

CONSEJO DE REDACCIÓN

Dolores **AGUERREVERE**, Juan Domingo **ALFONZO PARADISI**, Jesús María **ALVARADO ANDRADE**, Francisco **ASTUDILLO GÓMEZ**, Caterina **BALASSO TEJERA**, Juan Carlos **BALZÁN**, Carlos Luis **CARRILLO ARTILES**, Antonio **CANOVA GONZÁLEZ**, Juan Cristóbal **CARMONA BORJAS**, Jesús María **CASAL**, Jorge **CASTRO BERNIERI**, Rafael **CHAVERO**, Ignacio **DE LEÓN**, Margarita **ESCUDERO LEÓN**, Luis **FRAGA PITTALUGA**, Fortunato **GONZÁLEZ CRUZ**, Gustavo **GRAU FORTOUL**, Rosibel **GRISANTI DE MONTERO**, Lolymar **HERNÁNDEZ CAMARGO**, Víctor **HERNÁNDEZ-MENDIBLE**, Miguel J. **MÓNACO**, José Antonio **MUCI BORJAS**, Claudia **NIKKEN**, Ana Cristina **NÚÑEZ**, Luis **ORTIZ ÁLVAREZ**, Cosimina **PELLEGRINO PACERA**, Humberto **ROMERO-MUCI**, Jorge Luis **SUÁREZ**, María Elena **TORO**, José Luis **VILLEGAS MORENO**, Emilio J. **URBINA MENDOZA**, Carlos **URDANETA SANDOVAL**, Daniela **UROSA MAGGI**

COMITÉ ASESOR

Germán **ACEDO PAYAREZ**, Asdrúbal **AGUIAR**, José Guillermo **ANDUEZA**, Ana Elvira **ARAUJO GARCÍA**, José **ARAUJO JUÁREZ**, Alfredo **ARISMENDI A.**, Carlos **AYALA CORAO**, Eloisa **AVELLANEDA**, Rafael **BADELL MADRID**, Alberto **BAUMEISTER TOLEDO**, Alberto **BLANCO URIBE**, Isabel **BOSCÁN DE RUESTA**, Mary **BOVEDA**, Gustavo **BRICEÑO**, Humberto **BRICEÑO**, Josefina **CALCAÑO DE TEMELTAS**, Juan **D'STEFANO**, Román José **DUQUE CORREDOR**, Héctor **FAÜNDEZ LEDESMA**, Gerardo **FERNÁNDEZ**, Juan **GARRIDO ROVIRA**, María Amparo **GRAU**, Eugenio **HERNÁNDEZ BRETON**, Enrique **IRIBARREN**, Gustavo **LINARES**, Irma Isabel **LOVERA DE SOLA**, Enrique **MEIER**, Alfredo **MORLES**, José **MUCI-ABRAHAM**, Pedro **NIKKEN**, Gonzalo **PERÉZ LUCIANI**, Rogelio **PÉREZ PERDOMO**, Gustavo **PLANCHART MANRIQUE**, Armida **QUINTANA**, Manuel **RACHADELL**, Belén **RAMÍREZ LANDAETA**, Judith **RIEBER DE BENTATA**, Armando **RODRÍGUEZ G.**, Nelson **RODRÍGUEZ**, Hildegard **RONDÓN DE SANSÓ**, Gabriel **RUAN SANTOS**, Ana María **UGGERI 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 IBAÑEZ (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: fejb@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: DC2016000328
ISBN Obra Independiente: 978-980-365-349-1

Impreso por: Lightning Source, an INGRAM Content company
para Editorial Jurídica Venezolana International Inc.
Panamá, República de Panamá.
Email: ejvinternational@gmail.com

ESTUDIOS

Artículos

- ¿La cláusula democrática del Mercosur en la encrucijada? Algunas reflexiones sobre el ingreso de Venezuela*, por Mariela **MORALES-ANTONIAZZI, LL. M** 7
- Consulta y participación ciudadana en el proceso de adopción de reglamentos administrativos en Puerto Rico*, William **VÁZQUEZ IRIZARRY** 39

Comentarios Monográficos

- La regulación del sistema eléctrico en Venezuela, con especial referencia a la emergencia eléctrica*, por Alejandro **CANÓNICO SARABIA** 57

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

- Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el cuarto trimestre de 2011*, por Marianella **VILLEGAS SALAZAR** 73

Comentarios Legislativos

- La Ley del Código de Ética del juez venezolano de 2010 y la interminable transitoriedad del régimen disciplinario judicial*, por Allan R. **BREWER-CARIAS** 83

<i>La inconstitucional eliminación de la reelección de los alcaldes y concejales en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, de 28 de diciembre de 2010</i> , por Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE	95
---	----

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): cuarto trimestre de 2011</i> , por Mary RAMOS FERNÁNDEZ y Mariánella VILLEGAS SALAZAR	105
---	-----

Comentarios Jurisprudenciales

<i>La Sala Constitucional del Tribunal Supremo reformando leyes como jurisdicción constitucional, autoproclamándose, sin límites, como legislador positivo</i> , por Allan R. BREWER-CARIÁS	197
<i>Notas sobre algunos criterios recientes de la Sala Político-Administrativa en la aplicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Primera parte)</i> , por Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ	205
<i>El ilegítimo “control de constitucionalidad” de las sentencias de la corte inter-americana de derechos humanos por parte la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: el caso Leopoldo López vs. Venezuela, septiembre 2011</i> , por Allan R. BREWER-CARIÁS	227

ÍNDICE

<i>Alfabético de la jurisprudencia</i>	253
--	-----

ESTUDIOS

Artículos

¿La cláusula democrática del Mercosur en la encrucijada? Algunas reflexiones sobre el ingreso de Venezuela

Mariela Morales-Antoniazzi, LL. M

Miembra de la Asociación de Derecho Constitucional de Venezuela y de la Asociación Alemana de investigación sobre América Latina

Resumen: *La era posnacional, caracterizada por la radical mutación del concepto de Estado cerrado, ha permitido nuevas formas de articulación del espacio público, siendo el Mercosur una especie de tertium genus. En este bloque, la interacción e interdependencia entre democracia, derechos humanos y dimensión social constituyen elementos medulares de su construcción y consolidación, y reflejan la penetración del fenómeno de la internacionalización e interamericanización del paradigma democrático. La condicionalidad para la adhesión es una herramienta persuasiva en cuanto a los estándares, que no son sólo soft law. La hegemonía discursiva de la sociedad democrática es un acervo construido y las rupturas son inaceptables. Paradójica es la condicionalidad de facto, más que de jure, en el caso venezolano.*

Palabras Clave: *Cláusula democrática, interacción entre órdenes normativos, penetración del derecho interamericano.*

Abstract: *The postnational era, characterized by the radical mutation of the concept of the closed State, has allowed for new ways of articulating the public space, Mercosur being a kind of tertium genus. In this bloc, the interaction and interdependency between democracy, human rights and social dimension constitute fundamental elements of its construction and consolidation, and reflect the penetration of the internationalization and interamericanization phenomenon of the democratic paradigm. Conditionality for admission is a persuasive tool for the standards, which are not only soft law. The discursive dominance of the democratic society is a constructed heritage and ruptures are unacceptable. De facto conditionality, more than de iure, is paradoxical in the Venezuelan case.*

Key words: *Democratic clause, interaction between legal orders, penetration of the interamerican law.*

SUMARIO

- I. COYUNTURA ACTUAL
- II. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LA CLÁUSULA DEMOCRÁTICA EN MERCOSUR
- III. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL
- IV. ALCANCE DE LA JURIDICIDAD DE LA CLÁUSULA
- V. LA CONDICIONALIDAD DEMOCRÁTICA Y EL INGRESO DE VENEZUELA
- VI. A TÍTULO DE CONCLUSIÓN: DESAFÍOS

El presente trabajo analiza la cláusula democrática del Mercosur desde la perspectiva de su juridicidad, como *conditio sine qua non* de este proceso integracionista, como sustento esencial de su legitimidad,¹ vinculada a la gramática de los derechos humanos². Se revisa el origen, desarrollo y alcance del principio democrático, para luego examinar la condicionalidad democrática y el ingreso de Venezuela. Como parámetro de evaluación se acude al bloque de convencionalidad democrático interamericano, destacando la necesaria interacción entre ambos sistemas y tomando como parámetro esencial la Carta Democrática Interamericana. Tanto en el espacio mercosureño como en el interamericano se constata la creciente construcción de *ius commune* signado por la doble condicionalidad entre democracia y derechos humanos –rasgo además característico de la tradición constitucional de los Estados Parte del Mercosur–, que se asocia a la cuestión de la justicia social –léase derechos económicos, sociales y culturales– y dotado de mecanismos de preservación de la institucionalidad democrática. Se concluye con reflexiones de cara a los desafíos que genera el cumplimiento del estándar de una sociedad democrática y de la garantía de los derechos humanos como condicionalidad para la adhesión de Venezuela al Mercosur, en particular bajo el paraguas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

I. COYUNTURA ACTUAL

Fue después del final de la guerra fría que el mundo ha experimentado una nueva ola de democratización. A partir de la década de los noventa, vinculado particularmente con la emergencia de las democracias, tuvo lugar también una “euforia” por la democracia.³ El verdadero cambio de paradigma en los últimos años significó entrar en la denominada “era de la internacionalización de la democracia”,⁴ acompañando así la internacionalización de los

¹ V. Bazán, El Mercosur en prospectiva: la dimensión constitucional del proceso integrativo. La opción axiológica en favor de la seguridad jurídica comunitaria y de la protección de los derechos fundamentales, *El Derecho*, 10 de diciembre de 1998, Buenos Aires, pp. 10-16. Sobre las funciones de los derechos humanos en los procesos de integración, *Cfr.* J. M. Casal, *Los derechos humanos en los procesos de integración*, Estudios Constitucionales, Año 3, N° 2, Santiago de Chile, 2005, pp. 255 y ss.

² La relación entre derechos humanos y democracia es uno de las cuestiones más estudiadas por la teoría jurídica y política. Samantha Besson refiere a Thomas Christiano, Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ernst-Wolfgang Böckenforde. Véase S. Besson, *Human rights and democracy in a global context: decoupling and recoupling*, en: *Ethics & Global Politics*, Vol. 4, N° 1, 2011, pp. 19-50, p. 20. Respecto al Mercosur, L. Lixinski, *Human Rights in Mercosur*, en: *The Law of Mercosur*, Franca Filho, Lixinski, Giupponi, Oxford, 2010, p. 352 y ss.

³ Para un análisis completo, véase N. Peterson, *Demokratie als teleologisches Prinzip. Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht*, Berlin, 2009. Incluso algunas organizaciones regionales, tales como el Consejo de Europa (coe) y la Organización de los Estados Americanos (OEA), habían proclamado la democracia como un objetivo claro. *Cfr.* G. Fox, *Democracy, Right to, International Protection*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law. http://www.mpepil.com/sample_articles.

