o querellas en sede judicial, lo que refleja la constitucionalización de estos medios para la solución de conflictos.

Por lo que respecta en concreto a la figura del arbitraje, la doctrina y la jurisprudencia lo han considerado como un medio de autocomposición extrajudicial entre las partes, quienes mediante una voluntad expresa convienen de forma anticipada sustraer del conocimiento del Poder Judicial las diferencias, controversias o desavenencias que por la ejecución, desarrollo, interpretación o terminación de un negocio jurídico puedan sobrevenir entre ellas. De esta manera, el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36.430 del 7 de abril de 1998, prevé lo siguiente:

*“El ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. **El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.** En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria”.* (Resaltado de la Sala).

Conforme a la norma transcrita, cuando en una cláusula contractual o no contractual esté incluido un acuerdo de arbitraje, éste adquiere carácter vinculante para las partes que han suscrito el contrato, quienes por el acuerdo se obligan a dirimir sus controversias ante árbitros y renuncian a acudir ante los órganos jurisdiccionales ordinarios.

Igualmente, la primera parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, dispone que: *“El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje...”*.

Ahora bien, esta Sala estima pertinente hacer referencia al criterio vinculante establecido por la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal respecto al arbitraje, en sentencia publicada el 3 de noviembre de 2010, la cual fue citada por el Juzgado del Municipio Falcón de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, a propósito de la decisión sometida a consulta, según la cual:

“...el análisis judicial de las instituciones del arbitraje debe abandonar cualquier postura dogmática o excluyente que genere el sobredimensionamiento del aspecto contractual que da origen al sometimiento de las partes al sistema arbitral, de forma tal que se desconozca la necesaria participación de los órganos del Poder Judicial para la efectividad de ese mecanismo alternativo de resolución de conflictos -vgr. Medidas cautelares-; o bien que asuma una visión hipertrofiada de la actividad jurisdiccional, que termine por afectar el núcleo esencial del sistema de arbitraje como un medio idóneo y eficaz para la resolución de conflictos.

(...omissis...)

En definitiva, sobre la base de las consideraciones expuestas respecto al principio de competencia-competencia y a las relaciones de coordinación y subsidiariedad de los órganos del Poder Judicial frente al sistema de arbitraje los órganos del Poder Judicial sólo pueden realizar un examen o verificación ‘prima facie’, formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral, que debe limitarse a la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y se excluye cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito (...).

Ahora bien, es de hacer notar que el anterior criterio no comporta la negación de las competencias del Poder Judicial relativas a la interposición de los recursos o consultas establecidas en el ordenamiento jurídico adjetivo aplicable, por lo que en aquellos casos en los cuales ante una demanda o acción interpuesta ante los tribunales se plantee la falta o regulación de jurisdicción, resulta plenamente aplicable el contenido de los artículos 62 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

(...omissis...)

Ahora bien (...), respecto a la procedencia de la denominada ‘Renuncia Tácita al Arbitraje’ (...), cabe destacar que la misma debe vincularse directamente con el necesario análisis de la actividad desarrollada por las partes en el juicio, en la medida en que se debe formular un examen respecto de si las conductas procesales de las partes en disputa expresan una indiscutible orientación de someterse al arbitraje, y no, una fraudulenta intención de sujetar los conflictos a ese medio alternativo, lo cual debe ahora asumirse con carácter vinculante, conforme a las consideraciones expuestas en el presente fallo (...).

De la jurisprudencia antes transcrita se desprende que el análisis que hagan los jueces sobre las cláusulas contentivas de acuerdos arbitrales, no puede desconocer la participación necesaria de los órganos del Poder Judicial para resolver un conflicto, pero tampoco puede afectar al arbitraje como un medio idóneo y eficaz para solucionar una controversia.

Por otra parte, conforme a dicho criterio jurisprudencial esta Sala Político-Administrativa ha asumido el criterio de acuerdo al cual *“...el examen que realice el Poder Judicial a los efectos de determinar la validez, eficacia y aplicabilidad de las cláusulas arbitrales, debe limitarse a la constatación de la existencia por escrito del acuerdo de arbitraje sin analizar la configuración de los vicios del consentimiento que puedan afectar a dicho acuerdo.”*

Igualmente, para determinar la procedencia de la denominada *“Renuncia Tácita al Arbitraje”* debe estudiarse, en cada caso, el comportamiento desarrollado por las partes en el proceso que demuestren una indiscutible *“orientación”* de someterse al arbitraje como medio de resolución del conflicto.

TSJ-SPA (877)

12-7-2011

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Lorenzo White Montemayor vs. José Ernesto Barceló Sifontes

El arbitraje constituye un medio alternativo eficaz para la resolución de conflictos, aplicable también en materia de los arrendamientos regidos por la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, toda vez que, aún en las situaciones que involucren el orden público, la estipulación en un contrato de una cláusula compromisoria como un medio alternativo de resolución de controversias, no supone la renuncia a las protecciones, derechos o garantías establecidas en la legislación especial.

Dicho lo anterior, observa este Máximo Tribunal que el presente caso versa sobre una demanda por cumplimiento de contrato de arrendamiento inmobiliario, interpuesta por la abogada Mercedes Benguigui, actuando con el carácter de apoderada judicial del ciudadano **LORENZO WHITE MONTEMAYOR**, contra el ciudadano **JOSÉ ERNESTO BARCELÓ SIFONTES**.

Asimismo se evidencia, que el abogado Salvador Rubén Yannuzzi Rodríguez, en su carácter de apoderado judicial de la parte demandada, entre otras cosas, opuso ante el tribunal remitente la cuestión previa contenida en el ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de jurisdicción del juez, alegando que en el contrato cuyo cumplimiento se demanda, estaba contenida una cláusula arbitral, mediante la cual acordaron que “...**TODAS LAS CONTROVERSIAS QUE SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON EL PRESENTE CONTRATO, DEBERÁN SER RESUELTAS DEFINITIVAMENTE MEDIANTE ARBITRAJE DE CONFORMIDAD CON EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DE CÁMARA DE COMERCIO DE CARACAS...**”. (Sic). (Destacado del escrito).

Por su parte, el Juzgado Décimo Primero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por decisión de fecha 22 de marzo de 2011, declaró con lugar la cuestión previa de falta de jurisdicción, por considerar que las partes se sometieron al procedimiento de arbitraje mediante la cláusula del contrato, con lo cual excluyeron del conocimiento de la presente controversia a la jurisdicción ordinaria.

Expuesto lo anterior, resulta necesario traer a colación, el criterio establecido por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, (Véase Sentencia Nº1541 de 17-10-2008, Caso: *Hildegar Rondón de Sanso y otros (Interpretación del único aparte del artículo 258 de la Constitución)* en *Revista de Derecho Público* Nº 116, 2008, pp.129 y ss.)

De la decisión previamente transcrita se desprende que el arbitraje constituye un medio alternativo eficaz para la resolución de conflictos, aplicable también en materia de los arrendamientos regidos por la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, toda vez que, de acuerdo a lo expuesto en dicho fallo, aún en las situaciones que involucren el orden público, la estipulación en un contrato de una cláusula compromisoria como un medio alternativo de resolución de controversias, no supone la renuncia a las protecciones, derechos o garantías establecidas en la legislación especial.

Dicho criterio fue ratificado recientemente por la referida Sala, en esa oportunidad, estableció lo siguiente:

“(…) Así, se ha reconocido el carácter constitucional del arbitraje y que “el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio pro actione que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio pro arbitraje” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-; pero dejando a salvo que lo anterior, no significa la promoción de un sistema de sustitución de los remedios naturales de control sobre el arbitraje, por los mecanismos propios de la jurisdicción constitucional (por ejemplo la errónea sustitución del recurso de nulidad de un laudo arbitral, por un amparo constitucional que a todas luces resultaría inadmisibles a tenor de lo previsto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

También con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, han entrado en vigencia un conjunto de normas que evidencian la aceptación y tendencia del ordenamiento jurídico patrio por incluir y desarrollar al arbitraje como un medio eficaz para la resolución de conflictos. Incluso, ha sido tan generosa la labor legislativa para el desarrollo del desideratum constitucional (ex artículo 258), que se le ha incluido en materias que, tradicionalmente, ni el propio legislador había aceptado la posibilidad de implementar cualquier mecanismo alternativo para la resolución de conflictos.

A juicio de esta Sala, “al ampliar la Constitución el sistema de justicia con la inclusión de el arbitraje al de la función jurisdiccional ordinaria que ejerce el Poder Judicial, se replanteó el arquetipo del sistema de justicia, lo cual si bien implica un desahogo de la justicia ordinaria, comporta que el arbitraje no pueda ser considerado como una institución ajena al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz y, por lo tanto, excluye la posibilidad que el arbitraje y demás medios alternativos de resolución de conflictos sean calificados como instituciones excepcionales a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial. Con ello, en términos generales debe afirmarse que el derecho a someter a arbitraje la controversia, implica que la misma puede y debe ser objeto de arbitraje en los precisos términos y ámbitos que establece el ordenamiento jurídico vigente” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.541/08, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008-.

Así, el arbitraje no se limita o se realiza con el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258), sino se materializa en “la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-, lo cual se traduce en que la procedencia y validez del arbitraje, se verifica en la medida en que éste responda a los principios y límites que formal y materialmente el ordenamiento jurídico ha establecido al respecto -vgr. Procedencia del arbitraje, validez del laudo arbitral, entre otras-, por lo que el arbitraje trasciende el simple derecho individual de los particulares a someterse al mismo -en los términos de las normas de derecho comparado- y se erige como una garantía de éstos a someterse a un proceso (arbitral) accesible, imparcial, idóneo, transparente, autónomo, independiente, responsable, equitativo y sin dilaciones indebidas.

(…)

Incluso debe reiterarse, que en la sentencia N° 1.541/08 (publicada en la Gaceta Oficial N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008) esta Sala estableció que la inserción del arbitraje dentro del sistema de justicia, puso fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas “sensibles” como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras (...).”

Sin embargo, debe esta Sala advertir que la existencia en el contrato objeto de autos de una cláusula arbitral, no determina *per se*, la exclusión de la jurisdicción del Poder Judicial para conocer del asunto controvertido, toda vez que frente a tal pacto compromisorio, se impone atender al contenido del artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial, publicada en la *Gaceta Oficial* de Venezuela N° 36.430 del 7 de abril de 1998, que consagra expresamente la

posibilidad de que las partes sometan a arbitraje la resolución de controversias o disputas, mediante un pacto denominado “*acuerdo de arbitraje*”, en los términos expresados a continuación:

“Artículo 5. El ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el cual las partes deciden someterse a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.

En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria”.

De conformidad con la norma anteriormente citada, al estar el acuerdo de arbitraje contemplado en una cláusula contractual, adquiere carácter vinculante para las partes que han suscrito el contrato, quienes por dicha disposición renuncian a acudir ante los órganos jurisdiccionales ordinarios a someter sus conflictos.

Asimismo, dispone la primera parte del artículo 6 de la precitada Ley de Arbitraje Comercial que:

“El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje...”.

Sobre la base de lo precedentemente expuesto, esta Sala considera necesario determinar si del contrato cuyo cumplimiento se demanda se desprende la intención de las partes de resolver por vía de arbitraje las divergencias que se presentaren en el transcurso de la vigencia de dicha convención. A tal fin, se observa que en su cláusula vigésima primera se estableció lo siguiente:

“VIGESIMA PRIMERA: A los efectos derivados del presente Contrato, las partes eligen como domicilio especial a la ciudad de Caracas. Todas las controversias que se susciten en relación con el presente contrato, deberán ser resueltas definitivamente mediante arbitraje, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, que se encuentre vigente para la fecha de la controversia, por tres (3) Árbitros de Derecho nombrados de acuerdo a dicho Reglamento. (...)”. (Sic).

De la lectura de la cláusula transcrita, se constata que las partes decidieron en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, consagrado en el artículo 1.159 del Código Civil, someter las controversias que pudiesen surgir con motivo del contrato suscrito entre éstas a la decisión de un tribunal arbitral, sin que pueda colegirse de la referida cláusula una manifestación genérica, imprecisa o incompleta, lo cual en la situación analizada es suficiente para concluir que la acción planteada debe ser conocida por el mencionado tribunal de arbitraje.

En consecuencia, debe esta Sala declarar sin lugar el recurso de regulación de jurisdicción formulado por la apoderada judicial de la parte actora y confirmar de acuerdo a la motivación expuesta en el presente fallo, la decisión dictada por el Juzgado Décimo Primero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 22 de marzo de 2011, que declaró con lugar la cuestión previa de falta de jurisdicción del Poder Judicial para conocer de la demanda incoada. Así se decide.

2. *El Poder Municipal*A. *Los Municipios*a. *Síndico Procurador Municipal (actuación en juicio)*

TSJ-SE ACC (106)

12-8-2011

Magistrada Ponente: Jhannett M. Madriz Sotillo

Caso: Mariebe Del Carmen Calderón Rodríguez vs. Convocatoria para la Elección de los Consejeros Parroquiales del Consejo Local de Planificación Pública del Municipio Libertador del Estado Mérida.

El Síndico Procurador Municipal para poder representar y defender al Municipio debe ser sujeto de una “instrucción”, es decir, de una orden, regla o autorización por parte del Concejo Municipal o del Alcalde de dicho ente.

Según el abogado José Gregorio Torrealba, quien actúa en su condición de apoderado judicial del municipio Libertador del estado Mérida, el Síndico Procurador Municipal no puede actuar en la presente causa, porque no ha sido “instruido” por el Alcalde para ejercer la defensa de los derechos del citado municipio. A este respecto, es necesario señalar que el artículo 121 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, establece:

“Artículo 121.- Corresponde al síndico procurador o síndica procuradora:

1. Representar y defender judicial y extrajudicialmente, los intereses del Municipio en relación con los bienes y derechos de la entidad, de acuerdo al ordenamiento jurídico e instrucciones del alcalde o alcaldesa o del Concejo Municipal, según corresponda.

2. Representar y defender al Municipio conforme con las instrucciones impartidas por el alcalde o la alcaldesa, o el Concejo Municipal, en cuanto a los derechos relacionados con el Tesoro Municipal y conforme con lo determinado por las leyes y ordenanzas. Cumplirá las mismas funciones en los juicios contenciosos administrativos que involucren al Municipio, según corresponda...”.

Sobre la citada disposición legal, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia número 1.363, del veintiocho (28) de junio de dos mil siete (2007), ha señalado en relación con su interpretación, lo que se indica a continuación:

“En el numeral 1 se le otorga al Síndico Procurador Municipal la competencia de representar y defender judicial o extrajudicialmente al Municipio, pero sobre la base de una previa instrucción del Alcalde o del Concejo Municipal.

En el numeral 2 se le atribuye a dicho funcionario la competencia de representar y defender los intereses patrimoniales del Municipio, siempre que hubiere sido instruido al respecto por el Alcalde o el Concejo Municipal.

Tomando en cuenta el contexto jurídico-institucional con que el término “instruir” se usa en dichos preceptos, y haciendo uso del Diccionario de la Lengua Española (cuyo contenido es prácticamente reproducido por la Enciclopedia Jurídica Opus y por el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual), se verifica que dicha voz denota: 1. Un conjunto de reglas o advertencias para algún fin; 2. Órdenes que se dictan a los agentes diplomáticos o a los jefes de fuerzas navales; o 3. Reglamento en el que predominan las disposiciones técnicas o explicativas para el cumplimiento de un servicio administrativo.

La “instrucción” consistiría, pues, bien en la emisión de una orden, en la imposición de unas reglas de conducta o en la emisión de una autorización.

En todo caso, lo que es evidente es que en las normas citadas la palabra “instruir” no tiene el sentido de dar una información o educar, con los cuales es usada en el ámbito académico o en el marco de una actividad pedagógica.

El que es, según estos preceptos, instruido, no actúa incondicionadamente, libremente o conforme a su propio criterio. Por el contrario, el cumplimiento de las tareas que tales normas le asignan supone una previa decisión de parte de los órganos políticos del ente municipal, es decir, del Concejo Municipal o del Alcalde.

De este examen semántico del término “instruir” se concluye que el Síndico Procurador Municipal del Municipio Libertador, para poder plantear ante esta Sala la pretensión deducida, debió ser sujeto de una “instrucción”, es decir, de una orden, regla o autorización por parte del Concejo Municipal o del Alcalde de dicho ente”.

Bajo este marco legal y jurisprudencial, la Sala observa que en el caso de autos el Síndico Procurador Municipal se limitó a expresar en su diligencia que se daba por notificado del presente juicio, sin exponer ningún alegato respecto a elección impugnada. De modo que no es posible determinar si el Síndico pretendía plantear una estrategia procesal distinta a los criterios del Alcalde, o contraria a la posición de éste, pues, sólo compareció a “darse por notificado”.

A pesar de ello, el ciudadano José Gregorio Torrealba, en su carácter de apoderado judicial del Alcalde del municipio Libertador del estado Mérida sostuvo que sin la previa instrucción del Alcalde, el Síndico Procurador Municipal no podía actuar en la presente causa, razón por la cual solicitó a esta Sala que declarara la falta de representación del mismo.

Ahora bien, al revisar el expediente se pudo constatar que no consta en el mismo la instrucción a que se refiere los numerales 1 y 2 del artículo 121 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, razón por la cual debe considerarse que el Síndico Procurador Municipal no tiene la representación que se atribuye, y así se decide.

- b. *Consejo local de planificación pública (organizaciones vecinales y comunitarias que lo integran). Elecciones*

TSJ-SE ACC (106)

12-8-2011

Magistrada Ponente: Jhannett M. Madriz Sotillo

Caso: Mariebe Del Carmen Calderón Rodríguez vs. Convocatoria para la Elección de los Consejeros Parroquiales del Consejo Local de Planificación Pública del Municipio Libertador del Estado Mérida.

El Alcalde no tiene competencia para convocar ni organizar la elección de los consejeros de las organizaciones vecinales y comunitarias que integran el Consejo Local de Planificación Pública, sino que la misma corresponde a la Junta Electoral Municipal, previa solicitud de un número de voceros y voceras de los consejos comunales que representen un diez por ciento de los consejos existentes en la Parroquia de que se trate.

Corresponde a la Sala Electoral Accidental N° 1, luego de resolver los puntos previos, pronunciarse respecto al fondo del presente asunto, para lo cual observa que el Consejo Local de Planificación Pública es el órgano encargado de la planificación integral del municipio y de diseñar el Plan Municipal de Desarrollo y demás planes municipales, garantizando la participación ciudadana y protagónica en su formulación, ejecución, seguimiento, evaluación y control, así como su articulación con el Sistema Nacional de Planificación.

Se trata de un órgano que constituye expresión institucional del derecho a la participación en los asuntos públicos y cuyo objetivo fundamental: la planificación integral del municipio, ha sido erigida “en una alta política de Estado”, a través de la cual se encauzan “los recursos y acciones públicas asociados con el progreso del país (...) hacia los fines y objetivos políticos, sociales, culturales y económicos sustentados en nuestra Carta Magna”. (Cfr. Sentencia de la Sala Constitucional, del 15 de diciembre de 2.004).

En este sentido, la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Planificación se explica que la planificación ha sido erigida “en una alta política de Estado”, a través de la cual se encauzan “los recursos y acciones públicas asociados con el progreso del país (...) hacia los fines y objetivos políticos, sociales, culturales y económicos sustentados en nuestra Carta Magna”.

De tal forma que, los Consejos Locales de Planificación Pública surgen, pues, de la conjunción de estas dos exigencias: 1) el ejercicio efectivo del derecho a la participación ciudadana, y 2) la planificación como tarea racional mediante la cual se define un plan respecto a un objetivo a alcanzar, que en este supuesto abarcaría lo relativo al desarrollo económico y social de los municipios.

Así pues, el artículo 168 constitucional establece que la actuación del municipio en el ámbito de sus competencias se cumplirá incorporando la participación ciudadana al proceso de definición y ejecución de la gestión pública y al control y evaluación de sus resultados, en forma efectiva, suficiente y oportuna conforme a la ley. Esta participación ciudadana se verifica a través de los consejeros parroquiales, y cuyo método de elección se encuentra regulado en el artículo 6 de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, en los siguientes términos:

“Artículo 6.- Elección de los consejeros o de las consejeras. Los consejeros o las consejeras del Consejo Local de Planificación Pública, electos o electas por las organizaciones vecinales y comunitarias, y por los pueblos y comunidades indígenas, donde los hubiere, sin menoscabo de las normas que regulan el sufragio y la participación política, serán electos o electas según el siguiente procedimiento:

1. El o los consejeros o la o las consejeras de las organizaciones vecinales y comunitarias articuladas e integradas al Consejo Comunal respectivo, serán electos o electas en la Asamblea Parroquial de voceros o voceras de los consejos comunales, conformada por un vocero o una vocera de cada Consejo Comunal existente en la Parroquia y debidamente registrado ante la Comisión Presidencial del Poder Popular.

Con al menos el diez por ciento de los consejos comunales existentes en la parroquia y debidamente registrado ante la Comisión Presidencial del Poder Popular, los voceros o las voceras de los consejos comunales de una determinada parroquia tramitarán ante la junta electoral municipal del Consejo Nacional Electoral la elección de consejeros y consejeras.

La Asamblea Parroquial, por mayoría simple de sus integrantes, elegirá de manera nominal y directa al o los consejeros o a la o las consejeras, con sus respectivos suplentes.

A cada parroquia le corresponde como mínimo un consejero o una consejera, la distribución restante será de una proporción del sesenta por ciento para las organizaciones vecinales y comunitarias, de acuerdo con la base poblacional, según lo establecido en la ordenanza respectiva y del cuarenta por ciento para las organizaciones sectoriales; en los casos en los cuales la asignación porcentual correspondiente no sea un número entero, la adjudicación se realizará mediante la aproximación a la unidad inmediata superior.

En aquellos municipios donde existan parroquias se conformará una asamblea de voceros y voceras de los consejos comunales constituidos y registrados ante la Comisión Presidencial de Poder Popular, para elegir los consejeros o las consejeras ante el Consejo Local de Planificación Pública”.

De la norma *ut supra* transcrita, se puede inferir que las organizaciones vecinales y comunitarias deben estar articuladas e integradas a los consejos comunales.

A su vez cada consejo comunal tendrá un vocero que lo representará en la Asamblea Parroquial en cuyo seno se elegirán a los consejeros de las organizaciones vecinales y comunitarias (consejeros parroquiales) que integrarán el Consejo Local de Planificación Pública.

Siendo ello así, la Sala observa que en cada Parroquia de un municipio pueden existir varios consejos comunales. Cada una de estos consejos comunales tiene un vocero que lo representará en la Asamblea Parroquial y en la que se elegirá el consejero parroquial. Dicha Asamblea requiere para su celebración el inicio de un trámite previo ante la Junta Electoral Municipal del Consejo Nacional Electoral, que puede ser solicitado

“[c]on al menos el diez por ciento de los consejos comunales existentes en la parroquia y debidamente registrado ante la Comisión Presidencial del Poder Popular...”.

Por su parte, la Junta Electoral Municipal es el órgano que debe verificar el número de consejos comunales que existen en cada parroquia del municipio de que se trate, a fin de determinar cuántos de ellos representan el diez por ciento a que se refiere el artículo 6 de la Ley de Consejos Locales de Planificación Pública, aplicable *ratio temporis* al caso de autos. Y sólo ellos (los consejos comunales) pueden dar inicio al trámite para que la Junta Electoral Municipal (y no el Alcalde) proceda a la organización de la “Asamblea Parroquial” donde los voceros de los consejos comunales elegirán a los consejeros de las organizaciones vecinales y comunitarias que integrarán el Consejo Local de Planificación Pública.

Cabe destacar, que este método utilizado por el legislador para seleccionar a los consejeros de las organizaciones vecinales y comunitarias que integrarán el Consejo Local de Planificación Pública junto con el Alcalde, los concejales y los presidentes de las juntas parroquiales, debe realizarse sin menoscabo de las normas que regulan el sufragio y la participación política, por lo que esta Sala Electoral Accidental N° 1, estima que la organización de estas elecciones debe contar con un cronograma electoral que regule de manera general y simultánea todas las fases del proceso electoral, cuyo acto de votación se verificará en la Asamblea Parroquial donde se elegirán de manera nominal y directa a los referidos consejeros.

De allí que es evidente que el Alcalde del municipio Libertador del estado Mérida no tiene competencia para convocar ni organizar la elección de los consejeros de las organizaciones vecinales y comunitarias que integran el Consejo Local de Planificación Pública, sino que la misma corresponde a la Junta Electoral Municipal, previa solicitud de un número de voceros y voceras de los consejos comunales que representen un diez por ciento de los consejos existentes en la Parroquia de que se trate.

A mayor abundamiento, se debe señalar que el argumento referido a la “inexistencia” de la Junta Electoral Municipal, dado su carácter temporal, no justificaba la convocatoria de un proceso electoral de esta naturaleza por parte del Alcalde del municipio Libertador del estado Mérida, pues, tratándose de un órgano subalterno de la Junta Nacional Electoral, resultaba claro que ésta podía encargarse de la constitución de la referida Junta Electoral Municipal, de conformidad con los numerales 5 y 6 del artículo 48 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, y 4 del artículo 49 *eiusdem*.

Establecido lo anterior, es necesario advertir que en relación con los vicios en la convocatoria a elecciones, la Sala Electoral, del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia número 232, de fecha once (11) de diciembre de dos mil cinco (2.005), ha señalado lo que se indica a continuación:

“...la convocatoria a elecciones debe cumplir su fin, y los vicios e irregularidades que se le imputen a ésta deben ser de tal magnitud, que altere el resultado general de la elección. De lo contrario, la voluntad popular debe ser respetada, y las irregularidades invocadas deben ser subsanadas o convalidadas, según el caso; excepto en aquellos casos en que la convocatoria a elecciones haya sido efectuada por un órgano manifiestamente incompetente, lo cual acarrearía la nulidad absoluta del acto, de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”. (Sic).

Asimismo, la Sala Electoral, del Tribunal Supremo de Justicia, ha establecido mediante sentencia número 75, del veinticinco (25) de mayo de dos mil cuatro (2.004), que las disposiciones de la legislación electoral resultan aplicables por analogía a las elecciones de los Consejos Locales de Planificación Pública. En efecto, en dicha sentencia esta Sala expresa lo siguiente:

“... en el artículo 216 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, se establece:

‘Será nula toda elección:

1.- Cuando se realice sin la previa convocatoria del Consejo Nacional Electoral, acordada de conformidad con los requisitos establecidos por esta Ley.

2.- Cuando hubiere mediado fraude, cohecho, soborno, o violencia en la formación del Registro Electoral, en las votaciones o en los escrutinios y dichos vicios afecten el resultado de la elección de que se trate.

En estos casos, el denunciante deberá acompañar los elementos probatorios que fundamenten su impugnación’

En la norma transcrita se tipifican las causales de nulidad que se originarían si las elecciones se realizan bajo alguna de las circunstancias, consideradas por la propia Ley, como vicios que enervan absolutamente su validez. Ahora bien, de darse el caso de que unas determinadas elecciones estuvieran viciadas de nulidad absoluta -por haberse configurado en su realización los supuestos previstos el artículo 216 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política- el proceso electoral en el cual estuvieron enmarcadas, indefectiblemente también sería nulo, toda vez que el proceso electoral se establece y desarrolla con un fin único, que no es otro que la realización de unas elecciones.

Ahora bien, aunque el artículo transcrito está referido a los procesos electorales que se celebran en todo el territorio nacional, lo que constituye el ámbito principal de aplicación de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política -de allí que se refiera a la omisión de la previa convocatoria por parte del Consejo Nacional Electoral, la cual debe ser realizada de conformidad con las disposiciones en ella contenidas- cuando se trate de otros procesos electorales que deban realizarse por mandato de la Constitución de la República o de la Ley, como lo es el caso que nos ocupa, estas disposiciones serán aplicables por analogía, a tenor de lo previsto en el artículo 1 eiusdem, y para ello se debe hacer la debida adaptación a las circunstancias de esos procesos electorales que, seguramente, como en el caso de autos, tienen una regulación especial contenida en una Ordenanza, de conformidad con la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública.

Por lo expuesto, en criterio de esta Sala, la ilicitud de un proceso electoral sí puede ser objeto de impugnación cuando se considere que hubo vicios de nulidad en las elecciones, asimilables a los tipificados en el artículo 216 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política...”. (sic).

Con base en las jurisprudencias citadas, esta Sala Electoral Accidental N° 1, debe anular la referida convocatoria y el proceso electoral que se llevó a cabo con base en ella, por aplicación analógica del numeral 1 del artículo 216 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, aplicable *ratione temporis*, en concordancia con el numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y así se decide.

Al anular el proceso electoral mediante el cual fueron escogidos los representantes de las organizaciones vecinales y de los distintos sectores de la sociedad civil organizada ante el Consejo Local de Planificación Pública, se deja en la práctica, a la acción de gobierno del Municipio Libertador del estado Mérida, sin un órgano fundamental de enlace entre la Administración Pública municipal y los ciudadanos y ciudadanas, comunidades organizadas y sectores que integran la base poblacional de dicha entidad territorial, es por ello, que se ordena la inmediata reincorporación de quienes ocupaban estos cargos hasta la fecha de la realización del proceso electoral ya anulado, correspondiente al periodo 2007-2009, y así se decide. En consecuencia, acogiendo el criterio doctrinal contenido en la sentencia número 802, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha primero (1°) de junio de dos mil once (2011), es obligación de esta Sala Electoral Accidental N° 1, ordenar la repetición de dicho proceso electoral previa elaboración de un cronograma, en el cual se establezcan todas las fases del proceso comicial con observancia de las disposiciones previstas en la normativa vigente, para lo cual esta Sala Electoral Accidental N° 1, del Tribunal Supremo de Justicia, fija un lapso que no debe exceder de sesenta (60) días continuos, según indica el artículo 8 de la Reforma Parcial de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, *Gaceta Oficial* Extraordinaria número 6.017, de fecha treinta (30) de diciembre de dos mil diez (2010), contados a partir de la reincorporación a sus cargos de los consejeros que ejercían funciones hasta antes de la realización del proceso electoral irrito efectuado por autoridad incompetente para ello, en el Consejo Local de Planificación Pública.

Así se decide.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. Régimen Económico: Libertad de empresa: Restricciones

TSJ-SC (1092)

13-7-2011

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Único Aparte del artículo 45 de la Ley de Tránsito Terrestre de 1996 (Corporación Industrial Class Light C.A. y Otras)

La prohibición de publicidad de licores en la infraestructura vial constituye una legítima restricción a la libertad de empresa contenida en el artículo 112 del Texto Fundamental, pues, en los términos de la propia norma constitucional, el legislador puede condicionar el desarrollo de las libertades económicas por razones de seguridad y salubridad entre otras.

De manera preliminar, resulta necesario observar que la norma impugnada, esto es, el Único Aparte del artículo 45 de la Ley de Tránsito Terrestre de 1996, se encuentra derogada por la Ley de Transporte Terrestre, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.985 del 1° de agosto de 2008, la cual, en su artículo 92, reproduce la prohibición de publicidad sobre bebidas alcohólicas en las vías de comunicación en los siguientes términos:

“Artículo 92. Queda prohibida la colocación de anuncios, carteles, vallas y avisos publicitarios, comerciales o institucionales en toda la red vial, pública o privada de uso público, permanente o casual y en una franja de los predios colindantes a las mismas equivalente a cincuenta metros (50 mts) medidos desde el eje de la vía en las autopistas nacionales treinta metros (30 mts) medidos desde el eje de la vía en las carreteras pavimentadas y quince metros (15 mts) medidos desde el eje de la vía en las carreteras no pavimentadas, dentro o fuera del derechos de vía.

Igualmente queda prohibida la colocación de medios publicitarios tanto en vía pública como en las unidades de transporte terrestre, público y privado de personas y de carga que contengan mensajes de:

1. Cigarrillos y derivados del tabaco.
2. **Bebidas Alcohólicas y demás especies previstas en la legislación sobre la materia.**
3. Sustancias estupefacientes o psicotrópicas prohibidas por la ley que rige la materia.
4. Servicios profesionales prestados por personas que no posean o cumplan con los requisitos o condiciones exigidos por la ley.
5. Bienes, servicios o actividades cuya difusión haya sido prohibida o restringida, en forma temporal o permanente, por motivos de salud pública o garantía de los derechos de las personas, por la ley o las autoridades competentes, o no haya sido autorizada, según sea el caso.
6. Juegos de envite y azar que denigren del trabajo como hecho social y proceso fundamental para alcanzar los fines del Estado, o en los cuales participen niños, niñas o adolescentes, salvo que se trate de rifas benéficas por motivo de ayuda humanitaria.
7. Bienes o servicios dirigidos a niños, niñas o adolescentes que muestren o utilicen elementos de violencia regulados en esta Ley.
8. **Armas, explosivos bienes o servicios relacionados y similares" (destacado agregado).**

Tal como se desprende de la disposición transcrita, la ley vigente mantiene la limitación que constituye el objeto de la pretensión anulatoria planteada y, por tanto, resulta patente el interés jurídico actual que subsiste en que se analice la supuesta inconstitucionalidad de la prohibición de instalar publicidad de licores en la vías de comunicación dispuesta en el artículo 92 de Ley de Transporte Terrestre, antiguamente establecida en el Único Aparte del artículo 45 de la derogada Ley de Tránsito Terrestre. Ello así, los accionantes de fundamentan su pretensión anulatoria en la eventual violación de los derechos a la libertad económica, a la igualdad, a la libertad de expresión, a la propiedad, así como la prohibición de confiscación, el principio de irretroactividad de la ley, y finalmente, que la limitación impuesta parte de una premisa falsa que, como tal, no cumple con el denominado principio de racionalidad.

Con respecto a la denuncia de violación del derecho a la libertad de empresa, el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es del siguiente tenor:

“Artículo 112. “Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.” (Resaltado añadido).

Del análisis de la disposición transcrita se desprende, que el constituyente, en el contexto del principio de libertad (artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de

Venezuela) que informa como valor fundamental al ordenamiento jurídico venezolano, desarrolló el derecho a la libertad económica, igualmente denominado derecho a la libertad de empresa, como una situación jurídica activa que faculta a los sujetos de derecho a realizar cualquier actividad económica, siempre que ésta no esté expresamente prohibida o que en el caso de estar regulada, se cumpla con las condiciones legalmente establecidas para su desarrollo.

Lo antes expuesto, permite deducir la vertiente negativa del derecho *in commento*, según la cual la situación de libertad, conlleva la prohibición general de perturbación de las posibilidades de desarrollo de una actividad económica, mientras el sistema normativo no prescriba lo contrario, con lo cual se reconoce, de igual manera, el principio de regulación, como uno de los aspectos esenciales del Estado Social de Derecho y de Justicia a que se refiere el artículo 2 del Texto Fundamental.

Ambos valores esenciales -libertad de empresa y regulación económica-, se encuentran en la base del sistema político instaurado, sin que ninguno pueda erigirse como un valor absoluto, propenso a avasallar a cualquier otro que se le interponga. Antes bien, se impone la máxima del equilibrio según la cual, los valores están llamados a convivir armoniosamente, mediante la producción de mutuas concesiones y ello implica, que las exigencias de cada uno de ellos, no sean asumidas con carácter rígido o dogmático, sino con la suficiente flexibilidad para posibilitar su concordancia.

De este modo, las colisiones o conflictos entre valores o derechos, que lleva inherente el carácter mixto de la denominada “Constitución Económica”, permite mantener la armonía del sistema, no mediante la sumisión total de unos valores sustentada en alguna pretendida prevalencia abstracta u ontológica de uno sobre otro, sino mediante el aseguramiento, en la mayor medida posible, de la observancia de cada valor, fijando el punto de equilibrio en atención a las circunstancias del caso y a los principios del ordenamiento.

El comentado punto de equilibrio se logra a través del principio de compatibilidad con el sistema democrático que impera en materia de limitación de derechos fundamentales, de acuerdo al cual, las citadas restricciones deben responder al contexto constitucional en el que habrán de ser dictadas. Así, a través del denominado control democrático, que no es más que un análisis de la vigencia del principio de racionalidad, debe constatar que la actuación del Estado sea idónea, necesaria y proporcional al objetivo perseguido, es decir, que sea apta para los fines que se buscan, requerida ante la inexistencia de una medida menos gravosa para el derecho y, finalmente, que la intervención no resulte lesiva, sino suficientemente significativa, pues de lo contrario se plantea una limitación injustificada.

De esta forma, si el ejercicio del derecho se ve limitado excesivamente, la medida devendrá en desproporcionada y, por ende, inconstitucional, con lo cual no es suficiente su idoneidad, sino la valoración de un propósito donde deben preponderar los requerimientos sociales del pleno goce de los derechos involucrados, sin trascender de lo estrictamente necesario, pues tal como se desprende del artículo 3 del Texto Fundamental vigente, el Estado venezolano tiene una vocación instrumental que como todo Estado constitucional de derecho, propende al goce y salvaguarda de los derechos fundamentales en un contexto social.

En el referido marco constitucional, la injerencia pública sobre el principio general de libertad de empresa, debe basarse en la salvaguarda del desarrollo humano, la seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social y someterse al comentado principio de racionalidad o *test* democrático y, en este sentido, la publicidad comercial en las vías de comunicación constituye una de las actividades conexas del sistema nacional de transporte, pues forma parte del aprovechamiento de la infraestructura vial.

En efecto, la infraestructura vial no sólo se utiliza para garantizar el libre tránsito y el desarrollo del servicio de transporte de personas y bienes, sino que funge, en segundo lugar y debido a su masiva utilización y extensión, de soporte para la divulgación y promoción de publicidad institucional y comercial, a través de vallas, señales, carteles, avisos, dibujos, pancartas y demás medios que puedan difundir información oficial o privada a la colectividad.

Entonces, resulta patente que la actividad publicitaria que se despliega en torno a las estructuras viales, por su conexidad con la actividad de transporte y por repercutir en toda la sociedad, en tanto usuaria de los medios de transporte desde los cuales se tiene acceso a la información vial, presenta los matices de generalidad (interés social en los términos del artículo 112 del Texto Fundamental) que justifican el establecimiento de un régimen jurídico que, atendiendo al principio de la reserva de ley que impera en materia de limitación de los derechos fundamentales, pueda imponer condiciones o restricciones al ejercicio de las actividades por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras razones de interés social.

Ello así, debe analizarse si, en concreto, la prohibición de publicitar bebidas alcohólicas contenida en la norma impugnada, se enmarca o no, dentro de las circunstancias que constitucionalmente legitiman la restricción del derecho a la libertad económica y, al respecto, la publicidad de licores, es una actividad que materialmente tiene como objetivo principal promover el consumo de una bebida alcohólica en particular.

Ciertamente, la actividad publicitaria sobre licores persigue como fin esencial estimular la utilización de una bebida con contenido etílico y, en este propósito, se promocionan los caracteres favorables del producto o incluso, se tiende a crear una impresión de bienestar que va ligada directamente a la marca o a la bebida.

Tal situación, en principio, no resulta ilegítima, pues no se trata de productos ilícitos. Sin embargo, como quiera que las bebidas alcohólicas, por su naturaleza, producen alteración de los sentidos y potencial embriaguez, resulta patente para esta Sala, que el auspiciar su consumo en una circunstancia peligrosa, como es transitar por la vía pública, resulta atentatorio de la seguridad de las personas y, con ella, de su integridad física y patrimonial e, incluso, del derecho a la vida.

Conforme a lo expuesto, la prohibición impugnada se justifica en la situación objetiva de peligrosidad que presenta conjugar la utilización de las vías de comunicación bajo una permanente incitación a consumir una sustancia que causa afectación de las condiciones motoras y, con ella, de la seguridad vial.

Al mismo tiempo, la penetración de los mensajes publicitarios colocados en las arterias viales o incluso, en vallas móviles, donde todo el mundo puede ver cualquier publicidad, da lugar a que la exposición del producto se realice de forma indiscriminada y ello, para el caso concreto de los licores, permite generar estímulos al consumo de alcohol en toda la población e incluso en niños, niñas y adolescentes que, como tales, no tienen ni la capacidad ni el discernimiento para evaluar adecuadamente ni el mensaje, ni el producto en sí mismo y, mucho menos, los efectos del consumo de bebidas alcohólicas.