⁴ A. Cançado Trindade, *El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Barcelona, Ed. Jurídica de Chile, 2001, pp. 147-183. La internacionalización de la democracia se vincula estrechamente al fenómeno de la globalización y los espectaculares desarrollos económicos y tecnológicos que impactan el mundo contemporáneo. *Cfr.* B. M. Ramacciotti, *La Internacionalización de la Democracia en el Sistema Interamericano*, en: GCG Georgetown University, *Universia*, Vol. 2 Num. 1, 2008, p. 61. Incluso desde el inicio del milenio existe la Comunidad de Democracias como una iniciativa multilateral de promoción de la democracia, establecida en la Declaración de Varsovia (2000), que ya ha realizado su sexta conferencia, debatiéndose entre ser una comunidad o un foro. *Cfr.* C. Barrios, *La comunidad de democracias: ¿debería Europa participar?*, en *FRIDE, Comentario*, enero de 2008, pp. 1-8. Ver también la página web del Consejo.

derechos humanos y la humanización del derecho internacional contemporáneo.⁵ El contexto global actual muestra, sin embargo, una paradoja: por una parte, un renacimiento de esa euforia por la democracia con las masivas protestas que desde comienzos de 2011 demandan cambios políticos y constitucionales en varios países del norte de África y Oriente Medio (la llamada “primavera árabe”),⁶ y por otra parte, un debilitamiento democrático en el escenario de la postransición que está atravesando América latina. Este período posterior a la transición democrática de las décadas de 1980 y 1990 tiene como rasgo esencial enfrentar el déficit derivado de la reclamada expansión de los derechos de ciudadanía y hacer frente a la “proliferación de grandes concentraciones de poder político, opuestas al objetivo democrático”.⁷ Las aproximaciones empíricas constatan la debilidad de las instituciones en la región (la trampa de la gobernanza)⁸ y preocupa el retroceso hacia modelos caudillistas en el campo político gracias al populismo.⁹

El Mercosur no escapa al fenómeno pendular latinoamericano, ya que ha avanzado en el fortalecimiento de la democracia,¹⁰ pero a la vez da señales negativas al no aplicar la condicionalidad democrática de *jure* en sentido estricto para ingresar al bloque.¹¹ Evidencia además las mismas tensiones características de la integración latinoamericana contemporánea –cambio y continuidad, unidad y diversidad e ideología y pragmatismo–,¹² si bien persiste como modelo de integración en medio de la nueva oleada de propuestas del regionalismo

<http://www.ccd21.org/about/in dex.html>.

⁵ F. Piovesan, *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, São Paulo, 2007, p. 7 y ss.

⁶ Luego de su origen en Túnez, se extendió a Egipto y Marruecos, provocando un proceso de transformación, mientras en otros países, las fuerzas de la oposición continúan luchando por las reformas. Para un análisis por países, véase *Constitutional Reform in Arab Countries*, disponible en Internet: http://www.mpil.de /ww/en/pub/research/details/know_tra nsfer/constitutional_reform_in_arab_cfm(consulta: 26.08.2011).

⁷ *Cfr.* *Nuestra democracia*, OEA-PNUD, México, 2010, p. 27. Disponible en: www.nuestrademocracia.org /pdf/nuestra_democracia.pdf (Consulta: 25.04.2011).

⁸ J. A. Alonso, *América Latina: las trampas del progreso*, en: *América Latina y la Unión Europea. Estrategias para una asociación necesaria*, Freres/Sanahuja, Barcelona, 2006, p. 329-335, 339 y s.

⁹ H.C.F. Manislla, *Aproximaciones teóricas a la comprensión del populismo contemporáneo en América Latina*, en *Revista de Estudios Políticos*, número 152, Abril/Junio 2011, CEPC, Madrid, pp. 11-47.

¹⁰ El caso de Paraguay, durante el fallido intento de golpe de Estado promovido por el General José María Oviedo en 1996 fue paradigmático. Un análisis sobre la turbulencia de la década de los noventa en Paraguay y la reacción del Mercosur, ver A. Ribeiro Hoffmann, *Democracia e Integración Regional: el caso del Mercosur*, en: von Bogdandy/Landa Arroyo/Morales Antoniazzi, *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Colección Cuadernos y Debates; N° 197, Madrid, 2009, p. 345 y ss.

¹¹ La controversial adhesión de Venezuela es un ejemplo ilustrativo de la carencia de una hoja de ruta que garantice la exigibilidad de los estándares democráticos, conforme lo argumenta el Parlamento paraguayo para no ratificar el Protocolo de adhesión. Sobre las consecuencias del ingreso de Venezuela *Cfr.* G. Preusse, *Consecuencias de la salida de Venezuela de la CAN y su entrada al Mercosur*, en: Hummer/Drnas de Clément, *Mercosur y Unión Europea*, Argentina, 2008, p. 187 y ss.

¹² G. L. Gardini, *Unity and Diversity in Latin American visions of regional integration*, en: *Latin American foreign policies. Between ideology and pragmatism*, Gardini/Lambert, New York, 2011, pp. 235-254. Sobre algunas disonancias en el seno del Mercosur a raíz del liderazgo de Brasil, *Cfr.* A. Malamud, *A leader without Followers? The growing divergence between the regional and global performance of Brazilian foreign policy*, en: *Brasil-União Europeia-América do Sul*, años 2010-2020, Konrad Adenauer, Brasília, 2009, p.9 y ss.

(entre ellas el llamado regionalismo “post-liberal”¹³ de cuño más ideológico como son ALBA¹⁴, UNASUR¹⁵ o la recién nacida CELAC. Un panorama de claroscuros, pero en el que se reconoce al Mercosur como la organización de integración regional más significativa de América Latina, teniendo en cuenta su impacto interno e internacional.¹⁶ De allí la trascendencia de evaluar la incorporación de la garantía de la democracia en este bloque.

II. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LA CLÁUSULA DEMOCRÁTICA EN MERCOSUR

En el marco del nuevo regionalismo surgido a partir de los años 90s, que en el ámbito latinoamericano adoptó la modalidad específica de regionalismo abierto,¹⁷ surgió Mercosur a través del Tratado de Asunción (TA) suscrito por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay en 1991.¹⁸ Han ingresado con el estatus de miembros asociados Chile y Bolivia (1996), Perú (2003), Colombia y Ecuador (2004). Venezuela está en proceso de adhesión en la condición de miembro pleno desde 2005. Habiendo cumplido sus veinte años, su desarrollo en zigzag revela rasgos de “originalidad”¹⁹ y “apertura”,²⁰ especialmente la ausencia del carácter de

¹³ J. A. Sanahuja, Del “regionalismo abierto” al “regionalismo post-liberal”. Crisis y cambio en la integración regional en América Latina, en: Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe 8, Buenos Aires, 2010, pp. 11-54. Véase también J. Husar, Neue Formen der Integration in Lateinamerika: Vom offenen Regionalismus zur Binnenorientierung?, en: Lateinamerika Analysen 17, Hamburgo, 2007, pp. 83-99.

¹⁴ J. Briceño Ruiz, El ALCA, el ALBA y la política de integración de Venezuela. *Revista BCV*, Vol. XXI, N° 2, Caracas, (Julio-diciembre 2007), pp. 21-45.

¹⁵ Tratado Constitutivo entró en vigor el 11 de marzo de 2011. Fuente: página oficial de Unasur. <http://www.pptunasur.com/downloads/tratado-constitutivo-UNASUR.pdf> Sobre su historia, Cfr. R. M. Gajate, Hacia la construcción de la UNASUL. Institucionalidad y convergencia, en: *Hummer/Drnas de Clément, Mercosur y Unión Europea*, Argentina, 2008, p. 139 y ss.

¹⁶ Cfr. K. Bechle, Kein Auslaufmodell: 20 Jahre Mercosur, Focus, GIGA, n°3, Hamburgo, 2011, p. 5. Crítico, por el contrario, Bruzón Vitres que aduce una proyección limitada hacia el resto del continente y, por lo tanto, no viable para alcanzar la unidad latinoamericana. Cfr. C. J. Bruzón Vitres, América Latina y la necesidad de fundamentación desde bases jurídicas del proceso de integración regional en Observatorio de la Economía Latinoamericana, N° 114, 2009, p. 8.

¹⁷ El regionalismo abierto se diferencia del concepto de nuevo regionalismo en cuanto representa una estrategia de apertura económica internacional que acentúa, por una parte, la cooperación regional y, por la otra, enfatiza la reducción de los costes de transacción intrarregional en sentido amplio. Cfr. S. Cabellero, Comunidades epistémicas en el proceso de integración regional sudamericana Cuadernos sobre Relaciones Internacionales, Regionalismo y Desarrollo/Vol. 4, N° 8, Julio-Diciembre 2009, Táchira, Venezuela, p. 18.

¹⁸ Sobre el origen del Mercosur y su carácter económico, ver F. Fuders, “Die Wirtschaftsverfassung des Mercosur”, Berlin, 2008; A. Haller, Mercosur, rechtliche Würdigung der außenwirtschaftlichen Beziehungen und Vereinbarkeit mit dem Welthandelssystem, Münster, 2001, p. 42; F. Peña, Der Mercosur: Rückblick auf ein Jahrzehnt – Ausblick auf die Zukunft, en: KAS-AI 6/01, 2001, p. 53. U. Wehner, Der Mercosur: Rechtsfragen und Funktionsfähigkeit eines neuartigen Integrationsprojektes und die Erfolgsaussichten der interregionalen Kooperation mit der Europäischen Union. Baden-Baden, 1999, p. 253.

¹⁹ W. Hummer, Integration in Lateinamerika und in der Karibik. Aktueller Stand und zukünftige Entwicklungen, en: *Verfassung und Recht in Übersee*, 38. Jahrgang, 1. Quartal 2005, p. 6. Ver también M. A. Guedes de Oliveira, Political Development and Comparative Issues with EU, en: *The European Union as a Model for the Development of Mercosur? Transnational Orders between Economic Efficiency and Political Legitimacy*, Zentrum und Peripherie, Volume 4, Muenchen, 2007, p. 9 ss; N. Werz, Lateinamerika. Eine Einführung, Studienkurs Politikwissenschaft, 2005, p. 383-384.

²⁰ H. Barrios, Regieren im MERCOSUR, en: P. Bendel (Edit.), *Wie erfolgreich ist der*

estricta supranacionalidad²¹ ha conllevado una configuración paulatina de la dimensión política. En efecto, el objetivo principal del Mercosur es la conformación de un mercado común (Art. 1 TA),²² que, independientemente de la controvertida naturaleza que se atribuye al TA como tratado marco,²³ representa su piedra angular. No obstante, el Mercosur no se limita al ámbito económico,²⁴ sino también aborda el ámbito político, dentro del cual están amparados el fortalecimiento de la sociedad democrática y el respeto de los derechos humanos y el Estado de Derecho.²⁵

La idea democrática ha estado presente implícitamente desde el “embrión” del Mercosur, aunque no se consagra de modo expreso ni en el Preámbulo del TA y tampoco en el texto del Tratado constitutivo.²⁶ En efecto, el primer considerando enuncia que la integración constituye condición fundamental para acelerar los procesos de desarrollo económico de los Estados parte con “justicia social”. Es en los documentos políticos, en particular en la “Declaración Presidencial de la Segunda Cúpula Presidencial del Mercosur de 1992, que se contempla por primera vez la condicionalidad democrática, cuando los Presidentes ratificaron que la plena vigencia de las instituciones democráticas es un supuesto indispensable para la existencia y el desarrollo del Mercosur.

Como consecuencia de la crisis de la democracia paraguaya en abril de 1996, los EP reafirman la importancia del mantenimiento del orden democrático de forma más enfática en la “Declaración Presidencial sobre el Compromiso Democrático en el Mercosur” y aprueban en julio de 1996 esta nueva Declaración de adhesión a la democracia²⁷, en la cual el estableci-

MERCOSUR?, Saarbrücken, 1999, p. 51 ss. Sobre la flexibilidad de la institucionalidad, Mario J. Filadoro, Eficacia de las instituciones en el Mercosur. El caso de la Secretaría Técnica, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, p. 667 ss. Respecto a las posturas del Bloque y de Brasil ver, J. Briceño Ruiz, The New Regionalism in South America and the South American Community of Nations, Paper presented at the annual meeting of the International Studies Association 48th Annual Convention, Feb 28, 2007.