Debido a esto, razones de orden sanitario demandan la protección de la población en general y de los menores de edad en particular, frente a la promoción de bebidas cuyo consumo causa una de las enfermedades con mayor afectación social y familiar, a saber, el alcoholismo.

De los anteriores planteamientos se hace visible que la regulación contenida en la norma impugnada, a saber, la imposibilidad de publicitar bebidas alcohólicas en la red vial, responde a exigencias de seguridad y salubridad que son, precisamente, dos de las circunstancias donde constitucionalmente resulta admisible una limitación al libre ejercicio de la actividad económica.

Por tanto, la prohibición de publicidad de licores en la infraestructura vial contenida en el derogado Único Aparte del artículo 45 de la Ley de Tránsito Terrestre de 1996 y actualmente recogida en el artículo 92 de la Ley de Transporte Terrestre, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.985 del 1° de agosto de 2008, constituye una legítima restricción a la libertad de empresa contenida en el artículo 112 del Texto Fundamental, pues, en los términos de la propia norma constitucional, el legislador puede condicionar el desarrollo de las libertades económicas por razones de seguridad y salubridad entre otras.

En consecuencia de lo expuesto, esta Sala desestima el argumento de violación del derecho a la libertad de empresa a que se refiere el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así se declara.

2. *Propiedad y expropiación*

A. *Derecho de propiedad*

TSJ-SC (1092)

13-7-2011

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Único Aparte del artículo 45 de la Ley de Tránsito Terrestre de 1996 (Corporación Industrial Class Light C.A. y Otras)

La concepción constitucional del derecho a la propiedad en el ordenamiento venezolano resulta muy lejana de la configuración decimonónica que lo reconocía como un derecho sagrado, inviolable e ilimitado, caracterizado por un individualismo impermeable al interés general, para evolucionar a una concepción donde se integran sus aspectos sociales y, de allí, que las limitaciones legítimas (constitucionales o legalmente impuestas por razones de utilidad pública o interés general) a las cuales se encuentra sometido el derecho bajo análisis, sean actualmente concebidas por la doctrina como parte integrantes del mismo y no como límites externos.

Igualmente, la recurrente denuncia la violación del derecho de propiedad, sobre la base que la norma impugnada estaría impidiendo la libre disposición de los derechos marcarios de las empresas productoras y comercializadoras de licores sobre sus productos.

Al respecto, el Texto Fundamental dispone en su artículo lo siguiente:

Artículo 115. Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

Sobre el citado precepto constitucional se pronunció esta Sala en la sentencia N° 462, dictada el 6 de abril de 2001 (caso: *Manuel Quevedo Fernández*), en la cual se precisó, que de la norma transcrita puede inferirse una configuración individual o personalista del derecho, referida al poder subjetivo de imperio sobre un bien y la libre disposición que se tiene sobre una cosa y, por otra parte, la configuración social del derecho, referido al conjunto de deberes y obligaciones establecidos que puede imponer la ley atendiendo a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir.

De este modo, la Carta Magna de 1999 se contextualiza con la doctrina ecléctica del constitucionalismo moderno que concibe a la propiedad como un derecho patrimonial subjetivo, pero que igualmente, reconoce la promoción social del mismo y, por tanto, un perfil relativizado que lo hace susceptible de limitaciones tales como contribuciones, restricciones u obligaciones que desde el punto de vista formal obedecen al principio de reserva de legal y, sustancialmente, responden a razones de utilidad pública o de interés general.

De acuerdo a los razonamientos que se han venido realizando, la concepción constitucional del derecho a la propiedad en el ordenamiento venezolano, resulta muy lejana de la configuración decimonónica que lo reconocía como un derecho sagrado, inviolable e ilimitado, caracterizado por un individualismo impermeable al interés general, para evolucionar a una concepción donde se integran sus aspectos sociales y, de allí, que las limitaciones legítimas (constitucionales o legalmente impuestas por razones de utilidad pública o interés general) a las cuales se encuentra sometido el derecho bajo análisis, sean actualmente concebidas por la doctrina (De Esteban J., y González-Trevijano (*Ob. cit.* p. 257), como parte integrantes del mismo y no como límites externos.

Precisamente, la caracterización relativa del derecho a la propiedad determina la improcedencia de la denuncia de violación del citado derecho, pues en el marco de las consideraciones vertidas anteriormente, la publicidad de licores en las vías de comunicación, es una actividad sobre la cual se hacen visibles restricciones que atienden a condiciones de seguridad y salubridad.

Entonces, no es que la norma impugnada imposibilite la disposición de los derechos marcarios de las empresas productoras y comercializadoras de licores sobre sus productos, o sobre los soportes físicos donde se instala la publicidad, sino que tal disposición, se encuentra sometida a condicionamientos que, en el estadio actual del derecho a la propiedad, resultan consustanciales a él y se imponen para evitar lesiones al interés general (como se dijo anteriormente, afectaciones a la seguridad y a la salud).

Como puede observarse, el constituyente venezolano, a tono con la doctrina moderna, abandonó la tesis del arbitrio absoluto de los propietarios sobre sus derechos reales, para atemperar la libre disposición de los bienes, siempre que sobre éstos recaigan circunstancias de utilidad pública o de interés general, como ocurre en el presente asunto, donde se restringe taxativamente y de manera perfectamente determinada, que se coloque publicidad de licores de manera permanente o casual.

Por tanto, debe esta Sala concluir, que resulta legítima y, por ende, constitucional, la restricción a la libertad de disposición publicitaria sobre las marcas de licores y sobre los soportes de las vallas permanentes o movibles a que hace referencia la norma impugnada y, así se declara.

B. *Prohibición de confiscaciones*

TSJ-SC (1092)

13-7-2011

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Único Aparte del artículo 45 de la Ley de Tránsito Terrestre de 1996 (Corporación Industrial Class Light C.A. y Otras)

La prohibición de actividad confiscatoria no es una protección constitucional sobre los bienes específicos de los administrados, sino una garantía del grado de afectación sobre sus derechos reales, por lo que reviste un límite dogmático al *quantum* de las medidas estatales que inciden en el patrimonio de las personas.

Por otra parte, la accionante arguyó la violación del artículo 116 del Texto Fundamental, alegando el presunto carácter confiscatorio de la norma impugnada, sobre las base que la misma establece una forma de desapoderamiento de las vallas y demás anuncios de bebidas alcohólicas. Al respecto, el artículo 116 de la Constitución vigente dispone un marco conforme al cual, salvo los casos permitidos por el propio Texto Constitucional y excepcionalmente, las materias relacionadas a los delitos contra el patrimonio público y el tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, no es posible decretar ni ejecutar la *confiscatio*, toda vez que esta medida, ha estado -salvo las excepciones constitucionalmente admitidas-excluida de las instituciones del ordenamiento jurídico venezolano, desde los propios tiempos independentistas, en razón del carácter excesivamente dañoso que presenta en el patrimonio del sujeto a quien le es aplicada.

Tal castigo, sobre la cual Voltaire expresó, que “*en todos los casos, no es otra cosa que una rapiña...*,” es una sanción que de acuerdo a Dromi (*Derecho Administrativo*. 1996. Editorial Ciudad Argentina. p. 620), procede a través de vías penales, civiles, administrativas y fiscales e implica, un desapoderamiento de parte esencial de los bienes de la persona, que por tanto, excede un porcentaje razonable de punición, constituyéndose en una sanción desproporcionada que resulta violatoria del derecho de propiedad.

En el mismo sentido, Marienhoff M. (*Tratado de derecho Administrativo*. Tomo IV, Editorial Abeledo Perrot, 1965, p. 499), recoge esta noción según la cual, las confiscaciones pueden derivar de actos expresos de naturaleza civil, administrativa, fiscal o penal y, de igual forma, sostiene que se trata del apoderamiento de todos los bienes de una persona, o al menos de la mayoría de estos, por lo que resultará confiscatoria, aquella exigencia de pago cuyo monto absorba todo o gran parte del capital o renta de quien resulte obligado. Por ello, la prohibición de actividad confiscatoria, no es una protección constitucional sobre los bienes específicos de los administrados, sino una garantía del grado de afectación sobre sus derechos reales, por lo que reviste un límite dogmático al *quantum* de las medidas estatales que inciden en el patrimonio de las personas.

De este modo, el Constituyente limitó al legislador en la extensión de las medidas que afectan pecuniariamente a los sujetos de derecho, proporcionándole unos parámetros o un esquema de adecuación entre la actuación del Poder Público y la incidencia en los administrados de acuerdo al cual, no se debe exceder de manera indudable, el grado de restricción necesaria de la libertad, para lograr la preservación de los intereses generales.

Ante la situación planteada, la prohibición de confiscatoriedad se encuentra vinculada al principio de razonabilidad que debe guiar el ajuste entre la actuación del Estado y la afectación a la esfera jurídica de un sujeto de derecho, para lo cual, debe cuidarse que la actividad

no alcance formal o sustancialmente la confiscación de los bienes de la persona, lo cual ocurre ante el desapoderamiento total de los bienes o de su equivalente, pues ello provoca en términos de Valdés (*Curso de Derecho Tributario*. Ediciones De Palma, 1996, p. 128), un sacrificio económico excesivo.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, debe ratificarse que la norma impugnada impone una restricción legítima a los derechos patrimoniales y a la libertad económica sobre la publicidad comercial de licores, pero contrariamente a lo denunciado, dicha limitación no supone un desapoderamiento de la totalidad de los bienes o de una parte sustancial de los activos de las empresas que desarrollan dicha actividad. Antes bien, las empresas de publicidad pueden adecuar su actividad comercial a los parámetros que impone la ley (pues ésta no imposibilita totalmente el desarrollo publicitario) y así, continuar su actividad atendiendo a las condiciones regulatorias que se le han establecido al sector sobre la base de exigencias sanitarias y de seguridad. Como se puede observar, los operadores publicitarios o licoreros, no sufren el desapoderamiento de sus equipos o infraestructura, ni de los ingresos que su actividad genera, sino que incluso para los casos en que deban removerse las vallas y, demás estructuras publicitarias, como consecuencia de su ilegal localización (siempre como resultado de un procedimiento administrativo donde con las debidas garantías se concluya que efectivamente la publicidad se está desarrollando de modo ilegal), subsiste tanto la posibilidad de reubicarlas conforme al marco legal, como la de exigir al Estado la indemnización de los eventuales daños que pudieran generarse a consecuencia de la remoción de la infraestructura publicitaria o de la afectación a la actividad comercial que pudiera derivarse de las nuevas condiciones legales, todo ello, en el marco del principio de responsabilidad del Estado a que hace mención el artículo 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Es evidente entonces, que la disposición impugnada no presenta una desproporción irracional, entre el deber social de los derechos de propiedad y la libertad de empresa de quienes se dedican a la publicidad comercial de licores y, como quiera que la referida desproporcionalidad es el elemento fundamental a la hora de determinar el carácter confiscatorio de una norma, debe declararse la improcedencia del referido alegato.

En tal virtud, se desestima la supuesta violación del artículo 116 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así se decide.

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. Principio de Legalidad Tributaria

TSJ-SPA (1188)

28-9-2011

Magistrada Ponente: Trina Omaira Zurita

Caso: Grupo Nanco, C.A. vs. Decisión Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

El principio de legalidad tributaria posee fundamentalmente dos características: por una parte, sólo la Ley puede otorgar exenciones, exoneraciones y demás beneficios fiscales; mientras que, por la otra, únicamente la Ley puede establecer los términos y condiciones para la procedencia del beneficio fiscal.

Dilucidado lo anterior, considera necesario esta Sala, entrar a conocer si la Sentencia objeto de apelación incurrió en la violación del principio de legalidad, por cuanto a criterio de la recurrente "(...) el tribunal obvia que los libros de ventas deben realizarse de conformidad

con lo establecido en el Reglamento del Impuesto al Valor Agregado (sic); que los libros diario y mayor deben realizarse o asentarse de conformidad con lo dispuesto en el Código de Comercio en concordancia con los principios generalmente aceptados en materia de contabilidad (...)”.

Al respecto, el Tribunal de la causa precisó que correspondía a la contribuyente cumplir con la carga de demostrar a la Administración Tributaria Municipal, que sus actividades se encontraban circunscritas dentro del supuesto normativo que otorga el beneficio de rebaja del cincuenta y cinco por ciento (55%), previsto en el artículo 69 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda, para los períodos fiscales investigados 2003, 2004 y 2005, disponiendo para ello de un listado de los bienes vendidos que discrimine cuáles de éstos gozan de dicha rebaja. En relación con el principio de legalidad previsto en el artículo 317 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal ha señalado recientemente que éste se presenta como un instrumento jurídico formal que tiende a articular las relaciones entre el Estado y los particulares, sujetando el obrar público a las reglas del ordenamiento jurídico y, de allí, que se le conciba como una máxima opuesta a la arbitrariedad. (Sentencia N° 176 de fecha 1° de marzo de 2011, caso: *Consortio Petrobras Energía-Williams*.)

Con vista en lo señalado, es necesario destacar que en materia de rebajas, exenciones, exoneraciones, desgravámenes y demás beneficios fiscales, rige el principio de legalidad tributaria, el cual posee fundamentalmente dos características: **por una parte**, sólo la Ley puede otorgar exenciones, exoneraciones y demás beneficios fiscales; mientras que, **por la otra**, únicamente la Ley puede establecer los términos y condiciones para la procedencia del beneficio fiscal (artículos 317 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como 3 y 4 del Código Orgánico Tributario de 2001).

En tal sentido, en el caso que nos ocupa, la norma que otorga la rebaja del cincuenta y cinco por ciento (55%) del impuesto causado se encuentra recogida en el artículo 69 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda (artículos 70 de dicha Ordenanza para el ejercicio fiscal 2003 y 71 para los períodos impositivos 2004 y 2005), la cual es del tenor siguiente:

“Artículo 69. Se concede una rebaja del cincuenta y cinco por ciento (55%) del monto del impuesto causado por el ejercicio de las siguientes actividades:

1. Actividad de comercio al detal de prendas de vestir.

(...)”

En este orden de ideas, señala el artículo 130 del Código Orgánico Tributario de 2001:

Artículo 130.- *“Los contribuyentes y responsables, ocurridos los hechos previstos en la Ley cuya realización origina el nacimiento de una obligación tributaria, deberán determinar y cumplir por sí mismos dicha obligación o proporcionar la información necesaria para que la determinación sea efectuada por la Administración Tributaria, según lo dispuesto en las leyes y demás normas de carácter tributario.*

No obstante, la Administración Tributaria podrá proceder a la determinación de oficio, sobre base cierta o sobre base presuntiva (...) en cualquiera de las siguientes situaciones:

1. Cuando el contribuyente o responsable hubiere omitido presentar la declaración.

2. Cuando la declaración ofreciera dudas relativas a su veracidad o exactitud.

3. Cuando el contribuyente, debidamente requerido conforme a la ley, no exhiba los libros y documentos pertinentes o no aporte los elementos necesarios para efectuar la determinación (...).”.

La norma parcialmente transcrita concede a la Administración Tributaria la facultad de proceder a la determinación de oficio de la deuda tributaria: cuando el contribuyente o responsable hubiere omitido presentar la declaración o cuando no hubiere cumplido con la obligación tributaria en los casos en que se exija declaración; y cuando el contribuyente debidamente requerido conforme a la ley no exhiba los libros y documentos pertinentes, entre otras causales.

Circunscribiéndose al caso objeto de análisis en la presente Sentencia, se desprende del contenido de los actos administrativos impugnados que la Administración Tributaria Municipal confirmó el reparo formulado en el Acta Fiscal N° D.A.T.-GAF: N° 1.248-505-2006 de fecha 20 de noviembre de 2006, toda vez que la información obtenida a través de los Libros de Venta de la contribuyente demuestra que “(...) no lleva en su contabilidad los ingresos disgregados conforme a los productos que comercializa (...)”.

De esta manera, el acto recurrido consideró que dicho incumplimiento constituye una infracción al deber previsto en el artículo 145 del Código Orgánico Tributario de 2001, el cual en su numeral tercero establece que los contribuyentes, responsables y terceros deberán exhibir y conservar en forma ordenada, mientras el tributo no esté prescrito, los libros de comercio, los libros y **registros especiales**, los documentos y antecedentes **de las operaciones o situaciones que constituyan hechos imponible**s, razón por la cual, en el caso que nos ocupa, siendo que la contribuyente no aportó el respectivo asiento que discrimine sus ingresos de acuerdo a los diferentes productos que vende, mal podría el Fisco Municipal haber tenido conocimiento sobre cuáles ventas procedería la rebaja establecida en el artículo 69 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda (artículos 70 de dicha Ordenanza para el ejercicio fiscal 2003 y 71 para los períodos impositivos 2004 y 2005), y sobre cuáles no. (*Vid.*, sentencia de esta del 10 de febrero de 2011, caso: *Corporación LR-9, C.A.*).

2. Tributos: Impuesto a las actividades económicas

TSJ-SPA (1188)

28-9-2011

Magistrada Ponente: Trina Omaira Zurita

Caso: Grupo Nanco, C.A. vs. Decisión Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

La Sala examina las características del impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar.

...Determinado lo anterior y circunscribiendo el análisis a la denuncia antes indicada, esta Alzada estima necesario examinar las características del impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar, y al respecto observa:

El impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar, es un tributo que grava el ejercicio habitual de las actividades industriales, comerciales o de servicios que realice una persona natural o jurídica, susceptibles de ser vinculadas con el territorio del Municipio por aplicación de los factores de conexión pertinentes, que en el caso de las actividades industriales y comerciales se reconducen a la existencia de un establecimiento permanente.

La base imponible que se tomará para la determinación y liquidación del referido impuesto, está conformada por los ingresos brutos obtenidos por el ejercicio de las actividades industriales, comerciales o económicas de naturaleza similar que se desarrollen en el ámbito territorial del Municipio, o que por su índole se consideren ejercidas en dicha jurisdicción. A tales efectos, se entiende por ingresos brutos todas las cantidades y proventos que de manera regular reciba el sujeto pasivo por el ejercicio de la actividad económica que explota en la jurisdicción del ente local.

En tal sentido, la doctrina en general caracteriza este tributo como un impuesto real, periódico y territorial, entendiéndose por real, la circunstancia que para su cuantificación se toma en cuenta sólo la actividad que los sujetos pasivos ejercen habitualmente, sin atender a las condiciones subjetivas de los contribuyentes para la fijación de la base imponible ni de la alícuota.

Asimismo, es un tributo periódico por existir un tipo impositivo constante relacionado con la actividad cumplida durante el tiempo señalado en la ordenanza respectiva, proyectada sobre el monto de ingresos de un ejercicio determinado, por lo que se le considera un impuesto anual, sin que ello obste que las ordenanzas de los diferentes municipios prevean períodos de pagos menores a ese lapso.

Finalmente, es un impuesto territorial en virtud de recaer, exclusivamente, sobre aquellas actividades ejercidas dentro del ámbito físico de la jurisdicción local que lo impone. De tal manera, para que un contribuyente sea sujeto pasivo del aludido tributo, debe existir una conexión entre el territorio del municipio exactor y los elementos objetivos condicionantes del impuesto, esto es, el lugar de la fuente productora y la capacidad contributiva sobre la que recaerá el tributo. (*Vid.*, sentencia de fecha 23 de abril de 2008, caso: *Comercializadora Snacks, S.R.L.*, posteriormente ratificada por los fallos del 20 de mayo de 2009 y 19 de octubre de 2010.) En este sentido, se puede apreciar del acto administrativo recurrido que el Acta Fiscal N° D.A.T.-G.A.F: 1.248-505-2006 de fecha 20 de noviembre de 2006, verificó el hecho imponible y procedió a determinar “*de oficio sobre base cierta, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 131 del Código Orgánico Tributario*” la base imponible, tomando en consideración los ingresos reflejados en los libros legales de contabilidad y en las declaraciones del impuesto al valor agregado e impuesto sobre la renta para los períodos fiscales comprendidos entre el año 2003 y el 2005. Así, la mencionada Acta Fiscal precisó que los ingresos percibidos por la contribuyente “*no son sólo producto de la venta de prendas de vestir sino también por el comercio de accesorios, correas y bolsos como complementos de la indumentaria, los cuales no son prendas de vestir, por tanto no gozan del referido beneficio fiscal*” correspondiente al cincuenta y cinco por ciento (55%) del impuesto causado, razón por la cual, tomando en consideración las declaraciones estimadas y definitivas de los ingresos brutos de la contribuyente, la funcionaria actuante apreció diferencias entre el impuesto causado y el tributo liquidado lo que trajo como consecuencia la formulación de un reparo fiscal por la suma de diecinueve millones seiscientos cincuenta y nueve mil veintinueve bolívares sin céntimos (Bs. 19.659.029,00), reexpresado en la cantidad de diecinueve mil seiscientos cincuenta y nueve bolívares con tres céntimos (Bs. 19.659,03).

Al respecto, esta Sala observa que la fiscal actuante advirtió que la investigación fue efectuada sobre base cierta, tal y como se desprende del texto de la Resolución N° L/243.09 de fecha 28 de septiembre de 2007, emanada de la Dirección de Administración Tributaria del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda en donde expresamente se señala que: “*(...) Se procedió a la determinación de oficio sobre base cierta, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 131 del Código Orgánico Tributario vigente (...)*”, es decir, con apoyo a los elementos que le permitieron conocer en forma directa la existencia de la

cuantía de la obligación tributaria, conforme a la información suministrada por la contribuyente en sus declaraciones estimadas y definitivas de ingresos brutos, así como de sus “*libros legales de contabilidad, sus declaraciones de IVA e impuesto sobre la renta*”, razón por la cual se desestima el alegato esgrimido por la representación judicial de la empresa Grupo Nanco, C.A., según el cual el Fisco Municipal habría formulado el reparo sobre base presunta. Así se declara.

VI. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. Aspectos generales del proceso contencioso administrativo

A. Prerrogativas procesales de los entes públicos

a. Consulta de fallos contrarios a los intereses de la República

CPCA

27-9-2011

Juez Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño

Caso: Gobernación del Estado Miranda vs. Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES)

En tanto prerrogativa procesal de la República, la consulta opera ante la falta de ejercicio de los medios de impugnación o gravamen dentro de los lapsos establecidos para su interposición, siempre que el pronunciamiento jurisdiccional sea contrario a sus pretensiones, defensas o excepciones, en razón del interés general que subyace en los juicios donde está en juego los intereses patrimoniales de la República o de aquellos entes u órganos públicos a los cuales se extiende su aplicación por expresa regla legal (*Vbgr.* Administración pública descentralizada funcionalmente, a nivel nacional o estatal).

Declarada la competencia de esta Corte para conocer de la consulta planteada, considera necesario establecer la finalidad de dicha institución como una prerrogativa procesal a favor de la República, en los términos previstos en el artículo 72 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Conforme a ello, se debe señalar que la prerrogativa procesal de la consulta que haya de ser planteada ante el respectivo Tribunal superior, en ausencia del ejercicio del recurso de apelación de la República, no constituye una fórmula de control general de la juridicidad del fallo objeto de consulta, sino que su finalidad viene a ser la defensa de los intereses de ésta, cuando sea condenada total o parcialmente en la sentencia dictada por el A quo. En efecto, a ningún otro resultado conduce la doctrina vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Véase Sentencia N° (902) de 14-5-2004, Caso: *C.V.G. Bauxilum, C.A.*, en *Revista de Derecho Público* N° 97-98, 2004, P.200.

Asimismo, la señalada Sala en sentencia de fecha 8 de junio de 2007 (caso: *Procuraduría General del estado Lara*), realizando un análisis con relación a la naturaleza y alcance de la prerrogativa procesal de la consulta, determinó lo siguiente:

“...La consulta, como noción procesal, se erige como una fórmula de control judicial en materias donde se encuentra involucrado el orden público, el interés público o el orden constitucional, y el juez que la ejerce debe revisar no sólo la juridicidad del fallo, sino la adecuación del derecho declarado al caso concreto, en los casos de la consulta prevista en el artículo 70 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República la justificación se centra en el interés general que subyace en todo juicio propuesto contra un órgano o ente público.

Sobre la acepción ‘interés general’ que justifica el elenco de prerrogativas y privilegios procesales que ostenta la República, esta Sala ha sostenido que ‘(...) cuando la República es demandada en juicio, se acciona contra uno de los componentes más importantes del Estado y la eventual afectación de su patrimonio puede llegar a afectar el patrimonio de la población, y mermar la eficacia de la prestación de los servicios públicos.

Conforme a esta premisa, el ordenamiento jurídico ha establecido privilegios y prerrogativas procesales para la actuación de la República en juicio en resguardo de los intereses superiores que rigen la actuación del Estado’ (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 2.229 del 29 de julio de 2005, caso: ‘*Procuraduría General del Estado Lara*’). (...) En tanto prerrogativa procesal de la República, la consulta opera ante la falta de ejercicio de los medios de impugnación o gravamen dentro de los lapsos establecidos para su interposición, siempre que el pronunciamiento jurisdiccional sea contrario a sus pretensiones, defensas o excepciones, en razón, se insiste, del interés general que subyace en los juicios donde está en juego los intereses patrimoniales de la República o de aquellos entes u órganos públicos a los cuales se extiende su aplicación por expresa regla legal (*Vbgr.* Administración pública descentralizada funcionalmente, a nivel nacional o estatal).

Consecuencia de lo expuesto, si una decisión judicial en nada afecta las pretensiones, defensas o excepciones esgrimidas por la República o de aquellos titulares de la prerrogativa procesal examinada, no surge la obligación para el juzgador de primera instancia de remitir el expediente a los fines de la consulta, pues la condición de aplicación del artículo 70 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, exige un agravio calificado por el legislador: una sentencia definitiva que contrarie las pretensiones procesales, defensas o excepciones opuestas por el ente u órgano público, según sea el caso...” (Énfasis de esta Corte).

En el caso de autos, se observa que la parte recurrida es el Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES), en cuya Ley de Creación, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.066 de fecha 30 de octubre de 2000, se constituye como un servicio autónomo sin personalidad jurídica, con autonomía administrativa, presupuestaria y de personal, adscrito a la Vicepresidencia de la República, cuya liquidación fue ordenada mediante Ley Especial de Liquidación del Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES), publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.991 Extraordinario, de fecha 29 de julio de 2010, por lo que le resulta aplicable la prerrogativa procesal acordada a favor de la República en el artículo 72 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. Así se decide.

b. *No extensión de privilegios y prerrogativas a las empresas del Estado*

TSJ-SC (1453)

10-8-2011

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Ramona Del Carmen Fuentes vs. CABIGAS, C.A.

La Sala reitera que las prerrogativas procesales son de derecho estricto, por comprender una excepción al principio de igualdad procesal. En tal sentido, cuando el artículo 102 de la entonces aplicable Ley Orgánica de Régimen Municipal establecía que el “Municipio gozará de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga al Fisco Nacional”, se está refiriendo –y así debe interpretarse– al Municipio como entidad político territorial, indepen-

dientemente de los demás órganos que lo compongan. Por tanto, las empresas, asociaciones civiles o fundaciones municipales, vista su independencia dada su propia personalidad jurídica, requiere, necesariamente, que exista previsión legal expresa que otorgue tales prerrogativas.

...En el presente caso, esta Sala destaca que la sociedad mercantil Cabigas, C.A., es una empresa cuya titularidad accionaria está bajo el control del Municipio Cabimas del Estado Zulia. Dado este aspecto, alegó la representación de la solicitante que un ente corporativo de derecho público de esta naturaleza perteneciente a un Municipio no se encuentra investido, por las normas que regían en su momento, de las prerrogativas procesales conferidas al Estado.

Las leyes que se analizaron para la presente causa, y que por sus razones de temporalidad se encontraban vigentes para dicho procedimiento –admitida el 6 de junio de 2001 y sentenciada definitivamente en primera instancia el 11 de enero de 2005- eran la Ley Orgánica del Régimen Municipal de 1989 y el Decreto Ley con Fuerza, Valor y Rango de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2001.

A este respecto, cabe señalar que, la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989, a modo de referencia -por cuanto no es la misma naturaleza del ente demandando en el juicio principal- ni siquiera establecía prerrogativas a favor de los Institutos Autónomos, como puede observarse de la disposición contenida en el artículo 44 de la mencionada Ley. Hacía excepción a una posible delimitación en ley nacional, sin embargo la misma nunca se previó:

Artículo 44. Los institutos autónomos municipales no gozarán de los privilegios y prerrogativas que esta ley acuerda al fisco municipal, a menos que una ley nacional así lo establezca.

A su vez, la mencionada Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989 determinó las siguientes prerrogativas sin que ninguna fuera extensible a empresas propiedad de los Municipios:

Artículo 102. 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 le sean aplicables.

Artículo 103. Los funcionarios judiciales están obligados a notificar al síndico procurador de toda demanda, oposición, excepción, providencia, sentencia o solicitud de cualquier naturaleza que, directa o indirectamente, obre contra los intereses patrimoniales del municipio o del distrito metropolitano.

Dichas notificaciones se harán por oficio y deberán ser acompañadas de copia certificada de todo lo que sea conducente para formar criterio acerca del asunto.

El síndico procurador deberá contestarlas en un término de cuarenta y cinco (45) días continuos, vencido el cual se tendrá por notificado.

En los juicios en que el municipio o el distrito sea parte, los funcionarios judiciales están igualmente obligados a notificar al síndico procurador de la apertura de todo término para el ejercicio de algún recurso, de la fijación de oportunidad para la realización de algún acto y de toda actuación que se practique. En este caso, vencido un plazo de ocho (8) días hábiles se tendrá por notificado el municipio o distrito.

La falta de notificación será causal de reposición a instancia del síndico Procurador.

Artículo 104. Cuando el municipio o el distrito resultare condenado en juicio, el tribunal encargado de ejecutar la sentencia lo comunicará al alcalde, quien dentro del término señalado por el tribunal, deberá proponer al concejo o cabildo la forma y oportunidad de dar cumpli-

miento a lo ordenado en la sentencia. El interesado, previa notificación, aprobará o rechazará la proposición del alcalde, y en este último caso, el tribunal fijará otro plazo para presentar una nueva proposición. Si ésta tampoco fuere aprobada por el interesado o el municipio no hubiere presentado alguna, el tribunal determinará la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia, según los procedimientos siguientes:

1°. Si se trata de cantidades de dinero, el tribunal, a petición de parte interesada, ordenará que se incluya el monto a pagar en la partida respectiva en el próximo o próximos presupuestos, a cuyo efecto enviará al alcalde copia certificada de lo actuado. El monto que se ordene pagar, se cargará a una partida presupuestaria no imputable a programas.

El monto anual de dicha partida no excederá del cinco por ciento (5%) de los ingresos ordinarios del presupuesto del municipio o distrito. Cuando la orden del tribunal no fuere cumplida o la partida prevista no fuere ejecutada, el tribunal, a instancia de parte, ejecutará la sentencia conforme al procedimiento ordinario pautado en el código de procedimiento civil; y,

2° Si se tratare de entrega de bienes, el tribunal pondrá en posesión de ellos a quien corresponda, pero si tales bienes estuvieren afectados al uso público, a un servicio público o a actividades de utilidad pública prestados en forma directa por el municipio, el tribunal acordará la fijación del precio mediante peritos, en la forma establecida en la ley de expropiación por causa de utilidad pública o social; y determinado el precio, ordenará su entrega a quien corresponda, conforme a lo previsto en el ordinal anterior. En este último caso, la fecha de la sentencia se equiparará a la fecha del decreto de expropiación.

Artículo 105. Para que proceda la condenatoria en costas contra el municipio será necesario que éste resulte totalmente vencido por sentencia definitivamente firme en juicio de contenido patrimonial. En ningún caso se condenará en costas al municipio, cuando se trate de juicios contencioso administrativos de anulación de actos administrativos municipales.

El monto de la condenatoria en costas del municipio, cuando proceda, no podrá exceder del diez por ciento (10%) del valor de la demanda. La retasa será siempre obligatoria. En todo caso, el juez podrá eximir de costas al municipio, cuando éste haya tenido motivos racionales para litigar.

Lo anterior permite determinar con claridad que las disposiciones normativas municipales aplicables por razones de temporalidad no tenían previsto de modo alguno prerrogativas a favor de las empresas propiedad de los Municipios.

Por su parte, al conocer por remisión normativa a las disposiciones nacionales relacionadas con el régimen de prerrogativas procesales, puede observarse que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2001, no prevé en sus disposiciones normativa directa alguna relacionada con la aplicabilidad del régimen procesal especial de protección a favor de empresas municipales. Siendo ello así, no tiene cabida considerar que la institución de la consulta obligatoria del entonces artículo 70 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República puede ser aplicada a una sociedad mercantil como Cabigas, C.A. a solicitud del Síndico Procurador del Municipio Cabimas del Estado Zulia.

Cabe acotar que esta Sala en sentencia núm. 1331/2010, del 17 de diciembre (caso: *Joel Ramón Marín Pérez*), indicó que las limitaciones y modificaciones que se generan en el curso regular del proceso debido a la operatividad de las prerrogativas procesales han de imponerse solamente por razones de estricta necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad que obedezcan a los fines de interés general a los que sirve el Estado. Así, en atención a los también criterios jurisprudenciales asentados previamente en las sentencias 2254/2001, del 13 de noviembre, y 1582/2008, del 21 de octubre, reiteró la interpretación restrictiva de las prerro-

gativas procesales y la inviabilidad para el legislador de instaurarlas mediante fórmulas genéricas e imprecisas. Sobre la base de la excepcionalidad, se reiteró que únicamente por mandato expreso de ley pueden extenderse para otros entes y órganos públicos, si debidamente no se ha realizado con precisión su previsión mediante expreso mandato determine el alcance de la prerrogativa enmarcando al ente u órgano según su función y naturaleza jurídica:

“En este sentido, se observa que las prerrogativas y los privilegios que posee la República son de interpretación restrictiva y no pueden ser extendidos 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 expresamente reconocidas por ley” (sentencia 1331/2010, del 17 de diciembre, caso: *Joel Ramón Marín Pérez*).

Sobre este punto, también debe indicarse que la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa ha sido pacífica y reiterada al establecer desde el año 2006, que no son extensibles las prerrogativas procesales a favor del Fisco Nacional a los Municipios (vid. s.SPA. 1018 del 24 de septiembre de 2008; caso: *Bodega y Licor es “El Encuentro”*).

A mayor abundamiento, es preciso reiterar que las prerrogativas procesales son de derecho estricto, por comprender una excepción al principio de igualdad procesal. En consecuencia, no cabe en relación a ellos la extensión por analogía a entes o personas, a menos que la misma sea expresa y claramente determinada por la ley. En tal sentido, cuando el artículo 102 de la entonces aplicable Ley Orgánica de Régimen Municipal establecía que el “*Municipio gozará de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga al Fisco Nacional*”, se está refiriendo –y así debe interpretarse- al Municipio como entidad político territorial, independientemente de los demás órganos que lo compongan. Por tanto, las empresas, asociaciones civiles o fundaciones municipales, vista su independencia dada su propia personalidad jurídica, requiere, necesariamente, que exista previsión legal expresa que otorgue tales prerrogativas.

Por tanto, cuando el artículo 103 de la entonces aplicable Ley Orgánica de Régimen Municipal alude a la obligación de notificación al Síndico Procurador de todo acto que directa o indirectamente obre contra los intereses patrimoniales del Municipio, se refiere a aquellos que afecten el patrimonio del Municipio como persona jurídica territorial, y no de aquellos entes que tienen su propia personalidad jurídica. Visto lo anterior, esta Sala determina que, en ejercicio de su facultad de revisión, en el presente caso no podía aplicarse la consulta obligatoria del otrora artículo 70 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República a una sociedad mercantil de carácter estatal como Cabigas, C.A., al no tener fundamento legal, razón por la cual, resulta improcedente que la causa en fase de ejecución haya sido elevada al conocimiento del Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia por petición del Síndico Procurador del Municipio Cabimas de esa misma Entidad, quien carece de cualidad alguna en dicha causa, y en aplicación de la previsión que no abarca de modo alguno –ni directa e indirectamente- a una persona jurídica con las connotaciones de Cabigas, C.A.

En efecto, esta Sala verifica que la sociedad mercantil demandada no apeló de la sentencia condenatoria dictada por el tribunal de primera instancia, sino que pidió, en fase de ejecución del fallo, que se procediese a la consulta del artículo 70 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, cuando la sentencia se encontraba definitivamente firme y adquirió el carácter de cosa juzgada, cuando lo procedente en Derecho es que la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia continúe con su ejecución a los fines de asentar de manera definitiva sus efectos, visto que es la decisión que adquirió el carácter de sentencia definitivamente firme.

Por tanto, esta Sala, ante el desconocimiento de la jurisprudencia vinculante de esta Sala y de la debida aplicación de principio y normas constitucionales de orden público, en ejecución de la facultad de revisión, ANULA la sentencia dictada por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, el día 26 de enero de 2010, que había ordenado en virtud de la consulta del entonces artículo 70 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2001, la reposición de la causa, al estado de admisión en primera instancia, así como también SE ANULAN todos los actos judiciales subsiguientes que se hayan dictado con ocasión al fallo anulado. Igualmente, a los fines de subsanar las irregularidades procesales suscitadas con la indebida solicitud de la consulta obligatoria antes referida; se ORDENA la continuación de la ejecución de la sentencia dictada, el 11 de enero de 2005, por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, con sede en Cabimas, conforme a las previsiones de los artículos 523 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, toda vez que dicho fallo se encuentra definitivamente firme, así se decide.

Se ORDENA a la Secretaría de esta Sala Constitucional remitir copia certificada del presente fallo al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, con sede en Cabimas, y al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, a los fines de que se dé cumplimiento a lo establecido en el presente fallo. Así se decide.

2. *El Procedimiento Contencioso Administrativo de Anulación*

A. *Medidas cautelares: Revocatoria*

TSJ-SPA (1153)

11-8-2011

Magistrado Ponente: Trina Omaira Zurita

Caso: Fisco Nacional vs. Decisión del Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

La Sala constata que los pedimentos cautelares formulados por la recurrente constituyen el objeto de la acción de nulidad, razón por la cual señala que el tribunal *a quo* no debió manifestarse de manera preventiva sobre tal objeto, pues ese pronunciamiento vaciaría de contenido la sentencia definitiva, antes de la necesaria confrontación probatoria; en cuya virtud deviene en la revocatoria de la medida cautelar innominada.

En virtud de la declaratoria contenida en la decisión judicial apelada, así como de los alegatos formulados en su contra por la representación judicial del Fisco Nacional y la contestación de la contribuyente, la controversia planteada en el presente caso queda circunscrita a decidir sobre la conformidad a derecho del pronunciamiento del *a quo*, respecto a la procedencia de la medida cautelar innominada consistente en la suspensión de efectos de la Resolución N° SNAT/GGSJ/GR/DRAA/2010-0155 de fecha 18 de mayo de 2010, dictada por la Gerencia General de Servicios Jurídicos del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) que decidió el recurso jerárquico ejercido por la contribuyente el 21 de diciembre de 2009 contra el Oficio N° SNAT/INA/GA/DN/2009/E/00829 del 26 de agosto de 2009, emitido por el Intendente Nacional de Aduanas del aludido Órgano fiscal, a través del cual “...se cambió la clasificación arancelaria del producto VIT-E-VAR 400 mg. Cápsulas BLANDAS (‘VIT-E-VAR’)”, y ordenó “...a todas las autoridades aduane-

ras, mantener la clasificación arancelaria bajo Código Arancelario 3004.50.10 correspondiente a 'A LA CATEGORÍA DE MEDICAMENTO' y no en Código Arancelario 2106.90.79.10, cuya descripción refiere a 'los demás complementos alimenticios, no expresados ni comprendidos en otra parte, presentados en envases acondicionados para la venta al por menor', hasta tanto se dicte sentencia definitiva en el presente asunto”.

A tal efecto, la Sala observa:

La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (publicada en la *Gaceta Oficial* Nº 39.447 del 16 de junio de 2010), prevé en su artículo 31, lo que a continuación se transcribe:

“Artículo 31.- Las demandas ejercidas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa se tramitarán conforme a lo previsto en esta Ley; supletoriamente, se aplicaran las normas de procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y del Código de Procedimiento Civil”.

Asimismo, los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, disponen lo siguiente:

“Artículo 585.- Las medidas preventivas establecidas en este Título las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama”.

“Artículo 588.- En conformidad con el Artículo 585 de este Código, el Tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la causa, las siguientes medidas:

1° El embargo de bienes muebles;

2° El secuestro de bienes determinados;

3° La prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.

Podrá también el Juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado.

Parágrafo Primero: Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el Artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión. (...).”

De las normativas que anteceden se deriva -por una parte, la regla de supletoriedad de las normas del procedimiento cautelar contenidas en el Código de Procedimiento Civil, ante el silencio de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa -y por otra parte, se establece la posibilidad que tiene el Tribunal Supremo de Justicia de acordar, aún de oficio, en cualquier demanda o recurso, las medidas preventivas que estime pertinentes para garantizar las resultas del juicio, cuando haya presunción de buen derecho (sentencia de esta Sala del 15 de octubre de 2008, caso: *Pañales Barquisimeto, C.A.*).

Con relación al correcto análisis acerca de la procedencia de la medida cautelar, este órgano jurisdiccional ha reiterado pacíficamente que se requiere, el cumplimiento concurrente de varios elementos, a saber: que se presuma la existencia del buen derecho que se busca proteger con la medida cautelar, esto es, que el derecho que se pretende tutelar aparezca fundadamente como probable y verosímil (*fumus boni iuris*); que exista riesgo de que quede

ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), es decir, la amenaza de que se produzca un daño irreversible para la parte peticionante por el retardo en obtener la decisión definitiva; y por último, específicamente para el caso de las medidas cautelares innominadas, que exista el temor fundado de que una de las partes pueda causarle lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra (*periculum in damni*).

En cuanto a las exigencias precedentemente mencionadas, su simple alegación no conducirá a otorgar la protección cautelar, puesto que deben ser probadas en autos; sólo así podrá el juzgador verificar en cada caso, a los efectos de decretar la procedencia o no de la medida preventiva solicitada, la existencia en el expediente de hechos concretos que permitan comprobar la certeza del derecho que se reclama, el peligro de que quede ilusoria la ejecución del fallo y, por último, que el peligro de daño o lesión sea grave, real e inminente, pues no bastarán las simples afirmaciones sobre la apariencia de un derecho, o sobre la existencia de peligros derivados por la mora en obtener sentencia definitiva y de grave afectación de los derechos e intereses de la parte accionante (ver entre otras, sentencia del 13 de agosto de 2008, caso: *Contralor Interino del Municipio Libertador del Estado Monagas*.).

Precisado lo anterior, correspondería revisar si en el presente caso se verifican los requisitos concurrentes que harían procedente la medida cautelar solicitada.

En este sentido, como justificación de su pretensión cautelar, la contribuyente hace referencia al *fumus boni iuris* y al *periculum in damni*, como requisitos de procedencia de la medida solicitada.

En cuanto al *fumus boni iuris* precisó lo siguiente:

Que “...la presunción de buen derecho que asiste a nuestra representada no puede ser más obvia: posee todos los permisos, caracterizaciones y documentación que demuestran a todas luces que el producto importado VIT-E-VAR es un medicamento y no un alimento, como se pretende en el Acto Impugnado. Es decir, asumir el criterio del Acto Impugnado es tanto como obviar los derechos adquiridos por el otorgamiento de permisos y licencias que datan de hace más de dos años”. Respecto de los alegatos precedentemente expuestos, este Alto Tribunal observa que los principales argumentos de la representación judicial de la contribuyente para demostrar el *fumus boni iuris*, están dirigidos a denunciar que el acto administrativo impugnado está viciado de falso supuesto en cuanto a la clasificación arancelaria de la mercancía, lo cual sería demostrable con los documentos presentados en juicio; pruebas que -a su decir- hacen innegable la naturaleza del producto, y por ende debería ser clasificado a efectos aduaneros como un medicamento, que es la pretensión de su recurso.

No obstante, debe precisarse que en casos similares al de autos, esta Sala ha sostenido que

*“las medidas cautelares son actos judiciales que pretenden anticipar los efectos de un fallo mientras transcurra la tramitación de un juicio, con el fin de salvaguardar el derecho que se arroga el solicitante, por existir riesgo manifiesto de que se produzca un daño irreparable (mientras no se haya dictado la sentencia definitiva) que ponga en peligro la satisfacción del derecho que se invoque. Es por ello que la pretensión cautelar debe estar debidamente justificada, por cuanto en caso de decretarse su procedencia, el Juez dispondrá de actos de ejecución tendentes a impedir que los efectos de la sentencia definitiva sean ineficaces”. En tal sentido, el objeto de la pretensión cautelar “no puede ser el mismo que el de la pretensión principal, por cuanto la decisión sobre este último se dicta una vez concluido el debate sobre los hechos controvertidos, mientras que la decisión sobre aquél se dicta prima facie”. (Vid. Sentencia del 17 de enero de 2008, caso: *Concejo Municipal del Municipio Caroní del Estado Bolívar*).*

Al respecto, se observa del fallo recurrido (folio 2 y su vuelto del expediente) que la representación judicial de la sociedad mercantil Representaciones Vargas C.A. expresó en su libelo como cuestión de fondo, lo siguiente:

“...Nuestra representada acompañó al Recurso Jerárquico, todos los permisos emitidos por la autoridad sanitaria legalmente competente para tal fin, como lo es el Instituto Nacional de Higiene ‘Rafael Rangel’, adscrito al Ministerio del Poder Popular para la Salud y Protección Social, así como todos los permisos de comercialización que demuestran, sin dudas, la naturaleza de medicamento que ese producto y soportan la presunción de buen derecho que asiste a nuestra representada...”

En consecuencia, esta Sala constata que los pedimentos cautelares formulados por la recurrente constituyen el objeto de la acción de nulidad, razón por la cual el tribunal *a quo* no debió manifestarse de manera preventiva sobre tal objeto, pues ese pronunciamiento vaciaría de contenido la sentencia definitiva, antes de la necesaria confrontación probatoria; en cuya virtud deviene en la revocatoria de la medida cautelar innominada decretada (*Vid.* sentencia N° 00589 del 7 de mayo de 2009, caso: *Rozaira Velásquez Subero*, ratificado en el fallo N° 00535 del 9 de junio de 2010, caso: *Representaciones Vargas, C.A.*).

Así se declara.

B. *Sentencia*

a. *Vicios. Falso supuesto*

TSJ-SPA (1001)

21-7-2011

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: SANITAS Venezuela, S.A. vs. Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), hoy Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS).

La Sala ratifica la jurisprudencia existente en relación al vicio de falso supuesto.

....Ahora bien, en relación al vicio de falso supuesto de derecho por errónea interpretación, esta Alzada ha sostenido que tal vicio se constituye como un error de juzgamiento que se origina en la construcción de la premisa mayor del silogismo judicial, específicamente, cuando el juez que conoce del caso aunque aprecie correctamente los hechos y reconozca la existencia y validez de la norma jurídica apropiada a la relación controvertida, distorsiona el alcance del precepto general, dando como resultado situaciones jurídicas no previstas en la concepción inicial del dispositivo. (*Vid. entre otras, sentencia N° 00937 de fecha 30 de septiembre de 2010*).

De manera que para estar en presencia de un error de juzgamiento de esta naturaleza, resulta imprescindible que exista una total correspondencia entre la situación material objeto de examen y el precepto normativo cuya interpretación se aduce inexacta. De lo contrario, si la norma escogida por el sentenciador no es efectivamente aplicable al supuesto de hecho controvertido, el error *in iudicando* que se configura, lejos de constituir técnicamente una errónea interpretación de ley, daría lugar más bien a una falsa aplicación de una norma jurídica vigente, o a cualquier otra modalidad de falso supuesto de derecho. (*Vid.* Sentencia N° 01614 de fecha 11 de noviembre de 2009, caso: *Sucesión de Jesús Ovidio Avendaño Benítez*).

Aplicando el anterior criterio al caso de autos, observa esta Alzada que el falso supuesto de derecho lo fundamentó la parte apelante en la errónea interpretación del aparte 1.3 de la

cláusula cuarta del contrato de asistencia médica, suscrito entre la denunciante y la empresa SANITAS, en sede administrativa, y no en la errónea interpretación de norma jurídica alguna de la cual pueda desprenderse que el *a quo* haya realizado una mala interpretación de la ley, en razón de lo cual resulta improcedente la denuncia de la parte actora en los términos planteados. Así se decide.

No obstante lo anterior, de los argumentos expuesto por la parte apelante se desprende que los mismos se configuran como un alegato de falso supuesto de hecho y no como un falso supuesto de derecho, pues están dirigidos a desestimar lo afirmado por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en relación a la obligación por parte de SANITAS de realizarle a la denunciante, previo a la contratación del servicio de asistencia médica, todos los exámenes médicos necesarios a fin de determinar si ésta padecía de alguna enfermedad preexistente a la afiliación.

Al respecto, esta Alzada debe reproducir lo expuesto en los puntos 3 y 4 de la motiva de este fallo, cuando se analiza la denuncia de falso supuesto de hecho por errónea interpretación del aludido aparte 1.3 de la cláusula cuarta del contrato de asistencia médica.

En esa oportunidad se indicó, entre otros pronunciamientos, que si la empresa de seguros arguye una enfermedad preexistente, deberá probar tal circunstancia, a través de los exámenes a los cuales el asegurado estuvo obligado a someterse, y, en caso de duda, se considerará que la enfermedad no es preexistente; pero, en caso de probar la preexistencia de una enfermedad, adicionalmente, la aseguradora deberá demostrar que la enfermedad era conocida por el asegurado.

b. *Apelación (Fundamentación)*

TSJ-SC (1350)

5-8-2011

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Desarrollo Las Américas, C.A., e INVERSIONES 431.799, C.A. vs. Decisión Sala Político Administrativa.

Si bien el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa impone una carga procesal sometida al principio de preclusión (fundamentación de la apelación), ello no es óbice para que el perdidoso pueda ejercer la apelación y, paralelamente, fundamentar su recurso con anticipación a los diez días que establece la norma.

.....Ello así, debe determinarse si efectivamente las hoy solicitantes incumplieron con la referida carga procesal de fundamentación de la apelación o si, por el contrario, como afirma el abogado solicitante, dicha carga se cumplió de manera anticipada, en el mismo acto en que se apeló de la sentencia. Al respecto, debe hacerse referencia al tratamiento que esta Sala ha dado a la fundamentación de las apelaciones realizadas en forma anticipada y al respecto, la decisión N° 585 del 30 de marzo de 2007 (caso: *Félix Oswaldo Sánchez*), estableció lo siguiente:

“...la decisión del 11 de diciembre de 2001 (caso: Distribuidora de Alimentos 7844, ratificó el criterio asentado en sentencia del 29 de mayo 2001 (caso: Carlos Alberto Campos), que estableció lo siguiente:

‘...Al respecto esta Sala Constitucional considera, como ya lo ha establecido en anteriores oportunidades, que la apelación proferida el mismo día de la publicación del fallo, no es extemporánea por anticipada, toda vez que se evidencia el interés inmediato de la parte afectada.’

tada por recurrir ante la alzada, por lo que la misma debe considerarse válida, pues es una cuestión de mera forma que ningún perjuicio ocasiona a la parte contra quien obra el recurso, lo que permite revisar el fallo para poder depurar sus supuestos vicios, de no ser así la interpretación de la norma, se estaría creando indefensión al apelante por el juez que limita o priva a una de las partes el libre ejercicio de los medios o recursos que la Ley le brinda para hacer valer sus derecho’.

De lo anterior, se evidencia que bien pudo la parte accionante apelar el mismo día que fue notificada de la sentencia, pues la finalidad de su interposición era la simple manifestación del desacuerdo con la sentencia contra la cual lo ejerció, tal como lo señaló en su escrito libelar. Sin embargo, resultaría diferente si la parte ejerciera el recurso una vez concluido el lapso señalado para su interposición, pues en este caso resultaría imputable a la parte por su falta de interposición oportuna lo cual traería como consecuencia la declaratoria de extemporaneidad por tardío.

Por lo tanto, en el caso de autos es evidente que se infringió el derecho a la defensa de la parte hoy accionante, razón por la cual esta Sala procede a confirmar lo decidido por el Juzgado Superior Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico...’

La decisión parcialmente transcrita, evidencia que la apelación tiene la naturaleza de un recurso subjetivo cuyo objeto es provocar un nuevo examen de la relación controvertida por parte del juez de segundo grado de jurisdicción, a través de su efecto devolutivo.

De este modo, no se trata de un medio de impugnación ejercido sobre la base de la legítima pretensión de obtener la nulidad de una sentencia afectada por determinados vicios de forma o de fondo, sino que encuentra su ratio en el derecho a la doble instancia y la consecuente intención de provocar una revisión completa y de la cuestión litigiosa y no sólo del fallo cuestionado.

Dadas las consideraciones que anteceden, la exigencia de fundamentación dispuesta en el artículo 19.19 de la Ley Orgánica que rige las funciones de este Alto Tribunal, debe ser interpretada en el contexto de un medio de gravamen que por su naturaleza se informa del principio anti-formalista y por tanto, si bien la referida norma ciertamente establece una carga procesal para el apelante, que consiste en fundamentar su apelación, ello en modo alguno supone la transmutación de este medio ordinario de gravamen en un mecanismo de impugnación, ya que con su ejercicio, el recurrente no intenta la declaratoria de nulidad del proveimiento jurisdiccional de primera instancia, sino el conocimiento en alzada y ex novo, del asunto ya conocido por el a quo.

En efecto, la naturaleza jurídica de la apelación como medio de gravamen, supone para los órganos jurisdiccionales y concretamente para los jueces contencioso administrativos, el deber de interpretar la carga de fundamentación de la apelación en el sentido más favorable a la efectividad e instrumentalización del principio pro actione.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, el órgano jurisdiccional debe interpretar la disposición contenida en el artículo 19.19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en el sentido de otorgarle preferencia a la operatividad del principio de doble instancia, lo cual implica que ante una posición de cariz formalista y contraria a la naturaleza del recurso de apelación que se reitera no es impugnatorio, debe otorgársele inequívocamente preferencia a la interpretación que se torne más favorable para la realización de la justicia, como fin del proceso.

A tal efecto, la exigencia de proporcionalidad a que hace referencia García Morillo (Los Derechos de la Libertad (I). La Libertad Personal. Derecho Constitucional Vol. I. Valencia: Cuarta Edición. 2000. p. 339) en cuanto a las consecuencias del incumplimiento u omisión de los requisitos procesales, supone el rechazo de las posiciones impugnatorias como la asumida por el ad quem en el caso de autos, máxime si tempestivamente el apelante ha manifestado inequívocamente su intención de hacer uso de su derecho a la doble instancia y a tal efecto ha fundamentado su recurso al momento de apelar.

De allí que, sin menoscabo del principio preclusión de los actos procesales, en acatamiento a la normativa constitucional que ordena no sacrificar la justicia por el excesivo formalismo y en pro del derecho a la doble instancia, entiende esta Sala que el lapso para fundamentar el recurso vence a los quince días de haber comenzado la relación de segunda instancia, sin que ello impida la oportunidad que tiene el perdedor de ejercer la apelación y paralelamente fundamentar su recurso con anticipación a los referidos quince días, pues en tal supuesto se cumple tanto con la carga procesal dispuesta en la norma, así como con la regla in dubio pro defensor. Significa entonces, que la carga procesal de fundamentación de las apelaciones contencioso administrativas, puede cumplirse de modo inmediato a la manifestación del interés de la parte afectada en atacar ante la alzada el fallo gravoso, toda vez que la separación espacial del acto de la apelación y su fundamentación, no puede ir en contra del derecho a la tutela judicial efectiva del apelante. Por tanto, ambas actuaciones del apelante (la apelación y su fundamentación), deben administrarse con los principios de celeridad y economía procesal, a efectos de que el desacuerdo tempestivo que se haga con la sentencia contra la cual se ejerce el recurso, permita el acceso a la doble instancia y el correspondiente reexamen de la cuestión litigiosa”.

Las consideraciones vertidas en el fallo parcialmente transcrito, resultan igualmente aplicables a la exigencia de fundamentación dispuesta en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, toda vez que éste, si bien impone una carga procesal sometida al principio de preclusión, ello no es óbice para que el perdedor pueda ejercer la apelación y, paralelamente, fundamentar su recurso con anticipación a los diez días que establece la norma.

En este sentido, en la apelación propuesta el 13 de mayo de 2010, la apelante señaló lo siguiente:

“...procedemos en este acto de conformidad con lo previsto en el artículo 33 eiusdem a presentar formalmente RECURSO DE APELACIÓN contra la referida decisión, dado que más allá de las violaciones flagrantes a la Ley que fueran denunciadas oportunamente en el curso del proceso tanto por lo que al procedimiento en sede administrativa se refiere y que damos aquí por reproducidas en todo su contenido y vigencia, y que se resumen en ausencia evidente de Declaratoria de Utilidad Pública por parte del ente competente para el procedimiento de adquisición forzosa de propiedad en el ámbito municipal, esto es el Consejo municipal del municipio San Francisco, ausencia del procedimiento de notificación de nuestras representadas como legítimas, únicas y exclusivas propietarias de los referidos inmuebles para procurar el arreglo amistoso; prescindencia absoluta del procedimiento de designación y conformación de la Comisión de Avalúos competente para la determinación del Justo Precio que como condición sine qua non debe preceder a la solicitud judicial de adquisición forzosa de la propiedad; infracciones de norma expresas que en igual sentido fueron abiertamente desatendidas en clara sintonía con la arbitrariedad en sede administrativa por la instancia judicial, al adelantarse sin las garantías del debido proceso un avalúo unilateral de los inmuebles susceptibles de adquisición forzosa, mediante la designación ilegal de unos operadores municipales en ausencia y sustitución de la Comisión de Avalúos que ordena la Ley para procurar la determinación del Justo Precio de los inmuebles en cuestión; desatenderse las denuncias que en sede judicial a todo evento se hicieran para que con el objeto obtener reposiciones por nulidad absoluta del procedimiento en sede judicial más allá de las opuestas para ser resueltas como punto previo en la sentencia definitiva, por advertir, observarse y denunciarse infracciones de normas expresas de la Ley de expropiación vigente, particularmente la denunciada inobservancia de las condiciones previstas por los artículos 34 y 35 eiusdem para la elaboración y determinación del justo precio de los inmuebles susceptibles de adquisición forzosa de propiedad; ante la ignorada evidencia del juez de la causa de las opuestas denuncias de ocupación previa que arbitraria e ilegalmente ejecutó el Alcalde del Municipio San Francisco del Estado Zulia y, que se pueden constatar de manera inequívoca sobre al menos uno (1) de los Lotes propiedad de nuestras representadas, que por sí sólo produce la nulidad absoluta de todo el procedimiento adelantado al efecto; pedimos que el presente Recurso de Apelación sea oído y sustanciado conforme a derecho...”

De lo transcrito se evidencia que la abogada apelante no sólo se limitó a ejercer el respectivo recurso, sino que expuso una serie de consideraciones sobre las cuales sustenta su apelación, es decir, la fundamentó en el mismo acto, lo cual, resulta admisible, habida cuenta que la carga procesal de fundamentación de las apelaciones contencioso administrativas pueden cumplirse de modo paralelo a la manifestación del interés de la parte afectada en atacar ante la alzada el fallo gravoso, ya que ambas actuaciones del apelante (la apelación y su fundamentación), deben administrarse con los principios de celeridad y economía procesal, a los fines de que el desacuerdo tempestivo que se haga contra una sentencia, permita el acceso al doble grado de jurisdicción.

En definitiva, la aplicación de la norma contenida en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por parte de la decisión objeto del presente análisis, constituye una manifestación exacerbada de formalismo que en el contexto del artículo 26 constitucional, se califica como no esencial y poco razonable “*ius sumun saepe summa est malitia*” (el derecho extremado es a menudo la suma inequidad). En consecuencia, con el objeto de garantizar la uniformidad de la interpretación de las normas y principios constitucionales, en ejercicio de las potestades que tiene atribuida esta Sala en materia de revisión y sobre la base del derecho a la tutela judicial efectiva y, dentro de éste, los principios de anti-formalismo y *pro actione* inherentes a la propia naturaleza jurídica de la apelación cuya fundamentación anticipada fue inconstitucionalmente inobservada por la Sala Político Administrativa de este Supremo Tribunal, se debe declarar ha lugar la solicitud de revisión de la sentencia N° 930, del 29 de septiembre de 2010, mediante la cual se declaró desistida la apelación interpuesta contra la decisión N° 297 dictada el 7 de mayo de 2010, por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia.

3. *El Contencioso Administrativo Especial*

A. *El Contencioso Administrativo Electoral: Competencia*

TSJ-SE (74)

20-7-2011

Magistrado Ponente: Juan José Núñez Calderón

Caso: Federación Venezolana de Tenis vs. Ministerio del Poder Popular para el Deporte.

La Sala Electoral acepta la competencia que le fuera declinada en un recurso contencioso ejercido contra un acto de naturaleza electoral emanado del Ministerio del Poder Popular para el Deporte, por asemejarse a un órgano electoral.

En primer lugar, corresponde a esta Sala Electoral emitir pronunciamiento respecto a la declinatoria de competencia realizada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia para conocer del “*recurso contencioso administrativo de nulidad*” interpuesto conjuntamente con solicitud de amparo cautelar y, subsidiariamente, medida cautelar innominada por el ciudadano Tulio Sánchez González y, en tal sentido, observa lo siguiente:

El numeral 2 del artículo 27 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece lo siguiente:

Artículo 27: Son competencias de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia:

2. Conocer las demandas contencioso electorales que se interpongan contra los actos de naturaleza electoral que emanen de sindicatos, organizaciones gremiales, colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales y otras organizaciones de la sociedad civil.

Respecto a las federaciones deportivas esta Sala Electoral, en su sentencia de fecha 28 de agosto de 2001 (caso: *Federación Venezolana de Deportes Acuáticos -FEDEVA-*), dejó sentado que tales organizaciones deben ser consideradas como organizaciones de la sociedad civil en los siguientes términos:

...esta Sala observa en definitiva, que el proceso de elección de la Junta Directiva y Consejo de Honor de la Federación Venezolana de Deportes Acuáticos (...) constituye un acto jurídico colectivo en el que a través de una manifestación de soberanía en lo social, se realizó una selección de preferencia; que la existencia del Reglamento de Elecciones de la mencionada Federación tiene influencia directa en la materia electoral y le está inescindiblemente relacionado; y, dado que la Federación Venezolana de Deportes Acuáticos (...) coincide con lo que en sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 656 del 30 de junio de 2000 y N° 1395 del 30 de junio de 2000, se ha llamado ‘sociedad civil’, entendida como la organización democrática de la sociedad, no estatal, política, religiosa o militar, que busca fines públicos coincidentes con los del Estado; en este caso, promover el Deporte como derecho social y como actividad esencial para la formación integral de la persona humana (artículo 1° de la Ley del Deporte). En consecuencia, resulta claro que en la presente causa el acto impugnado es un acto de naturaleza electoral emanado de una organización de la sociedad civil.

Precisado lo anterior, se observa que el recurso ha sido interpuesto contra la Resolución N° 041/10, emanada del Ministerio del Poder Popular para el Deporte en fecha 14 de octubre de 2010 y publicada en la *Gaceta Oficial* N° 39.531 del día 15 del mismo mes y año, en virtud de la que fue intervenida la Junta Directiva de la Federación Venezolana de Tenis.

En tal sentido, aún cuando el Ministerio del Poder Popular para el Deporte no constituye en esencia un órgano de naturaleza electoral, se evidencia que en el caso concreto dicho Ministerio designó una Junta Interventora que tendría entre sus objetivos “[c]onvocar a elecciones de la Junta Directiva y del Consejo de Honor de la Federación, en un lapso no mayor de treinta (30) días continuos contados a partir de su designación...”, lo que implicó el cese de las autoridades que habían sido electas para conformar la Junta Directiva y Consejo de Honor de dicha Federación.

Por tanto, visto que el contenido del acto impugnado es de naturaleza electoral y considerando que la actuación del Ministerio del Poder Popular para el Deporte, en el caso concreto, se asemeja a la de un órgano electoral, esta Sala acepta la competencia declinada por la Sala Político Administrativa de este Máximo Tribunal (*Vid.* sentencia N° 188 del 8 de diciembre de 2010, emanada de esta Sala Electoral, caso: *Federación Venezolana de Tenis*).

En consecuencia, la Sala Electoral declara su competencia para conocer del “*recurso contencioso administrativo de nulidad*” interpuesto por el ciudadano Tulio Sánchez González, el cual será tramitado como recurso contencioso electoral, en atención al principio *iura novit curia* conforme al cual el error u omisión en la calificación jurídica que realicen las partes respecto tanto de los hechos alegados como de los recursos o acciones interpuestas no resulta vinculante para el juez.

Así se declara.

B. *El Contencioso Administrativo Agrario: Acciones posesorias*

TSJ-SC (1090)

7-7-2011

Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Desaplicación de los artículos 699 al 711 del Código de Procedimiento Civil.

Resulta ineludible la necesaria abolición de la aplicación del derecho civil, a instituciones propias del derecho agrario, más aun con la existencia de un cuerpo legal que lo regula, por lo que la aplicación del procedimiento ordinario regulado en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario a las acciones posesorias en materia agraria, si bien se desprende del contenido expreso de los artículos 197 y 208 numerales 1 y 7 *eiusdem*, el mismo encuentra pleno fundamento en las características propias de la competencia agraria.

Ello así, esta Sala considera necesario reiterar respecto a la competencia agraria, que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela concibió una reforma del marco institucional del Estado, que traza una redefinición estructural del arquetipo para el desarrollo de la nación y, particularmente de las competencias del Estado -los órganos del Poder Público- la legislación vigente y la sociedad, en orden a armonizarlo con los fines que le han sido constitucionalmente encomendados.

A los fines de resolver el asunto planteado, se aprecia de manera preliminar que de un análisis de las disposiciones de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario en su conjunto permiten establecer que las acciones posesorias agrarias por perturbación o por despojo, ejercidas conforme a los supuestos previstos en el numeral 1 del artículo 197 *eiusdem* (competencia material de los Juzgados Agrarios), deben ser tramitadas y decididas conforme al procedimiento ordinario agrario, establecido en los artículos 186 y siguientes de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, y no por el procedimiento interdictal preceptuado en los artículos 699 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, ello en virtud a la **autonomía y especialidad** del derecho agrario, cuyos principios rectores son de estricto orden público en razón de los intereses sociales y colectivos tutelados por los procedimientos previstos en la referida ley especial, la cual ha devenido en el tiempo con más fuerza como una herramienta para la consecución de la paz social en el campo a través del establecimiento y perfeccionamiento de instituciones que le son propias, tal como lo es la posesión agraria.

Incluso, la aplicación preferente de la legislación agraria y por ende del procedimiento ordinario regulado en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario a casos donde lo debatido sea la posesión agraria, se deriva no sólo por el análisis legislativo sino también de los precedentes jurisprudenciales que ha emitido al respecto este Tribunal Supremo de Justicia, destacando primeramente, el artículo 197 *eiusdem*, el cual establece expresamente que “*Las controversias que se susciten entre particulares con motivo de las actividades agrarias serán sustanciadas y decididas por los tribunales de la jurisdicción agraria, conforme al procedimiento ordinario agrario, el cual se tramitará oralmente, a menos que en otras leyes se establezcan procedimientos especiales*”; así como también, el artículo 208 numerales 1 y 7, al indicar que “*Los juzgados de primera instancia agraria conocerán de las demandas entre particulares que se promuevan con ocasión de la actividad agraria, sobre los siguientes asuntos: (...) 1. Acciones declarativas, petitorias, reivindicatorias y posesorias en materia agraria (...). 7. Acciones derivadas de perturbaciones o daños a la propiedad o posesión agraria*”-, lo cual evidencia también la existencia de un foro atrayente con respecto a la jurisdicción agraria

para ventilar conflictos que se produzcan con motivo de dicha actividad; todo ello, en resguardo del derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, incluyendo dentro de este último el derecho a ser juzgado por el juez natural, los cuales están garantizados por nuestra Carta Magna. Con respecto al último punto reseñado en el párrafo anterior (foro atrayente), esta Sala Constitucional en decisión N° 5047 del 15 de diciembre de 2005, indicó que del análisis de los artículos 197 y 208 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, se desprende que el legislador ha establecido “*en primer lugar un foro atrayente con respecto a la jurisdicción agraria (artículo 197 eiusdem) para ventilar conflictos que se produzcan entre particulares con motivo de dicha actividad; y en segundo lugar, atribuyen competencia para conocer y decidir de determinadas acciones (como las del caso de marras, esto es, acciones derivadas de perturbaciones o daños a la propiedad o posesión agraria) a los Juzgados de Primera Instancia Agrarios, dejando en su último ordinal una cláusula abierta para que estos Juzgados conozcan de (...) todas las acciones y controversias entre particulares relacionados con la actividad agraria (artículo 208 eiusdem)*”, lo cual fue ratificado por la Sala Plena en su fallo N° 200/2007.

En refuerzo de lo expuesto anteriormente, debe resaltarse que recientemente la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 33 del 29 de junio de 2010, en un caso similar al de autos señaló que las acciones posesorias en materia agraria deben tramitarse conforme al procedimiento ordinario regulado en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, cónsono con la aplicación de los principios de especialidad y temporalidad de las normas.

Ello es así, por cuanto la posesión agraria va más allá de los intereses particulares que rodean la posesión civil, pues sobre la base del interés social y colectivo, persigue proteger la seguridad agroalimentaria de la República, por lo que la misma es una institución eminentemente de derecho agrario, cuyo objetivo fundamental va dirigido a la explotación directa de la tierra con el objeto de favorecer la producción de alimentos, para luego dirimir el conflicto entre los particulares interpuesto con ocasión de la actividad agraria, tal y como lo establece el procedimiento ordinario establecido en la mencionada ley especial, cuyo norte es el respeto y cumplimiento de las garantías constitucionales.

Dicha naturaleza fue objeto de estudio y análisis por esta Sala Constitucional mediante fallo N° 262/2005, cuando se estableció que la actividad agraria constituye “*(...) una actividad sometida en mayor o menor grado a un régimen estatutario de derecho público que ha sido objeto de tutela por parte del legislador, no sólo mediante una serie de medidas relacionadas directamente con el régimen sustantivo de los derechos (vgr., la afectación de uso y redistribución de las tierras), sino mediante la creación de una jurisdicción (competencia) especial que permita a los particulares un acceso directo a órganos jurisdiccionales especializados; que estén en capacidad de atender con criterios técnicos, tomando en consideración el interés general de asentar las bases del desarrollo rural integral y sustentable, asegurando la vigencia efectiva de los derechos de protección ambiental y agroalimentario de la presente y futuras generaciones (Cfr. Artículo 1 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario)*”.

Efectivamente, la **jurisdicción especial agraria** es la llamada a amparar los principios constitucionales previstos en los artículos 2, 26, 49, 305 y 307 y que el legislador concentró en el artículo 1 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, como la consolidación de los mismos dentro de un estado democrático, social de derecho y de justicia, en la búsqueda de la profundización de los valores constitucionales de desarrollo sustentable, inherentes a la seguridad agroalimentaria y a la justa disponibilidad suficiente de alimentos de calidad, distribución de la riqueza y planificación estratégica, democrática y participativa; así como la mejora de la calidad de vida de la población campesina, y el logro de un desarrollo armónico y viable en el contexto de la justicia social que toda actividad agraria persigue.

Esta especialidad en cuanto a la naturaleza e independencia del derecho agrario sobre el derecho civil, tanto en la materia adjetiva o sustantiva, es el centro de discusión del presente caso, tal como fue formulado en la acción de amparo constitucional, posición la cual no es de novel data, por el contrario la misma tuvo su origen en los estudios del maestro **Gianganzone Bolla**, a inicios del siglo pasado, considerado el padre de la escuela clásica del derecho agrario, quien enfáticamente se pronunció sobre la **inaplicabilidad de las disposiciones del derecho civil para resolver situaciones derivadas de la aplicación de las instituciones propias del derecho agrario**, lo cual fue posteriormente reforzado de manera diferente por el maestro **Antonio Carroza**, conocido como el padre de la escuela clásica, quien a comienzos de los años 60, impulsó el tema de la autonomía del derecho agrario, en la existencia de institutos propios, que lo llevaron a definir el derecho agrario como el complejo ordenado y sistematizado de los institutos típicos que regulan la materia de la agricultura, institutos los cuales fueron recogidos directamente por la Ley de Tierras de Desarrollo Agrario.

En virtud de ello, como nuevo paradigma en la sociedad venezolana, el ordenamiento supremo ha levantado el derecho a la seguridad agroalimentaria, establecido en el artículo 305 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

“Artículo 305. El Estado promoverá la agricultura sustentable como base estratégica del desarrollo rural integral, a fin de garantizar la seguridad alimentaria de la población; entendida como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor. La seguridad alimentaria se alcanzará desarrollando y privilegiando la producción agropecuaria interna, entendiéndose como tal la proveniente de las actividades agrícola, pecuaria, pesquera y acuícola. La producción de alimentos es de interés nacional y fundamental para el desarrollo económico y social de la Nación. A tales fines, el Estado dictará las medidas de orden financiero, comercial, transferencia tecnológica, tenencia de la tierra, infraestructura, capacitación de mano de obra y otras que fueran necesarias para alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento. Además, promoverá las acciones en el marco de la economía nacional e internacional para compensar las desventajas propias de la actividad agrícola (...).”

Al respecto, debe la Sala aclarar que el Constituyente en el artículo 305 *eiusdem* cometió un error, al confundir un término eminentemente sociológico como lo es el de Nación cuando debe referirse a estructuras político territoriales como Estado o República.

Esta visión integral y por ende sistémica del derecho agrario, se encuentra sometida en mayor o menor grado a un régimen estatutario de derecho público que ha sido objeto de tutela por parte del legislador, no sólo mediante una serie de medidas relacionadas directamente con el régimen sustantivo de los derechos -vgr. La afectación de uso y redistribución de las tierras-, sino mediante la creación de una jurisdicción especial, regulada por un derecho adjetivo también especial, que permita a los particulares un acceso directo a órganos jurisdiccionales especializados; que estén en capacidad de atender con criterios técnicos, sus necesidades frente a las actividades u omisiones de la Administración, tomando en consideración el interés general de asentar las bases del desarrollo rural integral y sustentable, asegurando la vigencia efectiva de los derechos de protección ambiental y agroalimentario de la presente y futuras generaciones.

Con el referido criterio, se evidencia que

“el legislador viene a reforzar la protección jurídico-constitucional de los particulares a través de normas garantistas de los derechos amparados por la Constitución, favoreciendo la tutela judicial efectiva y protegiendo para el presente caso, la vigencia y efectividad del derecho a la seguridad agroalimentaria en pro del interés general de asentar las bases del desarrollo rural integral y sustentable, asegurando la vigencia efectiva de los derechos de protección ambiental y agroalimentario de la presente y futuras generaciones. Todo en el

contexto de la actuación eficaz del Poder Público, donde los órganos y entes del Estado gestionan efectivamente sus competencias, fomentando la consolidación del principio de paz social, el bien común y la convivencia, en un medio ambiente armónico” (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 962/06).

Por ello, la aplicación del procedimiento ordinario regulado en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario a las acciones posesorias en materia agraria, si bien se desprende del contenido expreso de los artículos 186 y 197 numerales 1 y 7 *eiusdem*, el mismo encuentra pleno fundamento en las características propias de la competencia agraria, tal como se desprende de la jurisprudencia vinculante de esta Sala antes mencionada.

Asimismo, la necesidad de atender al contenido del ordenamiento estatutario de derecho público en materia agraria, ha sido puesto de manifiesto por esta Sala según la cual

“siendo que a los órganos jurisdiccionales en la materia les corresponde garantizar la seguridad alimentaria, el legislador no se encuentra limitado en el establecimiento de las facultades inquisitivas de los mencionados órganos, ni siquiera para posibilitar una actuación oficiosa que en modo alguno colide con su imparcialidad, sino que se encuadra en el carácter subjetivo y garantista del procedimiento contencioso administrativo, donde el juez propende a la salvaguarda de las situaciones jurídicas que en el ámbito de sus competencias y por mandato constitucional, se encuentra llamado a tutelar, aun frente a la inactividad particular de invocar la tutela a la seguridad agroalimentaria o ante la omisión de los órganos administrativos, en privilegiar y desarrollar la producción agropecuaria interna y proteger la biodiversidad. Con ello, resulta constitucionalmente legítima la actuación oficiosa de los órganos jurisdiccionales cuando el bien tutelado así lo amerite y exista disposición legal que lo faculte, como es el caso de la adopción de medidas que desde el punto de vista material, pudieran calificarse de funciones administrativas, tomadas en ejercicio de la potestad jurisdiccional para la salvaguarda de la seguridad agroalimentaria y de la biodiversidad”.

Las anteriores decisiones son un ejemplo, de la lucha plausible que se está generando, para establecer y confirmar la **especialidad y autonomía del derecho agrario**; y ello es en cumplimiento a nuestra propia Constitución, quien como ley de leyes, sentó las bases de una solida jurisdicción agraria, cuya misión va más allá de un simple control de la legalidad agraria; por lo cual a los operadores de justicia le es ineludible procurar mantener la vigencia del texto constitucional, previsto en los artículos 305, 306 y 307, como garantes de una efectiva aplicación de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario y demás normativas que versen sobre la materia.

En razón de las anteriores consideraciones, es necesario recalcar que lo ajustado a derecho es aplicar a las acciones posesorias en materia agraria el procedimiento ordinario regulado en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, ya que las normas contenidas en nuestro Código Civil desarrolladas a través del Código de Procedimiento Civil, resultan absolutamente incompatibles para dirimir conflictos entre particulares con ocasión de la actividad agrícola, como es el caso de las acciones posesorias agrarias, y ello se hace más patente desde la promulgación de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (2001), pues desde ese instante contamos en nuestro país con un derecho agrario autónomo y especial, donde además de muchos otros aspectos de relevancia, se estipuló que en casos de controversias la misma sería dirimida por la nueva jurisdicción especial agraria, o ante la jurisdicción contencioso administrativa, según corresponda a la naturaleza de la acción, demanda o recurso; por lo cual se hace inexplicable que aún existan dudas sobre la aplicación de la normativa especial agraria, y se siga luchando por defender la autonomía de esta rama del derecho tan especial y garantista.

Así, resulta ineludible la necesaria abolición de la aplicación del derecho civil, a instituciones propias del derecho agrario, más aun con la existencia de un cuerpo legal que lo regula, por lo que la aplicación del procedimiento ordinario regulado en la Ley

de Tierras y Desarrollo Agrario a las acciones posesorias en materia agraria, si bien se desprende del contenido expreso de los artículos 197 y 208 numerales 1 y 7 *eiusdem*, el mismo encuentra pleno fundamento en las características propias de la competencia agraria, tal como se desprende de la jurisprudencia vinculante de esta Sala antes mencionada (principio de ley especial y posterior en la materia).