²¹ A. Dreyzin, Las iniciativas de integración: el Mercosur jurídico, en: von Bogdandy/Landa Arroyo/Morales Antoniazzi, *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Colección Cuadernos y Debates; N° 197, Madrid, 2009, p. 485.

²² En el Cono Sur la firma del Tratado de Asunción concretizaba los anteriores intentos de fortalecer la integración desde la segunda mitad de la década de los ochenta. En 1988 se firmó el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo y el Acta de Buenos Aires de 1990, entre otros documentos. Ver L. Dromi San Martino, *Derecho Constitucional de la Integración*, Argentina, 2002, p. 244.

²³ T. Vera/L. Bizzorero/M. Vaillant, “Diagnóstico y evaluación de lo acordado”, en Abreu Bonilla, *La construcción del Mercosur, Mercosur e Integración*, FCU, Montevideo, 1991, p.47.

²⁴ Hasta ahora ha logrado un 85% de zona de libre comercio y una unión aduanera imperfecta. Cfr. J. Samtleben, *Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika. Beiträge aus internationaler und regionaler Perspektive*, Schriften der deutsch-brasilianischen Juristenvereingung Band 40, Aachen, 2010, p. 439.

²⁵ M. C. Drummond, Democracia e Direitos Humanos no Mercosul, en Trends in the international law of human rights, Liber Amicorum Antonio Augusto Cançado Trindade, Porto Alegre, 2005, p. 465, 470 y ss.

²⁶ En la doctrina existe la opinión contraria. Cfr. A. Ribeiro Hoffman, Political Conditionality and Democratic Clauses in the EU and Mercosur, en: Ribeiro Hoffmann/Van der Vleuten, *Closing or widening the Gap? Legitimacy and Democracy in Regional Integration Organizations*, Aldershot 2007, p. 179.

²⁷ Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, 25-06-1996, Declara-

miento y la conservación de instituciones democráticas son consideradas como condición esencial para la cooperación en el marco del Mercosur, previendo la posibilidad de suspender los derechos de Estado miembro.²⁸ Al revisar su texto se aprecia el amplio espectro que abarca, pues no sólo se afirma que “la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para la cooperación en el ámbito del TA, sus Protocolos y demás actos subsidiarios”, sino que prosigue destacando que “*toda alteración del orden democrático constituye un obstáculo inaceptable para la continuidad del proceso de integración en curso respecto al Estado miembro afectado.*” Desde esta Declaración se asume una amplia expresión como es “*toda alteración del orden democrático*”.

Desde esa época inicial se deja clara la prevalencia de una interpretación *latu sensu* por cuanto la propia Declaración dispone que el mecanismo de consulta tenga lugar “en caso de *ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático en un Estado miembro*”.²⁹ Igualmente este instrumento contempló la aplicación de medidas para el caso de que las consultas resultasen infructuosas, como por ejemplo, a través de la suspensión del derecho de participación en los foros del Mercosur, llegando a la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de las normas del Mercosur y de acuerdos celebrados entre cada una de las Partes y el Estado donde ocurriera la ruptura del orden democrático. De esta forma dicha Declaración Presidencial esbozaba las otras dimensiones del principio democrático, no sólo como mecanismo de sanción sino también como condicionamiento del ingreso y de la cooperación. En efecto, se contempla que “las Partes deberán incluir una cláusula de afirmación del compromiso con los principios democráticos en los acuerdos del Mercosur con otros países o grupo de países.”³⁰

La condicionalidad democrática fue formalmente incorporada al TA mediante el Protocolo de Ushuaia, firmado en julio de 1998, y en vigor desde enero de 2002.³¹ Para la región sin duda significó un avance, luego de las dictaduras que habían marcado la historia de los países del bloque.³² En este instrumento se postula en el Art. 1 que “la plena vigencia de las

ción Presidencial sobre compromiso democrático en el Mercosur.
[http:// www.mercosur.int/msweb/Documentos /Publicados/Declaraciones%20Conjuntas/003670856_CMC_25-06-1996_DECL-DPR_S-N_ES_CompromDemo.pdf](http://www.mercosur.int/msweb/Documentos/Publicados/Declaraciones%20Conjuntas/003670856_CMC_25-06-1996_DECL-DPR_S-N_ES_CompromDemo.pdf).

²⁸ El contexto de la democracia y los procesos de constitucionalización juegan un papel importante en América del Sur. Ya algunas críticas se aprecian en M. Alcántara/I. Crespo (Edit.), *Los Límites de la Consolidación Democrática en América Latina*, Salamanca 1995. También M. Neves, *Symbolische Konstitutionalisierung und faktische Entkonstitutionalisierung: Wechsel von bzw. Änderung in Verfassungstexten und Fortbestand der realen Machtverhältnisse*, en: *Verfassung und Recht in Übersee*, 29 (1996) 3, p. 309 ss.

²⁹ Punto Resolutivo de la Declaración. Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, 25.06.1996, Declaración Presidencial sobre compromiso democrático en el Mercosur, http://www.mercosur.int/msweb/Documentos/Publicados/Declaraciones%20Conjuntas/003670856_CMC_25-06-1996_DECL-DPR_S-N_ES_CompromDemo.pdf.

³⁰ *Ibid*, Punto resolutivo 5 de la Declaración.

³¹ Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, la Republica de Bolivia y la Republica de Chile Protocolo de Ushuaia: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/forumCorteSupremaNorma/forumCorteSupremaNorma_AP_75318.pdf. Vgl. Trujillo Cabrera, Juan (2007): *Sicherung der Demokratien in Südamerika: Vergleichende Annäherung zur Andengemeinschaft und Mercosur und der Europäischen Union*, in: *Revista colombiana de Derecho Internacional*, número 009, S.23. <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/824/82400902.pdf>. rev. 19.9.

³² R. Martins, *Mercosur: Der Südamerikanische Gemeinsame Markt im Überblick*, en: *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, Heft 11/1999, p. 855. *Acerca de la redemocratización*, ver A. Hurrell, *Regionalism in the Americas*, en: L. Fawcett/A. Hurrell, *Regionalism in World Politics*.

instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estado parte (EP)”. El Art. 2 regula su aplicabilidad “en caso de ruptura del orden democrático en alguno” de los EP; el Art. 3 establece que ante dicha ruptura tendrá lugar la aplicación de los procedimientos de sanción; el Art. 4 prevé el mecanismo de consultas y cuando éstas resulten infructuosas, el Art. 5 dispone que “los demás EP del presente Protocolo, según corresponda de conformidad con los Acuerdos de integración vigentes entre ellos, considerarán la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar, teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente. Dichas medidas abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de esos procesos.”

Como es característico del Mercosur, las medidas de sanción deben adoptarse por consenso, negándose al EP afectado participar en el proceso decisorio (Art. 6 del Protocolo). Conforme al Art. 7, una vez verificado el pleno restablecimiento del orden democrático, cesarán las medidas y se le notificará al EP afectado. Las normas contenidas en los Art. 8 y 9 del Protocolo están destinadas a reconocerle como parte integrante del TA y de los respectivos Acuerdos de integración celebrados entre el Mercosur y la República del Bolivia y el Mercosur y la República de Chile así como su aplicabilidad a los futuros Acuerdos de integración que se celebren entre el Mercosur y Bolivia, el Mercosur y Chile y entre los seis EP. Como el Mercosur se define a sí mismo como un proyecto de integración abierto,³³ tiene coherencia que establezca con carácter expreso que la cláusula democrática también tendrá aplicación para los futuros Acuerdos de asociación.

La denominada cláusula democrática de Mercosur pertenece al núcleo constitucional de la organización, entendido éste en sentido material³⁴ y vinculado a los derechos humanos. En la Declaración Presidencial de Puerto Iguazú de 2004 los Presidentes de los Estados Partes del Mercosur destacan la alta prioridad que le asignan a la protección, promoción y garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas que habitan el Mercosur. Así mismo mediante la Decisión CMC 40/04 se crea la Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del Mercosur (RAADDHH), conformada por los organismos gubernamentales competentes en la materia y las respectivas Cancillerías³⁵. Este órgano subsidiario del Consejo del Mercado Común, cuyas actividades son coordinadas por el Foro de Consulta y Concertación Política (FCCP)³⁶, elaboró el proyecto de Protocolo sobre Compromiso en la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Mercosur, conocido como “cláusula de derechos humanos” y el proyecto de Declaración Presidencial de Asunción sobre Compromiso en la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.³⁷

Regional Organization and international Order, Oxford, 1995, p. 250 y ss.

³³ H. Barrios, *Regieren im Mercosur*, en: P. Bendel (Edit.), *Wie erfolgreich ist der Mercosur?*, Saarbrücken, 1999, p. 51 ss. Sobre las posturas del Bloque y de Brasil ver, J. Briceño Ruiz, *The New Regionalism in South America and the South American Community of Nations Paper presented at the annual meeting of the International Studies Association 48th Annual Convention, Feb 28, 2007*; G. E. Reyes/J. Briceño Ruiz, *Actualidad de la integración en América Latina y el Caribe, viejos dilemas, nuevos desafíos*, Mérida, 2006.

³⁴ Al respecto, ver J. Samtleben, *Der Südamerikanische gemeinsame Markt (Mercosur) und seine neue Verfassung*, en: *WM Tomo 44*, (1996), 1997 ss.

³⁵ Art. 1 de la Decisión CMC N° 40/04.

³⁶ Art. 2 de la Decisión CMC N° 40/04.

³⁷ MERCOSUR/RADDHH/ACTA N° 2. [http:// www.derhuman.jus.gov.ar/mercosur/area_reservada/acta_1era_reunion.pdf](http://www.derhuman.jus.gov.ar/mercosur/area_reservada/acta_1era_reunion.pdf).

El Consejo del Mercado Común mediante Decisión CMC N° 17/05 aprobó la suscripción del protocolo proyectado que fue firmado el 20 de junio de 2005³⁸. En este acuerdo los Estados parte (EP) se comprometen a “*cooperar mutuamente por la promoción y protección efectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales a través de los mecanismos institucionales establecidos en el Mercosur*” (Art. 2) y se aplicará, aún en caso de registrarse graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, en situaciones de crisis institucionales o estados de excepción en algún Estados parte (Art. 3). En estos casos se prevé la activación de un mecanismo de consultas que de ser infructuoso, habilita a los demás Estados a adoptar medidas que abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos del proceso de integración a la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes del mismo (Art. 4, 2° párrafo).

En Mercosur se constata a nivel de juridicidad una evolución muy positiva en el afianzamiento del Estado de Derecho, los derechos humanos y la democracia como pilares de la integración. En esta dirección discursiva de promoción de la democracia se inscribe la creación del Parlamento del Mercosur.³⁹ En el Protocolo constitutivo del Parlamento,⁴⁰ los EP en el Preámbulo manifiestan estar conscientes que significará “un aporte a la calidad y equilibrio institucional del Mercosur.”⁴¹ Expresamente estipulada en el Protocolo (Art. 2) está la competencia del Parlamento de “asumir la promoción y defensa permanente de la democracia”. En el Art. 3 en los numerales 1, 2 y 4 se disponen los principios que le dan contenido al objetivo mencionado supra, como, el pluralismo y la tolerancia como garantías de la diversidad de expresiones políticas, sociales y culturales de los pueblos de la región, la transparencia de la información y de las decisiones para crear confianza y facilitar la participación de los ciudadanos y el respeto de los derechos humanos en todas sus expresiones respectivamente. Corresponde a las competencias del Parlamento “velar por la preservación del régimen democrático en los Estados Partes, de conformidad con las normas del Mercosur, y en particular con el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile”. Respecto al caso venezolano y las inhabilitaciones políticas por vía administrativa se invocó la competencia del Parlamento en el mes de agosto de 2008, entendiendo éste órgano y su Comisión de Derechos Humanos como un foro para debatir asuntos vinculados a las presuntas violaciones del principio democrático y de los derechos humanos.⁴²

³⁸ No ha entrado en vigor aún, toda vez que se encuentra pendiente de depósito el instrumento de ratificación correspondiente a la República Federativa de Brasil.