De ello resulta pues, que en todos aquellos casos en los cuales no se trate de acciones posesorias en materia agraria -*Cfr.* Artículos 197 y 208 numerales 1 y 7 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario-, resulta perfectamente aplicable el procedimiento contenido en los artículos 699 al 711 del Código de Procedimiento Civil, conforme a las sentencias de esta Sala Nros. 132/01, 1.717/02, 327/08 y 190/09.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, esta Sala advierte que en el presente caso, la desaplicación por control difuso se generó en el marco de un proceso de amparo constitucional, que verificó una contradicción entre la “*Constitución y una ley u otra norma jurídica*” -conforme a las consideraciones antes expuestas-, que obligaba al ejercicio de la competencia contenida del artículo 334 de la Constitución por parte del *a quo*, con lo cual se garantizó una efectiva tutela de los principios de especialidad y autonomía (ya señalados), así como de la aplicación de la ley posterior en la materia, lo cual se vincula directamente con la garantía del derecho a la defensa y al debido proceso (*Cfr.* Sentencia de esta Sala del 16 de junio de 2006).

Igualmente, la Sala advierte que aunado al tiempo transcurrido desde que se dictó la sentencia objeto de revisión y, dado que efectivamente, el criterio contenido en la misma respecto al procedimiento aplicable a las acciones posesorias en materia agraria se ajusta al régimen jurídico adjetivo procesal aplicable, en los términos antes expuestos, esta Sala sobre la base de la prohibición de reposiciones inútiles contenida en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, resultaría contrario al contenido del artículo parcialmente transcrito en concordancia con el artículo 257 *eiusdem*, anular la el fallo y ordenar la reposición de la causa al estado en que el mencionado Juzgado dicte nuevo pronunciamiento de mérito, que en definitiva ratificaría las consideraciones efectuadas por esta Sala y por el propio órgano jurisdiccional.

Así, la Sala advierte que el Juzgado Superior Agrario de la Circunscripción Judicial de los Estados Zulia y Falcón actuó conforme al ordenamiento jurídico vigente, al señalar como procedimiento aplicable a las acciones posesorias en materia agraria el procedimiento ordinario regulado en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario -*Cfr.* Artículos 197 y 208 numerales 1 y 7, los cuales establecen lo siguiente:

“Artículo 197. Las controversias que se susciten entre particulares con motivo de las actividades agrarias serán sustanciadas y decididas por los tribunales de la jurisdicción agraria, conforme al procedimiento ordinario agrario, el cual se tramitará oralmente, a menos que en otras leyes se establezcan procedimientos especiales” y “Artículo 208. Los juzgados de primera instancia agraria conocerán de las demandas entre particulares que se promuevan con ocasión de la actividad agraria, sobre los siguientes asuntos: (...) 1. Acciones declarativas, petitorias, reivindicatorias y posesorias en materia agraria (...). 7. Acciones derivadas de perturbaciones o daños a la propiedad o posesión agraria”-.

En tal virtud, se declara conforme a derecho la desaplicación de los artículos 699 al 711 del Código de Procedimiento Civil, efectuada por la sentencia N° 223 dictada por el mencionado Juzgado Superior el 21 de abril de 2009.

Finalmente, dado que del texto de la sentencia objeto de control se desprende que coexisten criterios de instancia contradictorios respecto al procedimiento aplicable para el

trámite de las acciones posesorias en materia agraria, lo cual atentaría contra los principios de seguridad jurídica y eficiencia en la administración de justicia, esta Sala ordena la publicación íntegra del presente fallo en la *Gaceta Judicial*, así como en la página web de este Tribunal Supremo de Justicia.

VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Recurso de Inconstitucionalidad: Leyes derogadas*

TSJ-SC (1318)

4-8-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Germán José Mundarain Hernández y Otros (Impugnación del artículo 192 del Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

La Sala reitera que si bien la acción de nulidad debe incoarse respecto de textos vigentes, es posible mantener el interés en la sentencia, si fuese derogada o reformada la ley que contiene la disposición impugnada, en dos supuestos: cuando la norma ha sido reproducida en un nuevo texto, con lo que en realidad sigue vigente y lo que ocasiona es el traslado de la argumentación de la demanda a esa otra norma; y cuando la norma, pese a su desaparición, mantiene efectos que es necesario considerar, como ocurre en los casos de la llamada ultraactividad.

Como punto previo, la Sala advierte que el objeto del recurso de nulidad es el artículo 192 del Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.555 del 13 de noviembre de 2001, cuyo contenido era el siguiente:

“Del Sistema de Información Central de Riesgos.

Artículo 192. Los bancos, entidades de ahorro y préstamo, otras instituciones financieras y demás personas jurídicas cuyas leyes especiales les permitan o atribuyan facultades crediticias y que hayan sido autorizadas para ingresar al Sistema de Información Central de Riesgos, deberán enviar a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, en los plazos y con las especificaciones que ésta indique, una relación pormenorizada de sus deudores, a los fines de mantener actualizado dicho sistema.

Toda la información contenida en este sistema tendrá carácter confidencial en los términos que señalen las normas que dicte al efecto la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

La información contenida en el Sistema de Información Central de Riesgos podrá ser suministrada a los clientes de los bancos, entidades de ahorro y préstamo, y demás instituciones financieras directamente afectados, o en su defecto a sus apoderados, debidamente facultados para ello; sin menoscabo de lo previsto en el artículo 233 del presente Decreto Ley.

Dicha información será proporcionada en forma sistemática, integrada y oportuna”.

El contenido del mencionado artículo, se mantuvo inalterado en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.892 del 31 de julio de 2008, la Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.947 extraordinario del 23 de diciembre de 2009, la Ley de Reforma

Parcial de La Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 39.491 del 19 de agosto de 2010. Sin embargo, en la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010, modificó la regulación contenida en el mencionado artículo 192 objeto del recurso de nulidad interpuesto, en tanto que en su artículo 90 estableció lo siguiente:

“Artículo 90

Definición y uso del Sistema

El Sistema de Información Central de Riesgos es una base de datos o registro de la actividad crediticia del sector bancario nacional bajo la responsabilidad de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, el cual permite consultar la situación crediticia de los distintos usuarios y usuarias de las instituciones y cuya finalidad es precisar los niveles de riesgo.

El Sistema de Información Central de Riesgos será utilizado por las instituciones bancarias para realizar consultas automáticas de la información consolidada en el Sistema. Queda terminantemente prohibido el uso del Sistema de Información Central de Riesgos para fines distintos a los previstos en esta Ley, incluyendo el ser requerido como requisito para tramitación de préstamos o créditos, aperturas de cuentas de ahorros o corrientes u otros instrumentos o modalidades de captación.

La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario solicitará información a otras instituciones públicas y privadas sobre el comportamiento en la cancelación oportuna de servicios públicos de las personas naturales o jurídicas, sean usuarios o no del sector bancario nacional, a fin de recopilar información adicional para facilitar la evaluación de riesgos, contribuir con las normas de identificación del usuario y usuaria para la prevención de legitimación de capitales, y facilitar el acceso a productos crediticios a las personas sin historial bancario.

La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario dictará la normativa prudencial mediante la cual regulará, lo relacionado con la forma y oportunidad de transmisión, calidad de los datos transmitidos, exclusión o inclusión de usuarios, tiempo de permanencia en el Sistema de Información Central de Riesgos, verificación de la veracidad de la información y tramitación de reclamos”.

La anterior regulación, se recogió exactamente en el artículo 90 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 39.627 del 2 de marzo de 2011.

Ahora bien, la relación de la sucesión de la regulación del “Sistema de Información Central de Riesgos”, evidencia que generó una modificación del contenido de la norma originalmente impugnada, por lo que la Sala reitera que si bien la acción de nulidad debe incoarse respecto de textos vigentes, es posible mantener el interés en la sentencia, si fuese derogada o reformada la ley que contiene la disposición impugnada, en dos supuestos: (i) cuando la norma ha sido reproducida en un nuevo texto, con lo que en realidad sigue vigente y lo que ocasiona es el traslado de la argumentación de la demanda a esa otra norma; y (ii) cuando la norma, pese a su desaparición, mantiene efectos que es necesario considerar, como ocurre en los casos de la llamada ultraactividad -*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 796/07-.

De una simple lectura de las normas parcialmente transcritas, esta Sala advierte que los argumentos contenidos en el recurso de nulidad no son trasladables a la norma contenida en el Parágrafo Único del artículo 90 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, el cual se incluye en una retícula normativa relativa al sigilo bancario.

Ciertamente, del contenido del escrito de nulidad se advierte que las denuncias planteadas son objeto de tutela por la legislación vigente desde el punto de vista de la regulación del “Sistema de Información Central de Riesgos”, aunado a un conjunto de sanciones vinculadas al uso de los datos contenidos en el referido sistema, lo cual por lo demás recogió el contenido de sentencias de esta Sala en la materia (S. N° 4.975/05).

En tal sentido, respecto a las denuncias contenidas en los puntos N° 1, 2, 4, 8 y 9 del capítulo relativo al recurso de nulidad, es clara la garantía contenida en el artículo 90 *eiusdem*, al establecer que “*Queda terminantemente prohibido el uso del Sistema de Información Central de Riesgos para fines distintos a los previstos en esta Ley, incluyendo el ser requerido como requisito para tramitación de préstamos o créditos, aperturas de cuentas de ahorros o corrientes u otros instrumentos o modalidades de captación*”.

Al respecto, esta Sala advierte que ya en la sentencia N° 4.975/05 se estableció en términos generales -aplicables al Sistema de Información Central de Riesgos (SICRI)- que “los sistemas de información de riesgos permiten no sólo una mejor operatividad de las instituciones financieras al momento de otorgar un crédito, sino que a su vez tienen un efecto expansivo con respecto a los usuarios que necesiten el otorgamiento de un crédito y ante el posible agotamiento de la cartera crediticia y su incertidumbre en la recuperación de los mismos se afecte el desarrollo como el mantenimiento económico de los usuarios de la economía financiera del país”, aunado a que “la sola existencia de banco de datos informáticos no genera por sí sola la violación de derechos constitucionales sino cuando éstos en principio, no son adecuados con la información requerida (*vgr.* Datos sobre antecedentes laborales o de seguros suministrados para valorar un posible ascenso laboral), o cuando dichos datos no son fidedignos o veraces, lo cual puede directamente infringir los derechos al honor, a la libertad individual y a la confidencialidad, entre otros”, por lo que se concluyó que:

“existen datos informáticos y archivos de datos que ciertamente no se conciben racionalmente en su recopilación, como en el ámbito laboral (en este aspecto habría que hacer una excepción sobre los antecedentes laborales de los funcionarios que laboran en una empresa de seguridad), pero en el ámbito financiero tiene un influjo económico en el desarrollo de la colectividad, así como en tratar de buscar la igualdad entre los diversos integrantes de la sociedad.

(...)

Habiendo desatacado su importancia histórica, social, política y económica no puede desconocerse que la vigilancia en su cumplimiento, no sólo beneficia al acreedor sino al resto de la colectividad que también requiere del otorgamiento de un crédito por una entidad financiera, ya que el capital productivo que prestan las entidades financieras son parte del ingreso financiero que hacen los ahorristas a dichas instituciones, por lo que la impericia y negligencia en el otorgamiento de los mismos afecta de manera refleja el capital de los ahorristas del sistema financiero. En función de ello, se estima necesaria la existencia de un sistema de administración de riesgos crediticios, sistema el cual no es excluyente de nuestro ordenamiento jurídico sino que por el contrario, el mismo tiene eco en una gran mayoría de los países, siendo su personalidad pública o privada diferente en diversos sistemas o estando presente la concurrencia de ambas (*vgr.* Argentina), con la finalidad de asegurar la rentabilidad en la prestación del capital y la disminución del incumplimiento o fallos de los deudores que perjudiquen el interés general y el capital productivo de las instituciones financieras.

Así, ciertamente, se aprecia que la incertidumbre y el riesgo se encuentran presente en todos los sectores de la vida cotidiana del ser humano, no obstante, en virtud de su funcionalidad e importancia, la disminución del mismo se hace necesaria en atención a la situación financiera y económica del país y la fluctuación de los depósitos, por cuanto el rendimiento de los bancos es un valor reducido y la operatividad de los mismos con el capital de los ahorristas, los cuales pueden exigir su capital inmediatamente.

(...)

Es en la veracidad de los datos y no en la existencia del registro central de información de riesgos que se pueden encontrar las presuntas violaciones a los derechos o garantías constitucionales alegados por los usuarios de las instituciones financieras, ya que los sistemas de administración de riesgos i) contribuyen a dar estabilidad a los sistemas financieros, con la advertencia de que no obstante los mismos no eliminan totalmente los riesgos crediticios sino que los disminuyen; ii) se conciben como un instrumento que garantiza un nivel de rentabilidad, debido a que permite evaluar si el capital que tiene determinada entidad es el adecuado para asumir los riesgos que afronta; iii) la medición veraz y acertada de los riesgos puede generar mayores costos para los deudores en relación con su nivel de riesgo, en virtud de que su utilización y evaluación requieren de una alta capacidad técnica de los operadores ya que su éxito está basado en la precisión y consistencia y, por ende, en su capacidad para diferenciar y advertir el nivel de riesgo.

En conclusión, cabe advertir que los sistemas de información de riesgos permiten no sólo una mejor operatividad de las instituciones financieras al momento de otorgar un crédito, sino que a su vez tienen un efecto expansivo con respecto a los usuarios que necesiten el otorgamiento de un crédito y ante el posible agotamiento de la cartera crediticia y su incertidumbre en la recuperación de los mismos se afecte el desarrollo como el mantenimiento económico de los usuarios de la economía financiera del país.

Vista su necesaria consagración y existencia, se transmuta en aquéllos un correlativo deber de asegurar los derechos de los ciudadanos en cuanto a la ponderación que debe existir entre la libertad de información y el derecho a la intimidad, honor y confidencialidad de éstos”.

Por ello, la Sala en su fallo N° 794/11 destacó que

“las anteriores consideraciones tuvieron eco, en la legislación vigente al consagrar expresamente que el Sistema de Información Central de Riesgos, será utilizado por las instituciones bancarias para realizar consultas automáticas de la información consolidada en el sistema y se prohibió el uso del Sistema de Información Central de Riesgos para fines distintos a los previstos en la Ley de Instituciones Bancarias, incluyendo el ser requerido como requisito para tramitación de préstamos o créditos, aperturas de cuentas de ahorros o corrientes u otros instrumentos o modalidades de captación”.

En desarrollo de tales consideraciones, cabe igualmente precisar que el vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 39.627 del 02 de marzo de 2011, establece un conjunto de prohibiciones relativas al sigilo bancario -que inciden directamente en las denuncias contenidas en los puntos 3, 5, 6, 7, 10 y 11 de recurso de nulidad-, a saber:

“Artículo 88

Alcance de las prohibiciones

Está prohibido a las instituciones bancarias, así como a sus directores o directoras y trabajadores o trabajadoras, suministrar a terceros cualquier información sobre las operaciones pasivas y activas con sus usuarios y usuarias, a menos que medie autorización escrita de éstos o se trate de los supuestos consignados en el artículo 89 de la presente Ley.

También se encuentran obligados a cumplir el secreto bancario:

1. El Superintendente o Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario y los trabajadores o trabajadoras de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.
2. Los directores o directoras y trabajadores o trabajadoras del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional.
3. Los directores o directoras y trabajadores o trabajadoras del Banco Central de Venezuela.
4. Los directores o directoras y trabajadores o trabajadoras de las empresas de auditoría externa.

La institución bancaria está obligada a comunicar la información que requieran los organismos competentes contemplados en la Ley que regula la prevención de legitimación de capitales.

Artículo 89

Levantamiento del secreto bancario

El secreto bancario no rige cuando la información sea requerida para fines oficiales por:

1. El Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República, el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional, los Magistrados o Magistradas Presidentes o Presidentas de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, el Ministro o Ministra en el área financiera, el Defensor o Defensora del Pueblo, el Defensor o Defensora Pública General, el Procurador o Procuradora General de la República, el Contralor o Contralora General de la República, el Presidente o Presidenta del Consejo Nacional Electoral, el Presidente o Presidenta del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional, el Presidente o Presidenta del Banco Central de Venezuela, el Presidente o Presidenta del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios, el Superintendente o Superintendente del mercado de valores y el Superintendente o Superintendente del sector seguros.
2. El Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia para Interior y Justicia, el Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia para la Defensa, los Órganos del Poder Judicial, la administración aduanera y tributaria, y la autoridad administrativa con competencia en materia cambiaria, según las leyes.
3. Los jueces o juezas y tribunales en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso determinado, en el que sea parte el usuario y usuaria de la institución del sector bancario a quien se contrae la solicitud.
4. La Fiscalía General de la República, en los casos de presunción de enriquecimiento ilícito de funcionarios o funcionarias y servidores públicos o servidoras públicas de quienes administren o hayan administrado recursos del Estado o de organismos a los que éste otorga soporte económico.
5. El Superintendente o Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario, en el ejercicio de sus funciones de supervisión.
6. Los organismos competentes del gobierno de un país con el que se tenga celebrado convenio para combatir, reprimir y sancionar el tráfico ilícito de drogas o el terrorismo y la legitimación de capitales.
7. El Presidente o Presidenta de una Comisión Investigadora de la Asamblea Nacional, con acuerdo de la Comisión de que se trate y en relación con hechos que comprometan el interés público.

(...)

Los receptores o receptoras de la información a que se refiere el presente artículo, deberán utilizarla sólo a los fines para los cuales fue solicitada, y responderán de conformidad con las leyes por el incumplimiento de lo aquí establecido”.

Tales normas se concretan en el artículo 92 *eiusdem*, el cual establece una prohibición no absoluta a las instituciones bancarias, las cuales

“en consonancia con la presente Ley tienen prohibido informar los antecedentes financieros personales de sus usuarios o usuarias a cualquier persona natural o jurídica u Organismos Públicos o Privados, exceptuando al mismo usuario o usuaria, a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, al Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional, al Banco Central de Venezuela y demás entes autorizados por la presente Ley o Leyes Especiales, salvo que el usuario o usuaria autorice por escrito a la institución, autorización que en cualquier momento podrá ser revocable por el usuario o usuaria”.

Pero además, la violación del sigilo bancario constituye una actividad típica regulada por el ordenamiento jurídico penal especial, ya que el “*manejo y operación de bases de antecedentes financieros*”, se concreta en el delito de “revelación de información” contenido en el artículo 224 *eiusdem* (el cual alcanza personas naturales como “consultores”, “asesores” o “consejeros”) conforme al cual:

“Artículo 224

Revelación de información

Las personas naturales identificadas en el artículo 186 de esta Ley o los empleados de la institución del sector bancario, que en beneficio propio o de un tercero utilicen, modifiquen, revelen, difundan, destruyan, alteren o inutilicen datos reservados de carácter confidencial que se hallen registrados en medios escritos, magnéticos o electrónicos, serán penados con prisión de ocho a diez años”.

De ello resulta pues, que en la normativa vigente es clara la existencia de una prohibición sancionable penalmente, que se materializa en la utilización de “datos reservados de carácter confidencial que se hallen registrados en medios escritos, magnéticos o electrónicos”, tales como la “información sobre las operaciones pasivas y activas con sus usuarios y usuarias, a menos que medie autorización escrita de éstos” (*Cfr.* artículo 88 *eiusdem*).

Bajo tal contexto, es preciso reiterar que el principio de la constitucionalidad de las leyes, que no sólo se limita a la afirmación formal de que la Ley se tendrá por válida hasta cuando sea declarada inconstitucional, implica además: la confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios constitucionales; la seguridad de que la ley no será declarada inconstitucional sino cuando exista insalvable contradicción con la Constitución; y siempre que existiendo la posibilidad de que la amplitud para interpretar la ley se preste a una inconstitucional, hay que presumir que sea “razonablemente posible” que el legislador ha sobreentendido que la interpretación correcta será aquella que permita a la misma mantenerse dentro de los límites constitucionales -*Cfr.* García De Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, p. 96-.

Por lo tanto, a juicio de esta Sala la demanda interpuesta originalmente contra el artículo 192 del Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.555 del 13 de noviembre de 2001, no es trasladable a la posterior reforma pues se verificó una modificación sustancial que en forma alguna reproduce el contenido de la norma derogada, circunstancia que no permite el traslado de la argumentación de la demanda al artículo 90 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, el cual se incluye en una retícula normativa relativa al sigilo bancario y su protección.

Asimismo, en la presente causa no existen efectos que corregir derivados de una posible ultraactividad de la disposición impugnada, ya que luego de haber sido derogada en forma expresa por el ordenamiento legal en vigor, no ha mantenido total o parcialmente sus efectos en el tiempo, de forma tal que obligue a esta Sala a analizar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la normativa legal cuestionada, pues no está acreditado en autos que se haya verificado el supuesto contenido en la mencionada norma, cuando quedaron derogadas dichas previsiones legales.

Por lo cual, en criterio de esta Sala el presente recurso ha perdido su objeto respecto del artículo 192 del Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.555 del 13 de noviembre de 2001 -artículo 90 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de

Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario- y, por vía de consecuencia, “los artículos 1, 6 y 8 de la Resolución N° 001-06-98, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.484, de fecha 26 de junio de 1998, emitida por la Junta de Emergencia Financiera”, por lo que no existiría efecto alguno de una eventual sentencia de inconstitucionalidad -*Cfr.* Disposición Derogatoria Segunda de la mencionada Ley de Instituciones del Sector Bancario, la cual establece que “se derogan las disposiciones contenidas en la normativa prudencial dictada por la Superintendencia (...), que contravengan esta Ley”- y, consecuencia, queda sin efecto la medida cautelar que acordó la Sala en sentencia del 6 de diciembre de 2005. Así se decide.

2. *Recurso de Interpretación Constitucional*

TSJ-SC (1268)

26-7-2011

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Interpretación del artículo 104 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Si bien el recurso de interpretación constitucional tiene una finalidad preventiva, como es la de declarar el sentido y alcance de ciertas normas del Texto Fundamental y evitar así dudas que puedan ir en desmedro de su cumplimiento, no puede ser considerado como un recurso idóneo para la resolución de cualquier duda.

.....En consecuencia, ciertamente aprecia esta Sala que el recurso de interpretación no es una acción popular; y en éste debe expresarse con precisión en qué consiste la oscuridad, ambigüedad o contradicción entre las normas del Texto Constitucional, o en una de ellas en particular; o sobre la naturaleza y alcance de los principios aplicables; o sobre las situaciones contradictorias o ambiguas surgidas entre la Constitución y las normas del régimen transitorio o del régimen constituyente.

Así pues, mediante el recurso de interpretación constitucional se “(...) *trata de resolver, cuál es el alcance de una norma constitucional o de los principios que lo informan, cuando los mismos no surgen claros del propio texto de la Carta Fundamental; o de explicar el contenido de una norma contradictoria, oscura o ambigua; o del reconocimiento, alcance y contenido, de principios constitucionales*”. (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 1.077/2000).

En este sentido, es menester destacar el criterio sostenido por esta Sala en el fallo N° 1.415 /2000 (caso: “*Freddy H. Rangel Rojas y Michel Brionne Gandon*”), al disponer:

“La petición de interpretación puede resultar inadmisibile, si ella no expresa con precisión en qué consiste la oscuridad o ambigüedad de las disposiciones, o la contradicción entre las normas del texto constitucional, o si la duda planteada no responde a los fines del recurso o que el asunto no revista ya interés”.

Por otro lado, esta Sala estima conveniente reiterar que el recurso de interpretación de la Constitución no puede sustituir los recursos procesales existentes, por lo que si el recurrente persigue adelantar un pronunciamiento sobre un asunto planteado ante otro órgano jurisdiccional o pretende sustituir con esta vía algún medio ordinario a través del cual el juez pueda aclarar la duda planteada, el recurso deberá ser declarado inadmisibile por existir otro recurso.

En idéntico razonamiento, se pronunció la Sala en la sentencia mencionada en los siguientes términos:

“Ahora bien, el que esta Sala, como parte de las funciones que le corresponden y de la interpretación de la ley, de la cual forma parte la Constitución, pueda abocarse a conocer una petición en el sentido solicitado por el accionante, no significa que cualquier clase de pedimento puede originar la interpretación, ya que de ser así, se procuraría opinión de la Sala ante cualquier juicio en curso o por empezar, para tratar de vincular el resultado de dichos juicios, con la opinión que expresa la Sala, eliminando el derecho que tienen los jueces del país y las otras Salas de este Tribunal de aplicar la Constitución y de asegurar su integridad (artículo 334 de la vigente Constitución), así como ejercer el acto de juzgamiento, conforme a sus criterios; lográndose así que se adelante opinión sobre causas que no han comenzado, y donde tales opiniones previas tienden a desnaturalizar el juzgamiento”.

Sobre la base de los precedentes jurisprudenciales parcialmente transcritos, se aprecia que la presente interpretación no deriva de una presunta ambigüedad de la norma contenida en el artículo 104 de la Constitución, sino de lograr precisar el contenido, alcance, oportunidad y forma de aplicación de normas y principios constitucionales relativos a la “*elevada misión*” de los docentes y si por ello son Altos Funcionarios, debiendo en consecuencia tener -a decir del actor- una remuneración acorde a lo establecido en la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público.

En tal sentido, se aprecia que la presente solicitud de interpretación constitucional se sustenta en dudas y planteamientos vinculados a la remuneración de los docentes, su escalafón, forma de ascenso y realización de los concursos de oposición, siendo que sobre la base de las anteriores circunstancias, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia considera oportuno aclarar que, no puede olvidarse que si bien el recurso de interpretación constitucional tiene una finalidad preventiva, como es la de declarar el sentido y alcance de ciertas normas del Texto Fundamental y evitar así dudas que puedan ir en desmedro de su cumplimiento, no puede ser considerado como un recurso idóneo para la resolución de cualquier duda, que en el presente caso es a todas luces de tipo laboral.

Al contrario, esta Sala, desde su primera decisión en la materia, procuró ceñir el recurso a supuestos determinados, fuera de los cuales no se hace necesaria la intervención del Supremo Tribunal, por ser éste un medio procesal excepcional, razón por la cual se estima que el recurso de interpretación interpuesto resulta inadmisibles, en virtud de que lo pretendido por el actor es un prejuzgamiento por parte de esta Sala, respecto de reclamaciones de índole laboral, y busca sustituir otros medios judiciales o impugnatorios a través de los cuales debe ventilarse el ascenso de la carrera, la remuneración, el ingreso a la carrera, y la conducta que deben observar los docentes, lo cual está regulado por la Ley Orgánica de Educación y su Reglamento.

Así se decide.

3. *Recurso de revisión de sentencias en materia constitucional*

A. *Poder de postulación*

TSJ-SC (1350)

5-8-2011

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Desarrollo Las Américas, C.A., e Inversiones 431.799, C.A. vs. Sentencia dictada por la Sala Político Administrativa el 29 de septiembre de 2010, signada con el N° 930.

La Sala cambia el criterio que tenía establecido con relación al *ius postulandi* o poder de postulación en materia de revisión constitucional, estableciendo que deben admitirse las solicitudes de revisión planteadas conforme a poderes que habiliten genéricamente para actuar en sede jurisdiccional, aun cuando no conste en ellos facultad expresa para solicitar revisiones.

Tratándose la solicitud de revisión de una pretensión autónoma y no un recurso ordinario ni extraordinario que pueda interponerse en una causa para dar lugar a otra instancia derivada del proceso que dio origen a la sentencia objeto de la solicitud de revisión, la doctrina de esta Sala (*Vid.* sentencia N° 1558, del 21 de octubre de 2008), ha precisado que el abogado solicitante debe encontrarse expresamente facultado, tal como se evidencia de la siguiente transcripción:

“...Ahora bien, revisadas las actas que conforman el presente expediente, esta Sala advierte que el poder presentado por los abogados (...), al incoar la revisión constitucional del fallo dictado por el Tribunal Superior Primero para el Régimen Procesal Transitorio del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana, no cumple a cabalidad los requerimientos para el ejercicio de tal solicitud, toda vez que dicho instrumento no los faculta de manera expresa para interponer la solicitud de revisión presentada ante esta Sala.

...omissis...

En virtud de las anteriores consideraciones, Sala declarar inadmisibile la presente solicitud de revisión constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el aparte quinto del artículo 19 de la Ley resulta forzoso para esta Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que no se encuentra acreditada, en forma manifiesta, la representación judicial de la abogada (...), puesto que el instrumento poder que consta en autos no la faculta de manera expresa para ejercer esta extraordinaria vía judicial. Así se decide”. (Resaltado de este fallo).

En el marco de lo expuesto, el poder que cursa en autos fue otorgado al abogado solicitante en los siguientes términos:

“En nombre de nuestras representadas Conferimos PODER JUDICIAL ESPECIAL, pero amplio en cuanto a derecho se requiere, a los ciudadanos: JUAN LUIS NUÑEZ GARCÍA Y XIOMARA J. COLINA C., venezolanos, mayores de edad, con domicilio en la Ciudad de Caracas y en Maracaibo, titulares de las Cédulas de Identidad Números Nos. V-6.925.024 y V-5.037.892, abogados en ejercicio inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los números 35.774 y 41.422, todo ello respectivamente, para que en forma conjunta o separada, representen, sostengan y defiendan los derechos e intereses de nuestras representadas, ante las autoridades Judiciales de la República Bolivariana de Venezuela. En consecuencia, los apoderados mencionados quedan plenamente facultados para comparecer ante la honorable Sala constitucional del tribunal supremo de Justicia y cualquier otro tribunal de la República y promover todos los actos y recursos de índole jurídica que tengan a bien interponer en la defensa de nuestras representadas, quedan plenamente facultados los apoderados para interponer acciones de amparo constitucional, intervenir en las audiencias, presentar los escritos y alegatos que estimen pertinentes, intervenir en la promoción y evacuación de pruebas, apelar y presentar formalización de la apelación y cualquier otro escrito, así como, para desistir de la acción y del procedimiento y para disponer del derecho y del objeto en litigio, darse por citados, solicitar medidas preventivas, promover y evacuar pruebas, solicitar decisiones según la equidad y todo aquello que sea necesario ejercer, para la mejor y eficaz defensa de mis derechos e intereses. En el entendido que el presente mandato no tiene otras limitaciones que las legales, pues las facultades antes mencionadas no son taxativas sino meramente enunciativas”.

Tal como se desprende de la anterior transcripción en el poder otorgado al abogado actuante, no consta la facultad para presentar la solicitud de revisión constitucional ante esta Sala, motivo por el cual, dicho instrumento resulta insuficiente a la luz de la doctrina expuesta. Sin embargo, luego de un profuso examen sobre la legitimación *ad procesum* relacionada con las solicitudes de revisión constitucional, se considera permitente realizar las siguientes consideraciones:

La inveterada doctrina de este Sala (*Vid.* sentencia N° 179, dictada el 28 de marzo de 2000, caso: *Gonzalo Pérez Hernández*), ha establecido, que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela tiene pleno carácter normativo; de allí, que determine la regularidad jurídica de las actuaciones de todos los órganos del Poder Público.

En otras palabras, la doctrina de este Máximo Órgano Jurisdiccional sostiene que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es un instrumento jurídico formal, que tiene aplicación directa e inmediata y, que por tanto, sirve de fuente jurídica a la actuación del Estado.

De allí que, como afirmó esta Sala Constitucional en sentencia N° 962 del 9 de mayo de 2006 (caso: *Cervecerías Polar Los Cortijos C.A.*),

“...toda manifestación de autoridad del Poder Público debe seguir los imperativos o coordinadas trazadas en la norma normarum, como un efecto del principio de interpretación conforme a la Constitución y de la funcionalización del Estado a los valores que lo inspiran”.

En este sentido, el Único Aparte del artículo 26 de la Constitución reconoce el principio de informalidad de la función jurisdiccional que, en términos de De Esteban (*Curso de Derecho Constitucional Español II*, Madrid, p. 1993. 80), supone

“...abandonar toda idea formalista del derecho y de la justicia e involucrarse en la más amplia concepción garantística y teleológica de protección a los sujetos y demás personas relacionadas con él...”.

De esta forma, el Constituyente de 1999 positivizó en el ordenamiento jurídico venezolano, lo que Gordillo (*Tratado de Derecho Administrativo*. Caracas. Fundación de Derecho Administrativo. 2001. p. 19), califica como un principio rector propio de los Estados democráticos, según el cual, las formalidades procesales deben tener como norte el encauzamiento del proceso y no su obstaculización.

En el contexto del principio de informalidad de la justicia, esta Sala precisó, en la decisión N° 1174, del 12 de agosto de 2009 (caso: *Colegio Cantaclaro*), que la exigencia de actuación procesal mediante jurista o, garantía de adecuada representación judicial, se encuentra satisfecha cuando los justiciables se hacen asistir de abogado o nombran representante judicial, en cuyo caso,

“el poder conferido debe ser analizado a la luz del referido principio de desformalización de la justicia, según el cual, deben abandonarse las solemnidades no esenciales (aquellas ajenas a la protocolización y atribución de facultades de representación judicial, al menos genéricas) en pro de una concepción garantista y teleológica que salvaguarde el acceso al sistema judicial de quien ha sido o se encuentra amenazado de ser afectado en sus derechos constitucionales”.

Así, igualmente lo sostiene José Manuel Pureza (citado Pérez Nuño. *Derechos Humanos y Constitucionalismos ante el Tercer Milenio*, Voz: *Derechos Humanos y Constitucionalismo en la Actualidad*, Madrid, 1996, p. 129)

“...la etapa del Estado de derecho formal ha sido hace tiempo superada en la evolución del constitucionalismo. Las experiencias de de instrumentalización aristocrática o autoritaria de la legalidad formal han hecho emerger, por contraste, el Estado de derecho democrático...”.

En el caso nuestro, no sólo democrático, sino un Estado Social de Derecho y de Justicia que irrumpe definitivamente la llamada rigidez constitucional, que provoca la transformación política del Estado venezolano.

De lo expuesto anteriormente se evidencia, que en materia de capacidad de postulación, esta Sala ha reconocido que cualquier poder que habilite para plantear solicitudes ante los tribunales, resulta suficiente para poner en marcha al sistema de justicia, independientemente del tipo de solicitud que se trate y del tribunal a quien corresponda resolverla, incluso, para acudir a la denominada jurisdicción constitucional, donde tal como se evidencia de la sentencia N° 2151, dictada el 14 de septiembre de 2004 (caso: *Gustavo E. Azócar Alcalá*), la *legittimatio ad procesum* resulta especialmente garantista e informal, habida cuenta que en ésta se vela por la protección y desarrollo de principios de índole constitucional.

En efecto, la citada decisión estableció que mediante el ejercicio de la jurisdicción constitucional, esta Sala actúa como garante del orden público constitucional, salva las dificultades o contradicciones de la interpretación del Texto Fundamental, hace valer el principio jurídico-político según el cual los derechos fundamentales preceden y limitan axiológicamente las manifestaciones del Poder, garantiza el carácter vinculante de cada uno de sus preceptos y vela por el respeto de los derechos fundamentales, todo esto para que el carácter supremo del Texto Fundamental mantenga su normatividad y, por ende, su supremacía.

Según se ha citado, la Sala ha establecido respecto a otras solicitudes que forman parte de sus competencias, que no debe obstaculizarse de manera innecesaria el acceso a los mecanismos de control que detenta, y como quiera que la exigencia de legitimación procesal se encuentra satisfecha cuando el poder conforme al cual actúa un abogado tiene facultades “...al menos genéricas...”, se concluye que, en el marco doctrinario, constitucional y jurisprudencial expuesto, deben admitirse las solicitudes de revisión planteadas conforme a poderes que habiliten genéricamente para actuar en sede jurisdiccional, aun cuando no conste en ellos facultad expresa para solicitar revisiones, pues cualquier solicitud que tienda a poner en marcha el aparato jurisdiccional del Estado y, en especial, el control constitucional de su actuación (como es el caso de la revisión constitucional de sentencias), se encuentra informada del principio de informalidad de la justicia dispuesto en el Texto Fundamental.

Todo dentro de esa visión y misión del papel de los magistrados y magistradas, jueces y juezas se torna en la hermenéutica jurídica y la creación del derecho en la adaptación de los nuevos valores incorporados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por tanto, esta Sala cambia el criterio que tenía establecido con relación al *ius postulandi* o poder de postulación en materia de revisión constitucional y, como quiera que dicho cambio, para el caso en concreto, no afecta negativamente la situación procesal del solicitante, pues aun cuando se encontraba incurso en una causal de inadmisibilidad, la aplicación de la nueva doctrina le permite ahora obtener una decisión sobre el mérito del asunto planteado, se considera que en el caso de autos no hay menoscabo del principio de seguridad jurídica y, en consecuencia, se entra a decidir sobre el fondo de la solicitud, para lo cual se observa lo siguiente (...).

- B. *Objeto: Decisiones definitivamente firmes que han adquirido el carácter de cosa juzgada*

TSJ-SC (1211)

25-7-2011

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Audio Rafael Urribarri vs. Revisión de sentencia

La Sala Constitucional, en ejercicio de su potestad de revisión, en consideración de la garantía de la cosa juzgada y de acuerdo a la interpretación uniforme de la Constitución, solo está obligada a admitir y declarar la procedencia de las solicitudes de revisión de decisiones definitivamente firmes, una vez hayan adquirido el carácter de cosa juzgada.

El abogado Eric Lorenzo Pérez Sarmiento, actuando en representación del ciudadano Audio Rafael Urribarri, solicitó la revisión de las sentencias que dictaron el 06 de junio de 2006, la Sala Accidental Segunda de Reenvío para el Régimen Procesal Transitorio de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y el 02 de noviembre de 2006, la Sala de Casación Penal de este Máximo Tribunal, ambas en el curso del proceso penal seguido contra el prenombrado ciudadano por la comisión del delito de calumnia previsto y sancionado en el artículo 241 (hoy 240) del Código Penal.

La primera de las referidas sentencias decretó el sobreseimiento de dicha causa en virtud de la extinción de la acción penal por haber operado la prescripción judicial. Por su parte, la decisión que dictó la Sala de Casación Penal desestimó por manifiestamente infundado el recurso de casación ejercido por la defensa del prenombrado ciudadano contra la señalada decisión de sobreseimiento. Al respecto, es oportuno señalar que esta Sala, de conformidad con lo previsto en el artículo 25, numerales 10, 11 y 12, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y en sintonía con lo señalado en su jurisprudencia pacífica y reiterada dictada por esta misma Sala (*Vid.*, entre otras, sentencia N° 93, de fecha 06 de febrero de 2001, caso: *Corpoturismo*), de forma extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, tiene la potestad de revisar las sentencias siguientes:

1. Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o tribunal del país.
2. Las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.
3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.
4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional.

En este sentido, la Sala Constitucional, en ejercicio de su potestad de revisión, en consideración de la garantía de la cosa juzgada y de acuerdo a la interpretación uniforme de la Constitución, solo está obligada a admitir y declarar la procedencia de las solicitudes de revisión de decisiones definitivamente firmes, una vez hayan adquirido el carácter de cosa juzgada.

Ahora, tal y como antes se señaló, en el presente caso se solicitó la revisión tanto de la sentencia que dictó la Sala Accidental Segunda de Reenvío para el Régimen Procesal Transitorio de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, como la de la Sala de Casación Penal de este Máximo Tribunal que al conocer del recurso de casación que se ejerció contra dicha decisión lo desestimó por manifiestamente infundado, lo cual evidencia que el acto jurisdiccional de la Sala de Casación Penal no juzgó sobre el fondo del asunto objeto de la impugnación, por cuanto la parte recurrente, hoy solicitante de la revisión, no cumplió las exigencias del artículo 462 del Código Orgánico Procesal Penal relativas a los requisitos de forma para la interposición del recurso de casación, esto es: mediante escrito fundado en el cual se indicarán, en forma concisa y clara, los preceptos legales que se consideren violados por falta de aplicación, por indebida aplicación, o por errónea interpretación, expresando de que modo se impugna la decisión, con indicación de los motivos que lo hacen procedente.