³⁹ Para conocer en detalle los documentos que acompañaron todo el proceso, ver “Hacia el Parlamento del MERCOSUR, Fundación Konrad Adenauer y Comisión Parlamentaria Conjunta del MERCOSUR, 2ª. Edi., Uruguay, 2006.

⁴⁰ Decisión 23/05, XXIX CMC – Montevideo, 08/XII/05. F. Farinella, Las instituciones del MERCOSUR: la creación del Parlamento del Mercado Común, *Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR - Revista de Direito internacional e do Mercosul*, 10 (2006) 1, pp. 69-77.

⁴¹ Una corriente más crítica, al referirse a los Parlamentos nacionales, destaca que en América Latina, los parlamentos y los tribunales nacionales han sido usualmente arrastrados o mantenidos al margen en los procesos de integración. Así, los bloques regionales se han caracterizado por un “magro nivel de participación de la sociedad civil y sus representantes y por un bajo grado de institucionalización”. Ver A. Malamud, Jefes de gobierno y procesos de integración regional: las experiencias de Europa y América Latina, en: P. de Lombaerde/ S. Kochi/ J. Briceño Ruiz (Edit.): *Del regionalismo latinoamericano a la integración interregional*. Madrid: Siglo XXI, 2008.

⁴² El exalcalde Leopoldo López Mendoza inhabilitado para las elecciones de 2008 presentó su caso a la Diputada uruguaya Adriana Peña, Presidenta de la Comisión de derechos humanos del Parlasur.

Especial mención merece el Observatorio de la Democracia del Mercosur (ODM), creado a través de la Decisión CMC N° 05/07, asociado al Centro Mercosur de Promoción del Estado de Derecho (CEMPED) bajo la coordinación conjunta del CEMPED y de la Comisión de Representantes Permanentes del Mercosur (CRPM).⁴³ Asimismo significa un gran avance la creación del Instituto de políticas públicas de derechos humanos (IPPDDHH).⁴⁴ El objetivo del Instituto es contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho en los países que integran el bloque, mediante el diseño y seguimiento de políticas públicas en derechos humanos así como consolidar los derechos humanos como un eje fundamental de la identidad y desarrollo del Mercosur. Desde fines de 2010, fecha en que se nombró a su primer Secretario Ejecutivo, el IPPDH ha comenzado a llevar a cabo acciones y proyectos específicos en las temáticas vinculadas a derechos humanos en los países del Mercosur.⁴⁵ Una primera iniciativa de diálogo de este Instituto con el sistema interamericano en esta órbita garantista se manifiesta en la solicitud de opinión consultiva conjunta de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay ante la Corte IDH en relación con la temática de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes.⁴⁶ Se trata de una señal de interacción entre ambos órdenes normativos, postura que se defiende en este trabajo y que revela el constitucionalismo multinivel de nuestros tiempos.⁴⁷

III. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Suramérica no escapa del fenómeno de la globalización⁴⁸ ni de sus procesos concurrentes de democratización, internacionalización, constitucionalización y judicialización.⁴⁹ Junto

http://www.elpais.com/articulo/internacional/alcalde/suspendido/Caracas/acude/Mercosur/elpepuint/20080808elpepiint_6/Tes, Consulta: 23.10.08.

⁴³ Mercosur/CMC/DEC. N° 05/07.

⁴⁴ En su sesión del pasado 27 de julio, el Senado de la República Argentina, por unanimidad, dio media sanción al Acuerdo de Sede con el Mercosur que permite que el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur (IPPDH) funcione en Buenos Aires. <http://www.observatoriomercosur.org.uy/es/index.php>.

⁴⁵ Mercosur/CMC/DEC. N° 14/09.

⁴⁶ Véase el resumen ejecutivo en http://www.observatoriomercosur.org.uy/UserFiles/File/IPPDH_Resumen_Ejecutivo_Opinion_Consultiva_MERCOSUR_ante_CIDH_Derechos_ninos_migrantes.pdf. También la nota de prensa de la Corte IDH. http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_11_11_esp.pdf

⁴⁷ I. Pernice, *Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?*, en: *Common market law review*, Vol. 36 (1999) 4, p. 703-750. La tesis del constitucionalismo multinevel fue expuesta por Ingolf Pernices bajo la ponencia *Constitutional law implications for a state participating in a process of regional integration. German Constitution and "multilevel constitutionalism"*, German Rapport to the XV International Congress on Comparative Law, Bristol 1998, p. 2 y 3. Citado por A. Brewer-Carías, *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Caracas, 1998, p. 18. Como explicación teórica del fenómeno integracionista se ha acudido a las fórmulas *multilevel governance*, *multilevel constitutionalism* o al concepto *"postnational"* de la Constitución.

⁴⁸ M. Carbonell, *Globalización y Derecho: siete tesis*, en: *Globalización y Derechos Humanos*, L. T. Díaz Müller (coord.), México. UNAM. 2003, p. 3; S. López Ayllón, *Globalización, Estado de Derecho y Seguridad Jurídica*, México, 2004, pp. 95 y ss.

⁴⁹ M. Del Toro Huerta, *La apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVIII, núm. 112, enero-abril de 2005, pp. 325-363; *idem*, *El diálogo interjudicial entre las jurisdicciones constitucionales y los tribunales internacionales de derechos humanos. Especial referencia al sistema interamericano*, en: *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, E. Corzo Sosa (Ed.), UNAM, México, 2009, pp. 531-575, p. 532.

a la constitucionalización de la supranacionalidad vinculada a la apertura hacia los tratados internacionales de derechos humanos,⁵⁰ se constata en paralelo un proceso extenso, intenso y hasta tenso de la apertura hacia los sistemas de integración en un constitucionalismo de integración *in status nascendi*. Algún sector de la doctrina afirma la existencia de un “embrionario mercado de derechos fundamentales en base al creciente desarrollo de un nuevo orden público configurado por el sistema interamericano de derechos humanos y los paulatinos avances en la integración, producto del paso del “modelo estadocéntrico” al “modelo ultraestatal”⁵¹.

Es un lugar común hablar del cambio de paradigma en la estructura de fuentes del derecho interno, particularmente por los grados de interacción e interdependencia logrados entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional.⁵² Pero la necesidad de la deconstrucción de la pirámide kelseniana,⁵³ desdibujada para dar paso a una ima-

⁵⁰ Entre la abundante bibliografía, *Cfr.* C. Ayala Corao, La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en *El nuevo Derecho Constitucional latinoamericano*, IV Congreso venezolano de Derecho constitucional, Vol. II, Caracas 1996, *idem*, La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos y sus consecuencias, México, 2003; A. Brewer-Carías, “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina”, *Revista IIDH*, Vol. 46, pp. 215-267; M. E. Góngora Mera, El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad, enero 19 de 2007. Disponible en: http://www.nmrz.de/wp-content/uploads/2009/11/BloqueConstitucionalidad_Argentina_impunidad.pdf. Consulta: 15.03.2012; G. Aguilar Cavallo, La internacionalización del Derecho Constitucional, en: *Estudios constitucionales*, Año 5, Nº 1, Chile, 2007, pp. 223-281; H. Fix-Zamudio, *Relaciones entre los tribunales constitucionales latinoamericanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en: *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, E. Corzo Sosa (Ed.), UNAM, México, 2009, pp. 599-695; C. Nash, Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos, Ponencia presentada en el Simposio Humboldt: Internacionalización del Derecho Constitucional- Constitucionalización del Derecho Internacional, Buenos Aires, 2010. Disponible en: [http://www.cdh.uchile.cl/articulo los/Nash/ Charla relacion derecho internacional-derecho constitucional.pdf](http://www.cdh.uchile.cl/articulo%20los/Nash/Charla%20la%20relacion%20derecho%20internacional-derecho%20constitucional.pdf). Consulta: 22.11. 2011; E. Ferrer Mac-Gregor, Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez Mexicano, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 9, Nº 2, 2011, pp. 531-622; L. García Jaramillo, “El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del Derecho. El caso colombiano”, en: *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, Año XLV, núm. 33, enero-abril 2012, pp. 93-118, p. 94 y ss; G. Lübke-Wolff, Justicia constitucional y justicia internacional: cooperaciones, conflictos y tensiones, en: G. Capaldo/ J. Sieckmann/ L. Clérico, *Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional*, EUDEBA/ Fundación v. Humboldt, Buenos Aires, 2012 (en prensa).

⁵¹ I. A. Damsky, La internacionalización del ordenamiento jurídico argentino. Su caracterización a la luz del sistema interamericano de derechos humanos y la incipiente integración comunitaria del Mercosur, en: *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Vol. 3, Torino, 2010, pp. 924-943; *idem*, La construcción del Derecho a la salud en Argentina a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos, p. 172. Disponible en: [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/ 2252/10.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2252/10.pdf). Consulta 03.03.2012.

⁵² *Cfr.* A. Gordillo, La creciente internacionalización del Derechos, en: *Perspectivas del Derecho Administrativo en el siglo XXI*, Jorge Fernández Ruíz (Coord.), UNAM, México, 2002, pp. 71-92; G. Aguilar Cavallo, “El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de Derecho Internacional Público”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, núm. 1 (2006), pp. 117-154.

⁵³ A. von Bogdandy, Configurar la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional, en: la justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?, A. von Bogdandy/E. Ferrer Mac Gregor/Mariela Morales Antoniazzi, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (UNAM), Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público,

gen de trapecio,⁵⁴ también encuentra su fundamento en la apertura hacia el derecho de la integración, como corolario de la desmitificación de la soberanía⁵⁵ y la obsolescencia del concepto clásico de un Estado cerrado.⁵⁶ El sistema legal territorialista y jerárquico ha sido reemplazado por un sistema jurídico plural en el que se entrecruzan principios, normas y regulaciones de los órdenes internacional, supranacional y estatal a la manera de “redes horizontales de colaboración” dando lugar a una nueva dogmática.⁵⁷ Existen distintas conceptualizaciones para describir las estructuras constitucionales permeables de las Constituciones estatales hacia la integración, como es el caso de los Estados miembros de la Unión Europea (UE).⁵⁸

México, 2010, pp. 559-582; L. M. Pinto Bastos Júnior/T. Y. Guenka Campos, Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos, en: *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, vol. 1, n. 19, jun./dez 2011, p. 34.

⁵⁴ Conforme a la descripción de Pizzolo se denota un achatamiento del triángulo superior de la pirámide kelseniana, de modo de configurarse más bien un trapecio. *Cfr.* C. Pizzolo, Los mecanismos de protección en el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho interno de los países miembros. El caso argentino. En: Méndez Silva (Coord.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, N° 98. 2002, p. 514. Citado por M. E. Góngora Mera, enero 19 de 2007, El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad.

Disponible en: http://www.nmrz.de/wp-content/uploads/2009/11/Bloque_Constitucionalidad_Argentina_impunidad.pdf; *Cfr.* también V. Bazán, *La interacción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho interno en Argentina*, Estudios Constitucionales, Año 5, N° 2, Chile, 2007, pp. 137-183.