De esta manera, el acto de juzgamiento definitivo lo constituye la sentencia del 06 de junio de 2006 dictada por la Sala Accidental Segunda de Reenvío para el Régimen Procesal Transitorio de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, la cual, en virtud de la declaración de desestimación del recurso de casación, adquirió el carácter de definitivamente firme y, por ende, es esta la que será objeto de la presente revisión (*Vid.* sentencias N° 388, del 8 de marzo de 2007, caso: *Condominio Centro Comercial Plaza Las Américas*, y 464, de fecha 20 de mayo de 2010, caso: *Inversiones Vivolo, C.A.*), razón por la que, esta Sala pasa a pronunciarse acerca de la procedencia de la solicitud formulada y, a tal efecto, observa lo siguiente:

4. *Acción de Amparo Constitucional*

A. *Competencia: Sala Constitucional*

TSJ-SC (1082)

12-7-2011

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Luis Delfin Fuenmayor Toro

Al Juez Constitucional no le corresponde determinar en cada caso si concurren o no los presupuestos contemplados en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, a los fines de la adopción -o mantenimiento- de la medida de privación judicial preventiva de libertad, toda vez que tal facultad le corresponde exclusivamente a la jurisdicción penal ordinaria.

.....Así pues, es pertinente reiterar que en la sentencia que se aclara mediante la presente decisión, la Sala en ningún momento impuso o revocó medida judicial privativa preventiva de libertad o sustitutiva de la misma. Por el contrario, simplemente se limitó, dentro del marco de sus competencias constitucionales y legales, tal como lo hace al admitir acciones similares a la presente, a acordar una medida cautelar innominada de suspensión de efectos del fallo impugnado y del que ese último confirmó, para garantizar la tutela de derechos y garantías constitucionales.

B. *Admisibilidad: Existencia de otros medios procesales*

TSJ-SC (1215)

25-7-2011

Magistrado-Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Ana Leonor Acosta Mérida y otros vs. Decisión Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

La exigencia del agotamiento de los recursos a que se refiere el aludido literal a), no tiene el sentido de que se interponga cualquier recurso imaginable, sino sólo los que permitan reparar adecuadamente lesiones de derechos fundamentales que se denuncian. No se obliga, pues, a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación que puedan estar previstos en el ordenamiento procesal, sino tan sólo aquellos normales que, de manera clara, se manifiesten ejercitables y razonablemente exigibles.

En inicio, la Sala aprecia que la presente acción de amparo se intentó contra la decisión dictada el 14 de octubre de 2010, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que declaró extinguido el recurso de apelación interpuesto la abogada María Alejandra Ancheta Lara, actuando con el carácter de Apoderada Judicial del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda, contra el auto dictado el 06 de abril de 2009 por el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, mediante el cual se negó la aclaratoria al informe pericial consignado en fecha 26 de mayo de 2009, por la comisión de expertos, en la causa contentiva del recurso de nulidad ejercido conjuntamente con medida cautelar por Café Sambal C.A., contra la Resolución N°: R-LG-08-00067, del 27 de junio de 2008 dictada por la División de Ingeniería Municipal del Municipio Chacao del Estado Miranda.

Señalaron los accionantes que el juzgado presuntamente agravante había violado el derecho a la defensa y al debido proceso del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda, toda vez que, a través de una errónea interpretación del artículo 291 del Código de Procedimiento Civil y fundándose en la decisión de la Sala de Casación Civil, N°: RC.00788 de fecha 03 de agosto de 2004, caso: *Carlos Enrique Mendoza*, la cual no contenía un criterio pacífico y reiterado, subvirtió el proceso, al declarar la extinción del recurso de apelación oportunamente ejercido por esa representación judicial contra el auto de fecha 06 de abril de 2009, mediante el cual se negó la aclaratoria del dictamen pericial.

De esta manera, la Sala observa que de los recaudos contenidos en la presente acción de amparo se evidencia que el 31 de julio de 2008, los abogados Octavio González e Inocencio Figueroa, actuando con el carácter de Apoderados Judiciales de Café Sambal, C.A., interpusieron recurso contencioso administrativo de nulidad contra el acto administrativo de fecha 27 de junio del 2008, emanado de la Dirección de Ingeniería Municipal del Municipio Autónomo Chacao, mediante el cual se resolvió (...) "*Declarar USO ILEGAL la instalación del restaurant 'Café Sambal C.A.,' SEGUNDO: Ordenar el Cese Permanente de las actividades desarrolladas en los niveles 1 y 2 del inmueble Quita (sic) Villa Elena por el Restaurant 'Café Sambal C.A(...)*".

Asimismo, consta que 6 de abril de 2009, el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital, dictó auto en el expediente contentivo del recurso contencioso administrativo de nulidad, en los siguientes términos:

Visto el escrito presentado por los abogados (...) en su carácter de apoderados judiciales del MUNICIPIO CHACAO DEL ESTADO BOLIVARIANO DE MIRANDA, mediante la cual solicitan aclaratoria e impugnan la experticia consignada en fecha 26 de marzo (*sic*) de 2009, este Juzgado de la revisión del referido escrito observa, que los motivos por los cuales la representación judicial del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda solicita la aclaratoria de la referida experticia, son los mismos motivos por los cuales la impugnan, razón por la cual este Tribunal niega la aclaratoria solicitada y en cuanto a la impugnación efectuada este Juzgado acuerda pronunciarse sobre este particular como punto previo en la sentencia definitiva (...).

De igual manera, se evidencia que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo tuvo conocimiento por notoriedad judicial, que el 04 de mayo de 2010, se recibió en la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (U.R.D.D.) de las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo, oficio N°: 10-0538 de fecha 26 de abril 2010, emanado del Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, anexo al cual remitió el expediente contentivo del recurso de apelación ejercido contra el fallo de dicho Juzgado que resolvió el fondo de la acción de nulidad incoada por Café Sambal, C.A., contra la Resolución N°: R-LG-08-00067, del 27 de junio de 2008, dictada por la Dirección de Ingeniería Municipal de la Alcaldía del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda.

De igual manera se constata que no consta en autos que la representación judicial de dicha Alcaldía haya hecho valer nuevamente junto con la apelación de la sentencia definitiva la apelación contra el auto del 06 de abril de 2009, conforme a lo establecido en el artículo 291 del Código de Procedimiento Civil.

En tal sentido, el artículo 6, numeral 5, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, textualmente dispone:

Artículo 6. No se admitirá la acción de amparo:

(...)

5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes. En tal caso, al alegarse la violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales, el Juez deberá acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 y 26 de la presente Ley, a fin de ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado.

Ante la falta de agotamiento de la vía judicial previa, la Sala en sentencia N° 1496/2001 del 13 de agosto, estableció las condiciones necesarias para que opere la acción de amparo constitucional y, a tal efecto, dispuso que:

(...) la acción de amparo constitucional opera bajo las siguientes condiciones:

a) Una vez que los medios judiciales ordinarios han sido agotados y la situación jurídico constitucional no ha sido satisfecha; o

b) Ante la evidencia de que el uso de los medios judiciales ordinarios, en el caso concreto y en virtud de su urgencia, no dará satisfacción a la pretensión deducida.

La disposición del literal a), es bueno insistir, apunta a la comprensión de que el ejercicio de la tutela constitucional por parte de todos los jueces de la República, a través de cualquiera de los canales procesales dispuestos por el ordenamiento jurídico, es una característica inmanente al sistema judicial venezolano; por lo que, en consecuencia, ante la interposición de una acción de amparo constitucional, los tribunales deberán revisar si fue agotada la vía ordinaria o fueron ejercidos los recursos, que de no constar tales circunstancias, la consecuencia será la inadmisión de la acción, sin entrar a analizar la idoneidad del medio procedente,

pues el carácter tuitivo que la Constitución atribuye a las vías procesales ordinarias les impone el deber de conservar o restablecer el goce de los derechos fundamentales, por lo que bastaría con señalar que la vía existe y que su agotamiento previo es un presupuesto procesal a la admisibilidad de la acción de amparo.

La exigencia del agotamiento de los recursos a que se refiere el aludido literal a), no tiene el sentido de que se interponga cualquier recurso imaginable, sino sólo los que permitan reparar adecuadamente lesiones de derechos fundamentales que se denuncian. No se obliga, pues, a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación que puedan estar previstos en el ordenamiento procesal, sino tan sólo aquellos normales que, de manera clara, se manifiesten ejercitables y razonablemente exigibles. En consecuencia, por ejemplo, ante el agotamiento de la doble instancia en un juicio civil, el actor tendrá la posibilidad de recurrir en casación o en amparo constitucional, pues es sabido que aquélla constituye una vía extraordinaria de revisión.

De cara al segundo supuesto, relativo a que la acción de amparo puede proponerse inmediatamente, esto es, sin que hayan sido agotados los medios o recursos adjetivos disponibles, el mismo procede cuando se desprenda de las circunstancias fácticas o jurídicas que rodean la pretensión, que el uso de los medios procesales ordinarios resulta insuficiente al restablecimiento del disfrute del bien jurídico lesionado...”.

Asimismo, respecto al supuesto excepcional de admisibilidad de la acción de amparo constitucional, ha señalado la Sala en sentencia N° 939 del 09 de agosto de 2000, caso: *Stefan Mar, C.A.*, que la parte actora puede optar entre el ejercicio de la acción de amparo y la vía de impugnación ordinaria, no obstante, para ello debe poner en evidencia las razones por las cuales decidió hacer uso de dicha vía, (...) “*ya que de lo contrario se estarían atribuyendo a este medio procesal los mismos propósitos que el recurso de apelación, lo cual no ha sido en ningún momento la intención del legislador*”.

De los alegatos expuestos por la parte accionante, no se evidencia que la misma haya mencionado los hechos o motivos por los cuales no hizo valer nuevamente la apelación con el auto del 06 de abril de 2009, dictado por el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, limitándose a señalar que no existían otras vías judiciales previstas en la Constitución y las leyes, como si lo hace el amparo, con los principios de celeridad, brevedad, ausencia de formalismos inútiles y efectividad de conformidad con los artículos 17, 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora, establece el artículo 291 “*eiusdem*”, cuando oída la apelación, y la misma no fuere decidida antes de la sentencia definitiva: (...) “*podrá hacerla valer nuevamente junto con la apelación de la sentencia definitiva, a la cual se acumulará*” (...), concluyendo la norma en que la falta de apelación del fallo definitivo producirá la extinción de las apelaciones de las interlocutorias no decididas.

En el caso bajo examen, si bien es cierto que se ejerció el recurso de apelación contra el auto del 06 de abril de 2009, sobre el mismo no se había emitido pronunciamiento al momento de que el “*a quo*” dictara la sentencia definitiva en la causa principal, esto es, el 05 de noviembre de 2009, de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 291 del Código de Procedimiento Civil, pudo la hoy accionante, hacer valer nuevamente la apelación ejercida contra el auto señalado, a fin del restablecimiento de la situación jurídica presuntamente lesionada.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, la Sala estima que la acción de amparo propuesta resulta inadmisibles, por cuanto el accionante no agotó la vía ordinaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, numeral 5, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y así se declara.

C. *Medida cautelar*a. *Requisitos*

TSJ-SE (69)

20-7-2011

Magistrado Ponente: Malaquías Gil Rodríguez

Caso: Jesús Quevedo y otros vs. SIRUTRAPEGEFAL

Existen casos excepcionales en que la exigencia en la verificación del *fumus boni iuris* por parte del Órgano Jurisdiccional debe ser relajada, dada la imposibilidad de demostrarlo al inicio del proceso, debido a que para ello se requiere un despliegue probatorio que sólo es viable realizar a lo largo de la tramitación del recurso, resultando por esa razón injusto exigirle al requirente el cumplimiento de ese requisito, pues con ello se le colocaría en una situación en extremo gravosa que sin duda vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva, contemplado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

.....Una vez establecido lo anterior, y en atención al principio constitucional de tutela judicial efectiva, pasa este órgano jurisdiccional a pronunciarse acerca de la solicitud de medida cautelar innominada, para lo cual observa que ha sido criterio reiterado de la Sala que la procedencia de este tipo de pretensiones está sujeta a que el órgano jurisdiccional verifique la existencia de las condiciones previstas en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, aplicables por remisión del artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. En consecuencia, se procede a examinar la existencia de los presupuestos necesarios para acordar una medida como la solicitada por el recurrente, es decir, si se verifican los extremos siguientes:

i) Presunción del derecho que se reclama, lo que la doctrina denomina el *fumus boni iuris*.

ii) Riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, o también llamado por la doctrina el *periculum in mora*.

iii) Que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de las anteriores circunstancias.

iv) La existencia de un fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra o *periculum in damni*.

En relación con el *fumus boni iuris*, cabe destacar que en materia contencioso electoral, consiste en la presunción de que sea factible la vulneración del derecho que reclama la parte actora, de manera que el Juzgador constata visos sólidos de que la acción prospere, y sin que ello implique prejuzgar sobre el fondo del *thema decidendum*, o planteado en otros términos, adelantar irreversiblemente el fondo de la controversia. Por su parte, el *periculum in mora* se circunscribe a la posibilidad cierta de que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo definitivo de no acordar la cautela solicitada, con lo que lógicamente se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva. Así, para la procedencia de las medidas cautelares, el accionante tiene la carga de alegar de forma concurrente tanto el *fumus boni iuris* como el *periculum in mora*, pero además de ello deberá probarlos, de manera que Juez pueda convencerse de su existencia y, sólo así, acordar lo requerido con el fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y proteger los derechos posiblemente vulnerados.

En ese sentido, esta Sala en sentencia de fecha 8 de marzo de 2006, expresó que

“... las medidas cautelares son un instrumento necesario para la eficiencia de la justicia, erigiéndose como una garantía de protección de los derechos presuntamente violados hasta tanto se dicte el fallo definitivo, evitando así que el mismo pueda resultar ineficaz (Véase, entre otras, sentencia N° 15 de fecha 7 de febrero de 2001. Caso William Dávila Barrios y Timoteo Zambrano vs. Consejo Nacional Electoral y N° 148 del 3 de septiembre de 2003, Caso Miguel Silva vs. Comisión Electoral de la Universidad del Zulia); garantía que debe operar en aquellos casos en que, cumplidas las condiciones legalmente dispuestas, sea necesario acordar una protección cautelar sobre la base de elementos probatorios suficientes que hagan presumir la necesidad de esta tutela provisoria mientras se dicta la sentencia definitiva. Todo ello con el fin de preservar que puedan ser protegidos por el fallo definitivo los derechos sobre los que se solicita la tutela judicial o para precaver el surgimiento de perjuicios a una de las partes por el transcurso del tiempo.”

Lo anterior se debe a que tal como ha sido sostenido por la doctrina y la jurisprudencia, cuando se acuerda una medida cautelar, se persigue garantizar el derecho a la tutela judicial, lo que en el orden constitucional constituye el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas. En efecto, la protección cautelar persigue la efectividad del fallo definitivo que haya de dictarse en el proceso, ameritando esto que el juzgador tome en cuenta la aplicación de principios de orden constitucional como el Estado de derecho y la garantía a la tutela judicial efectiva, e incluso pudiera conllevar a que al examinar el caso concreto aun cuando no pueda hacerse un análisis preliminar del *fumus boni iuris* que permita apreciarlo con toda claridad, se valoren excepcionalmente riesgos potenciales, tanto para las partes como para la colectividad, tan trascendentes y riesgosos que hagan imposible permitir correr el riesgo de su perfeccionamiento.

En ese sentido, esta Sala en sentencia del 29 de octubre de 2001 (caso: *Alcalde del Municipio Nirgüa del Estado Yaracuy*), sostuvo:

“...el Juez, en su examen de cada situación en concreto y aun cuando la apariencia de buen derecho no se presente con toda claridad de un análisis preliminar, debe valorar en casos excepcionales el hecho del riesgo potencial de que el fallo de fondo que se emita resulte ilusorio (periculum in mora), y, en aquellas situaciones que lo amerite, ponderar los efectos de acordar –o denegar– la cautela solicitada, tanto para las partes, como para el interés general o del colectivo.

*Por otra parte, ha puesto de relieve la doctrina y jurisprudencia extranjera, especialmente la europea, que existen casos en los cuales un escaso cumplimiento del requisito relativo al *fumus boni iuris* (fundamental en condiciones normales para determinar la procedencia o no de acordar una tutela de orden cautelar), puede resultar compensado con los resultados del análisis de los otros requisitos, a saber, el *periculum in mora*, y la ponderación de los intereses afectados, tanto los de los intervinientes en la controversia, como los de la colectividad (al respecto, véase en la doctrina nacional: ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis: *La protección cautelar en el contencioso-administrativo*. Editorial Sherwood. Caracas, 1999), ponderación de intereses que en material electoral adquiere especial relevancia, dada la naturaleza de interés público que en buena parte de los casos debe presidir ésta, a los fines de salvaguardar la fiel expresión de la voluntad soberana del pueblo.*

*En ese sentido, resulta un criterio de avanzada -pero no por eso menos respetable y que este órgano judicial estima que puede acogerse en aquellos casos que presenten especiales particularidades- el de considerar la posibilidad de que existan supuestos en los cuales la exigencia del *fumus boni iuris* no se conciba en el sentido tradicional de requerir la presunción de la fundamentación jurídica de la pretensión deducida, sino en sentido negativo, a saber, que los razonamientos y documentos en los cuales se materializa la pretensión (es decir, el acto procesal de la demanda) evidencien que ésta resulta razonable y no manifiestamente inadmisibles o infundada. En ese sentido, la doctrina italiana postula en ciertos casos este criterio*

de laxitud en el requerimiento de la apariencia de buen derecho (Cfr. FALCON, Giandomenico: La Justicia Administrativa en Italia, en la obra colectiva: La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado. Editorial Civitas. Madrid, 1993. p. 238).

Aún más allá va el sistema judicial comunitario Europeo en lo que a esta tendencia se refiere, puesto que se ha sentado como criterio el hecho de que, en aquellos casos en los que la complejidad técnica y jurídica del asunto sometido a discusión determine la dificultad o imposibilidad de que el accionante pueda cumplir con el requisito de demostrar la presunción grave del derecho reclamado en una etapa previa a la conclusión del debate procesal, pueda acordarse una medida cautelar obviando tal requisito, cuando el periculum in mora y la ponderación de intereses afectados así lo aconsejen.

(...omissis...)

Ahora bien, bajo ese marco doctrinario, que -se reitera- interpretado con la debida ponderación y pudiendo resultar adecuado a aquellos casos que así lo ameriten en modo alguno contraría el ordenamiento legal venezolano, siempre y cuando no se postule como una posición apriorística y genérica que lleve a atentar contra los principios de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, evidencia la Sala que el presente caso es un buen ejemplo para demostrar que existen controversias en las cuales la carga de demostrar el cumplimiento del requisito relativo al fumus boni iuris deviene en la práctica en una dificultad extrema, toda vez que las denuncias planteadas por el recurrente requieren de un pormenorizado estudio y análisis de los alegatos y probanzas que se aporten en el debate procesal a los fines de determinar su procedencia o no. Siendo así, de aplicarse en esta situación sin mayores reflexiones el riguroso y tradicional criterio -válido en la generalidad de los casos- de considerar fundamental el requisito de presunción grave de la existencia del derecho reclamado, o más aún, la simple "apariencia de buen derecho", significaría colocar al recurrente en una situación en extremo gravosa en cuanto al cumplimiento de su carga procesal, y por consiguiente, virtualmente denegatoria de su derecho a obtener una cautela oportuna para garantizar el eventual cumplimiento de un fallo que le resulte favorable.

De allí que -en casos como el presente, se insiste- este órgano judicial, en aras de mantener equilibrio de las partes, garantizar una verdadera tutela judicial efectiva, y en última instancia, en obsequio a la Justicia, valor preponderante y principio fundamental en la configuración del Estado de Derecho que plantea la vigente Constitución (Preámbulo y artículos 1 y 3), en virtud de su obligación de interpretar el ordenamiento jurídico en consonancia con el principio de supremacía constitucional, pasa a considerar en esta solicitud de medida cautelar el periculum in mora, al igual que a ponderar los intereses afectados en la solución de la presente incidencia, a los fines de dictar el respectivo pronunciamiento. Así se decide."

Conforme a lo sostenido por esta Sala en la decisión parcialmente transcrita, existen casos excepcionales en que la exigencia en la verificación del *fumus boni iuris* por parte del Órgano Jurisdiccional debe ser relajada, dada la imposibilidad de demostrarlo al inicio del proceso, debido a que para ello se requiere un despliegue probatorio que sólo es viable realizar a lo largo de la tramitación del recurso, resultando por esa razón injusto exigirle al recurrente el cumplimiento de ese requisito, pues con ello se le colocaría en una situación en extremo gravosa que sin duda vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva, contemplado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En tales casos, y a pesar de resultar casi imposible probar el *fumus boni iuris*, debe acordarse la cautela solicitada si se evidencia un riesgo inminente e inevitable de que se causen daños durante el transcurso del juicio que luego sean irreparables por la decisión definitiva, y más aún si se trata de eventuales perjuicios a la colectividad, lo que debe ser impedido para asegurar la satisfacción de las garantías y derechos constitucionales del Soberano; casos en los cuales el interés público compensa la tenue presunción de buen derecho.

Bajo este marco conceptual, observa la Sala que en el presente caso la parte accionante solicita que se

“dicte providencia cautelar de suspensión inmediata de los comicios generales del Sindicato Revolucionario Unificado de Trabajadores Petroleros, del Gas, sus Similares y Derivados del estado Falcón (SIRUTRAPEGEFAL), fijadas para el día 10 de mayo de 2011, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de 168 nuevos afiliados de ese Sindicato”.

Al respecto, se observa que la denuncia formulada en la acción de amparo se circunscribe a la no inclusión de 168 nuevos electores en el registro electoral, que es además el argumento en que la parte recurrente fundamenta la presunción de buen derecho, y que de ser constatado pudiera acarrear la necesidad de corregir esta situación antes de que tenga lugar el acto de votación, para que el proceso electoral no sea nulo, pero para verificar esa presunción de buen derecho se requiere un debate probatorio cuya realización no es posible en este estado de proceso.

Aunado a ello, en este caso, una ejecución inmediata del acto de votación, en virtud de la revocatoria realizada por la Sala Electoral en esta decisión, de la medida cautelar innominada acordada por el tribunal de instancia que se declaró incompetente para conocer de la acción, estando pendiente un pronunciamiento judicial sobre la validez del registro electoral que será utilizado para la misma, puede producir resultados prácticos perjudiciales que pueden evitarse mediante la suspensión del proceso electoral, dado que, de ser cierto el hecho de que 168 nuevos electores no hubieran sido incluidos en el padrón electoral, el proceso electoral podría ser declarado nulo. En caso contrario, esto es, si carece de asidero el argumento de la supuesta exclusión de un grupo de electores, simplemente el proceso electoral reanudara su curso normal, una vez que la acción sea desestimada en la sentencia definitiva que se dictara en el presente causa.

Consecuencia de todo lo antes razonado, en criterio de esta Sala, es la evidencia incontestable en autos de la presencia acentuada de un *periculum in mora* para la parte recurrente, es decir, la amenaza para lograr una ejecución cabal del un eventual pronunciamiento a su favor, así como también un *periculum in damni*, es decir, la dificultad en la reparación de un potencial hecho dañoso a la esfera jurídica de éste. En efecto la parte accionante solicitó la suspensión del acto de votación en fecha 5 de mayo de 2011, y el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial de Estado Falcón, con sede en Punto Fijo, mediante la sentencia de fecha 6 de mayo de 2011 declaró procedente la medida cautelar que ha sido revocada en esta decisión por la subversión de reglas de orden procesal, sin entrar a considerar las razones de fondo en que se sustentó dicha medida. Por lo que, en virtud de las circunstancias ya señaladas y con el fin de preservar el interés de la parte accionante en la decisión de fondo que podría favorecerle en la presente causa, se mantiene la suspensión del acto de votación para la escogencia de la Junta Directiva del Sindicato Revolucionario Unificado de Trabajadores Petroleros, del Gas, sus Similares y Derivados del estado Falcón (SIRUTRAPEGEFAL), que había estado vigente hasta la revocatoria de la medida cautelar que se realiza en esta decisión. En consecuencia, se declara procedente la medida cautelar innominada solicitada por la parte accionante. Así se declara. Finalmente, la Sala exhorta al ciudadano Esgardo Bracho Guanipa, en su condición de Juez Provisorio del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial de Estado Falcón, con sede en Punto Fijo, para que en el futuro se abstenga de incurrir en actuaciones como la realizada en el caso de autos, en el cual procedió a decretar una medida cautelar sin haber admitido previamente la acción de amparo y sin haberse declarado competente, lo cual constituye una franca subversión del orden procesal y revela un desconocimiento de reglas básicas del derecho.

b. *Decisión por juez incompetente***TSJ- SE (69)****20-7-2011**

Magistrado Ponente: Malaquías Gil Rodríguez

Caso: Jesús Quevedo y otros vs. SIRUTRAPEGEFAL

Si bien dentro del sistema jurídico procesal venezolano, el legislador decidió otorgarle validez a las actuaciones relativas a la sustanciación de las causas, efectuadas ante un tribunal incompetente, esa validez solo puede serle reconocida cuando los actos sean realizados respetando el principio de legalidad de los actos procesales.

Asumida así la competencia de la Sala para conocer de la presente causa, corresponde ahora determinar el trámite que debe darse a la acción de amparo, para lo cual se observa que inicialmente le correspondió el conocimiento de la misma al Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial de Estado Falcón, con sede en Punto Fijo, el cual en sentencia de fecha 6 de mayo de 2011, que corre inserta a los folios 36 al 38 del expediente, declaró procedente la solicitud de medida cautelar innominada, ordenando, en consecuencia, la suspensión del proceso electoral para la escogencia de la Junta Directiva del Sindicato Revolucionario IRUTRAPEGEFAL), cuyo acto de votación estaba fijado para el día 10 de mayo de 2011. Igualmente, en dicha decisión se declaró incompetente para seguir conociendo la causa y declinó la competencia en esta Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

Por tal razón, debe precisarse la validez de la medida cautelar decretada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial de Estado Falcón, con sede en Punto Fijo, antes de proceder a declararse incompetente, y a tal efecto se observa que dicho órgano jurisdiccional procedió a acordar la medida cautelar solicitada sin haber admitido previamente la acción de amparo, lo que evidentemente se traduce en una franca subversión de las reglas de procedimiento.

Si bien dentro del sistema jurídico procesal venezolano, el legislador decidió otorgarle validez a las actuaciones relativas a la sustanciación de las causas, efectuadas ante un tribunal incompetente, esa validez solo puede serle reconocida cuando los actos sean realizados respetando el principio de legalidad de los actos procesales.

En el caso de autos, el órgano jurisdiccional procedió a decretar una medida cautelar sin haber admitido previamente la acción de amparo y sin haberse declarado competente, lo cual constituye evidentemente una situación irregular. En ese sentido, en la sentencia de la Sala Político Administrativa número 705 del 18 de junio de 2008, se señaló lo siguiente:

Como consecuencia de la situación anterior, esta Sala advierte que en el desarrollo del proceso iniciado con ocasión de la acción intentada por la contribuyente Petrolera Zuata Petrozuata, C.A., el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Oriental en la decisión N° 12, de fecha 20 de diciembre de 2006, otorgó una medida cautelar de amparo constitucional, suspendiendo los efectos de la Resolución identificada con las letras y números DAMM-025-11-2006, dictada por el Alcalde del Municipio José Gregorio Monagas del Estado Anzoátegui, sin haber admitido previamente el recurso principal, lo cual constituye una irregularidad en el trámite del procedimiento.

Además de ello, posteriormente al mencionado fallo del 20 de diciembre de 2006, el referido tribunal en sentencia N° 15 del 19 de marzo de 2007, “extendió la protección cautelar otorgada por vía de amparo constitucional”, suspendiendo los efectos de la Resolución identificada con las letras y números DAMM-006-02-2007, del 7 de marzo de 2007, mediante la

cual el Alcalde del referido Municipio “corrige la determinación tributaria” arrojada en el antes mencionado acto administrativo, en virtud de la solicitud formulada por la representación judicial de la contribuyente, incurriendo nuevamente en la irregularidad antes advertida, pues no hubo pronunciamiento alguno respecto de la admisión de la acción principal.

Es de señalar, que tal omisión de pronunciamiento fue invocada en fechas 11 de abril y 18 de junio de 2007, por la representación judicial del Municipio José Gregorio Monagas del Estado Anzoátegui, lo cual agrava aún más la subversión procedimental antes advertida, ya que el a quo ha podido subsanar la falta del pronunciamiento previo de admisión de la acción principal, y sin embargo, no lo hizo, perdurando esa omisión hasta la fecha en que se remitieron los expedientes a esta Sala Político-Administrativa, lo cual denota un retardo injustificado en la tramitación de dicho recurso de más de un año desde la fecha en que fuera interpuesto. (En ese mismo sentido véase el criterio expuesto en la sentencia de la Sala Político Administrativa número 840 del 10 de junio de 2009).

En vista de que el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial de Estado Falcón, con sede en Punto Fijo, acordó la medida cautelar sin haber admitido previamente la acción de amparo, resulta forzoso para esta Sala proceder a su revocatoria. Así se decide.

Comentarios Jurisprudenciales

EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS. EL ORDEN JURÍDICO, AL ORDENAR LA DESAPLICACIÓN GENERAL DE NORMAS APLICABLES, Y LA APLICACIÓN, EN SU LUGAR, DE NORMAS DEROGADAS (O de cómo el Juez Constitucional, ante la imposibilidad de ordenar la aplicación retroactiva de una ley penal más gravosa a la libertad, logró ilegítimamente el mismo resultado, ordenando aplicar una ley derogada que también era más gravosa a la libertad, mediante la desaplicación por vía de control difuso pero con efectos *erga omnes*, de la ley más favorable aplicable al caso)

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *Esta nota tiene por objeto comentar la sentencia N° 794 de 27 de mayo de 2011 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ocasión de avocarse al conocimiento de una causa, no para avocarse a decidir la misma pues la devolvió a la Sala Penal, sino para sólo decidir mediante control difuso de la constitucionalidad, la desaplicación general, con carácter vinculante, de una norma de la Ley Orgánica de Instituciones del Sector Bancario que había despenalizado ciertas conductas bancarias durante un cierto tiempo (pues la penalización había sido luego restablecida), ordenando la aplicación, no de la nueva norma establecedora de la pena, lo que no le era permitido constitucionalmente, sino de una norma de la Ley derogada por la norma desaplicada, por supuesto más gravosa a la libertad. Con ello, la Sala Constitucional, en definitiva, manipulando sus competencias de juez constitucional, sin aplicar retroactivamente una nueva norma igual a la derogada, logró el mismo efecto desaplicando la que era aplicable.*

Palabras claves: *Control difuso de la constitucionalidad. Irretroactividad de la ley. Avocamiento*

Abstract: *The purpose of this comment is to analyze the decision N° 794 of May 27, 2011 of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, issued when taking a case from the Criminal Chambers, but not for the purpose of deciding it because it was returned to the Criminal Chamber, but only in order to exercise its judicial review powers ordering in a general way not to apply a provision of the Banking Sector General Law that during a short period of time, had de-criminalized some conducts. Not being able the Constitutional Chamber to apply retroactively a new law on the matter that was more grievously to liberty, it obtained the same result by ordering to apply a provision of a previous abrogated Law which established the criminal sanctions.*

Key words: *Judicial review. Non-retroactivity of laws.*

Qué? Se preguntará el lector, ¿Qué la Sala Constitucional en Venezuela, como juez constitucional, como ya que no podía ordenar que se aplicara retroactivamente una nueva ley más gravosa a hechos pasados, mediante una sentencia vinculante dictada ejerciendo el control difuso de la constitucionalidad, ordenó desaplicar en términos generales la ley aplicable al caso, que era más favorable pues despenalizaba los hechos, ordenando la aplicación de la ley que ésta última derogaba, reviviéndola, y que era más gravosa pues penalizaba los hechos? Y todo ello con carácter vinculante?

Si. Efectivamente, eso fue lo que ocurrió con la sentencia N° 794 de la Sala Constitucional de 27 de mayo de 2011,¹ en la cual resolvió con “carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.”

PRIMERO: “desaplicar por control difuso de la constitucionalidad el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010,” y

SEGUNDO, “la aplicación de la norma contenida en el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.892, del 31 de julio de 2008 [que estaba derogada], y en el resto de los supuestos -actuaciones-, la aplicable al momento de la comisión del delito, atendiendo a los principios de temporalidad de la ley penal.”

En ese caso, la Ley de diciembre de 2010 había despenalizado unos hechos en relación con la apropiación y distracción de recursos en materia bancaria, reformando la previsión de la Ley de julio de 2008 que en cambio los penalizaba. Con esta sentencia, como se comenta al final, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (i) utilizó en forma ilegítima la figura del avocamiento para fines distintos a los que fundamentan esa excepcional figura procesal, con el objeto de (ii) distorsionar y utilizar en forma ilegítima tanto el método de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, para fines distintos al establecido en la Constitución y en el Código Orgánico Procesal Penal, como (iii) el control de constitucionalidad de las leyes, para usurpar la función legislativa, e impedirle al legislador realizar con libertad constitucional la política legislativa; y finalmente (iv) resolvió en abierta violación del principio constitucional del “*in dubio pro reo*” que establece el artículo 24 del Texto Fundamental, disponer la inaplicabilidad general de una ley aplicable que beneficiaba a los procesados, y al mismo tiempo ordenar que fuese aplicada una ley ya derogada que los perjudicaba, y que fue ilegítimamente revivida.

I

La sentencia tiene su origen en una solicitud formulada el día 29 de marzo de 2011, tres semanas después de que se publicara una nueva reforma parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario,² por unos Fiscales del Ministerio Público en la cual requirieron de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que se avocara al conocimiento de unas causas que la Sala de Casación Penal del mismo Tribunal, a su vez, de oficio, había solicitado en avocamiento de las que cursaban ante tribunales del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, y que se seguían a unos ciudadanos por delitos bancarios conforme a

¹ Caso: *Avocamiento procesos penales sobre delitos bancarios*. Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/mayo/11-0439-27511-2011-794.html>

² *Gaceta Oficial* N° 39.527 del 02 de marzo de 2011

las previsiones del artículo 432 de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financiera de 2008,³ que había sido la Ley conforme a la cual los Fiscales habían presentado la acusación.

Dicho artículo 432 de la Ley General de 2008 disponía lo siguiente:

Apropiación o Distracción de Recursos

“Artículo 432. Los miembros de la junta administradora, directores, administradores, funcionarios o empleados de un banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio que se apropien o distraigan en provecho propio o de un tercero, los recursos del banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio, cuyo depósito, recaudación, administración o custodia tengan por razón de su cargo o funciones, serán penados con prisión de ocho (8) a diez (10) años”.

Posteriormente, en 2010, la Ley General de Bancos fue reformada, sustituyéndose por la Ley de Instituciones del Sector Bancario⁴ que incidió en el texto del antes mencionado artículo 432, que pasó a ser el artículo 213, con el siguiente texto:

“Apropiación o distracción de recursos.

Artículo 213. Quienes con la intención de defraudar a una institución del sector bancario y a los efectos de celebrar operaciones bancarias, financieras, crediticias o cambiarias, presenten, entreguen o suscriban, balances, estados financieros, y en general, documentos o recaudos de cualquier clase que resulten ser falsos, adulterados o forjados, o que contengan información o datos que no reflejen razonablemente su verdadera situación financiera, serán penados con prisión de diez a quince años y con multa igual al cien por ciento (100%) del monto total distraído.

Con la misma pena serán castigadas, las personas naturales que señala el artículo 186 de la presente Ley, de las instituciones sometidas al control de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, que conociendo la falsedad de los documentos o recaudos antes mencionados aprueben las referidas operaciones”.

Posteriormente, como lo indicaron los Fiscales solicitantes del avocamiento, la Ley de Instituciones del Sector Bancario fue reformada de nuevo en marzo de 2011, publicada solo unos días antes de la solicitud, y con la misma -dijeron los Fiscales- “se retorna a la descripción históricamente consagrada en el ordenamiento jurídico venezolano, tal y como se evidencia del contenido del artículo 216, quedando en dicho dispositivo claramente descrita la conducta punible,” en los términos siguientes:

“Apropiación o distracción de recursos. Información falsa para realizar operaciones bancarias.

Artículo 216. Las personas naturales señaladas en el artículo 186 de la presente Ley, que se apropien o distraigan en provecho propio o de un tercero los recursos de las Instituciones del Sector Bancario regulado por la presente Ley, cuyo depósito, recaudación, administración o custodia tengan por razón de su cargo o funciones, serán penados con prisión de diez (10) a quince (15) años, y con multa igual al cien (*sic*) por ciento (100%) del monto total de lo apropiado o distraído. Con la misma pena será sancionado el tercero que haya obtenido el provecho con ocasión de la acción ilícita descrita en la presente norma. Quienes con la intención de defraudar a una institución del sector bancario y a los efectos de celebrar operaciones bancarias, financieras, crediticias o cambiarias, presenten, entreguen o suscriban, balances, estados financieros, y en general, documentos o recaudos de cualquier clase que resulten ser

³ *Gaceta Oficial Extra*. N° 5892 del 31 de julio de 2008

⁴ *Gaceta Oficial Extra*. N° 6015 de 28 de diciembre de 2010

falsos, adulterados o forjados, o que contengan información o datos que no reflejen razonablemente su verdadera situación financiera, serán penados con prisión de diez a quince años y multa igual al cien (*sic*) por ciento (100%) del monto total distraído. Con la misma pena serán castigadas, las personas naturales que señala el artículo 186 de la presente Ley, de las instituciones del Sector Bancario, que conociendo la falsedad de los documentos o recaudos antes mencionados aprueben las referidas operaciones.”

De esta secuela de textos legales, lo que es claro es que en el artículo 432 de la Ley General de Bancos de 2008 vigente al momento de la acusación penal en los casos concretos procesados en las causas, contenía unos determinados hechos como punibles de delitos bancarios; que en cambio el artículo 213 de la reforma de la Ley General de Bancos de 2010, aún cuando conservando el mismo acápite del artículo, despenalizó varios de dichos mismos hechos; y que con la nueva reforma de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de 2011, se volvieron a penalizar los hechos, volviéndose a lo que los Fiscales solicitantes llamaron la descripción “histórica” que tenía del artículo 432 de la Ley de 2008.

De lo anterior se deduce entonces que durante un período preciso de tiempo de algo más de dos meses, entre el 20 de diciembre de 2010 y el 2 de marzo de 2011, determinados hechos relativos a actividades bancarias quedaron completamente despenalizados. Ello implicaba que en ese período de tiempo, por voluntad del legislador, no podían iniciarse nuevas causas penales por “delitos bancarios” que pudieran tener su origen en los hechos despenalizados. Y ello, precisamente, es lo que explica la extraña solicitud de avocamiento formulada ante la Sala Constitucional respecto de causas penales que a la vez habían sido solicitadas en avocamiento de oficio por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo. La solicitud de avocamiento planteada ante la Sala Constitucional no estaba basada en ninguna situación grave subversión del orden procesal o de violación del debido proceso, sino simplemente en que los Fiscales del Ministerio Público consideraron que “en virtud de la vigencia sucesiva de Leyes Penales,” y si bien los artículos de la Ley de 2008 y la de la reforma de 2010 se referían “al delito *de* ‘apropiación o distracción de recursos de instituciones financieras, cuyo *nomen iuris* conserva intacto el de la ley precedente,” sin embargo, -dijeron- la última norma “incurre en una confusa descripción de dicho tipo penal.” Según los Fiscales, del contenido de la norma del artículo 213 de la Ley de 2010 se derivaría que

“la descripción de las acciones que se reputan como típicamente perseguibles a título de apropiación o distracción, no parecieran guardar estrecha relación con la voluntad legislativa que quedó expresada en el *referido nomen iuris*. Es decir, no contemplan de forma adecuada y univoca tales conductas (distraer o apropiarse), situación que ha generado una evidente confusión respecto a la adecuación de tales hechos, los cuales son a todas luces lesivos del orden socioeconómico y de significativa relevancia en el derecho penal económico.”

Consideraron entonces los Fiscales que la Sala Constitucional era “la única cuyas competencias pudieran abarcar integralmente tal asunto, y darle una solución cónsona con el marco constitucional vigente.”

Cual era la relación de tales argumentos y de la solicitud de avocamiento, con los casos concretos que cursaban en sendas causas penales por delitos cometidos bajo la vigencia de la Ley de 2008, que se despenalizaron por algo más de dos meses, entre el 28 de diciembre de 2010 y el 2 de marzo de 2011 cuando se volvieron a penalizar, sin embargo, es un misterio, salvo que con ello lo que se pretendiera fuera convertir en hechos punibles hechos cometidos durante el breve período señalado, cuando no eran punibles porque habían sido legalmente despenalizados.

Ello lo hizo la Sala Constitucional al avocarse al conocimiento del asunto, decidir la desaplicación del artículo 213 de la de Instituciones del Sector Bancario de 2010, con carác-

ter *erga omnes*, y ordenar la aplicación del artículo 432 de la derogada Ley General de Bancos de 2008 para, a renglón seguido, ordenar devolver los autos a la Sala de Casación Penal para que continuara conociendo de los asuntos de los cuales a su vez se había avocado, y no había llegado a conocer.

II

Para el logro de este despropósito, en una extensa sentencia de 155 páginas la Sala Constitucional se dispuso a

“determinar si del contenido del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (G.O. N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010), puede derivarse una despenalización de la conducta delictiva calificada como apropiación o distracción de recursos, lo que afectaría no sólo el curso del presente proceso, sino además incidiría en el desarrollo de la actividad bancaria y, en la eficacia y vigencia de las normas constitucionales que informan ese sector de la economía.”

Para ello, la Sala entró a fijar “el marco teórico para poder juzgar el caso concreto,” para lo cual entró a precisar

“el régimen jurídico estatutario de derecho público aplicable al sector bancario, desde el ángulo del Estado Social de Derecho que determina la interpretación del sistema económico consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, de los cimientos históricos y económicos que dieron origen a la actual regulación penal vinculada con la normativa que rige la denominada actividad bancaria o financiera, que se sistematiza en términos generales en la creación, funcionamiento y liquidación de las instituciones que son autorizadas para la captación, manejo, aprovechamiento y la inversión del ahorro.”

La Sala Constitucional entonces pasó a analizar el sistema de la Constitución económica, y en particular, la relación entre los valores esenciales de la libertad de empresa y de la regulación económica, y del derecho de propiedad y de su limitación legal, considerando que ninguno de ellos se puede erigir “como un valor absoluto, propenso a avasallar a cualquier otro que se le interponga,” debiendo al contrario convivir armoniosamente, de manera que “las exigencias de cada uno de ellos, no sean asumidas con carácter rígido o dogmático, sino con la suficiente flexibilidad para posibilitar su concordancia.” En definitiva, concluyó la Sala constatando que ni la libertad económica ni el derecho de propiedad eran derechos absolutos, y que “como casi todo derecho -a excepción de los derechos a la vida y a la integridad- conocen excepciones o limitaciones” que el legislador puede establecer siempre actuando “bajo el principio de racionalidad o de no arbitrariedad.”

En este contexto normativo la Sala pasó a abordar el desarrollo de las normas que regulan la actividad bancaria, considerando al sistema financiero como una actividad que en relación con sus usuarios es de eminente interés público, sometida al principio de justicia social, de manera que al regulársela “no sólo se garantiza la tutela de los derechos de los titulares de la actividad económica sino de los usuarios del mismo.” Consideró, además, como una manifestación propia de la actividad normativa del Estado, la relativa al ámbito penal, de manera que la pena tenga la función de prevención de los hechos (delitos) que atenten contra los bienes protegidos,” siendo “la tipificación del delito y la fijación de la pena, parte de la política o discrecionalidad legislativa.” Por ello, consideró la Sala, que:

“en principio el legislador puede establecer o eliminar figuras delictivas, graduar las penas aplicables, determinar el género o la extensión de éstas, bajo criterios de atenuación o agravación de las conductas penalizadas, todo de conformidad con la valoración, examen y ponderación que se efectúe en torno de los fenómenos sociales y del grado de daño que ciertos comportamiento puedan a causar o llegar a causar en la sociedad.

El siguiente paso que tomó la Sala, en su análisis, se refirió al artículo 114 de la Constitución que dispone que “El ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos, serán penados severamente de acuerdo con la ley,” deduciendo de su texto que el mismo impone al Legislador:

“un conjunto de limitaciones para el ejercicio de la función legislativa, pero a la vez, comporta un parámetro interpretativo, para el juez en el análisis de la legislación penal en la materia, que debe ponderarse con otros principios aplicables a la legislación penal como los derechos fundamentales referidos a la irretroactividad de la ley, debido proceso, el principio de tipicidad entre otros.”

En particular, en cuanto a la penalización de actividades desarrolladas en el marco del sector bancario, consideró la Sala que las mismas responden a:

“la necesidad del Estado de reaccionar ante hechos punibles cometidos por personas en una especial circunstancia de poder o estatus económico, en un ámbito en el cual las partes que integran el sistema actúan de buena fe, abusan de su posición, en detrimento de los débiles jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico bien sea en provecho propio o de terceros.”

De allí dedujo la Sala que la primera aproximación al cumplimiento del contenido del artículo 114 de la Constitución

“es la obligación del legislador de evitar groseras o escandalosas lagunas de punibilidad, que deberá llenar con la creación de delitos nuevos, perfeccionando los existentes mediante la delimitación de conductas que difícilmente puedan ser sancionadas con los delitos ya existentes, pero que afectan un bien jurídico determinado que requiere de una tipificación de los comportamientos que puedan ponerlo en peligro o lesionarlo.”

III

En este marco, fue precisamente que la Sala pasó a efectuar la interpretación del contenido y alcance de la norma contenida en el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de diciembre de 2010, teniendo presente la necesidad de provocar una reacción total de los valores, principios y derechos constitucionales, que permee o alcance todos los ámbitos del ordenamiento jurídico y, permita forjar una resolución de fondo acorde con los principios de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para el caso en el cual se avoca.” Para ello, la sala Constitucional pasó revista histórica, en Venezuela y en el derecho comparado, al régimen y evolución de la legislación en materia de bancos, desde el derecho romano y los tiempos medievales, hasta los tiempos modernos, con particular referencia a los casos de Estados Unidos, México y Venezuela, constatando el carácter expansivo de la intervención estatal en sector bancario y financiero, con especial énfasis (i) en la regulación de la idoneidad de los sujetos a cargo de las actividades en el sector (los banqueros); (ii) en la regulación sobre el desarrollo la actividad bancaria para entre otros aspectos, defender los intereses de la sociedad en general y, de los usuarios de la banca en particular; (iii) en la regulación sobre el control de la actividad bancaria y las sanciones como consecuencia del incumplimiento de la normativa estatutaria correspondiente; y (iv) en la regulación de las sanciones y los delitos bancarios, para lo cual la Sala destacó que “la mayor injerencia en la regulación, control, supervisión y medidas de saneamiento del sistema bancario, se ha manifestado proporcionalmente en materia sanciones administrativas y delitos” extendiendo la responsabilidad de las personas naturales o jurídicas involucradas.

Con base en lo anteriormente analizado, pasó entonces la Sala Constitucional a determinar si del contenido del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de di-

ciembre de 2010,⁵ podía derivarse una despenalización de la conducta delictiva calificada como apropiación o distracción de recursos, que pudiera afectar el curso del proceso penal a cuyo conocimiento se había avocado la Sala.

Para ello, la Sala advirtió de entrada que “la apropiación o distracción como *nomen iuris* en el derecho penal económico, se inscribe en el marco de lo que en el derecho penal general se ha regulado bajo la calificación de apropiación indebida calificada” regulado en Venezuela desde 1873, en los artículos 466 y 468 del Código Penal. En este tipo delictivo, dijo la Sala, el bien jurídico tutelado es la propiedad, agravándose el delito por ejemplo, cuando la persona que recibe la cosa para restituirla o para hacer de ella un uso determinado, como un banquero, corredor, cajero o cobrador de una empresa.

Dicho delito especial vinculado a la actividad bancaria, se estableció por primera vez en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras de 1993, en una norma que se mantuvo en la legislación bancaria en la reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras publicada de 2001,⁶ en cuyo artículo 432, conforme lo apreció la Sala, se “delimitó de forma más precisa, a los sujetos activos en la comisión del delito de apropiación o distracción de recursos, incluyéndose a los funcionarios de un banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio.” La norma se conservó en la reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, de julio de 2008, en el texto que se transcribió anteriormente, así como en las reformas de la misma Ley General de diciembre de 2009;⁷ y de 19 de agosto de 2010 (art. 396).⁸

De todas esas normas, la Sala dedujo que resultaba “claro un desarrollo histórico normativo que, a la par de las crisis financieras,” habían quedado sometidas bajo su ámbito de vigencia temporal, potenciando el incremento de las penas aplicables y el mantenimiento del *nomen iuris*.” La Sala constató, incluso, que en la entonces vigente (para el momento de la sentencia) Ley de Instituciones del Sector Bancario de marzo de 2011,⁹ la norma establecía una regulación similar (art. 216).

Fue entonces en este contexto normativo, que la Sala pasó a abordar el tema del contenido y alcance del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de diciembre de 2010 que, como se dijo, establece igualmente el delito de “Apropiación o distracción de recursos,” pero con otra redacción, como antes se transcribió. Para ello, la Sala Constitucional pasó a destacar la importancia del principio de la legalidad en materia sancionatoria, así como la garantía *nullum crimen nulla poena sine lege*, citando una importante sentencia de la propia Sala N° 490 de 12 de abril de 2011, en la cual concluyó con carácter vinculante que:

“El principio de legalidad, en su formulación más general se traduce en la sujeción a la Ley, ante todo de la sujeción del Poder Público al Derecho, razón la que, p. ej., ese Poder no está legitimado para perseguir y sancionar a una persona por un comportamiento que la Ley no asocia a una sanción para el momento del hecho, y, por argumento en contrario, tampoco puede desconocer y no aplicar (a menos que la estime inconstitucional y la desaplique en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad) una norma jurídica que sí está prevista en el ordenamiento jurídico.

⁵ *Gaceta Oficial* N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010

⁶ *Gaceta Oficial* N° 5.555 del 13 de noviembre de 2001

⁷ *Gaceta Oficial* N° 5.947 extraordinario del 23 de diciembre de 2009

⁸ *Gaceta Oficial* N° 39.491 del 19 de agosto de 2010

⁹ *Gaceta Oficial* N° 39.627 del 02 de marzo de 2011

Sólo el o los órganos a los cuales el Texto Constitucional le otorga la potestad de crear leyes están legitimados para crear otras que las deroguen y tal atribución no radica en la Sala de Casación Penal ni en ningún otro ente del Poder Judicial, si no, ante todo, en la Asamblea Nacional, tal como se indicó en el criterio plasmado anteriormente.

Así como ‘Ningún magistrado (...) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo’, ese funcionario tampoco puede descocer delitos y penas que sí dispone la Ley.

En tal sentido, de lo precedentemente expuesto se desprende que no sólo viola el principio de legalidad y, por ende, el debido proceso (artículo 49.6 constitucional) y la tutela judicial efectiva (artículo 26 *eiusdem*) reconocer la existencia de una norma que realmente no está prevista en el ordenamiento jurídico, sino también desconocer una norma jurídica que sí forma parte de él ...”¹⁰

III

Pero a pesar de tan clara doctrina vinculante, en los párrafos siguientes de la sentencia, la Sala Constitucional pasó a desconocerla, y mediante la construcción de una teoría de la interpretación jurídica a la medida, pasó a “desconocer delitos y penas” que sí disponía la ley,” y por vía de control difuso, pasó a “decretar a su voluntad penas contra otro individuo” ignorando lo que recién había afirmado de que sólo la Asamblea Nacional tiene la “potestad de crear leyes” siendo la única “legitimada para crear otras que las deroguen,” no estando dicha atribución en órgano alguno del “Poder Judicial.”

Partiendo del fin que debe tener toda ley, conforme al artículo 4 del Código Civil en relación con la intención del legislador, consideró la Sala que para la interpretación de la norma resultaba siempre aplicable el elemento teleológico o finalista, vinculado a los principios y valores constitucionales, fijando el criterio de que “en materia de delitos económicos la discrecionalidad del legislador penal, no es tan amplia como en otros ámbitos” de manera que dado el contenido del artículo 114 de la Constitución antes señalado donde se hace referencia a los ilícitos económicos, en concordancia con los artículos 2, 112, 299 y 308 del Texto Fundamental, ello según la Sala “permite afirmar con mayor claridad que el control de la actividad legislativa por esta Sala, pueda y deba corregir la protección deficiente de los derechos y, en general de los imperativos Constitucionales.”

Es decir, ni más ni menos, la Sala se erigió en órgano corrector o reformador de leyes cuando estime que han establecido una “protección deficiente” a los “imperativos constitucionales” que ella misma deduce. Por ello, la Sala pasó de inmediato a declarar o a aclarar que:

“Ello no comporta que esta Sala, en base a tales postulados, pueda afirmarse como un legislador en materia penal y crear tipos penales, no establecidos en el ordenamiento jurídico, siendo evidente en tales casos, un vicio de inconstitucionalidad, causado por una obvia usurpación de funciones de acuerdo con el artículo 138 de la Constitución, pero sí permite que la Sala en su labor interpretativa del ordenamiento jurídico, en el marco del principio de conservación de los actos, deba con los elementos contenidos en la propia norma penal, aclarar el contenido y alcance de la misma en orden a garantizar que el Derecho esté al servicio de la convivencia, del desarrollo y del progreso humano; vale insistir, que la técnica jurídica sea instrumento útil para alcanzar estos propósitos, pero que, en caso de insuficiencia, se imponga la búsqueda de medios adecuados a la satisfacción de la necesidad de hacer justicia.”

¹⁰ Dictada en una revisión de sentencia. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/490-12411-2011-10-0681.html>

Pero lo que resultó de su sentencia fue precisamente lo que se pretendió negar, procediendo la Sala a convertirse en “un legislador en materia penal y crear tipos penales, no establecidos en el ordenamiento jurídico,” mediante el subterfugio de desaplicar el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de diciembre de 2010, que había despenalizado ciertas conductas bancarias, desconociendo la voluntad del legislador, reviviendo para ello una previsión de una Ley que había sido derogada.

La Sala lo que alegó, usurpando la función del legislador, es que debía “evitar una interpretación que fomente la impunidad y desconozca el contenido mismo de los valores, principios y derechos que informan el ordenamiento jurídico,” y que entonces, “la denominada apropiación o distracción de recursos, [...] no puede concebirse bajo planos de razonabilidad y justicia como una conducta lícita o permitida por el ordenamiento jurídico”. Agregó además, la Sala que siendo la conducta de apropiación o distracción de recursos conductas de naturaleza delictual,

“cualquier norma que desnaturalice su antijuricidad y el alcance de la tipicidad de las mismas, “legalizaría formalmente” un caos el sistema financiero; una anarquía que imposibilitaría lograr los fines del Estado Social de Derecho y de Justicia, y que vulneraría, en definitiva la dignidad humana individual y colectiva, al afectarse el nivel de vida de la colectividad en los términos antes señalados, en tanto la impunidad de la misma, generaría una crisis sistémica en el sector.”

De todo ello, concluyó la Sala deduciendo que el ordenamiento constitucional le imponían como “al juez constitucional, que en ejercicio de su competencia de control de la actividad legislativa, garantice que “El ilícito económico, (...) y otros delitos conexos, serán penados severamente” (artículo 114 *eiusdem*),” lo que implica “no sólo que deban ser tipificadas las conductas delictivas, sino que además sean penadas con mayor severidad;” concluyendo con la afirmación de que:

“Asumir otra posición interpretativa, resultaría contraria a la naturaleza de los valores, principios y derechos que informan la Constitución, por cuanto en el presente caso se procedería a despenalizar una conducta lesiva *per se* -derivada de la naturaleza de la actividad de intermediación bancaria-, reconocida como tal en el propio texto de la ley, y cuya legalización o deficiente penalización, desconocería el derecho de la sociedad, y de los afectados directa e indirectamente por la presunta apropiación o distracción indebida de recursos imputada, lo que inexorablemente incidiría, como se ha señalado, en el normal desarrollo de la sociedad.”

Es decir, a pesar de que la norma del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de diciembre de 2010, efectivamente había despenalizado determinadas conductas bancarias, la Sala, simplemente desconoció dicha decisión del legislador, considerando en definitiva, que aceptarla sería generar “la destrucción o desintegración de la sociedad y, del sistema económico.” La Sala Constitucional señaló entonces, en una admonición dirigida al Legislador, que “ningún órgano u ente puede en ejercicio de las competencias que le son atribuidas, afirmar un grado tal de discrecionalidad que le permita aseverar que tiene la opción de actuar en contra de la Constitución, los derechos y las garantías que en ella se consagran,” concluyendo entonces que la:

“norma contenida en el mencionado artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, deba ser objeto de una interpretación como parte del régimen normativo de responsabilidad penal en el ordenamiento sectorial bancario, que impide que el sistema legal haga vacuo el contenido el artículo 144 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, por el contrario se dé plena eficacia los principios y derechos contenidos en los artículos 2, 112, 299 y 308 *eiusdem*.”

Con base en todo lo anterior, la Sala apuntó sobre el mencionado artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de diciembre de 2010, señalando que en el mismo,

“a pesar de que el legislador reconoció la antijuricidad de la conducta referida a la apropiación o distracción de recursos en materia bancaria, existe una inconsistencia en los elementos que integran la norma penal, que no permite a la aplicación de la misma, (Cfr. Sentencia de la Sala N° 1.466/04), ya que aunado a la calificación propia del tipo penal de apropiación o distracción de recursos enunciados en el *nomen iuris* de la misma, el legislador realiza la descripción normativa de un conjunto de acciones, que en el contexto de una interpretación literal o sistemática de la norma, generan un desorden que la erigen como contradictoria y de imposible entendimiento, que la constituye en una norma contraria al contenido del artículo 114 de la Constitución, en tanto no permite calificar claramente el hecho punible que se corresponde con la pena en ella establecida.”

De ello concluyó la Sala afirmando que “el artículo 213 *eiusdem*, es una norma ininteligible y, por lo tanto, contraria al deber de tipificación suficiente contenido en artículo 114 de la Constitución y los principios de racionalidad y no arbitrariedad que deben regir la función legislativa (Cfr. Sentencia de esta Sala Nros. 2/09, 1.178/09 y 490/11),” por lo que conforme al artículo 334 de la Constitución, resolvió que:

“desaplica por control difuso de la constitucionalidad el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010, teniendo el presente fallo carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.380/09).”

Se observa, en este caso, que en forma contraria a los principios que informan el control difuso de la constitucionalidad de las leyes que fijan los efectos de la sentencia con efectos entre las partes del proceso, la Sala Constitucional procedió a darle efectos *erga omnes*, lo que resulta de declarar vinculante la inaplicabilidad de la norma para todos los tribunales.

IV

Sin embargo, era evidente que con la sola desaplicación general de la norma del artículo 213 de la Ley que despenalizaba conductas bancarias, no quedaba resuelta la voluntad de la Sala de, al contrario y en contra de la voluntad del Legislador, llegar a imponer la penalización de la apropiación o distracción de recursos, para lo cual tuvo entonces que pasar a resolver el interrogante de que “frente a la desaplicación se plantea igualmente si la misma debe considerarse como una despenalización del delito de apropiación o distracción de recursos, como tipo penal especial aplicable en el sector bancario,” y abordar para ello, el tema de “la sucesión temporal de leyes que regulan la materia.”

Con tal propósito, la Sala Constitucional partió del principio constitucional establecido en el artículo 24 del Texto fundamental que garantiza que “ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena” y que “cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo,” principio que se regula también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la cual en su artículo 9, dispone la aplicación de la ley más benigna, al señalar que: “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

De estas normas la Sala concluyó señalando:

“como regla general interpretativa en el caso de sucesión de leyes, que la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, ya que con posterioridad a la comisión del delito, la ley disponga la imposición de una pena más leve o de cualquier otro elemento que favorezca al procesado debe prevalecer.”

Luego pasó la Sala a mencionar el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde dijo se:

“expresa con toda precisión el alcance de la irretroactividad de la ley penal y de la retroactividad de la ley penal más benigna, al establecer que “1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

Pero, Eureka!!, en las previsiones del artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Sala pretendió “descubrir” que los anteriores principios “encuentran su límite” al disponer que:

“Nada de lo dispuesto en este artículo, se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones, que en el momento de cometerse, fueran delictivos, según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

En esta norma la Sala encontró que se imponía una interpretación que permitía “la desaplicación de la retroactividad de la norma penal más favorable y, a su vez, la aplicación de la denominada ultractividad de las normas penales en casos *excepcionales*.”

Lo importante, sin embargo, es que no se trata de un límite a la irretroactividad de la ley ni al principio de la aplicación al reo de la ley más favorable, sino de una previsión excepcional, dispuesta cuando el Pacto se adoptó en el seno de las Naciones Unidas, para dar respuesta a la necesidad de castigar crímenes contra la humanidad que se produjeron durante la segunda guerra mundial, como los de “genocidio,” lo que por supuesto nada tiene que ver con delitos bancarios.

De la norma del Pacto Internacional, la Sala Constitucional dedujo, sin embargo, que lo que había era una “obligación de hacer” impuesta a los Estados de “sancionar efectivamente los hechos contrarios a los derechos fundamentales,” y de “perseguir y sancionar a los responsables de crímenes contra la humanidad,” así como de “prevenir, investigar y sancionar toda violación de derechos reconocidos por la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos.” Y a renglón seguido pasó a argumentar respecto al tema de la despenalización de delitos bancarios en Venezuela, en relación con el “alcance y contenido de derecho a la libertad económica y a la estabilidad y sustentabilidad del sistema económico como derechos humanos fundamentales,” concluyendo entonces que debía

“necesariamente aplicarse el principio “*tempus regit actum*” a los delitos de índole económico bancario, como el de apropiación o distracción de bienes, con base a las imposiciones que la propia Constitución (artículo 114) establece en la materia, que se materializan y ratifican en relación a la prohibición de impunidad ya señalada en la materia de derechos humanos fundamentales (artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).”

En consonancia, la Sala consideró que como en los supuestos de leyes excepcionales y temporales, que en el caso sometido a su consideración, “dada la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de diciembre de 2010,” también resultaba aplicable “el principio de ultractividad” en la medida:

“que el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (*Gaceta Oficial* N° 5.892, del 31 de julio de 2008) contempla la norma más favorable -y por lo demás vigente para el momento de la comisión del hecho ilícito penal-, en relación con el tipo penal de apropiación o distracción contenido en el artículo 216 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (*Cfr. Gaceta Oficial* N° 39.627 del 02 de marzo de 2011, que establece una pena de 10 a 15 años de prisión).

La Sala en definitiva, contrariando la voluntad del Legislador, o corrigiéndola o enmendándole, resolvió que si no hubiera tomado su decisión, de desaplicar una norma aplicable al caso, y de aplicar una norma ya derogada al mismo caso “se despenalizaría una conducta que como ya se señaló, es antijurídica por sí misma, en el marco del ejercicio de la actividad financiera” y como si se tratase de delitos de genocidio o lesa humanidad, conforme al artículo 15.2 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, podía resultar “contraria no sólo a los intereses generales del Estados, sino que además a su estabilidad económica en los términos antes expuestos.”

V

De esta sentencia se destacan los siguientes aspectos medulares:

1. En primer lugar, con la sentencia, se produjo una **ilegítima utilización de la figura del avocamiento**, para fines distintos a los que fundamentan esa excepcional figura procesal.

En efecto, si bien el artículo 31.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, reguló en general la posibilidad del avocamiento por parte de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, siguiendo la orientación de la jurisprudencia y de las normas de la Ley Orgánica de 2004, lo que implica la potestad de solicitar de oficio, o a petición de parte, “algún expediente que curse ante otro tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto cuando lo estime conveniente;” la misma fue sometida a normas precisas.

Conforme al artículo 106 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, la solicitud de avocamiento ante y por parte del Tribunal Supremo, no sólo debe necesariamente plantearse en cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia “*en las materias de su respectiva competencia*,” sino que en principio debe referirse a causas que cursen ante “*cualquier tribunal*” inferior o como lo dice el artículo 108 de la ley Orgánica, “ante algún tribunal de la República.” No está previsto en principio, por tanto, el avocamiento entre Salas del Tribunal Supremo, salvo por parte de la Sala Constitucional, respecto de causas “en las que se presume violación al orden público constitucional” (art. 25.16) o respecto de procesos de amparo constitucional.

En el presente caso, la competencia en materia penal y de interpretación de la ley penal e incluso, sobre su aplicación temporal y sobre su control de constitucionalidad mediante el control difuso de constitucionalidad previsto en el artículo 334 de la Constitución y en el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal, corresponde *exclusivamente* a la Sala de Casación Penal.

Por otra parte, en los procesos penales donde ocurrió el avocamiento por parte de la Sala Constitucional no estaba planteado ningún asunto de naturaleza constitucional ni se denunció violación alguna del orden público constitucional, por lo que la Sala Constitucional simplemente usurpó las funciones de la Sala de Casación Penal.

El avocamiento tiene un objeto procesal preciso conforme al artículo 106 de la ley Orgánica, y es que la Sala que se avoca resuelva sólo y exclusivamente si “asume el conocimiento del asunto o, en su defecto, lo asigna a otro tribunal.” Lo que no puede ocurrir es que

una Sala se avoque para no avocarse a conocer del asunto, o se avoque para no asignar el asunto a otro tribunal, y más bien, simplemente, tome una decisión que correspondía al tribunal que conocía del asunto para luego devolvérselo. Y esto es lo que ha ocurrido en este caso, en el cual la Sala Constitucional se avocó para ejercer una competencia que correspondía exclusivamente a la Sala de Casación Penal, como era aplicar el artículo 334 de la Constitución ejerciendo el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, si era el caso, para luego devolverle la causa a la propia Sala de Casación Penal.

Pero además, como lo indica expresamente el artículo 107 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, el avocamiento es una atribución que debe “ser ejercida con suma prudencia y sólo en caso de graves desórdenes procesales o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática.”¹¹ Nada de ello ocurría en los procesos penales que la Sala Constitucional decidió conocer por vía del avocamiento; en ellos no se denunció, por ejemplo, que existieran “graves desórdenes procesales” ni se alegó que existieran “escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico,” ni se argumentó en forma alguna que las mismas perjudicaban “ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática” de manera que se exigiese la intervención de la Sala.

Por otra parte, la Sala que se avoque al conocimiento de un asunto, tiene determinado en forma precisa el contenido posible de la sentencia a dictar, lo que se deriva de los motivos que pueden y deben originar este procedimiento excepcional. Ese contenido, de acuerdo con el artículo 109 de la Ley Orgánica, puede ser: (i) “decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tenga pertinencia;” (ii) “decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos;” (iii) “ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos en otro Tribunal competente en la materia;” y (iv) “adoptar cualquier medida legal que estime idónea para el restablecimiento del orden jurídico infringido.” No puede la Sala que se aboca al conocimiento de un asunto adoptar cualquier medida judicial, sino las anteriores precisamente establecidas en la Ley, de manera que incluso la última aparentemente general de adoptar “cualquier medida judicial que estime idónea” es sólo posible si se ha comprobado que hay una infracción al “orden jurídico” que deba ser restablecido. Lo que nunca puede ocurrir, en cambio, es que la Sala se avoque al conocimiento de un asunto y luego lo devuelva al mismo Tribunal.

Con la decisión comentada, en realidad, fue la Sala Constitucional la que, en realidad, al haber usurpado funciones de la Sala de Casación Penal, provocó un grave desorden procesal, violando escandalosamente el ordenamiento jurídico con lo que ha perjudicado ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, y la institucionalidad democrática; máxime si con su decisión, la Sala en definitiva, desaplicó una ley más favorable a los encausados que era aplicable, para ordenar aplicar al caso una ley derogada que además era menos favorable a los procesados.

2. En segundo lugar, con la sentencia dictada se produjo una **distorsión e ilegítima utilización del control difuso de la constitucionalidad de las leyes**, para fines distintos al establecido en la Constitución.

En efecto, como es sabido, en el sistema venezolano de justicia constitucional o de control de la constitucionalidad de las leyes, como sistema mixto o integral que es, se distingue, por una parte, el método de control concentrado de la constitucionalidad que corresponde a la

¹¹ A ello, la Ley de 2004 agregaba, el perjuicio a la decencia” y que se hubiesen “desatendido o mal tramitado los recursos ordinarios o extraordinarios que los interesados hubieren ejercido.”

Sala Constitucional como Jurisdicción Constitucional, cuando conoce en general de las acciones populares de nulidad, teniendo la sentencia en los casos de decisiones anulatorias, efectos generales con validez *erga omnes*. La decisión, en estos casos, en principio, es de carácter prospectiva ya que tiene consecuencias *ex nunc y pro futuro*; es decir, la ley anulada por inconstitucional, en principio es considerada en general como habiendo surtido efectos hasta su anulación por el Tribunal o hasta el momento que éste determine como consecuencia de la decisión.

En estos casos, por consiguiente, en general, la decisión tiene efectos “constitutivos” ya que la ley se vuelve inconstitucional solamente después de la decisión,¹² aún cuando la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, como es sabido, le otorga competencia a la Sala Constitucional para determinar los efectos de su decisión en el tiempo.

Por otra parte, está el método de control difuso de la constitucionalidad previsto en el artículo 334 de la Constitución, conforme al cual cualquier juez puede tomar una decisión sobre la inconstitucionalidad de una ley aplicable al caso concreto que está conociendo, resolviendo para decidirlo, aplicar preferentemente la Constitución y desaplicar la ley. Esta decisión solo tiene efectos *inter partes*, de manera que la ley declarada inconstitucional, en principio, es nula y no surte ningún tipo de efectos para el caso concreto y para las partes en el mismo.

Por ello, en este caso, la decisión es, en principio, retroactiva en el sentido de que tiene consecuencias *ex tunc o pro pretaerito*, es decir, la ley declarada inconstitucional se considera como si nunca hubiera existido o nunca hubiera sido válida para el caso concreto exclusivamente. En estos casos, esta decisión tiene efectos declarativos, en el sentido de que declara la nulidad preexistente de la ley inconstitucional para el caso concreto.¹³ Lo importante a tener en cuenta respecto del método de control difuso es que el mismo sólo está previsto para ser ejercido *incidenter tantum*, es decir, en un proceso concreto que el juez esté conociendo conforme a su competencia y en la decisión del mismo, en el cual, por tanto, la inconstitucionalidad de la ley o norma no es ni el objeto de dicho proceso ni el asunto principal del mismo. Como lo dice el artículo 334: “En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente.” En consecuencia, en este caso, siempre debe iniciarse y estar en curso un proceso ante un tribunal competente en cualquier materia, por lo que el método difuso de control de la constitucionalidad siempre es de carácter incidental, en el sentido de que la cuestión de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, se plantea al decidir un caso o proceso concreto (*cases and controversies*), cualquiera sea su naturaleza, en el cual la aplicación o no de una norma concreta es considerada por el juez como relevante para la decisión del caso. En consecuencia, en el método difuso de control de constitucionalidad, el *thema decidendum*, es decir, el objeto principal del proceso y de la decisión judicial no es la consideración abstracta de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley o su aplicabilidad o inaplicabilidad, sino más bien, la decisión de un caso concreto, por ejemplo, en materia civil, penal, administrativa, mercantil o laboral, etc., en el cual la cuestión de constitucionalidad sólo es un aspecto incidental en el proceso

¹² Brewer-Carías, Allan R. *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, pp. 32 ss.

¹³ Véase Brewer-Carías, Allan R. “El método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en el derecho venezolano,” en Victor Bazán (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Edit. Abeledo-Perrot, dos tomos, Tomo I, Buenos Aires, Rep. Argentina, 2010, pp.671-690

que sólo debe ser considerada por el juez para resolver la aplicabilidad o no de una ley en la decisión del caso concreto, cuando surgen cuestiones relativas a su inconstitucionalidad.¹⁴

En el caso de la decisión de la Sala Constitucional N° 794 del 27 de mayo de 2011, la Sala se avocó al conocimiento de la causa, como se ha dicho, para no avocarse, de manera que la decisión que tomó no fue para decidir una causa penal para cuya resolución debía aplicar preferentemente la Constitución y desaplicar una ley, sino que fue una decisión independiente totalmente de la causa penal que resolvió debía continuar su curso en la Sala de Casación Penal. La decisión de la Sala Constitucional, fue entonces, una decisión cuyo único propósito fue “juzgar” la “constitucionalidad” del artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario con entera independencia respecto de decisión alguna de un caso concreto relativo a las causas penales de las cuales se avocó, para no avocarse. Por ello, en este caso, no puede decirse que la Sala Constitucional haya aplicado con preferencia la Constitución y desaplicado una ley para decidir ningún caso concreto penal, que al contrario resolvió no decidir.

Con ello, la Sala Constitucional, además, ilegítimamente usurpó lo que era competencia exclusiva de la propia Sala de Casación Penal, es decir, al decidir las causas, resolver sobre la constitucionalidad mediante el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes conforme al artículo 334 de la Constitución y al artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal, para lo cual esta tenía competencia exclusiva. La Sala Constitucional, en este caso, en un “proceso” cuyo objeto “principal” no era conocer y resolver sobre unas causas penales, se avocó a las mismas pero para ejercer el control de constitucionalidad del artículo 231 de la Ley de Instituciones del sector Bancario, usurpando a priori, lo que era competencia exclusiva de la Sala de Casación Penal, máxime si en la misma decisión resolvió devolverle a la misma las causas para su decisión.

Pero además, debe observarse que otra de las características del control difuso de la constitucionalidad de las leyes se refiere a los efectos de la decisión que adopten los tribunales en relación con la constitucionalidad o aplicabilidad de una ley en un caso concreto. El régimen general en relación a determina a quienes afecta la decisión, es que la decisión adoptada por el juez sólo tiene efectos en relación con las partes en el proceso concreto en la cual aquella se adopta. En otras palabras, en el método difuso de control de constitucionalidad, la decisión adoptada sobre la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la ley en un caso concreto, sólo tiene efectos *in casu et inter partes*, es decir, en relación con el caso y exclusivamente, en relación con las partes que han participado en el mismo, por lo que no puede ser aplicada a otras personas extrañas a la relación procesal. Esta es la consecuencia directa del antes mencionado aspecto relativo al carácter incidental del método difuso de control de constitucionalidad, que exige que sólo se pueda ejercer en un proceso particular desarrollado entre partes específicas, por lo que la decisión sólo se puede aplicar a este proceso en particular y a las partes del mismo y, en consecuencia, no puede ni beneficiar ni perjudicar a ningún otro individuo ni a otros procesos. En consecuencia, conforme al método difuso, si en una decisión judicial una ley es considerada inconstitucional, esto no significa que dicha ley haya sido invalidada y que no sea efectiva y aplicable en otros casos. Sólo significa que en cuanto concierne a ese proceso particular y a las partes que en el mismo intervinieron, en el cual el

¹⁴ Véase Brewer-Carías, Allan R. *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989, pp. 131 ss.; “El método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en el derecho venezolano,” en Victor Bazán (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Edit. Abeledo-Perrot, dos tomos, Tomo I, Buenos Aires, Rep. Argentina, 2010, pp.671-690

Juez decidió la inaplicabilidad de la Ley, es que ésta debe considerarse inconstitucional, nula y sin valor, sin que ello tenga ningún efecto con relación a otros procesos, otros jueces y otros particulares.

Sin embargo, en los procesos desarrollados ante la Sala Constitucional, en materias de su competencia, por ejemplo, en un proceso de amparo o con motivo de la revisión constitucional de sentencias (art. 336.10), la Sala Constitucional, al decidirlos podría ejercer el control difuso de la constitucionalidad de la ley aplicable al caso concreto, y como Jurisdicción Constitucional en esas materias de su competencia, podría resolver darle carácter vinculante a su interpretación constitucional, en particular cuando están involucrados derechos colectivos y difusos, en cuyo caso los efectos de la decisión podrían ser de carácter *erga omnes*.¹⁵ Sin embargo, ello sólo podría ocurrir cuando la Sala Constitucional adopte una decisión definitiva de un proceso constitucional que sea de su competencia y concierna a derechos colectivos o difusos.

Lo que no puede hacer la Sala Constitucional, es pretender ejercer el control difuso de la constitucionalidad de una ley con efectos vinculantes *erga omnes*, sin decidir una causa concreta en materias de su competencia, como ha ocurrido en este caso, en el cual la Sala se avocó para no avocarse ni para conocer de una causa penal, sino sólo para resolver declarar una ley inaplicable con efectos generales, es decir, no para decidir algún caso concreto, y luego devolver las actas y la causa al tribunal competente.

3. En tercer lugar, con la sentencia dictada por la sala Constitucional se produjo una **distorsión e ilegítima utilización del control de constitucionalidad de las leyes para usurpar la función legislativa**.

En efecto, la Constitución de 1999 otorgó a la Sala Constitucional amplios poderes en materia de control de la constitucionalidad de las leyes, consolidando la Jurisdicción Constitucional en el país. En su ejercicio, sin embargo, como lo indicó la Sala Constitucional, precisamente en esta sentencia de marzo de 2011, la Sala Constitucional declaró que no se puede sustituir al Legislador particularmente en la definición de la política legislativa sancionatoria penal.

Es el Legislador el competente de acuerdo con la Constitución, para establecer los tipos penales y las sanciones, conforme al principio de la legalidad; y no pueden los otros órganos del Poder Público, incluido el propio Tribunal Supremo, conforme a sus propias palabras, según se ha citado con anterioridad,

¹⁵ Así lo decidió, por ejemplo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela al resolver un proceso de amparo intentado en defensa de intereses colectivos o difusos, en sentencia N° 85 de 24 de enero de 2002, (Caso: *Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (Asodeviprilara) vs. Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y otros*), al expresar que como resultado de ese control: “la ley sobre la que se ejerce el control no ha sido anulada por inconstitucional, y sólo deja de aplicarse en el caso concreto, que en materia de acciones por derechos e intereses difusos o colectivos, que es la que conduce a la doctrina planteada, tienen un rango de desaplicación de mayor amplitud, producto de lo “universal” de la pretensión y de la naturaleza *erga omnes* de los fallos que en ellos se dictan; y por ello la desaplicación de la ley al caso, no resulta tan puntual como cuando en un juicio concreto se declara inaplicable una ley por inconstitucional, o se declara inconstitucional a una norma ligada a la situación litigiosa”. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002.

“perseguir y sancionar a una persona por un comportamiento que la Ley no asocia a una sanción para el momento del hecho, y, por argumento en contrario, tampoco puede desconocer y no aplicar (a menos que la estime inconstitucional y la desaplique en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad) una norma jurídica que sí está prevista en el ordenamiento jurídico.”

Por ello, conforme lo ha dicho la Sala, sólo el Poder legislativo como órgano al cual el Texto Constitucional “le otorga la potestad de crear leyes está legitimados para crear otras que las deroguen y tal atribución no radica en [...] ningún [...] ente del Poder Judicial, si no, ante todo, en la Asamblea Nacional.” Ello implica, como la propia Sala lo dijo, que “Ningún magistrado (...) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo’, ese funcionario tampoco puede desconocer delitos y penas que sí dispone la Ley.” Por ello, la conclusión de la propia Sala Constitucional, en el sentido de que “no sólo viola el principio de legalidad y, por ende, el debido proceso (artículo 49.6 constitucional) y la tutela judicial efectiva (artículo 26 *eiusdem*) reconocer la existencia de una norma que realmente no está prevista en el ordenamiento jurídico, sino también desconocer una norma jurídica que sí forma parte de él ...”¹⁶

Sin embargo, como se ha visto, en la sentencia comentada, al contrario de estas afirmaciones, la Sala Constitucional, mediante la construcción de una teoría de la interpretación jurídica hecha a la medida, pasó a “desconocer delitos y penas que sí dispone la ley,” y por vía de control difuso, pasó a “decretar a su voluntad penas contra otro individuo” ignorando que sólo la Asamblea Nacional tiene la “potestad de crear leyes” siendo la única “legitimada para crear otras que las deroguen,” no estando dicha atribución en órgano alguno del “Poder Judicial,” incluido la propia Sala Constitucional.