⁵⁵ Al revisar las bases empíricas y teóricas acerca del eclipse del Estado-nación Held afirma que la globalización lo que ha generado son nuevos patrones de la acción política del Estado, a tono con la creación de un sistema de centros de poder múltiples y esferas de autoridad superpuestas. *Cfr.* D. Held, “Conclusions”, en D. Held, A. Mc-Grew, *et al.*, *Global Transformations. Politics, Economics and Culture*, Stanford, 1999. Dentro de la extensa bibliografía, *Cfr.* J. Kokott, *Souveräne Gleichheit und Demokratie im Völkerrecht*, en: *ZaöRV*, Vol. 64 (2004), 517-533. Ver también J. C. DUEÑAS MUÑOZ, Soberanía y Estado constitucional: su importancia en la integración y en el Derecho Comunitario, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2007, pp. 741-760; M. KAPLAN, Estado y Globalización, Serie Doctrina Jurídica Núm. 90, UNAM, México, 2002; J. CARPIZO, Globalización y los principios de soberanía, autodeterminación y no intervención, en *Anuario Mexicano de Derecho Constitucional*, Vol. IV, 2004, pp. 117-148. Para el caso del Mercosur, *Cfr.* A. R. Vázquez, “Soberanía, supranacionalidad e integración: la cuestión en los países del Mercosur”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, 2001, pp. 233-244.

⁵⁶ C. Calliess, 60 Jahre Grundgesetz – ein Jubiläum im Lichte der Europäisierung, *AnwBl* 7/2009, p. 478.

⁵⁷ J. P. Pampillo Baliño, The legal integration of the American continent: an invitation to legal science to build a new *ius commune*, en: *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 17:3, pp. 517-553, p. 519; R. Bustos Gisbert, Integración y pluralismo de Constituciones. Hacia una red de constituciones o un constitucionalismo en red, en: *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: Un análisis desde la Unión Europea*, A. Saiz Arnaiz, M. Morales-Antoniazzi, J. I. Ugartemendia Eceizabarrena (Coord.), País Vasco, 2011.

⁵⁸ Por ejemplo, el paradigmático Art. 23 de la Ley Fundamental alemana o el Art. 93 de la Constitución española. *Cfr.* J. A. FROWEIN, Die Europäisierung des Verfassungsrechts, en: P. BADURA/H. DREIER, *Festschrift des Bundesverfassungsgerichts*, Tomo I, 2001, pp. 209-210.

En este sentido se propone adoptar un enfoque,⁵⁹ novedoso para América Latina,⁶⁰ fundamentado en el concepto jurídico-institucional de típico origen germánico de estatalidad (*Staatlichkeit*), para analizar el fenómeno de la estatalidad abierta (*offene Staatlichkeit*), bajo su construcción en el contexto integrado,⁶¹ dado el impacto que esta constelación arroja como *conditio sine qua non* de la supranacionalidad.

Desde hace varias décadas el concepto alemán de estatalidad abierta (*offene Staatlichkeit*) acuñado por Klaus Vogel⁶² describe la apertura de la esfera de competencias del derecho interno del Estado, es decir, la permeabilidad del ordenamiento jurídico nacional.⁶³ Este término permeabilidad,⁶⁴ proveniente del latín *permeabilis* y que significa en sentido literal penetrable o traspasable,⁶⁵ en sentido jurídico se entiende como la cualidad de un ordenamiento jurídico de permitir la incorporación de principios y contenidos normativos provenientes de otro régimen jurídico,⁶⁶ representando un mecanismo de entrelazamiento normativo.⁶⁷ Se admite la penetración cada vez más potente del derecho internacional en el derecho interno⁶⁸ y este es también el caso de interamericanización y mercosurización de los órdenes

⁵⁹ Este enfoque ha sido expuesto y desarrollado por la autora de este artículo, en una investigación más amplia sobre el tema de la protección supranacional de la democracia. Conferencias dictadas en encuentros académicos del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público

⁶⁰ Hasta ahora se ha empleado la noción háberliana de “Estado constitucional cooperativo” para explicar que el Estado ya no está centrado en torno a sí mismo, sino que está disponible como una referencia para otros Estados Constitucionales miembros de una comunidad, en el que adquieren gran relevancia los derechos humanos y fundamentales. *Cfr.* Peter HÄBERLE, El Estado constitucional, Trad. de Hector Fix-Fierro, UNAM, México, 2003, p. 75-77. La obra del Profesor Häberle ha sido traducida al español y ha encontrado eco en la región. Entre otras traducciones figuran Peter HÄBERLE, La libertad fundamental en el Estado constitucional, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997; *idem*, La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001; *idem*, El Estado Constitucional, Buenos Aires, 2007. Al idioma portugués, Peter Häberle, Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, 1997; Gilmar Mendes/André Rufino do Vale, O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, en: Observatório da Jurisdição Constitucional, Año 2, 2008/2009, p. 2. En España, Peter HÄBERLE: Retos actuales del Estado constitucional, IVAP, Ónati, 1996, *idem*, Libertad, igualdad y fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional, Madrid, 1998; *idem*, Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura, Madrid, 2000; *idem*, Pluralismo y Constitución: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta, Madrid, 2002.

⁶¹ Para el caso europeo, *Cfr.* Schuppert/Pernice/Halter (eds.), Europawissenschaft, 2005, p. 147 (160).

⁶² K. Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit, 1964, p. 42.

⁶³ K. P. Sommermann, Offene Staatlichkeit Deutschland, en: Handbuch Ius Publicum Europaeum, Tomo II, Offene Staatlichkeit, Wissenschaft vom Verfassungsrecht, Heidelberg, 2008, núm. marginal 12.

⁶⁴ Es un concepto tomado de lo biológico para explicar lo social, que es un técnica usual, por cuanto las extrapolaciones son herramientas útiles para interpretar cambios de paradigmas propios de todas las ciencias

⁶⁵ *Cfr.* Diccionario de la Real Academia Española.

⁶⁶ M. Wendel, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich, 2011, p. 71.

⁶⁷ M. Nettesheim, Europäischer Verfassungsverbund?, en: *Festschrift J. Isensee*, 2007, p. 733, 736.

⁶⁸ L. Ríos Álvarez, “El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las Constituciones modernas”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 66, 2004, pp. 25-59.

estatales. Todas las Constituciones de los Estados Partes del Mercosur, con sus matices, estipulan cláusulas de apertura,⁶⁹ que funcionan como bisagras⁷⁰ para que penetre el derecho mercosureño en el derecho interno.⁷¹ Si aunque sólo se admitiera una quasi supranacionalidad del Mercosur,⁷² la cláusula democrática entraría en ese núcleo del carácter supranacional para obligar a los Estados Partes.⁷³

IV. ALCANCE DE LA JURIDICIDAD DE LA CLÁUSULA

Desde la perspectiva sostenida en este trabajo, la cláusula democrática del Mercosur abarca las tres dimensiones que el mismo principio tiene en Europa,⁷⁴ aun cuando las normas que la regulan también deben ser precisadas en su contenido, atendiendo a los distintos instrumentos jurídicos (desde la Declaración de los Presidentes, pasando por el Protocolo de Ushuaia así como las decisiones del CMC 40/04, 23/05 y la 05/07). La democracia es condición *sine qua non* para el ingreso al bloque, cuando se violan los principios democráticos se activa el procedimiento de sanción y constituye igualmente una condición para los acuerdos de cooperación.

En primer lugar, el Art. 1 del Protocolo de Ushuaia postula la democracia como principio y como valor común de los Estados parte (EP), lo que se ratifica claramente en los Consi-

⁶⁹ A. Perotti, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria. Estudio sobre los Estados del Mercosur*, Tomos I y II, Montevideo, 2004. Para un estudio constitucional sobre las cláusulas hacia la integración, Cfr. A. Brewer-Carías, *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Caracas, 1998.

⁷⁰ Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004 v. 13. 12. 2004, Boletín Oficial del Estado núm. 3, Suplemento, V. 4. 1. 2005, p. 5, 9 (II 3).

⁷¹ E. J. Bergamaschine Mata Diz, “El Sistema de Internalización de normas en el Mercosur: la supranacionalidad plena y la vigencia simultánea”, en: *Revista Ius et Praxis*, 11 (2), Talca, 2005, pp. 227-260.

⁷² Alejandro Pedotti destaca que la primacía del derecho Mercosur sobre el ordenamiento interno, resulta de la propia naturaleza (comunitaria) de la norma regional y no de permisiones o autorizaciones del derecho nacional, del Derecho Internacional, de la jurisprudencia o de la doctrina. Cfr. A. D. Perotti, *Estructura Institucional y Derecho en el Mercosur*, RDIM, año 06, n. 01, Argentina, 2002, p. 92.

⁷³ A título paradigmático puede mencionarse que la norma más citada por los Tribunales Supremos de Justicia y por otros tribunales de los Estados Partes es la Declaración Socio laboral, instrumento en estricto sentido no vinculante, pero invocado en la praxis jurisdiccional como herramienta de interpretación de los casos. Cfr. A. Dreyzin de Klor, A. D. Perotti, *El rol de los tribunales nacionales de los Estados del Mercosur*, Córdoba, 2009, p. 89 y ss. Sobre la primacía del Derecho del Mercosur se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, sala constitucional, como por ejemplo en fecha 30/11/2009, Acción de Inconstitucionalidad c. Arts. 9 y 10 de la Ley 1095/84 y Dec. N° 1731/09. (Ac. y Sent. N° 856), publicado en La Ley Online.

⁷⁴ En análisis comparado, vale la pena ver la posición del Prof. Hummer en el sentido de que en una unión aduanera como el Mercosur no requiere una cláusula democrática. W. HUMMER, *Demokratisierungsklauseln in regionalen Präferenzzonen*, Berlin, 2001. La Unión Europea (UE) ha servido de inspiración al Mercosur. El ex presidente de Brasil Lula da Silva ha expresado que “el mundo no tiene derecho a permitir que la UE acabe porque ya es patrimonio democrático de la humanidad”. Existen autores que ponen en entredicho el experimento europeo de gobernanza democrática transnacional y de redefinición de la ciudadanía en clave cosmopolita, considerando que la actual crisis europea, quizás la más aguda de su historia, en gran medida obedece a “una profunda crisis de legitimidad democrática. De ella se nutren, además, los populismos de derecha que amenazan con “renacionalizar” la política y la ciudadanía europea.” Cfr. J. A. Sanahuja, *América Latina y la crisis europea: ¿una relación más equilibrada?*, en: *Nueva sociedad*, Marzo 2012.

derandos de las decisiones del CMC antes citadas. La democracia representa el fundamento de las Constituciones de los EP e impregna en consecuencia todo el orden jurídico del Mercosur. Se trata, como también lo muestra la experiencia europea, de una influencia recíproca entre las normativas constitucionales de los EP y el ordenamiento constitucional en sentido material del propio Mercosur.

En segundo lugar, el Art.1 del Protocolo de Ushuaia adquiere una máxima significación como condición para el ingreso al Mercosur y si hay ruptura del orden democrático, se activa el procedimiento de sanción previsto a partir del Art. 2 del Protocolo. Podría argumentarse que las formulaciones de las normas del Protocolo son vagas e imprecisas.⁷⁵ Pero aún cuando la norma no sea detallada, la razón y fuerza jurídica de la cláusula democrática queda fuera de duda al pertenecer al derecho primario y cumplir una función central para el proceso de ampliación del Mercosur.⁷⁶

En tercer lugar, el mandamiento de la cláusula también rige para el caso de los convenios de cooperación⁷⁷, como se verifica en la praxis del Mercosur.⁷⁸ Según el Art. 2 de la Decisión Nº 18, los convenios de asociación entre el Mercosur y otros Estados (por ejemplo Colombia,⁷⁹ Ecuador,⁸⁰ Venezuela como asociado⁸¹) todos contienen la cláusula democrática, la cual también ha jugado un papel determinante en el diálogo político con la Unión Europea. En esta dirección se inscriben todas las Declaraciones de las Cumbres Europa, América Latina y el Caribe, que siempre mencionan la democracia como condición de la asociación estratégica.⁸²

Al admitir que la democracia abarca la referida tridimensionalidad surgen las interrogantes acerca de qué debe entenderse por “plena vigencia de las instituciones democráticas” (Art. 1 del Protocolo de Ushuaia) y qué significa “ruptura del orden democrático” (Arts. 2 y 3 *ejusdem*), concepción en la que se sustentan fundamentalmente la condicionalidad así como

⁷⁵ La misma crítica se hace a la norma europea, *Cfr.* J. Zeh, *Recht auf Beitritt? Ansprüche der Kandidatenstaaten gegen die Europäische Union*, en: C. Calliess/H. Isak (Edit.), *Der Konvent sentwurf für eine EU-Verfassung im Kontext der Erweiterung*, Baden-Baden, p. 81.

⁷⁶ Para un análisis amplio, *Cfr.* A. Dreyzin, M. Morales Antoniazzi, *La ampliación del Mercosur: El caso Venezuela*, Buenos Aires, 2009.

⁷⁷ Puede argumentarse incluso que sea un reflejo justamente del Art. 177 parágrafo 2 TCE.

⁷⁸ Decisión CMC 18/04 - Régimen de participación de los Estados Asociados al Mercosur; Decisión CMC 28/04 - Acuerdos celebrados con Estados Asociados del Mercosur.

⁷⁹ Decisión CMC 44/04 - Atribución a la República de Colombia de la condición de Estado Asociado del Mercosur.

⁸⁰ Decisión CMC 43/04 - Atribución a la República del Ecuador de la condición de Estado Asociado del Mercosur.

⁸¹ Decisión CMC 42/04 - Atribución a la República Bolivariana de Venezuela de condición de Estado Asociado del Mercosur.

⁸² Véase: Primera Cumbre entre los Jefes de Estado y de Gobierno de América Latina y el Caribe y la Unión Europea, Río de Janeiro, 28 y 29 de junio de 1999, Declaración de Río de Janeiro en: <http://www.oei.es/cumbrerio.htm>; Cumbre UE-América Latina & el Caribe: Conclusiones 17-18 de mayo de 2002, Declaración política, Compromiso de Madrid en: http://ec.europa.eu/world/lac/docs/madrid/dec_02_es.pdf; III Cumbre Unión Europea-América Latina y el Caribe, Guadalajara México, 28 y 29 de Mayo de 2004, en: http://ec.europa.eu/world/lac/docs/guadal/decl_polit_final_es.pdf; Cuarta Cumbre Unión Europea -América Latina y Caribe, Viena, Austria, 12 de mayo de 2006, Declaración de Viena, en: http://ec.europa.eu/world/lac/docs/vienna/declaration_es.pdf.

la sanción. En la doctrina se cuestiona la carencia de definición de *orden democrático* así como la duda que emerge en cuanto a comprender también las “amenazas” dentro de la llamada ruptura del *orden democrático*.⁸³

Pueden mencionarse dos vertientes que llenan de contenido a la cláusula democrática del Mercosur. Por una parte, las propias Constituciones de los EP predeterminan los rasgos de la cláusula, pues las Constituciones de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay consagran el valor democrático y definen al Estado como democrático.⁸⁴ Los textos constitucionales estipulan, con sus matices, las cláusulas de apertura de la estatalidad hacia la integración regional⁸⁵ y hacia la garantía de los derechos humanos mediante tratados internacionales,⁸⁶ de modo que existen vasos comunicantes entre los distintos órdenes normativos. Por otra parte, los perfiles de la cláusula se concretan mediante el acervo normativo interamericano⁸⁷ —léase la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (DADH),⁸⁸ la Convención Americana sobre derechos humanos (CADH),⁸⁹ la Carta de la OEA⁹⁰ y la Carta Democrática

⁸³ Andrea Ribeiro Hoffmann opina que la cláusula democrática del Mercosur tiene restricciones fundamentales, pues termina dependiendo de consensos políticos sobre las definiciones de significado del concepto de democracia, así como de ruptura democrática. Un análisis detallado del caso Paraguay, en: A. Ribeiro Hoffmann, (2005), *Avaliando a influência das organizações regionais de integração sobre o caráter democrático dos regimes de seus Estados Partes: o caso do Mercosur e o Paraguai*. Cena internacional v.2.

⁸⁴ Sobre una postura crítica dado el carácter declarativo de las Constituciones de América Latina, ver M. Neves, *Lateinamerikanische Verfassungen: Zwischen Autokratismus und Demokratisierung*, en: *Verfassung und Recht in Übersee*, 30 (1997), p. 503 ss; idem, *Symbolische Konstitutionalisierung*, Berlin, 1998.

⁸⁵ A. Perotti, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*, Tomos I y II, Montevideo, KAS, 2004.

⁸⁶ P. Carazo, “El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica”, en A. von Bogdandy, C. Landa/M. Morales Antoniazzi (eds.), *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, CEP/Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Cuadernos y debates 197, Madrid, 2009, p. 255 ss. *Cfr.* también M. E. Góngora Mera, *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, Inter-American Institute of Human Rights, San José, C.R., 2011, p. 65 ss.

⁸⁷ Algunos antecedentes importantes son la Conferencia de Chapultepec en México en 1945 y la Declaración de Santiago de 1959, Resolución XXVII de la Quinta Reunión Consultiva de los Ministros de Relaciones Exteriores, Acta Final, OEA/Ser.C/II.5, p. 4-6.

⁸⁸ La DADH además de consagrar los derechos políticos y el derecho/deber del sufragio, contempla la referencia a la democracia en el Artículo XXVIII: Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.

⁸⁹ El Art. 23 de la CADH regula el derecho: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

⁹⁰ La propia Carta de la OEA en su preámbulo declara que la democracia representativa “es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región” y a continuación reitera “dentro del marco de las instituciones democráticas”. En su Art. 2 b) la Carta dispone como uno de sus propósitos esenciales el “promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención”. Asimismo, el Art. 3 d) afirma que “La solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa”.

Interamericana (CDI)⁹¹— junto a la jurisprudencia interamericana, que son una especie de espejo de las preferencias colectivas de los Estados Parte⁹² y que reconoce a la democracia representativa como “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”⁹³. Este enfoque de la complementariedad⁹⁴ y la penetración del derecho interamericano⁹⁵ es un rasgo básico del constitucionalismo multinevel.⁹⁶ Si bien en América Latina existe una acentuada tendencia a lograr la protección de la democracia por actos concertados no convencionales (*non-binding agreements*) y adoptar una forma “alternativa” de homogenización y hasta armonización, no con instrumentos jurídico-coercitivos, sino a través de la persuasión y estandarización (*soft law*)⁹⁷, la relevancia adquirida y el grado de penetración de los estándares interamericanos y mercosureños impactan de modo obligatorio en los poderes públicos de los Estados.

En este trabajo se adopta como parámetro la Carta Democrática Interamericana (CDI), que tiene la función de ser una especie de “cláusula de corte transversal” constitucional. La CDI representa un importante avance para el afianzamiento del paradigma democrático y la protección internacional de la democracia en las Américas. De conformidad con el Art. 3 de

⁹¹ OEA, Carta Democrática Interamericana, AG/Res.1 (XXVIII-E/01) (11.09.2001).

⁹² N. Ramis, La OEA y la promoción de la democracia en las Américas: un objetivo en construcción, Institut Català Internacional per la Pau, ICIP Working papers, 2010/07, Barcelona, noviembre 2010, p. 8 ss. [http://www20.gencat.cat/docs/icip/Continguts/Publicacions/Working Papers/Arxiu/WP10_7_CAST.pdf](http://www20.gencat.cat/docs/icip/Continguts/Publicacions/Working%20Papers/Arxiu/WP10_7_CAST.pdf) (consulta 11.04.2011).

⁹³ Opinión Consultiva OC-6/86 de la Corte IDH de 9 de mayo de 1986, “La Expresión ‘Leyes’ en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, par. 34. Para un análisis exhaustivo de la jurisprudencia de la Corte IDH en el tema “democracia”, Cfr. A. Aguiar, *El derecho a la democracia. La democracia en el Derecho y la Jurisprudencia Interamericanos. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*, Colección Estudios Jurídicos, Nº 87, Editorial Jurídica Venezolana/Observatorio Iberoamericano de la Democracia, Caracas, 2008. Cfr. A. Aguiar, *El Derecho a la democracia. La democracia en el Derecho y la Jurisprudencia Interamericanos. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*, Colección Estudios Jurídicos, Nº 87, Editorial Jurídica Venezolana/ Observatorio Iberoamericano de la Democracia, Caracas, 2008; A. R. Brewer-Carías, “El derecho administrativo y el derecho a la democracia: una nueva perspectiva para el necesario equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos del administrado”, Video Conferencia en las Jornadas Académicas inaugurales del departamento de Derecho Administrativo, 2008, Facultad de Derecho, Universidad Externado de Colombia, New York-Bogotá, 13 de febrero de 2008.

⁹⁴ F. Piovesan, Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional, en, “Direitos Humanos, Democracia e República”, Coordinadores Maria Victoria de Mesquita Benevides, Gilberto Bercovici y Claudineu de Melo, Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2009, p. 460 y ss. Ver también V. Bazán, Mercosur y derechos humanos: panorama, problemas y desafíos, en: *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica. Avançando no diálogo constitucional e regional*, (Coord.) A. von Bogdandy, F. Piovesan, M. Morales Antoniazzi, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, pp. 473-529.

⁹⁵ Una visión general en A. Saiz Arnaiz, M. Morales-Antoniazzi, J. I. Ugartemendia Eceizabarrena (Coord.) Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: Un análisis desde la Unión Europea, País Vasco, 2011.

⁹⁶ M. E. Góngora mera, Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication, Inter-American Institute of Human Rights, San José, C.R. 2011.

⁹⁷ M. Montegudo Valdez, Construcción europea y liberalización económica en América Latina: Desafíos comunes en la evolución del Derecho Internacional Económico, en: *Cuadernos Europeos de Deusto*, Nº 43/2010, Bilbao, 2010, 91-114, p. pp. 106-108.

la Carta, “son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”. Por su parte el Art. 4 define como componentes fundamentales del ejercicio de la democracia, “la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia”.

La CDI contempla estándares que encarnan la tradición jurídica del continente americano en materia de promoción democrática. Entre sus aristas consideradas claves figuran la doble condicionalidad entre democracia y derechos humanos (Art. 7 y 8), los derechos económicos, sociales y culturales –DESC– como *conditio sine qua non* de la democracia interamericana (Art. 13)⁹⁸ la estrecha relación entre la pobreza y el bajo nivel de desarrollo con la consolidación democrática. (Art. 11-16) y la preservación de la institucionalidad democrática (Art. 17 al 22). Este es el núcleo, significado y alcance del “orden democrático” al que también se refiere el Protocolo de Ushuaia y el Protocolo de Asunción, que remite expresamente al sistema regional de protección de los derechos humanos.⁹⁹

En cuanto al término ruptura, pareciera deducirse de una interpretación literal del Protocolo de Ushuaia que el principio democrático sólo irradiaría su fuerza impositiva en caso de “ruptura” y la cláusula democrática sólo sería aplicable cuando ésta ocurra y no ante una “amenaza o riesgo”. Sin embargo, tanto en el antecedente histórico por excelencia en el contexto del Mercosur como fue la crisis en Paraguay (1996) y en las crisis recientes de los Estados Asociados del Mercosur Bolivia (2008) y de Ecuador (2010) se ha aludido a la cláusula democrática, sin llegar a aplicarla, rechazándose los “intentos” de desestabilización democrática.¹⁰⁰

Es absolutamente admitido que se considera violación del orden democrático cuando se está en presencia de un golpe militar que derroque a un gobierno electo democráticamente. Surge en cambio una discusión –de alto contenido político más que jurídico– cuando se está frente a otro tipo de violaciones al orden democrático como son por ejemplo la falta de separación e independencia de los poderes públicos o las violaciones a los derechos humanos,

⁹⁸ M. Buonghermini P., Carta de derechos fundamentales de Mercosur, disponible en http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/setimoEncontroConteudoTextual/anexo/Carta_de_Direitos_Humanos_Maria_Mercedes_Buonghermini.pdf (consulta 25-08-2011).