Con la decisión, comentada, en realidad, lo que efectivamente ocurrió -parafraseando el texto mismo de la decisión- fue que la Sala Constitucional asumió el rol de “legislador en materia penal” creando, al “revivir” normas derogadas, “tipos penales, no establecidos en el ordenamiento jurídico,” lo que pone en evidencia “un vicio de inconstitucionalidad, causado por una obvia usurpación de funciones de acuerdo con el artículo 138 de la Constitución.” Ello fue lo que hizo la Sala Constitucional ordenando inaplicar en forma general una norma aplicable y ordenando aplicar también en forma general una norma derogada.

La Sala, al tomar su decisión –y parafraseando de nuevo su decisión– en forma alguna puede decirse que haya desarrollado una “labor interpretativa del ordenamiento jurídico, en el marco del principio de conservación de los actos,” de manera que “con los elementos contenidos en la propia norma penal,” hubiera aclarado “el contenido y alcance de la misma en orden a garantizar que el Derecho esté al servicio de la convivencia, del desarrollo y del progreso humano.” Nada de eso ocurrió. La Sala no elaboró nada en relación con “el principio de conservación de los actos,” que no aplicó; ni “con los elementos contenidos en la propia norma penal,” realizó actividad alguna para aclarar “el contenido y alcance de la misma.” Pura y simplemente resolvió su inaplicación a pesar de que era más favorable, pero para ordenar aplicar una norma inexistente por derogada, es decir, creando una norma nueva más gravosa para los encausados, pues la derogada, como tal, había dejado de existir, y no podía ser “revivida.” En todo caso, con una usurpación de funciones legislativas como la producida por la sentencia comentada, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo simplemente le niega la potestad que tiene en legislador de penalizar conductas y a la vez de despenalizarlas. Parecería, de acuerdo con la sentencia, que una vez penalizada una conducta, el legislador en

¹⁶ Sentencia de N° 490/11 citada en esta sentencia comentada.

el futuro no tiene otro camino que no sea asegurar su perpetuidad, y si algún cambio normativo puede producir solo puede ser para agravar la penalización, pero nunca para despenalizar, olvidándose, por lo demás, del principio de la primacía de la libertad y de los derechos individuales sobre las actuaciones del Estado en nuestro sistema constitucional.

En otras palabras, la Constitución al otorgar al Legislador la potestad para determinar delitos y penas, no erige el *jus puniendi* como teniendo primacía sobre la libertad; sino al contrario, condiciona su ejercicio al principio de la libertad y primacía de los derechos humanos. La sala Constitucional, sin embargo, en su sentencia invirtió estos principios.

4. En cuarto lugar, con la sentencia de la Sala Constitucional que se comenta, se produjo una **abierto violación del principio constitucional del “*in dubio pro reo*”** que establece el artículo 24 del Texto Fundamental, y en el cual se impone al operador judicial el principio de que “cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo.”

En la sentencia comentada, al contrario, la Sala Constitucional, ante la duda que podía derivarse del cambio de redacción del artículo sobre apropiación y disposición de recursos en la Ley sobre actividades bancarias, no sólo ignoró el principio, sino que deliberadamente decidió en contra el mismo, al resolver, en el caso de duda, suspender la aplicación de la norma que beneficiaba al reo y poner en vigencia una norma derogada que lo perjudicaba más.

Y para ello, violando flagrante una garantía constitucional del debido proceso penal, la Sala Constitucional insólitamente invocó la protección de derechos fundamentales universales, apelando nada menos que al artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que buscaba asegurar la no impunidad en materia de genocidio o delitos de lesa humanidad, como si un delito en materia bancaria en un país determinado pudiese ser equiparado con esos delitos hacia los cuales, sin duda, fue que apuntó, apenas concluida la segunda guerra mundial, el referido Pacto Internacional; lo que hace aún más absurda la sentencia.

SENTENCIA TSJ-SPA-633-12-5-2011
EL ACCESO DEL ESTADO A ESPACIOS GRATUITOS
Y OBLIGATORIOS EN LOS MEDIOS DE RADIO Y TV.
Otro caso para Globovisión

Ricardo Antela Garrido
Profesor Derecho Constitucional
Universidad Metropolitana

Resumen: *Este breve ensayo comenta la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa N° 633 del 12 de mayo del 2011, mediante la cual se declaró SIN LUGAR el recurso de nulidad presentado por GLOBOVISIÓN, canal de corte noticioso e informativo, contra tres actos administrativos dictados por el Ministerio para la Comunicación y la Información, que quedaron firmes, a través de los cuales se ordenó a esa estación de TV transmitir los videos denominados "Todo se acaba" (caso RCTV), "Bandera nacional" "Viaducto, 5 versiones" y "Copa América de Barinas", todos de conformidad con el polémico artículo 10 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión (2004), el cual concede al Gobierno la potestad de difundir sus mensajes a través de los servicios de radio y TV, y ordenarle a las emisoras la transmisión gratuita de alocuciones oficiales o mensajes culturales, educativos, informativos o preventivos de servicio público. El Supremo Tribunal dibuja precedentes peligrosos para la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y para el pluralismo político e ideológico en Venezuela.*

Palabras clave: *Libertad de Expresión; Responsabilidad Social; Pluralismo; Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión; Tribunal Supremo de Justicia.*

Abstract: *This brief essay discusses the decision of the Political-Administrative Chamber of the Supreme Court of Justice, N° 633 (May 12, 2011), which dismissed the annulment-action brought by Globovisión, a news and information channel, against three acts enacted by the Ministry for Communication and Information ordering the TV station to broadcast the videos called "Everything has an end" (RCTV), "National Flag" "Viaduct, 5 versions" and "American Cup", all of which were enacted under the very controversial article 10 of the Social Responsibility on Radio and Television Act (2004), which gives the government the power to broadcast its messages through private radio and TV stations, and to order them to freely broadcast official speeches or cultural, educational, informative or preventive messages of public service. The Supreme Court established dangerous precedents for the enjoyment of human rights and for the political and ideological pluralism in Venezuela.*

Key words: *Freedom of Expression; Social Responsibility; Pluralism; Social Responsibility on Radio and Television Act; Supreme Court of Justice.*

El artículo 10 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión (2004), públicamente conocida con la denominación **Ley Resorte**, equivalente al artículo 10 de la Ley vigente (2011), establece:

Modalidades de Acceso del Estado a Espacios Gratuitos y Obligatorios

El Estado podrá difundir sus mensajes a través de los servicios de radio y televisión. A tales fines, podrá ordenarle a los prestadores de estos servicios la transmisión gratuita de:

1. Los mensajes previstos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. La orden de transmisión gratuita y obligatoria de mensajes o alocuciones oficiales podrá ser notificada válidamente, entre otras formas, mediante la sola difusión del mensaje o alocución a través de los servicios de radio o televisión administrados por el Ejecutivo Nacional.

2. Mensajes culturales, educativos, informativos o preventivos de servicio público, los cuales no excederán, en su totalidad, de setenta minutos semanales, ni de quince minutos diarios...

El órgano rector del Ejecutivo Nacional, con competencia en comunicación e información, estará a cargo de la administración de estos espacios, determinando los horarios y la temporalidad de los mismos, así como cualquier otra característica de tales emisiones o transmisiones. No está permitida la utilización de estos espacios para la difusión de publicidad o propagandas de los órganos y entes del Estado.

Los prestadores de servicios de radio o televisión y difusión por suscripción no podrán interferir, en forma alguna, los mensajes y alocuciones del Estado que difundan de conformidad con este artículo, y deberán conservar la misma calidad y aspecto de la imagen y sonido que posea la señal o formato original...

Buena parte de la doctrina ha sido crítica con esta disposición legal. Así, por ejemplo, Aguiar acusa que dicho artículo 10 hace parte, junto a otros, del propósito fijado por la Ley de provocar una cooptación progresiva y activa de los contenidos transmitidos por la radio y la televisión, a objeto de que tales contenidos puedan ser útiles a la fragua y desarrollo de la personalidad humana, cuya tutela encomendó la Constitución al Estado.¹

Asimismo, para Escudero y Núñez, el cuestionado artículo 10 se constituye en una nueva carga para los operadores que al sumarse a la ya existente con ocasión de la transmisión de las “cadenas” [mensajes o alocuciones oficiales], por su excesiva duración se constituye en una especie de confiscación de espacios de expresión. Además, se carece de regulación precisa sobre la ejecución de la norma y se permite al Estado que determine algunos contenidos transmitidos a través de medios privados, aunque no se compadezcan con los estándares de calidad o de especialización del medio.²

La sentencia *in commento* sirvió de ocasión para que el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa fijara opinión en torno al alcance de la referida disposición legal y emitiera otros juicios relacionados con la libertad económica y la libertad de expresión.

¹ Aguiar, Asdrúbal. “Hacia el dominio estatal de la personalidad humana: Análisis crítico de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión o Ley de Contenidos de Venezuela”. *Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión*, pp. 9-50. Colección Textos Legislativos N° 35. 1ª edición. Caracas 2005: EJV, p. 43.

² Escudero L., Margarita y Núñez M., Ana C. “Comentarios críticos a la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión o Ley de Contenidos de Venezuela”. *Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión*, pp. 109-123. Colección Textos Legislativos N° 35. 1ª edición, Caracas 2005, EJV. p. 116.

I. PLANTEAMIENTO DEL CASO

El caso fue impulsado por las apoderadas judiciales de Globovisión, canal exclusivamente de corte noticioso e informativo, que ha sido calificado por el Presidente de la República y sus principales seguidores como un “*medio opositor, fascista, golpista y terrorista*”, y que quedó en la mira gubernamental luego de la clausura de Radio Caracas Televisión [RCTV] ya que, al decir de Santana, “*es el único medio televisivo que mantiene su línea crítica de denuncia*”, desagradable al sector oficial porque muchas veces evidencia que el discurso y la gestión presidencial no se corresponden con la realidad de una buena parte de los venezolanos.³

El asunto es que, en mayo del 2007 y con base al citado artículo 10 de la Ley Resorte, la Viceministra de Gestión Comunicacional del Ministerio para la Comunicación y la Información notificó a Globovisión de un acto administrativo por el cual se le ordenaba la transmisión por diez días de un material audiovisual denominado “*Todo se acaba*”, relativo a la situación jurídica de la estación Radio Caracas Televisión [RCTV], según la versión gubernamental, cuya concesión vencía ese mes y el Gobierno se negó a renovar por razones políticas. Contra dicho acto, Globovisión ejerció recurso administrativo y solicitó la suspensión de la transmisión del mensaje televisivo, a la postre confirmado por la Administración.

Un mes después, otro Viceministro, el de Estrategia Comunicacional, notificó a Globovisión del acto mediante el cual le ordenaba la transmisión por diez días de un material audiovisual denominado “*Bandera Nacional*”, por el cual el Gobierno llamaba a no quemar la bandera nacional ni exhibirla al revés en las protestas políticas de la época. El mismo mes, otra vez la Viceministra de Gestión Comunicacional notificó a Globovisión de otro acto, que ordenaba la transmisión por 12 días de los materiales audiovisuales denominados “*Viaducto*”, en los que se manifestaba que la construcción del viaducto Caracas-La Guaira “*es un logro más de nuestro Presidente para toda Venezuela*”; y por 20 días del material “*Copa América*”, relativos al evento deportivo o de fútbol denominado Copa América, que en el año 2007 se celebró en Venezuela.

En criterio de las apoderadas de Globovisión, los mensajes que se ordenaron transmitir no eran culturales, educativos, informativos o preventivos de servicio público, como lo exige el artículo 10 de la Ley Resorte, sino que se constituían en propaganda oficial, mediante el uso de los espacios gratuitos que la ley otorga al Estado. Denunciaron, además, que es criterio reiterado de la Administración ordenar la transmisión en forma gratuita de mensajes que no llenan los requisitos de la Ley, y a modo de ejemplo indicaron los siguientes actos:

- Oficio VMGC/569 del 15 de marzo del 2006 ordenó la transmisión de la propaganda sobre el plan social “*Misión Guaicaipuro*”, referida a la reivindicación de los derechos de los indígenas y la cual contiene la siguiente frase: “*las misiones mejoran tu calidad de vida-rumbo al socialismo*”.

- Oficio VMGC/621 del 15 de marzo del 2006 ordenó la transmisión de una propaganda patrocinada por el Ministerio de Educación Superior en la que se afirma lo siguiente “*los jubilados están recibiendo la reivindicación de sus derechos, el pago de sus prestaciones sociales jamás honrados por gobiernos anteriores...*”.

³ Santana, Milagros. “Globovisión: Una piedra en la bota”. *Informe 2007 Venezuela: Situación del derecho a la libertad de expresión e información* [Coord.: Carlos Correa]. pp. 39-43. Caracas 2008: Fundación Konrad Adenauer/Espacio Público. p. 39.

- Oficio VMGC/1361 del 31 de marzo del 2006 ordenó la transmisión de la cuña denominada “*Empresas mixtas del Ministerio de Energía y Minas*”, en la cual se hace referencia a la “*adversa apertura petrolera implantada en la década de los noventa*”.
- Oficio VMGC/4288 del 18 de agosto del 2006 ordenó la transmisión de una propaganda en la que se afirma “El **Gobierno Bolivariano** reactiva el pulso de los corazones de nuestros niños con el Hospital Cardiológico Infantil de Latinoamérica”.
- Oficio VMGC/2092 del 04 de mayo del 2007 ordenó la transmisión de propaganda sobre la Cruz Roja Venezolana que contiene la frase “**Gobierno Bolivariano**”.
- Oficio VMGC/2761 del 05 de junio del 2007 ordenó la transmisión de las cuñas “*Consejos Comunales*”, “*MINTUR-Turismo Social Internacional*” y “*MINTUR-Registro Turístico Nacional*” en las que aparece el lema “**Rumbo al Socialismo Bolivariano**” así como la **estrella roja que identifica al partido de gobierno, el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV)**.

II. COMPETENCIA PARA ORDENAR LA DIFUSIÓN DE LOS MENSAJES

Según las apoderadas de Globovisión, no le corresponde al Viceministro de Estrategia Comunicacional ni a la Viceministra de Gestión Comunicacional, sino al Viceministro de Medios e Información, por órgano de la Dirección General de Gestión Administrativa del Ministerio para la Comunicación y la Información, la ejecución de las políticas del Ejecutivo Nacional en materia de comunicación e información, lo cual comprende, entre otras cosas, la calificación, organización e instrucción de los mensajes a ser transmitidos por los operadores de radio y TV en ejecución del artículo 10 Ley Resorte.

A este respecto, la Sala Político-Administrativa ratificó un precedente según el cual:

... la incompetencia se configura cuando una autoridad administrativa determinada dicta un acto para el cual no estaba legalmente autorizada (entre otras sentencias números 00905 del 18 de junio de 2003 y 00539 del 01 de junio de 2004). (...)

La jurisprudencia reiterada de esta Sala ha distinguido dentro de la incompetencia, tres tipos de anomalías, denominadas a) usurpación de autoridad, b) usurpación de funciones y c) extralimitación de funciones.

*Así se ha indicado que la **usurpación de autoridad** ocurre cuando un acto es dictado por quien carece de investidura pública, la **usurpación de funciones** se produce cuando una autoridad legítima dicta un acto invadiendo la esfera de competencias de un órgano perteneciente a otra rama del Poder Público, violentando con ello las disposiciones constitucionales que consagran el principio de separación de poderes y que sólo la Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público debiendo a ellos sujetarse las actividades que realicen, adicionando el **principio de la colaboración entre los poderes** (artículos 136 y 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), y la **extralimitación de funciones** que consiste en la realización por parte de la autoridad administrativa de un acto para el cual no tiene competencia expresa (Sentencias números 00539, 02128, 01211 y 00534 de fechas 01 de junio de 2004, 21 de abril de 2005, 11 de mayo de 2006 y 12 de abril de 2007, respectivamente). Conforme a lo dispuesto en el ordinal 4° del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sólo la incompetencia manifiesta vicia de nulidad absoluta el acto, mientras que si la incompetencia no es manifiesta, la nulidad será relativa (artículo 20 eiusdem).*

Al respecto, esta Sala ha establecido que la incompetencia es manifiesta, grosera, patente, cuando sin particulares esfuerzos interpretativos se comprueba que otro órgano es el realmente competente (Sentencia N° 270, de fecha 19 de octubre de 1989, reiterada entre otras, en decisión N° 00122 del 30 de enero de 2008) (...)” (Resaltado del fallo) (sentencia N° 0772 del 02 de julio de 2008). [Subrayado añadido]

La Sala consideró que todos los actos impugnados estaban referidos a las órdenes de transmisión de mensajes audiovisuales emitidas por “*autoridades del Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información*”, conforme al artículo 10 Ley Resorte. A continuación, invocó los artículos 27; 62 y 82 y 83 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (2001), de conformidad con las cuales,

... cuando una disposición legal o administrativa otorgue una competencia a un órgano o ente de la Administración Pública sin determinar la unidad administrativa competente, se entenderá que su ejercicio corresponde a la unidad administrativa con competencia por razón de la materia y el territorio, del segundo nivel jerárquico del respectivo órgano o ente.

Asimismo se establece que los viceministros o viceministras serán los órganos inmediatos del ministro o ministra de que se trate y que éstos tendrán a su cargo las atribuciones que les otorguen la Ley Orgánica de la Administración Pública, el reglamento orgánico del ministerio de que se trate, así como el conocimiento y la decisión de los asuntos que les delegue el ministro o ministra.

Añadió la Sala Político-Administrativa que el Reglamento Orgánico del Ministerio de Comunicación e Información (2003), además de establecer la estructura orgánica y funcional del Ministerio de Comunicación e Información, precisa la distribución de competencias de las dependencias que lo integran. En este sentido, dicho Reglamento establece que el Ministerio estaba integrado en aquel entonces por el Despacho del Ministro, el Despacho del Viceministro de Medios e Información y el Despacho del Viceministro de Gestión Comunicacional.

Como puede observarse, el Reglamento Orgánico no contemplaba dentro de la estructura ministerial al Viceministro de Estrategia Comunicacional, autor de uno de los actos impugnados, y así lo reconoce inmediatamente la Sala, pero señala respecto de ello:

Observa la Sala que ciertamente no figura dentro de la estructura organizativa del citado Ministerio el Viceministerio de Estrategia Comunicacional, lo cual obedece a que dicho reglamento data del año 2003 y esa dependencia fue creada posteriormente, lo cual no vicia los actos porque no podían ser emitidos por una autoridad inexistente en ese entonces. [Subrayado añadido]

Es decir, la Sala reconoce explícitamente que el despacho del Viceministro de Estrategia Comunicacional no figura en el Reglamento Orgánico dentro de la estructura organizativa del Ministerio de Comunicación, pero ello obedece, escribe la Sala, a que “*dicho reglamento data del año 2003 y esa dependencia fue creada posteriormente*”. La pregunta que surge es, si el Reglamento aplicable *ratione temporis* no lo contempla, ¿cómo fue creado posteriormente el despacho en cuestión? ¿Cómo pudo crearse un despacho con rango de Viceministro sin reformar el correspondiente reglamento orgánico? ¿Cuáles son las competencias de ese despacho si no aparece creado o regulado en el Reglamento Orgánico? Nada explicó la Sala respecto de este vacío jurídico.

Evidentemente, si el despacho del Viceministro de Estrategia Comunicacional no figura en el Reglamento Orgánico del Ministerio de Comunicación, carecía de existencia jurídica y en consecuencia, carecía totalmente de competencias, lo que era razón suficiente para declarar la incompetencia manifiesta y anular el acto emanado de ese despacho. No obstante, sorpresivamente la Sala concluye que la circunstancia de que ese despacho no tenga existencia jurídica “*no vicia los actos porque no podían ser emitidos por una autoridad inexistente en ese entonces*”. Desde luego, ni los actos impugnados, ni cualquier otro, *debían* ser expedidos por una autoridad inexistente, pero si *podían* ser expedidos y de hecho lo fueron, y por eso mismo es que están viciados de incompetencia manifiesta. Al menos en este asunto, el fallo es incuestionablemente contradictorio.

Seguidamente, la Sala señala que conforme al Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional (2007), en concordancia con el artículo 10 Ley Resorte, le corresponde al Ministerio para la Comunicación e Información, formular, dirigir, planificar, ejecutar, coordinar, supervisar y evaluar las políticas de comunicación, información y publicidad del Estado y de la Administración Pública Nacional, así como realizar el Plan Estratégico Comunicacional del Ejecutivo. Y en el caso concreto, los actos fueron dictados por el Ministro de Comunicación e Información, por el Viceministro de Estrategia Comunicacional y por la Viceministra de Gestión Comunicacional del referido Ministerio.

El primero de los actos impugnados decidió el recurso administrativo presentado contra el acto administrativo dictado por la Viceministra de Gestión Comunicacional. A juicio de la Sala Político-Administrativa,

Esta actividad administrativa, propia de ese funcionario, evidencia que en todo caso, quedó convalidada la presunta incompetencia „alegada por la recurrente, porque además de no ser una incompetencia manifiesta el Ministro del Poder Popular para la Comunicación y la Información reforzó el acto impugnado, dándole plena validez. En efecto, la ratificación del principal de los actos emitidos por el subalterno tiene validez en todo proceso, como ocurre en derecho procesal con el poderdante respecto de su apoderado en actuaciones para las que no estuviere expresamente autorizado. [Subrayado añadido]

Con respecto al resto de los actos recurridos, dictados por los Viceministros de Estrategia Comunicacional y de Gestión Comunicacional, la Sala Político-Administrativa repitió que sólo la incompetencia manifiesta vicia de nulidad absoluta el acto, es decir, aquélla que es “*grosera, patente, cuando sin particulares esfuerzos interpretativos se comprueba que otro órgano es el realmente competente*” (Sentencia N° 0772/2008). Y en ese sentido, precisa la Sala, los Viceministros son el segundo nivel jerárquico del Ministerio y actúan en nombre del Ejecutivo Nacional, como órgano rector en materia de comunicación e información, es decir, “*proceden conforme a las órdenes e instrucciones que les comunica el Ministro del Poder Popular para la Comunicación y la Información*”.

Ello así, concluye la Sala,

... a los Viceministros de Estrategia Comunicacional y de Gestión Comunicacional les correspondía ejercer las atribuciones establecidas en la Ley Orgánica de Administración Pública, conocer y decidir los asuntos que les delegara el Ministro, así como cumplir las órdenes e instrucciones que éste les comunicara con relación a las políticas públicas en materia de comunicación e información del Estado y de la Administración Pública Nacional. En este sentido bien podían los citados despachos ordenar –en nombre del Ministro del ramo– la transmisión de los mensajes audiovisuales especificados en los actos impugnados... [Subrayado añadido]

Este razonamiento de la Sala Político-Administrativa conduce a concluir que si bien los reglamentos orgánicos tienen por finalidad, según la propia Sala, *precisar la distribución de competencias de las dependencias que integran el respectivo Ministerio*, en definitiva esa distribución reglamentaria es irrelevante pues, al decir del Tribunal, a todos los Viceministros les corresponde conocer y decidir los asuntos que les delegue el Ministro, así como cumplir las órdenes e instrucciones que éste les comunique, por lo tanto, *cualquiera de los viceministros podría actuar en cualquier ámbito, si así lo instruye el correspondiente Ministro*.

Más incomprensible aún es que la Sala Político-Administrativa insista en ratificar la competencia del jurídicamente “*inexistente*” Viceministro de Estrategia Comunicacional, que al no estar previsto en el Reglamento Orgánico del Ministerio, su única competencia sería hacer lo que el Ministro le delegue o cumplir las órdenes e instrucciones que éste le comunique.

III. VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Las apoderadas de Globovisión igualmente denunciaron violación de la libertad de expresión [Artículo 57 de la Constitución], y arguyeron que ésta envuelve el derecho no sólo de comunicar un mensaje o idea sino que también implica el derecho a recibirla; que Globovisión se ve obligada a restar minutos de su programación informativa y de opinión para transmitir los mensajes ordenados por el Gobierno; que la colectividad se ve privada de recibir la información y opinión que transmitiría el citado canal, de no ser por esos mensajes; y que el pueblo venezolano tiene derecho a comunicar mensajes, ideas y opiniones y a recibirlos, derecho que se violentaría si la estación se ve en la obligación de reducir el contenido de su programación a los fines de facilitar la transmisión ilegal e inconstitucional de propagandas del gobierno en forma gratuita.

1. Al respecto, la Sala Político-Administrativa ratificó su precedente previo según el cual:

... 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° 01212 del 25 de noviembre de 2010) (Resaltado de la decisión). [Subrayado añadido]

Del fallo transcrito deriva la Sala Político-Administrativa que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, pues está sujeto a las limitaciones que establezcan la Constitución y las leyes, y “una de las limitaciones a la libertad de expresión previstas en la ley es la contemplada en el artículo 10 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión”. En consecuencia, concluye la Sala, los actos que como los impugnados, ordenen la transmisión gratuita de mensajes, conforme al citado artículo 10, no constituyen una vulneración a la libertad de expresión sino una de las limitaciones que a dicho derecho le impone la referida ley.

La principal crítica que merece este razonamiento de la Sala Político-Administrativa es que parte de una premisa cierta, pero elemental, para alcanzar una conclusión incorrecta. Ciertamente, la doctrina es pacífica en admitir que “[l]os derechos son por definición limitados y, normalmente, limitables” ya que su inserción en un orden jurídico implica que se someten a las exigencias de la convivencia de los derechos entre sí y a las necesidades de la totalidad en que se mueven⁴. Esto aplica incluso para el principal de los derechos, el derecho a la vida, toda vez que la mayoría de las naciones civilizadas admiten que se restrinja el dere-

⁴ Casal, Jesús M. “Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales”. *Los derechos humanos y su protección: Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. pp. 57-80. Caracas 2006: UCAB. p. 60.

cho a la vida de una persona, en cuanto sea necesario e indispensable para proteger la vida de otra persona [la legítima defensa como eximente de responsabilidad penal]. En el caso que nos ocupa:

... es sostenible que la libertad de expresión digiere y desarrolla en el establecimiento de tales conceptos sobre la información "oportuna, veraz e imparcial" la ratio misma de lo que hemos aventurado denominar "principio de armonización" en el análisis que efectuáramos a propósito de la normativa internacional; vale decir, un mecanismo por virtud del cual el ejercicio de la libertad de expresión y difusión de información, expresamente excluido de censura previa, se "armoniza" en su ejercicio con otros derechos de igual rango –como el de la integridad moral pública y la presunción de inocencia, entre otros– en base a parámetros constitucionalmente vinculantes, fuera de los cuales nace para el agravante el deber de asumir la responsabilidad personal a la que también por constitución se halla sujeto (Art. 57 C.R.B.V.), junto con el derecho del agraviado a restablecer su integridad moral pública a través de la réplica o la rectificación.⁵ [Subrayado añadido]

Ahora bien, la Sala Político-Administrativa aparentemente asume, y equivocadamente, que por no ser la libertad de expresión un derecho absoluto, la ley puede limitarlo o restringirlo sin condicionantes. Lo que equivale a decir que por no ser un derecho absoluto, también el Poder Legislativo podría restringir sin condiciones el derecho a la vida o el derecho a la libertad personal. La Sala Político-Administrativa ignoró deliberadamente que, si bien el Parlamento puede restringir mediante ley un derecho fundamental, "el constitucionalismo y el Derecho internacional de los derechos humanos han articulado técnicas orientadas a evitar los posibles abusos del poder público en la fijación de límites o restricciones a los derechos fundamentales"⁶, y en razón de ello, "la injerencia del poder público en los derechos fundamentales ha de llenar determinados requisitos de los que depende su licitud"⁷, tales como: la licitud del fin perseguido [que la restricción sea justificada] y la proporcionalidad o razonabilidad de la restricción.

Por lo tanto, si la restricción del derecho fundamental es injustificada y/o irrazonable, sería incompatible con la Constitución y estaría sujeta a nulidad. Y así lo estableció el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional en la sentencia N° 379 del 07 de marzo del 2007:

... se debe destacar que no sólo la norma infraconstitucional debe adecuar su contenido al texto expreso de la norma constitucional, sino a la intención o el valor de justicia contenido en los principios constitucionales y, en los prenombrados valores constitucionales, y que le dan valor y respeto del Estado de Derecho, razón por la cual, debe establecerse con rotundidad que toda actividad del Estado debe ceñirse a un examen de razonabilidad y proporcionalidad para determinar su adecuación al Texto Constitucional...

En este escenario, interesa destacar lo expuesto por WEAVER quien en su tratado de derecho constitucional dispone: "(...) La validez de toda regulación debe depender de si, bajo las circunstancias existentes, la regulación es razonable o arbitraria, y si está verdaderamente dirigida a cumplir un propósito público lícito. Por razonabilidad se entiende que la regulación debe ser necesaria y adecuada para el cumplimiento de un objeto dentro de la órbita del poder de policía. No debe ser opresiva. Debe estar sancionada de buena fe para la promoción del interés público y no para la hostilidad o sometimiento de una clase o raza determinada.

⁵ Colmenares O. Ricardo. *La libertad de expresión y las investigaciones penales en Venezuela*. Caracas 2001: TSJ/IIDH. p. 19.

⁶ Casal, Jesús M. *Ob. Cit.* p. 60.

⁷ *Idem.* p. 64.

No puede interferir arbitrariamente con el goce de los derechos personales o de propiedad garantizados por la Constitución (...). Los tribunales invalidarán toda regulación o ley que sea irrazonable o ilegal". (Vid. WEAVER, S. "Constitutional Law and its Administration", citado por LINARES QUINTANA; Segundo; Tratado de Interpretación Constitucional, Edit. Abeledo Perrot, 1998, p. 566).⁸

La Sala Constitucional añadió que "la racionalidad [o razonabilidad] debe ser entendida en un sentido garantista y no restrictiva de los derechos constitucionales", por lo tanto,

Esta debe atender o adecuarse al fin o intención que ha querido desarrollar el constituyente o el legislador con la promulgación y aplicación de la norma en cuestión, con la finalidad de dotarla de un valor de utilidad y relevancia jurídica, por lo que debe ajustarse en consecuencia a un examen de verificabilidad o proporcionalidad entre el comportamiento deseado por el Estado y la finalidad perseguida.

La razonabilidad y proporcionalidad de las normas son equitativamente comparativas o asimiladas al valor de justicia que debe conllevar la misma, el equilibrio axiológico interno del Derecho con el efecto externo de su actuación y represión por su incumplimiento o como lo expresa correctamente LINARES JUAN, es el "(...) entretuerto de la perinorma y la sanción de ella". (Cfr. LINARES, Juan; Razonabilidad de las Leyes, Editorial Astrea, 1970, p. 118-123). En consecuencia, se resalta que dicho principio [la razonabilidad] no constituye un canon de constitucionalidad autónomo, sino un criterio de interpretación que permite enjuiciar posibles vulneraciones de normas constitucionales concretas y, en especial, de derechos fundamentales, por lo que, se ha venido reconociendo que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implique un sacrificio excesivo o innecesario de los derechos que la Constitución garantiza.

Tal principio no se circunscribe a un análisis subjetivo de la norma sino que responde a unos criterios de análisis (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) que obedecen de una manera intuitiva al resguardo de los derechos constitucionales en su justa medida y proporción al valor de justicia que debe conllevar toda norma de derecho, en este sentido interesa destacar lo expuesto BERNAL PULIDO, quien reseñando la labor jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal Constitucional Español expresó:

"En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamental es debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera:

*Según el principio de **idoneidad**, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. De acuerdo con el subprincipio de **necesidad**, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisiten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. En fin, conforme al principio de **proporcionalidad** en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental debe compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad". (Vid. BERNAL PULIDO, Carlos; "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales", CEPC, 2005, p. 37 y 38).⁹ [Subrayado y negrilla añadidos]*

⁸ Disponible en: http://estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/106.htm.

⁹ *Idem.*

De manera similar, aunque menos contundente, lo ratificó la misma Sala Constitucional en la sentencia N° 2152 del 14 de noviembre del 2007, posteriormente confirmado en la reciente sentencia N° 188 del 04 de marzo del 2011:

*... toda actividad administrativa del Estado, conlleva a que su ejercicio se enmarque en lo que la doctrina denomina el **principio de interdicción de la arbitrariedad del Poder Público**, cuya vigencia no sólo entraña la sumisión del Estado, al principio de legalidad y competencia, sino que para el caso de actuaciones discrecionales, resulta menester observar el principio de razonabilidad, que comprende la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad, de acuerdo a los cuales, la eventual actuación de un órgano o ente del Estado, debe resultar apta para los fines perseguidos, requerida ante una situación de hecho determinada y finalmente, adecuada a las circunstancias en concreto, pues de lo contrario se plantearía una medida injustificada...¹⁰ [Subrayado y negrilla añadidos]*

El caso es que, para la Sala Político-Administrativa, basta con que la ley limite un derecho para que la restricción del derecho fundamental sea válida. Con lo cual se ignoró que, si bien la ley puede restringir cualquier derecho fundamental, y no sólo el de libertad de expresión, para que la restricción sea válida debe ajustarse al principio o test de razonabilidad, acertadamente descrito por la Sala Constitucional en la referida sentencia N° 379 del 07 de marzo del 2007. En otras palabras, la Sala Político-Administrativa ha debido verificar que la restricción contenida en el artículo 10 Ley Resorte, o que la aplicación que de ella hace el Ministerio para la Comunicación e Información, persigue una finalidad justificada, que en el caso de la libertad de expresión y según los tratados internacionales, debe dirigirse a la protección de los derechos y la reputación de otros, o a la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas; y además ser idónea, proporcionada y compatible con el Estado Democrático.

2. Por otra parte, la Sala Político-Administrativa argumentó que el artículo 10 Ley Resorte limita los mensajes gratuitos a 70 minutos semanales de duración, y 15 diarios, lo cual tiene por finalidad, por un lado, “evitar que la obligación impuesta a los prestadores de los servicios de radio y televisión se convierta en una pesada carga que termine impidiéndole a éstos ejercer su derecho a la libertad de expresión”, y por el otro, “garantizar espacios breves pero suficientes para transmitir los mensajes informativos que el Estado requiera difundir”. En criterio de la Sala, la duración de los mensajes gratuitos no impide la explotación de la concesión pues Globovisión, según el Tribunal, dispone de 24 horas de transmisión, los 365 días del año, del uso que hace del espectro radioeléctrico, que es un bien del dominio público de la República Bolivariana de Venezuela. Por razón de ello, concluye la Sala, *ni los actos impugnados ni las órdenes de transmisión de mensajes gratuitos basadas en el citado artículo 10 impiden que Globovisión [o cualquier estación de radio o TV] pueda seguir ejerciendo su derecho a la libertad de expresión, excluyendo esos 70 minutos semanales o 15 diarios de mensajes gratuitos.*

3. Por otra parte, y en cuanto al argumento de la accionante, relativo a que se está privando a la colectividad de recibir la información y opinión que transmite Globovisión, la Sala Político-Administrativa señaló que la transmisión de mensajes gratuitos conforme al artículo 10 Ley Resorte no impiden a la sociedad venezolana recibir informaciones y opiniones a través de Globovisión [exclusión hecha de los mencionados 70 minutos semanales y 15 diarios] o a través de otros medios de comunicación social, y basada en un precedente del 23 de

¹⁰ Extracto de la sentencia TSJ-SC-188-04032011. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/188-4311-2011-10-1059.html>.

mayo del 2007 [sentencia N° 763], concluyó que *la transmisión de los mensajes gratuitos no imposibilitan que la colectividad pueda recibir ideas, opiniones, informaciones, contenidos de entretenimiento, publicidad y propaganda, habida cuenta de la existencia de muchos otros canales televisivos y medios de comunicación social de propiedad privada, a través de los cuales se transmiten tales contenidos, dentro del contexto de un Estado democrático y social de derecho y de justicia.*

El postulado anterior está en línea con lo que aparentemente es un razonamiento consistente de la Sala Político-Administrativa, según el cual, las restricciones de los derechos fundamentales son válidas mientras no sean totales o supriman la totalidad del derecho o derechos. Por esta vía, se ha llegado a sostener que la clausura de RCTV o de 32 estaciones de radio, independientemente de su justificación, no viola la libertad de expresión habida cuenta de la existencia de otros medios de comunicación social de propiedad privada, a través de los cuales se siguen transmitiendo contenidos. De lo cual puede colegirse que, según la Sala Político-Administrativa, habrá restricción ilegítima de la libertad de expresión sólo cuando sean clausurados *todos* los medios independientes, y no solamente una porción de ellos; o cuando se impida *totalmente* la difusión de contenidos a través de medios independientes.

O como lo argumentó recientemente Jesús E. Cabrera Romero, ex magistrado de la Sala Constitucional y uno de los peritos propuestos por el representante del Estado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el célebre caso *Leopoldo López*: la inhabilitación política impuesta al ex Alcalde de Chacao no configuraría una restricción a sus derechos políticos ya que, según el testimonio del ex magistrado, sólo se le impide temporalmente postularse a cargos que manejen fondos públicos, pero no se le impide votar o postularse a otros cargos públicos, incluso de elección popular. En otras palabras, para Cabrera, habrá restricción ilegítima de los derechos políticos sólo cuando se prive al ciudadano de *todos* sus atributos, es decir, cuando se le impida absolutamente elegir y ser elegido a cualquier tipo de cargo.

4. Finalmente, señaló la Sala Político-Administrativa, que:

... los mensajes gratuitos fundamentados en la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, aplicable racione temporis, que se han transmitido, por tratarse de mensajes culturales, educativos, informativos o preventivos de servicio público, interesan a la colectividad tanto como aquéllos que puede ofrecer en su programación la accionante, de modo que la falta de divulgación de esos mensajes gratuitos sí implicaría violación del derecho de la colectividad a estar informada de los asuntos importantes y logros alcanzados por el Estado (en este caso el Poder Ejecutivo de la República Bolivariana de Venezuela), que en definitiva, son los logros de todos los ciudadanos, siendo dicha divulgación además necesaria para el ejercicio de la contraloría social, a través de la cual el pueblo y los propios medios de comunicación pueden hacer seguimiento a las actividades del gobierno.

De este razonamiento sorprende, primero, que la Sala Político-Administrativa se aventura a calificar los mensajes transmitidos como “*mensajes culturales, educativos, informativos o preventivos de servicio público*”, lo que supuestamente sería objeto de análisis en un capítulo posterior, y ya se verá lo que allí concluyó la Sala. Y en segundo término, más grave aún, la Sala se atreve, no sólo a calificar la *importancia* de los mensajes estatales transmitidos gratuitamente, sino que incluso los compara y los equipara con los mensajes difundidos a través de los medios independientes, además, sin explicar los criterios valorativos que la llevaron a semejante conclusión. En otras palabras, la Sala Político-Administrativa asumió y ejerció la cuestionable función de juzgar, no la *legalidad* o *constitucionalidad* de los mensajes difundidos por los medios, sino incluso su *conveniencia* e *importancia*.

Además de impertinente, la Sala Político-Administrativa asumió, y con ello confirmó irremediamente su parcialidad ideológica a favor del Gobierno, que “*los logros alcanzados por el Estado*” (y más concretamente por el *Poder Ejecutivo*), en definitiva son “*los logros de todos los ciudadanos*”, de este modo, la Sala se sustituyó en la voluntad del pueblo como colectivo, y en la de todo ciudadano venezolano como individualidad, para evaluar con libertad si lo que ese Tribunal denomina “*logros*” del Gobierno son o no, buenos o favorables para los ciudadanos.

Cabe preguntarse, ¿quiso decir la Sala Político-Administrativa que la clausura definitiva del canal Radio Caracas Televisión es un logro alcanzado por el Estado, y como tal, un logro de todos los ciudadanos? ¿No corresponde al pueblo y a los ciudadanos evaluar y decidir si esa decisión administrativa fue un logro o fue un error? ¿Cómo puede la Sala Político-Administrativa juzgar imparcialmente el caso RCTV, después de semejante juicio de valor?