⁹⁹ El sexto considerando dispone: “REAFIRMANDO los principios y normas contenidas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos regionales de derechos humanos, así como en la Carta Democrática Interamericana. Mercosur/CMC/DEC. N° 17/05, Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Mercosur. http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Decisiones/ES/CMC2005-06-19NOR-DEC17ESProtDD-HH-MCS.PDF

¹⁰⁰ Las declaraciones se han formulado en el marco de UNASUR. Véase la Declaración de La Moneda http://www.sela.org/attach/258/EDOCS/SRed/2010/09/T023600002978-0-Declaracion_de_La_Moneda_15_de_septiembre_de_2008.pdf. En el caso de Ecuador, véase <http://www.Pptunasur.com/contenidos.php?id=1090&tipo=5&idiom=1>.

para mencionar sólo algunos rasgos de pérdida de legitimidad democrática.¹⁰¹ Algunos autores argumentan que la cláusula adolece de limitaciones y no regula con claridad este tipo de supuestos.¹⁰² Contrariamente, en éste análisis se argumenta que la aplicabilidad de la cláusula democrática no puede quedar reducida a los supuestos de ruptura del orden democrático a través de golpes de Estado militares.¹⁰³

En la cumbre del Mercosur de diciembre de 2011 se aprobó el Protocolo de Montevideo sobre compromiso con la democracia en el Mercosur (Ushuaia II)¹⁰⁴ y el proceso de firma por los diez países suramericano concluyó a fines de febrero de 2012.¹⁰⁵ En efecto, los cuatro Estados Partes del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) y los Estados Asociados (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) ratifican la co-imbricación entre la protección de la democracia y los derechos humanos, ya que bajo el considerando que la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración entre las Partes así como reiterando el compromiso con la promoción, defensa y protección del orden democrático, del estado de derecho y sus instituciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales, como condiciones esenciales e indispensables para el desarrollo del proceso de integración y para la participación en el Mercosur, establecen como objeto del instrumento aplicarlo “en caso de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático, de una violación del orden constitucional o de cualquier situación que ponga en riesgo el legítimo ejercicio del poder y la vigencia de los valores y principios democráticos”.¹⁰⁶

Si bien no se entrará a analizar este Protocolo II, que pretende sustituir al Protocolo de Ushuaia, por cuanto apenas ha comenzado el proceso de ratificación por parte de cada uno de los Estados, es necesario poner de relieve la polémica¹⁰⁷ que ha generado por la laxitud de la formulación de las disposiciones así como por el abanico de las medidas contempladas para el caso de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático,¹⁰⁸ sin precedente.

¹⁰¹ En cuanto a los parámetros jurídicos basta revisar los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁰² A. Ribeiro Hoffmann (2007), *Political conditionality and democratic clauses in the EU and Mercosur*, en: A. Ribeiro Hoffmann & A. van der Vleuten (eds) *Closing or Widening the Gap? Legitimacy and Democracy of Regional International Organizations*. Hampshire: Ashgate Publishing Group.

¹⁰³ Un dato empírico importante lo recoge el *Latinobarómetro 2010*: 18 Presidentes no pudieron concluir sus mandatos, pero la gran mayoría por diversas razones al golpe militar. *Cfr.* Informe de *Latinobarómetro 2010*, p. 58.

¹⁰⁴ Protocolo de Montevideo sobre compromiso con la democracia en el Mercosur (Ushuaia II). http://www.mmrree.gob.ec/2011/protocolo_mercosur_1211.pdf

¹⁰⁵ Colombia fue el último en firmar el Protocolo por medio de su Embajador. Véase nota de prensa en: <http://www.ultimahora.com/notas/507547-Embajador-de-Colombia-firma-protocolo-de-Ushuaia-II>. Consulta el 16-03-2012.

¹⁰⁶ Véase Art. 1 del Protocolo.

¹⁰⁷ En Paraguay la Comisión Permanente del Congreso Nacional rechazó en enero 2012 el texto del protocolo y la Cámara de Senadores ha requerido informe al Poder Ejecutivo, en plazo perentorio, sobre el alcance de este acuerdo regional. *Cfr.* noticias de Prensa en *abc Paraguay*. <http://www.abc.com.py/nota/pediran-informes-al-ejecutivo-sobre-el-protocolo-de-ushuaia-ii/>

¹⁰⁸ Véase el Art. 6: En caso de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático en una Parte del presente Protocolo, los Presidentes de las demás Partes -o en su defecto sus Ministros de Relaciones Exteriores en sesión ampliada del Consejo del Mercado Común, podrán establecer, entre otras,

Siguiendo los parámetros interamericanos, en particular los establecidos en la Carta Democrática Interamericana, se pasa a examinar la condicionalidad para la adhesión del Estado venezolano, que además fue invocada en los sucesos de abril de 2002 en ese país.¹⁰⁹

V. LA CONDICIONALIDAD DEMOCRÁTICA Y EL INGRESO DE VENEZUELA

Una premisa ineludible: el Art. 12 del Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur, instrumento adicional al Tratado de Asunción, regula que el mismo “entrará en vigencia el trigésimo día contado a partir de la fecha de depósito del quinto instrumento de ratificación”.

Esta circunstancia aún no ha ocurrido y por tanto resultaría inoportuno por extemporáneo establecer conclusiones categóricas respecto al ingreso de Venezuela al Mercosur. Por tratarse de un tema abierto al debate, se presenta una aproximación desde el momento actual y limitado a algunos estándares del sistema interamericano.

En efecto, para abordar el caso de la adhesión de Venezuela al Mercosur, que desde el año 2000 ha definido la integración con una dimensión amplia y multifacética¹¹⁰ que lleva de la mano la estrecha vinculación con la salvaguarda de los derechos humanos, se estima conveniente focalizar este escrutinio en función de los indicadores que arroja el sistema interamericano.

Tanto los últimos informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) denotan serias críticas en lo concerniente al cumplimiento de los elementos y componentes

las medidas que se detallan a continuación: a.- Suspender el derecho a participar en los distintos órganos de la estructura institucional del MERCOSUR. b.- Cerrar de forma total o parcial las fronteras terrestres. Suspender o limitar el comercio, tráfico aéreo y marítimo, las comunicaciones y la provisión de energía, servicios y suministros. c.- Suspender a la Parte afectada del goce de los derechos y beneficios emergentes del Tratado de Asunción y sus Protocolos, y de los Acuerdos de integración celebrados entre las Partes, según corresponda. d.- Promover la suspensión de la Parte afectada en el ámbito de otras organizaciones regionales e internacionales. Promover ante terceros países o grupos de países la suspensión a la Parte afectada de derechos y/o beneficios derivados de los acuerdos de cooperación de los que fuera parte. e.- Respalda los esfuerzos regionales e internacionales, en particular en el marco de las Naciones Unidas, encaminados a resolver y a encontrar una solución pacífica y democrática a la situación acaecida en la Parte afectada. f.- Adoptar sanciones políticas y diplomáticas adicionales. Las medidas guardarán la debida proporcionalidad con la gravedad de la situación existente; no deberán poner en riesgo el bienestar de la población y el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales en la Parte afectada; respetarán la soberanía e integridad territorial de la Parte afectada, la situación de los países sin litoral marítimo y los tratados vigentes.

¹⁰⁹ *Cfr.* Informe del Secretario General de la OEA en cumplimiento de la resolución CP/RES. 811 (1315/02) en desarrollo del Artículo 20 de la Carta Democrática para investigar los hechos ocurridos el 11 y 12 de abril, y emprender las gestiones necesarias, incluidos los buenos oficios, para promover la más pronta normalización de la institucionalidad democrática. El Secretario General se pronunció sobre la alteración del orden constitucional, consideró “oportuno mirar aspectos de la vida institucional del país en relación con disposiciones de la Carta Democrática. Tuvo lugar un proceso de apoyo a la democracia venezolana, se instaló una “Mesa de Negociaciones” con participación del Gobierno venezolano y de la oposición bajo la mediación del ex-Secretario General de la OEA, César Gaviria, buscando una salida democrática a la crisis, proceso que concluyó en 2004. http://www.oas.org/xxxiiiga/espanol/documentos/informe_venezuela.htm.

¹¹⁰ Programa de Gobierno 2000. *Cfr.* E. Cardozo, Venezuela en la Comunidad Andina, Aldea Mundo, Año 8, N° 16, p. 32.

fundamentales de la democracia recogidos en la citada Carta Democrática Interamericana, que, según la tesis aquí sostenida, deben guiar la interpretación de la cláusula consagrada en el Protocolo de Ushuaia porque representan el consenso de la región sobre el contenido de la democracia.¹¹¹

A título ilustrativo, siguiendo un orden cronológico, se mencionan algunos datos relevantes demostrativas de que Venezuela enfrenta situaciones que afectan seria y gravemente el goce y disfrute de los derechos fundamentales, consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana. En el Informe de 2003 la CIDH destaca su preocupación con relación a la extrema polarización política y la violencia que caracteriza los enfrentamientos entre los manifestantes de distintos sectores, la falta de aplicación cabal de la Constitución, “especialmente para la designación de las máximas autoridades del Tribunal Supremo de Justicia y del Poder Ciudadano, la percepción de la falta de independencia de los poderes del Estado, la creciente concentración de poder en el Ejecutivo Nacional, la impune actuación de los grupos civiles armados y de los grupos de exterminio, la tortura como práctica en los centros de detención, la tendencia a la confrontación y descalificación de la oposición política tradicional por parte del Gobierno, los constantes ataques contra periodistas y medios de comunicación, la tendencia hacia una militarización de la administración pública mediante el rol cada vez más protagónico de las Fuerzas Armadas, la politización de los cuerpos policiales, la creciente radicalización de las posturas políticas en un contexto de gran descontento social ante la insatisfacción de las demandas sociales, las controversias con relación al ejercicio de los derechos sindicales y el clima de marcada intolerancia política”.¹¹² En el Informe de 2004 la CIDH ratifica su preocupación por las “las continuas expresiones de desconocimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos emitidas por diversas autoridades del Estado” en base al argumento de que se encuentran en contravención con “la soberanía nacional y responden a una concepción intervencionista de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos que carece de todo fundamento legal.”¹¹³

En el año 2005, la Comisión continuó estudiando la situación de Venezuela manifestando preocupación por la existencia de un ambiente hostil al disenso político, entre otros a través del despido laboral y la obstrucción de beneficios sociales.¹¹⁴ Junto a ello, la censura y autocensura de medios de comunicación no parecen consonos con el sistema democrático, pues la Comisión denota la regulación arbitraria y la concesión discriminatoria de dinero y publicidad a favor de medios pro-gubernamentales.¹¹⁵ En el Informe anual de 2006, el capítulo sobre Venezuela pone de relieve que “los derechos políticos...son por esencia derechos que propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político.”¹¹⁶ En dicho Informe la CIDH hace énfasis en cuestiones como la administración de

¹¹¹ En el sistema interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en esta Carta Democrática Interamericana. Véase el Voto Concurrente razonado del Juez Diego García-Sayán. Sentencia de la Corte IDH, Caso *López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, punto 26.

¹¹² CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, 2003, punto 55.