Desde el punto de vista político, el razonamiento de la Sala Político-Administrativa es la expresión jurídica de los lemas que han identificado al gobierno del Presidente Chávez, tales como, “*Chávez es el Pueblo*”, o “*Con Chávez manda el Pueblo*”. Si con Chávez manda el pueblo, debe presumirse que las decisiones de Chávez son las decisiones del pueblo, o se entienden tomadas por el pueblo; y por vía de consecuencia, las decisiones del pueblo, a través de Chávez, son buenas para el pueblo. De este modo, Chávez como Jefe del Estado es el mejor, o el único, intérprete del pueblo y de lo que más conviene al pueblo. Y esto explicaría, por ejemplo, la ociosidad de que Chávez consulte a los empresarios o a los sindicatos sobre los incrementos salariales, pues debe presumirse que sus decretos presidenciales son, por definición, *logros alcanzados por el Estado* y como tales, *logros de todos los ciudadanos*. Así lo explicaría la Sala Político-Administrativa.

IV. VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD ECONÓMICA

La accionante arguyó que Globovisión está dejando de percibir una remuneración por la transmisión de mensajes gubernamentales que la ley no autoriza a transmitir gratuitamente; y que con esta conducta ilegal, “*el Estado Venezolano se enriquece ilícitamente al dejar de pagar a Globovisión la remuneración debida por la transmisión de propaganda oficial y hacer uso abusivo de una facultad establecida en la Ley Resorte*”.

La Sala Político-Administrativa en este asunto reprodujo un razonamiento equivalente al comentado en el capítulo anterior, al señalar que las órdenes de transmisión de mensajes impugnadas fueron dictadas con fundamento en el artículo 10 Ley Resorte, “*por lo que en todo caso constituyen una limitación prevista en la ley, por lo que mal podrían considerarse violatorios de la libertad económica*”. Damos aquí por reproducidos lo señalado en el numeral 1 del capítulo anterior.

A pesar de lo señalado, la Sala Político-Administrativa parece contradecirse pues, así como escribió lo anterior, también citó y ratificó su precedente en torno a la definición y alcance de la libertad económica, contenido en la sentencia N° 0619 del 13 de mayo del 2009, según el cual, no toda medida que incida en la libertad de empresa es, por definición, contraria a este derecho, para ello, a menos que la restricción se proponga “*obstaculizar el ejercicio de tal derecho o dé lugar a rémoras que no guarden relación alguna con el fin constitucionalmente perseguido*”. Así se lee en el citado precedente:

... el derecho a la libertad económica previsto en el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, constituye una manifestación específica de la libertad general de los ciudadanos, proyectada en su ámbito o aspecto económico, y consiste en la posibilidad legítima de emprender y mantener en libertad la actividad empresarial, esto es, de entrar, permanecer y retirarse del mercado de su preferencia

Conforme se aprecia de la citada disposición, el Texto Constitucional no sólo consagra el derecho de los particulares a dedicarse a la actividad económica de su predilección, sino que garantiza que ese derecho podrá ser restringido únicamente por otras disposiciones de la misma Constitución o de la Ley; de manera que el derecho económico in commento no se encuentra establecido en forma absoluta e ilimitada en su contenido o en la posibilidad de su disfrute, sino que, por el contrario, está expresamente condicionado por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección al ambiente o interés social, en los términos que se establezcan en la propia Constitución o en las leyes.

Lo que interesa destacar con esto es que los órganos del Poder Público están habilitados, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, para regular el ejercicio de la libertad económica, con el fin primordial y último de alcanzar determinados propósitos de “interés social”. De esa manera, y así lo ha expresado este Máximo Tribunal en reiteradas oportunidades, el reconocimiento del derecho en referencia debe concertarse con otras normas elementales que justifican la intervención del Estado en la economía, por cuanto la Constitución de nuestro país reconoce el carácter mixto de la economía venezolana, esto es, la existencia de un sistema socioeconómico intermedio entre la economía de libre mercado (en la que el Estado funge como simple programador de aquélla, dependiendo ésta de la oferta y la demanda de bienes y servicios) y la economía interventora (en la que el Estado interviene activamente como una suerte de “empresario superior”).

En armonía con lo anterior, debe destacarse que no toda medida que incida en la libertad de empresa es, per se, contraria al derecho en referencia, salvo que persiga -por un mero voluntarismo- obstaculizar el ejercicio de tal derecho o dé lugar a rémoras que no guarden relación alguna con el fin constitucionalmente perseguido... [Subrayado y negrilla añadidos].

Adicionalmente, la Sala Político-Administrativa invocó el deber de responsabilidad social previsto en el artículo 132 de la Constitución, a tenor del cual, “*Toda persona tiene el deber de cumplir sus responsabilidades sociales y participar solidariamente en la vida política, civil y comunitaria del país...*”. En función de ello, arguyó la Sala, la responsabilidad social está prevista constitucionalmente como un deber que corresponde a toda persona, y alude a la carga u obligación que tienen tanto los individuos como los grupos y empresas, para con la sociedad en su conjunto.

Y es con fundamento en esa responsabilidad social, concluyó la Sala Político-Administrativa, que la Ley Resorte prevé en su artículo 10 que el Estado podrá difundir gratuitamente a través de los prestadores de servicios de radio y televisión, alocuciones oficiales y mensajes culturales, educativos, informativos o preventivos de servicio público. En definitiva:

... estima la Sala que la transmisión de esos mensajes gratuitos –cuyo lapso breve de duración ha sido considerado por este Alto Tribunal como no incidente en las ganancias de la empresa transmisora, tomando en cuenta que la accionante durante varios años viene haciendo uso de un bien del dominio público y que por tal uso obtiene ganancias– no impiden que la actora siga realizando las actividades propias de su razón social y obteniendo una retribución económica por su ejercicio. La ratio de esta legislación que obliga a emitir mensajes gratuitos es el deber social de solidaridad con el Estado y con el pueblo... [Subrayado añadido]

V. EL VICIO DE FALSO SUPUESTO: EL EJERCICIO ABUSIVO DEL ARTÍCULO 10 LEY RESORTE

Sobre este último aspecto, que en mi criterio era el asunto crucial del caso, dado el carácter abusivo con que el Gobierno ha hecho uso de la potestad que le confiere el artículo 10 Ley Resorte, incluso con desviación de poder, la Sala Político-Administrativa señaló que dicho artículo 10 confiere al Estado la facultad de ordenar, y la obligación para los prestado-

res de servicios de radio y televisión de transmitir gratuitamente, los siguientes tipos de mensajes: 1) las alocuciones oficiales previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y 2) los mensajes culturales, educativos, informativos o preventivos de servicio público.

En criterio de la Sala Político-Administrativa, el mismo precepto legal confiere al órgano rector del Ejecutivo Nacional en materia de comunicación e información, la administración de estos espacios, y la determinación de los horarios, la duración, así como cualquier otra característica de tales transmisiones. Ello así, “*el mencionado despacho decidirá dentro de la gama de mensajes que remiten los órganos de la Administración Pública para ser transmitidos con fundamento en dicho artículo, cuáles serán transmitidos, cuándo y por cuánto tiempo*”, así como otras características de dichos mensajes audiovisuales, tales como que habrán de llevar determinadas “*cortinas musicales*”, que deberán ser solicitados con un tiempo determinado de antelación, etc.

Lo expuesto conduce a la Sala a concluir que sí existe una potestad discrecional de la Administración para decidir qué mensajes se transmiten (contenido), cuándo (oportunidad) y cómo (modo), discrecionalidad que obviamente estará sujeta a las previsiones del artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, conforme al 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, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.” (Resaltado de la Sala). [Subrayado añadido]

En cuanto a si existe discrecionalidad o no, para que el Ejecutivo Nacional califique los mensajes como culturales, educativos, informativos o de servicio público, la Sala Político-Administrativa señaló que *la Ley Resorte no define qué debe entenderse por mensajes culturales, educativos, informativos o preventivos de servicio público*. En este caso, “*como siempre, la interpretación corresponde al intérprete, a menos que esas definiciones consten en normas de rango sublegal*”.

Luego de realizar un breve análisis de la Ley Resorte y de las Normas Técnicas sobre Definiciones, Tiempo y Condiciones de la Publicidad, Propaganda y Promociones en los Servicios de Radio, Televisión y Difusión por Suscripción, la Sala Político-Administrativa concluyó, y es probablemente el único o de los pocos aspectos rescatables de la sentencia, que si bien existe una potestad discrecional de la Administración para decidir qué mensajes se transmiten (contenido), cuándo (oportunidad) y cómo (modo), “*tal discrecionalidad –en cuanto a la determinación de lo que debe entenderse por mensajes culturales, educativos, informativos o preventivos de servicio público– está limitada por las normativas antes transcritas, lo cual indica que tales conceptos se encuentran ínsitos en ellas*”.

En ese sentido, la Sala dejó establecido que, según las normativas señaladas:

- Mensajes culturales y educativos son los dirigidos a la formación integral de los usuarios, en los valores del humanismo, en cuanto a la diversidad cultural y en los principios de la participación protagónica del ciudadano.
- Mensajes informativos son los que difundan información sobre personas o acontecimientos, nacionales o internacionales.
- Mensajes preventivos de servicio público son los de interés general de solidaridad y asistencia humanitaria; o los de interés general sin fines comerciales, cuyo objetivo sea promover obras y campañas de beneficio social.

Después de tan precisa interpretación, el lector debe suponer, como lo supuse yo, que seguidamente la Sala Político-Administrativa haría un análisis de los mensajes audiovisuales cuya difusión había ordenado el Ministerio, en este caso, y los calificaría a los fines de concluir si los actos impugnados guardaron o no, la debida correspondencia con el supuesto previsto en el artículo 10 Resorte, ya que, en caso contrario, y según lo señalado en la propia sentencia, el Ministerio habría incurrido en falso supuesto.

En lugar de efectuar ese análisis, la Sala Político-Administrativa sorpresivamente señala lo siguiente:

... la Sala observa que los actos impugnados se limitaron a ordenar la transmisión de los materiales audiovisuales que ahí se determinan, en los horarios y con la duración que allí se establece, sin que la Administración emitiera calificación alguna respecto a estos mensajes, es decir, dichos mensajes no fueron catalogados por el órgano administrativo como informativos, educativos, culturales o de servicio público; por lo tanto –a pesar de que las normas han sido estudiadas cuidadosamente- sin embargo, debe observarse que la Sala, por la misma razón no está obligada a calificar lo que no calificó la Administración

En atención a las consideraciones que anteceden, la Sala desecha la primera denuncia de falso supuesto de derecho. Así se establece... [Subrayado añadido].

La Sala Político-Administrativa arroja semejante conclusión, a pesar de que pocas líneas antes había señalado que “*todo acto administrativo tiene aspectos reglados y discrecionales siendo por tanto controlable por el juez contencioso administrativo*”. Resulta obvio que, independientemente de que el Ministerio haya calificado o no, los mensajes que ordenó difundir, e incluso habiéndolos calificado, la Sala Político-Administrativa no tenía por qué, ni debía jurídicamente hacerlo, calificarlos de educativo, cultural, informativo o de servicio público. El deber de la Sala era, simplemente, determinar si cada uno de los mensajes encuadra o no, en alguna de las categorías previstas por el artículo 10 Ley Resorte, tal como las había definido pocas líneas antes.

Lo curioso es que, a pesar de que había desestimado ya la denuncia de falso supuesto, inmediatamente la Sala Político-Administrativa recordó la denuncia de Globovisión según la cual, la Administración incurrió en falso supuesto de derecho al ordenar la transmisión de mensajes que constituyen propaganda oficial, pues lejos de pretender la emisión de un mensaje educativo, cultural, informativo o de servicio público, “*busca promocionar ideas políticas del gobierno y promover y elogiar la gestión del Presidente Chávez*”. En razón de ello, entró al análisis individualizado de los mensajes.

En ese sentido, la Sala Político-Administrativa reconoció explícitamente que al tenor de la Ley, constituye propaganda la transmisión de mensajes que tengan por objeto persuadir a los usuarios para que se hagan adeptos o seguidores de ideas políticas, filosóficas, morales, sociales o religiosas. Seguidamente, la Sala analizó los materiales audiovisuales en cuestión y concluyó que, según su criterio, los materiales “*persiguen difundir información sobre acontecimientos nacionales (de telecomunicaciones, de infraestructura, deportivos), es decir, se refieren a cuestiones de interés general para la ciudadanía venezolana*”. Aún más, la Sala añadió que conforme al artículo 58 de la Constitución, toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, y “[*e*]ste derecho guarda relación con el deber que tiene el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela de transmitir informaciones acerca de los programas, estrategias, proyectos y acciones tomadas en áreas tales como la salud, infraestructura, deportes, de telecomunicaciones, etc.”

Este razonamiento la Sala Político-Administrativa se alineó con el que hizo la Sala Constitucional en la sentencia N° 2152 del 14/11/2007, anteriormente referida, según la cual:

... la exégesis de la norma bajo análisis [Art. 192 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que prevé las “cadenas” o alocuciones oficiales referidas por el artículo 10 Ley Resorte] debe desarrollarse en el marco de la relevancia social que la actividad de las telecomunicaciones presenta y conforme a la cual, se ha conformado un régimen jurídico exorbitante, que responde al carácter social del Estado y se armoniza con las exigencias constitucionales de los artículos 58 y 108 del Texto Fundamental, relativas al derecho a la información y al papel de los medios en la satisfacción del mismo, toda vez que coloca a la ciudadanía en condiciones de igualdad real sobre las oportunidades de acceso a la comunicación de relevancia general, corrigiendo eventuales desequilibrios en la transmisión de mensajes cuyo conocimiento resulta necesario para el colectivo.

Por tanto, lejos de menoscabar las referidas normas constitucionales, el artículo 192 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se enmarca dentro del principio regulatorio que informa al Estado Venezolano y que ha sido aplicado al sector de las telecomunicaciones, en virtud de la dimensión social del derecho a comunicar y al correlativo deber que tiene el Gobierno Nacional, de suministrar información preferente a las personas, para que nadie quede excluido del conocimiento de hechos relevantes a la sociedad... [Subrayado añadido]

Además de su aparente finalidad, en lo que probablemente la Sala Político-Administrativa tenía alguna razón, faltaba por conocer la conclusión de la Sala en torno a diversos textos e imágenes contenidas en los mensajes difundidos, que al decir de Globovisión, buscan promocionar ideas políticas del gobierno y promover y elogiar la gestión del Presidente Chávez. Conviene recordar acá las razones de esta denuncia:

- Oficio VMGC/569 del 15 de marzo del 2006 ordenó la transmisión de la propaganda sobre el plan social “*Misión Guaicaipuro*”, referida a la reivindicación de los derechos de los indígenas y la cual contiene la siguiente frase: “*las misiones mejoran tu calidad de vida-rumbo al socialismo*”.

- Oficio VMGC/4288 del 18 de agosto del 2006 ordenó la transmisión de una propaganda en la que se afirma “**El Gobierno Bolivariano** reactiva el pulso de los corazones de nuestros niños con el Hospital Cardiológico Infantil de Latinoamérica”.

- Oficio VMGC/2092 del 04 de mayo del 2007 ordenó la transmisión de propaganda sobre la Cruz Roja Venezolana que contiene la frase “**Gobierno Bolivariano**”.

- Oficio VMGC/2761 del 05 de junio del 2007 ordenó la transmisión de las cuñas “*Consejos Comunes*”, “*MINTUR-Turismo Social Internacional*” y “*MINTUR-Registro Turístico Nacional*” en las que aparece el lema “**Rumbo al Socialismo Bolivariano**” así como la **estrella roja que identifica al partido de gobierno, el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV)**.

Pues bien, la respuesta que dio la Sala sobre este asunto –en mi criterio, el asunto crucial del caso– fue la siguiente:

Considera este Alto Tribunal que el hecho de que en algunos de esos mensajes se mencione al ciudadano Presidente de la República, es con la finalidad de informar por ejemplo, el funcionario que ordenó la ejecución de una obra de infraestructura de alta envergadura, como es el Viaducto Caracas La Guaira, de suma importancia para la colectividad ya que permite la comunicación directa con el principal puerto y el mayor aeropuerto del país, además del tránsito de gran parte de la ciudadanía que vive en el Estado Vargas y que debe trasladarse todos los días a laborar en la ciudad de Caracas. Se evidencia que dicha mención no sólo no convierte el referido mensaje informativo en propaganda oficial, sino que por el contrario, se considera necesario para la orientación de los usuarios de esa importante arteria vial.

Asimismo, estima la Sala que la expresión “Gobierno Bolivariano” obedece a que, con prescindencia del grupo político que ejerza el Poder Ejecutivo, el gobierno siempre será un “Gobierno Bolivariano”, ya que la Carta Magna de 1999 denominó al Estado venezolano como “República Bolivariana de Venezuela”, según se deriva de varias de sus normas, entre otras los artículos 1, 4 y 6 eiusdem, denominación que sólo pretende rendir merecido tributo al Libertador Simón Bolívar. En consecuencia, este Alto Tribunal considera que la inclusión de la mencionada frase en los mensajes audiovisuales analizados en este fallo no los constituye en propaganda oficial. Así se declara.

Lo primero que llama la atención es que, seguramente con el propósito de evadir el compromiso y el deber de juzgarlas imparcialmente, la Sala Político-Administrativa omitió el análisis de textos como “*Rumbo al socialismo*”, “*Rumbo al Socialismo Bolivariano*”, o peor aún, de imágenes como *la estrella roja que identifica al partido de gobierno*, el Partido Socialista Unido de Venezuela, todo contenido en algunos de los mensajes difundidos. La Sala Político-Administrativa se conformó con analizar la mención del Presidente Chávez en los mensajes y tácitamente concluyó, acertadamente, que sólo mencionarlo no constituye propaganda.

Y más llamativa aún es su última conclusión: “*la expresión ‘Gobierno Bolivariano’ obedece a que, con prescindencia del grupo político que ejerza el Poder Ejecutivo, el gobierno siempre será un ‘Gobierno Bolivariano’*”. ¿Quiere decir la Sala Político-Administrativa que todo gobierno, independientemente de su ideología política, tiene la obligación de ser Bolivariano? Más aún, ¿quiere decir la Sala que el pueblo y todos los ciudadanos tenemos la obligación de ser Bolivarianos? ¿Puede un Gobierno o un ciudadano ser crítico del Bolivarianismo? ¿Qué implica en la actualidad ser un Gobierno Bolivariano? ¿Qué implica hoy día ser un ciudadano Bolivariano? ¿Ser devoto de Bolívar tal como un cristiano es devoto de Cristo? ¿Quiere la Sala Político-Administrativa consagrar una suerte de religión Bolivariana? ¿Podría yo elegir para el gobierno un candidato o partido político que diga no ser Bolivariano?

Semejante razonamiento de la Sala Político-Administrativa me hizo recordar la multitud de advertencias que en vísperas del proceso constituyente y poco tiempo después de aprobarse la Constitución, en 1999, lanzaron algunos juristas, politólogos e historiadores sobre la “*doctrina bolivariana*” y su influjo en la Constitución.

El ex constituyente Ricardo Combellas advirtió con rigor, que desentrañar los elementos de la llamada doctrina bolivariana, “*si realmente es dable hablar de una doctrina bolivariana*”, o los elementos del ideario bolivariano para inspirar y orientar el marco principista y valorativo de la Constitución vigente, no es tarea fácil, pues exige de los venezolanos, de los contemporáneos, clarificar en un debate público, abierto y sobretodo desprejuiciado, su efectiva relevancia para nuestra época.¹¹ Añadiría yo que el ser Bolivariano exige un *debate público, abierto y desprejuiciado*, primero, sobre la efectiva relevancia de serlo; y en segundo término, sobre en qué consiste serlo.

Aún con más rigor advirtió Aguiar, que la Constitución propuso una desviación hacia el “*fetichismo*” constitucional, mediante la exaltación y personalización del concepto sociológico y difuso de pueblo, y su consiguiente anclaje en un patrimonio *monopolar y estático* de orden bolivariano. De este modo, se apartó de la *visión histórica, compleja, pluridireccional y progresiva* que rodea a la Constitución. Así las cosas, aunque media una distancia conside-

¹¹ Combellas, Ricardo. *Derecho constitucional: Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. McGraw Hill, Caracas 2001, p. 32.

rable entre la Edad Media y nuestro siglo XXI, la Constitución sustituyó el orden teocrático medieval por uno similar pero terrenal y de carácter bolivariano¹², que hace del pueblo una suerte de divinidad, como tal, ente creador que explica el origen de la República, cuyo patrimonio moral y valores se fundamentan dogmáticamente en la doctrina de Bolívar.

Las consecuencias de semejante concepción constitucional ya empiezan a verse, sin costuras, en la jurisprudencia del Supremo Tribunal, cuando se señala sin disimulo, y sin matices, que con prescindencia del grupo político que ejerza el Poder Ejecutivo, el gobierno siempre será, o debe ser, un Gobierno Bolivariano.

¹² Aguiar, Asdrúbal. *Revisión crítica de la Constitución Bolivariana*. Caracas, 2000: El Nacional. p. 22.

PRERROGATIVAS PROCESALES-EMPRESAS ASOCIACIONES CIVILES Y FUNDACIONES MUNICIPALES

Carlos Reverón Boulton
Abogado

Resumen: Estudio de la sentencia N° 1453 del 10 de agosto de 2011, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia por medio de la cual se reiteró que no son aplicables a empresas, asociaciones civiles y fundaciones municipales las prerrogativas procesales concebidas a favor de la República. El análisis también abarca cuáles son esos privilegios.

Palabras clave: Prerrogativas procesales, principio de igualdad procesal, Fisco Nacional, empresas, asociaciones civiles o fundaciones municipales.

Summary: Analysis of ruling N° 1453 issued on August 10, 2011 by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, which reaffirmed that procedural prerogatives conceived on behalf of the Republic are not applicable to municipal corporations, civil associations and foundations. The analysis includes the scope of procedural prerogatives.

Key words: Procedural Prerogatives, Principle of Procedural Equality, National Treasure, Public Corporations, civil associations or municipal foundations.

I. INTRODUCCIÓN

La presente nota tiene por objeto desarrollar el contenido de la sentencia N° 1453 del 10 de agosto de 2011, por medio de la cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, estableció que no son aplicables a empresas, asociaciones civiles y fundaciones municipales las prerrogativas procesales propias del Fisco Nacional (en adelante aludida como “la sentencia N° 1453”). En particular, destacamos que en esa decisión la Sala señaló que:

“A mayor abundamiento, es preciso reiterar que las prerrogativas procesales son de derecho estricto, por comprender una excepción al principio de igualdad procesal. En consecuencia, no cabe en relación a ellos la extensión por analogía a entes o personas, a menos que la misma sea expresa y claramente determinada por la ley. En tal sentido, cuando el artículo 102 de la entonces aplicable Ley Orgánica de Régimen Municipal establecía que el “Municipio gozará de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga al Fisco Nacional”, se está refiriendo –y así debe interpretarse- al Municipio como entidad político territorial, independientemente de los demás órganos que lo compongan. Por tanto, las empresas, asociaciones civiles o fundaciones municipales, vista su independencia dada su propia personalidad jurídica, requiere, necesariamente, que exista previsión legal expresa que otorgue tales prerrogativas”.

“(…) esta Sala determina que, en ejercicio de su facultad de revisión, en el presente caso no podía aplicarse la consulta obligatoria del otrora artículo 70 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República a una sociedad mercantil de carácter estatal como Cabigas, C.A., al no tener fundamento legal, razón por la cual, resulta improcedente que la causa en fase de ejecución haya sido elevada al conocimiento del Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia por petición del Síndico Procurador del Municipio Cabimas de esa misma Entidad, quien carece de cualidad alguna en dicha causa, y en aplicación de la previsión que no abarca de modo alguno –ni directa e indirectamente- a una persona jurídica con las connotaciones de Cabigas, C.A.”.

Obsérvese que el fundamento de esa decisión es que las prerrogativas procesales, al tratarse de una excepción al principio de igualdad procesal, no se aplicarán a todos los entes y órganos públicos, pues esa posibilidad no está expresamente prevista en la Ley, por lo que, en consecuencia, no serán extensibles por vía analógica a organismos a los que la Ley no les conceda tales privilegios, tal y como lo señaló esa Sala mediante decisión N° 1331 del 17 de diciembre de 2010 (caso: *Joel Ramón Marín Pérez*)¹.

En concreto, el presente estudio tiene por objeto analizar el fundamento de esa decisión y revisar cuáles son, en particular, las prerrogativas procesales a las que alude esa sentencia. En ese sentido, la nota estará dividida en dos capítulos que se identificarán con cada uno de esos objetivos y, finalmente, una conclusión sobre los aspectos más relevantes que serán tratados en esos dos apartados que de seguidas serán desarrollados.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA N° 1453

La sentencia N° 1453 tuvo por fundamento excluir a empresas, asociaciones civiles y fundaciones municipales la aplicación de las prerrogativas procesales que son propias a la República y que de forma tradicional han estado previstas en las Leyes de Hacienda Pública como, el caso particular de los privilegios previstos en la Ley que regula a la Procuraduría General de la República² tal y como lo ha sostenido la doctrina al indicar que:

“En las leyes orgánicas de Hacienda Pública Nacional y de la Procuraduría General de la República se establece una serie de prerrogativas procesales, (...) que implican excepciones a los principios procesales relativos a las citaciones, a la contestación de la demanda y las excepciones dilatorias opuestas, a la exigencia de caución judicial, y a la condición de que “las partes están a derecho”³.

¹ “En este sentido, se observa que las prerrogativas y los privilegios que posee la República son de interpretación restrictiva y no pueden ser extendidos 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 expresamente reconocidas por ley”.

² En la actualidad esas prerrogativas están reguladas en los artículos 65 y de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República publicada en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.892 del 31 de julio de 2008, el cual establece que: “Los privilegios y prerrogativas procesales de la República son irrenunciables y deben ser aplicados por las autoridades judiciales en todos los procedimientos ordinarios y especiales en que sea parte la República”.

³ Brewer-Carías, Allan. *El Régimen Municipal en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, p. 107.

Esos privilegios procesales tienen por fundamento proteger los intereses patrimoniales de la República dentro de un determinado proceso, de manera que esos intereses en juego no se vean afectados por la posible impericia o negligencia de los abogados que representan a la República en juicio. La “relevancia” e importancia de esos intereses es lo que, en cierta medida, justifica que la Ley de forma abierta rompa con el principio de igualdad procesal.

Ese principio no comporta un desconocimiento de las posturas antagónicas que juegan las partes en un proceso determinado (controversia); al contrario, la protección de ese principio se traduce en la posibilidad de que ambas partes puedan llevar a cabo las mismas actuaciones procesales por igual, de modo de que ello se traduzca en una decisión imparcial del Juez al equilibrar las posturas y actos de las partes en el proceso. Esa protección reconocida a través de ese principio, se basa en uno mucho más amplio, de rango constitucional, como lo es el principio de igualdad ante la Ley establecido en el artículo 21 de nuestra Constitución⁴.

En virtud de ello, la sentencia N° 1453 precisó que esa garantía sólo será desconocida, siempre y cuando la Ley de forma expresa así lo establezca, como sucede, no sólo con el artículo 65 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República⁵, sino de manera similar con el contenido del artículo 36 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público⁶ por medio de la cual se afirma que los Estados tendrán los mismos privilegios y prerrogativas procesales que goza la República.

Esa remisión expresa también se observa en el artículo 98 de la Ley Orgánica de la Administración Pública⁷ que hace extensible esos privilegios a otros entes de la Administración Pública al señalar que: “*Los institutos públicos gozarán de los privilegios y prerrogativas que la ley acuerde a la República, los estados, los distritos metropolitanos o los municipios*”.

De igual forma, la Ley extiende a los Distritos Metropolitanos la aplicación de los privilegios otorgados a las Municipalidades, como se observa en la vigente Ley Orgánica del Poder Público Municipal⁸, cuyo artículo 29 dispone que: “*Las normas contenidas en la presente Ley, incluidas las relativas a los privilegios y prerrogativas, serán aplicables a los distritos metropolitanos en cuanto sean procedentes*”.

El caso contrario a lo anterior -extensión a otros entes u órganos de la Administración de esos privilegios concebidos legalmente a favor de la República-, lo encontramos ratificado en la decisión de la Sala Político Administrativa N° 1018 del 24 de septiembre de 2008 (caso: *Bodega y Licores “El Encuentro”*)⁹ por medio de la cual se afirmó que los Municipios no gozan de las mismas prerrogativas que han sido concebidas a favor de la República.

⁴ “...El principio de *igualdad* domina el proceso y significa una garantía fundamental para las partes. Importa el tratamiento igualitario a los litigantes y se entiende que resulta del principio constitucional de igualdad ante la ley (ALSINA)” (Véscovi, Enrique. *Teoría general del proceso*. Editorial Temis, Bogotá, 1984, p. 63).

⁵ Publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.892 del 31 de julio de 2008.

⁶ Publicada en la *Gaceta Oficial* N° 39.140 del 17 de marzo de 2009.

⁷ Publicada en la *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 5.890 del 31 de julio de 2008.

⁸ Publicada en la *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 6.015 del 28 de diciembre de 2010.

⁹ “En tal sentido, es necesario transcribir la sentencia N° 01245 de fecha 12 de julio de 2007, caso: *Invercobros, C.A.*, a fin de referir lo que ha establecido esta Alzada respecto a si los Municipios detentan o no -en la actualidad- los privilegios y prerrogativas concedidas por ley a la República; decisión en la cual se expresó lo siguiente:

Así, la aplicación extensiva de esos beneficios deberá estar prevista de manera expresa en la Ley, excluyendo así la aplicación analógica a otros órganos o entes de la Administración. Sin embargo, es menester destacar que esa Sala mediante sentencia N° 1582 del 21 de octubre de 2008, señaló que el límite implícito a esos privilegios es que no pueden desconocerse o hacerse nugatorios los derechos constitucionales del resto de las partes¹⁰.

Es por ello que la Sala -en la decisión bajo análisis- estableció que no son aplicables a empresas, asociaciones civiles y fundaciones municipales las prerrogativas procesales propias del Fisco Nacional pues la Ley de forma expresa no prevé esa posibilidad.

III. PRERROGATIVAS PROCESALES

De seguidas veremos cuáles en concreto son esos privilegios y prerrogativas procesales. Para no exceder el objeto de estas notas, el desarrollo de este capítulo no será muy extenso, simplemente se tratará de enumerar y precisar en y en qué consisten esos privilegios en atención principalmente a lo establecido en la Ley¹¹. En efecto, esos privilegios se pueden resumir en los siguientes:

(...)

Del fallo parcialmente transcrito, se desprende que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.421 de fecha 21 de abril de 2006, no concede a los Municipios los privilegios y las prerrogativas procesales otorgadas por el legislador patrio a la República, (entre las cuales se encuentra la consulta a la que alude el artículo 70 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, aplicable *ratione temporis*) tal y como expresamente sí lo establecía el artículo 102 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal¹².

¹⁰ Vid. Guerrero, Alvaro. *La sentencia N° 1582 de la Sala Constitucional y los Privilegios Procesales de la República* en Anuario de Derecho Público. Universidad Monteávila, año N° 2, Caracas 2009, pp. 263 y ss.

¹¹ En el caso de los Municipios la Sala Constitucional en sentencia N° 1331 de la Sala Constitucional del 17 de diciembre de 2010, además de destacar la excepcionalidad de la aplicación de las prerrogativas procesales, las resumió del modo que sigue:

“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 ley¹³.

a. Antejudicio administrativo, se trata de un requisito que debe cumplirse sólo cuando la República sea demandada directamente¹² por medio del cual se le indica a la Procuraduría General de la República la pretensión y causa del futuro litigio que se desea instaurar.

b. En relación con la limitación de la potestad cautelar (inembargabilidad), de manera taxativa está prohibido dictar cualquier tipo de medidas cautelares (o ejecutivas) en contra de la República¹³ o los Municipios¹⁴. Sin embargo, esa situación es atemperada en relación con los Institutos Autónomos y las empresas del Estado -o en las que se tenga participación- en las que sí es posible dictar medidas cautelares pero siguiendo un procedimiento especial previsto en el artículo 99 y siguientes de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

c. Notificaciones y lapsos especiales, las notificaciones y citaciones para que la República forme parte de un juicio determinado está establecido con lapsos especiales atendiendo bien: (i) cuando la República sea parte formal del proceso (citación)¹⁵, o (ii) cuando tenga interés en el juicio en cuyo caso se suspenderá la causa en atención a lo establecido en la Ley especial¹⁶. En el caso de los Municipios, aun cuando se mantiene la naturaleza del privilegio, los lapsos se ven modificados en atención a lo establecido en la Ley¹⁷.

d. Imposibilidad de declarar la confesión ficta, aun cuando la República no proceda a realizar en juicio el acto de contestación a la demanda (o cuestiones previas) se entenderá que la demanda ha sido contradicha en todas sus partes¹⁸. Con este privilegio también cuenta el Municipio según se observa del artículo 154 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

e. Limitaciones en cuanto a las pruebas, en relación con la actividad probatoria existen prohibiciones y limitaciones. Las primeras encontramos en el artículo 78 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República según el cual los representantes en juicio de la República no podrán absolver posiciones juradas ni juramentos decisorios, pero sí podrán responder las preguntas que se les hicieren por escrito.

Las limitaciones las encontramos en el artículo 168 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, según el cual se podrá acordar judicialmente la copia, exhibición o inspección de determinado documento, expediente, libro o registro administrativo sólo cuando el órgano superior respectivo no hubiera resuelto con anterioridad otorgarle al documento, libro, expediente o registro la clasificación como secreto o confidencial.

f. Autorizaciones expresas, existen actuaciones procesales cuya facultad debe estar autorizada expresamente. En efecto, el artículo 70 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece que los abogados que ejerzan en juicio la representación de la República no pueden *convenir, desistir, transigir, comprometer en árbitros, conciliar o*

¹² Ese procedimiento está establecido en los artículos 56 y siguientes de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

¹³ Artículo 75 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

¹⁴ Artículo 156 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

¹⁵ Artículo 82 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

¹⁶ Artículo 95 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

¹⁷ Artículo 153 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

¹⁸ Artículo 68 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

utilizar cualquiera otro medio alternativo para la solución del conflicto, sin la expresa autorización del Procurador o Procuradora General de la República. Esa misma prerrogativa la tienen los Municipios según se observa del artículo 155 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

g. Consulta obligatoria de sentencias, toda sentencia dictada que atente en contra de los intereses de la República tendrá consulta obligatoria ante el Tribunal Superior conforme lo exige el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Este privilegio no favorece a los Municipios como se observa en la sentencia N° 1331 de la Sala Constitucional del 17 de diciembre de 2010.

h. Imposibilidad de condenar en costas, la República no podrá ser condenada en costas según lo establecido en el artículo 76 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (*vid.*: sentencia N° 933 de la Sala Constitucional del 30 de septiembre de 2010). Los Municipios también cuentan con la prerrogativa de limitación en la condenatoria en costas procesales a tenor de lo establecido en artículo 157 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

i. Procedimiento especial para la ejecución de sentencias, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en los artículos 87 y siguientes prevén un procedimiento especial para la ejecución de sentencias en aquellos casos en que la República sea condenada en juicio¹⁹. De igual forma, el Municipio cuenta con ese privilegio según se observa en el artículo 158 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

IV. CONCLUSIONES

A manera de recapitulación, podríamos afirmar que la sentencia N° 1453 ratificó que las prerrogativas procesales, al ser una excepción al principio de igualdad procesal, no se aplicarán a los entes y órganos públicos, salvo que esté expresamente prevista esa posibilidad en la Ley.

Esos privilegios tienen por fundamento proteger los intereses procesales y patrimoniales de la República, de manera que esos intereses en juego no se vean afectados por la actuación de los abogados que representan a la República en juicio.

El principio de igualdad procesal sólo será desconocido, siempre y cuando la Ley de forma expresa así lo establezca, como sucede, no sólo con el artículo 65 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, sino como se observa particularmente en los artículos 36 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, 98 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 29 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

El caso contrario, de no extensión a otros entes u órganos de la Administración de esos privilegios concebidos legalmente a favor de la República, lo encontramos en la particularidad de que los Municipios no gozan de las prerrogativas que fueron previstas para la República -como sí sucede en el caso de los Estados-, en ese caso particular la Ley Orgánica del Poder Público Municipal regula de manera los privilegios que gozarán esos entes políticos territoriales en juicio.

¹⁹ Recuérdese que originalmente el procedimiento que se aplicaba era por analogía el contemplado en la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

En concreto, esos beneficios previstos principalmente en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y la Ley Orgánica del Poder Público Municipal son los siguientes: (i) antejuicio administrativo; (ii) limitación de la potestad cautelar (inembargabilidad); (iii) notificaciones y lapsos especiales; (iv) imposibilidad de declarar la confesión ficta; (v) limitaciones en cuanto a las pruebas; (vi) autorizaciones expresas; (vii) consulta obligatoria de sentencias; (viii) imposibilidad de condenar en costas; y (ix) procedimiento especial para la ejecución de sentencias.

ÍNDICE

ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

-A-

- Acción de Amparo Constitucional. 173
 - Admisibilidad. Existencia de otros medios procesales. 174
 - Competencia. Sala Constitucional. 173
 - Medidas cautelares. 177
 - Decisión por juez incompetente. 181
 - Requisitos. 177

-C-

- Confiscaciones. Prohibición. 137
- Contencioso Administrativo. 142
 - Aspectos generales del proceso. Prerrogativas procesales de los entes públicos. 142
 - Consulta de fallos contrarios a los intereses de la Republica. 142
 - No extensión de privilegios y prerrogativas a las empresas del Estado. 143
- Contencioso Administrativo de Anulación. 147
 - Medidas Cautelares. Revocatoria. 147
 - Sentencia. 150
 - Apelación (Fundamentación). 151
 - Vicios. Falso Supuesto. 150
- Contencioso Administrativo Especial. 154
 - Contencioso Administrativo Electoral. Competencia. 154
 - Contencioso Administrativo Agrario. Acciones Posesorias. 156

-D-

- Derechos Individuales. 85
 - Derecho a la protección de datos personales. 85
 - Derecho de libertad de expresión en materia publicitaria. 104
 - Derecho de petición y oportuna respuesta. 101

- Derechos sociales y de las familias. 106
 - Derecho a la salud. 106
 - Medicina prepagada. 106
 - Exclusión de enfermedades preexistentes en los contratos suscritos con empresas de servicios de asistencia médica. 108
- Derecho de los consumidores y usuarios a disponer de bienes y servicios de calidad. 109

-G-

- Garantías Constitucionales. 83
- Garantías Constitucionales. Igualdad ante la Ley. 83

-M-

- Municipios. 126
 - Consejo local de planificación pública (organizaciones vecinales y comunitarias que lo integran). Elecciones. 127
 - Síndico Procurador Municipal (actuación en juicio). 126

-O-

- Ordenamiento Jurídico. 82

-P-

- Principio de irretroactividad. 82
- Principio de legalidad Tributaria. 138
- Poder Nacional. 110
- Poder Legislativo. Inmunidad parlamentaria. 110
- Poder Judicial. Medios alternativos de resolución de conflictos. Arbitraje. 120
- Poder Municipal. 126
- Propiedad y expropiación. 135
 - Derecho de propiedad. 135
 - Prohibición de confiscaciones. 137

-R-

Régimen Económico. Libertad de empresa
Restricciones. 131

Recurso de Inconstitucionalidad. Leyes dero-
gadas. 161

Recurso de Interpretación Constitucional.
167

Recurso de Revisión de Sentencias en mate-
ria constitucional. 168

- Objeto. Decisiones definitivamente fir-
mes que han adquirido el carácter de co-
sa juzgada. 172
- Poder de postulación. 168

-S-

Sentencia. 150

- Apelación (Fundamentación). 151
- Vicios. Falso Supuesto. 150

Sindico Procurador Municipal (actuación en
juicio). 126

-T-

Tributos. Impuestos a las actividades econó-
micas. 140