¹¹³ CIDH, Informe anual 2005, OEA/Ser.L/V/II.122, Doc. 5 rev. 1, 23 febrero 2005, punto 145.

¹¹⁴ CIDH, Informe anual 2005, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, del 27 febrero 2006, punto 331.

¹¹⁵ CIDH, Informe anual 2005, *ibid*, punto 369.

¹¹⁶ CIDH, Informe anual 2006, OEA/Ser.L/V/II.127, Doc. 4 rev. 1, 3 marzo 2007, punto 210. Sobre la necesidad del pluralismo político y la obligación de la jurisdicción constitucional de velar por su

justicia, la problemática del sicariato en Venezuela, la impunidad que rodea las denuncias sobre ejecuciones extrajudiciales a manos de funcionarios estatales, la precaria situación de los privados de la libertad, y el ambiente de presión política que estarían recibiendo diversos sectores de la sociedad civil, especialmente de aquellos que no muestran un alineamiento expreso a las consignas y objetivos del actual gobierno.¹¹⁷

La CIDH decidió en su Informe de 2007 identificar a Venezuela, con fundamento en los criterios establecidos, como uno de los Estados miembros de la OEA cuyas prácticas en materia de derechos humanos merecen atención especial, valorando que la situación del país muestra la existencia de un ambiente hostil para el disenso político, la judicialización de la protesta social y el señalamiento u hostigamiento a organizaciones no gubernamentales o defensores de derechos humanos, lo que afecta gravemente el pleno goce y disfrute a los derechos protegidos por la Convención Americana de la cual Venezuela es parte desde 1977.¹¹⁸ También en la doctrina hay pronunciamientos al respecto,¹¹⁹ en particular sobre el ambiente hostil para el disenso político.¹²⁰

En el informe de la CIDH sobre democracia y derechos humanos en Venezuela de 2009, este órgano deja constancia de la preocupación de que Venezuela aún no había cumplido a cabalidad la gran mayoría de las recomendaciones contenidas en su *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela* emitido en el año 2003.¹²¹ Asimismo deja sentada la actitud general de rechazo hacia las recomendaciones de organismos internacionales

respeto y observancia, ver J. M. CASAL, “Algunos cometidos de la Jurisdicción Constitucional en la Democracia”, en *AA/VV, La Jurisdicción Constitucional, Democracia y Estado de Derecho*. Caracas: UCAB, Konrad Adenauer, UCCA y UCAT, 2005. Un análisis interesante sobre la relación entre Estado de Derecho, Democracia y Partidos Políticos, en: F. Navas Castillo, “Estado democrático y partidos políticos”, en: *Revista forense*, vol. 393, Rio de Janeiro, 2007, pp. 83-105.

¹¹⁷ CIDH, Informe anual 2006, *ibid.*, punto 140.

¹¹⁸ CIDH, Informe anual 2007, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, OEA/Ser.L/V/II.130, Doc. 22 rev. 1, 29 diciembre 2007, punto 222.

¹¹⁹ Una valoración sobre la situación del Estado de derecho en Venezuela se puede encontrar en: Rule of Law, Konrad Adenauer Foundation (Edit.), The KAF Democracy Report 2006, Berlín, 2006, p. 283 ss. Los informes anuales de PROVEA analizan tanto el contexto y el balance general como los derechos económicos, sociales, y culturales y los derechos civiles y políticos. http://www.derechos.org/ve/actualidad/coyuntura/2007/coyuntura_193.html#04. También pueden consultarse otras organizaciones no gubernamentales dedicadas a la defensa de los derechos humanos, como el Informe de la Red de Apoyo 2000-2005 “Impunidad en Venezuela. Investigación documental sobre los patrones de violaciones a los derechos humanos y mecanismos de impunidad”, donde el 50% de los casos atendidos se trataba de la violación del derecho a la vida, <http://www.redapoyo.org/Informes/Informe-Impunidad2001-2005.pdf>.

¹²⁰ Respecto al ambiente hostil para el disenso es importante acotar que en la doctrina se menciona, como elemento con efectos negativos para la democracia en Venezuela, el dominio del partido de gobierno sobre todos los poderes públicos, lo cual impide a la oposición ejercer su función de control dentro de estos poderes. Ello facilita la ejecución “sin límites” de la política del Ejecutivo. *Cfr.* Sobre el papel dominante del “chavismo”, ver K. Erlingsen, Auf dem Weg in ein Meer der Glückseligkeit?. Venezuela unter Hugo Chávez, Okt. 2005, <http://www.weltpolitik.net/Regionen/Nord-%20und%20Lateinamerika/Gesamregion/>. Ver también C. Ayala Corao, Hacia una agenda de cambios consensuados inmediatos a la Constitución de 1999 para la profundización de la democracia, en: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer Stiftung, Ed. 2004, Tomo I, p. 363.

¹²¹ CIDH, Democracia y derechos humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, 30 diciembre 2009, Conclusiones, punto 1160.

de derechos humanos bajo el argumento de que contravienen la soberanía nacional.¹²² Y agrega en dicho Informe que “la Comisión ha identificado que la intolerancia política, la falta de independencia de los poderes del Estado frente al ejecutivo, las restricciones a la libertad de expresión y a la protesta pacífica, la existencia de un ambiente hostil para el libre ejercicio de la participación política en disenso y para la actividad de monitoreo por parte de las organizaciones de derechos humanos, la inseguridad ciudadana, la violencia que afecta a las personas privadas de su libertad, a sindicalistas, a mujeres y a campesinos, y sobre todo la impunidad en la que se encuentran los casos de violaciones a los derechos humanos, son factores que limitan seriamente la vigencia de los derechos humanos en Venezuela. Con miras a consolidar el sistema democrático, el Estado debe aumentar sus esfuerzos para combatir estos desafíos y alcanzar una mejor y más efectiva protección de los derechos garantizados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”¹²³

La CIDH decidió en su Informe de 2010 continuar identificando a Venezuela como uno de los Estados miembros de la OEA cuyas prácticas en materia de derechos humanos merecen atención especial y reitera, una vez más, instar al Estado a cumplir con las obligaciones internacionales adquiridas al ratificar la Convención Americana, insiste en su interés de realizar una visita al país, ofreciendo su colaboración y asesoría para apoyarle en esta tarea.¹²⁴ A comienzos de 2011, el Estado reconoció “que tiene debilidades en el retardo procesal, el hacinamiento en las cárceles venezolanas y el alto índice de violencia.”¹²⁵

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano judicial autónomo de la OEA encargado de la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también ha dejado sentada la violación de este instrumento por parte de Venezuela.

En este milenio se han dictado decisiones paradigmáticas en el ámbito de desaparición forzada,¹²⁶ ejecuciones extrajudiciales,¹²⁷ tres casos vinculados a violaciones a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial y al principio de independencia judicial,

¹²² *Ibid*, punto 1161.

¹²³ *Ibid*, punto 1163.

¹²⁴ CIDH, Informe anual 2010, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 5, corr. 1, 7 marzo 2011, punto 837.

¹²⁵ CIDH, Informe anual 2010, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, *ibid*, nota al pie de página 1194.

¹²⁶ Corte IDH, Caso *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 28 de noviembre de 2005, Serie C N° 138. En diciembre de 1999, con motivo de las fuertes lluvias y deslizamientos de tierras en el Estado Vargas, Venezuela, se adoptaron medidas para restablecer el orden público por miembros del Ejército nacional y de la Dirección General Sectorial de los Servicios de Inteligencia y Prevención (en adelante “DISIP”), dentro de ellas las detenciones de los señores Oscar José Blanco Romero, Roberto Javier Hernández Paz y José Francisco Rivas Fernández, quienes posteriormente fueron desaparecidos.

¹²⁷ Corte IDH, Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N° 150. Se refiere a la ejecución extrajudicial de 37 reclusos del famoso Retén de Catia, la madrugada del 27 de noviembre de 1992, luego de un segundo intento de golpe militar en Venezuela que ocasionó una agitación al interior del centro de reclusión. Los guardias del centro penitenciario y tropas del Comando Regional 5 de la Guardia Nacional así como la Policía Metropolitana intervinieron masivamente, con uso desproporcionado de la fuerza y causando la muerte a un grupo de internos. La Corte conoció también de las condiciones de detención inhumanas.

como son el caso *Apitz y otros*,¹²⁸ caso *Reverón Trujillo*,¹²⁹ y el caso *Chocrón Chocrón*¹³⁰; tres casos por violación por parte del Estado venezolano de la garantía contenida en el Artículo 13 de la CADH relativa a la libertad de expresión, a saber el caso *Ríos*,¹³¹ el caso *Perozo*¹³² y el caso *Usón Ramírez*,¹³³ violación del derecho a la libertad personal y del derecho a no ser sometido a detención arbitraria,¹³⁴ y la más reciente conde-

¹²⁸ Corte IDH, Caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C N° 182. Este caso concierne a la destitución de los ex-jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (en adelante “la Corte Primera”) el 30 de octubre de 2003. La Corte Interamericana, inspirándose en la Corte Europea (ECHR, Case of *Campbell and Fell v. the United Kingdom*, Judgment of 28 June 1984, Series A N° 80, para. 78; ECHR, Case of *Langborger v. Sweden*, Judgment of 22 January 1989, Series A N° 155, para. 32) y en los Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la Judicatura (resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985) ha señalado que los Estados se encuentran obligados a garantizar su adecuado proceso de nombramiento, la garantía contra presiones externas y la inamovilidad en el cargo. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, mediante la sentencia 1939 de 18 de diciembre de 2008, declaró inejecutable esta sentencia y solicitó al Ejecutivo denunciar la Convención Americana dada la evidente usurpación de funciones de la Corte IDH. Las críticas a esta denominada inejecutabilidad se han expresado en la doctrina. C. Ayala Corao, “La doctrina de la “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)”, en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, T. II, A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi, Mariela (Coord.), México, 2010, pp. 85-157. Cfr. también respecto a las críticas a la justicia constitucional venezolana J. M. Casal H., Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela), en: *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), UNAM, Buenos Aires, 2009, pp. 503-527. Allan Brewer-Carías habla de la “in” justicia constitucional en el sentido del juez constitucional sometido al poder político, Cfr. A. Brewer-Carías, *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, EJV, Caracas, 2007.

¹²⁹ Corte IDH, Caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, Sentencia de 30 de junio de 2009, Serie C N° 197, relativo a la destitución arbitraria de María Cristina Reverón Trujillo del cargo judicial que ocupaba en febrero de 2002, aun cuando la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia había decretado en 2004 la nulidad del acto de destitución por considerar que no estuvo ajustado a derecho, pero no ordenó la restitución, ni el pago de los salarios y beneficios sociales dejados de percibir.

¹³⁰ Corte IDH, Caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, Sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C N° 227. Se trata de la destitución arbitraria de la una jueza, en ausencia de garantías mínimas de debido proceso y sin una adecuada motivación, sin la posibilidad de ser oída y de ejercer su derecho de defensa, y sin haber contado con un recurso judicial efectivo. El trasfondo se relaciona con la existencia de un proceso de transición del Poder Judicial.

¹³¹ Corte IDH. Caso *Ríos y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C N° 194.

¹³² Corte IDH. Caso *Perozo y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C N° 195. En los casos *Ríos (RCTV)* y *Perozo (Globovisión)* se trata de una categoría en la que se inscriben los actos y omisiones, consistentes en declaraciones de funcionarios públicos y actos de hostigamiento y agresiones físicas y verbales, así como obstaculizaciones a las labores periodísticas, cometidos por agentes estatales y particulares en perjuicio de personas vinculadas a medios de comunicación.

¹³³ Corte IDH. Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C N° 207. El General Retirado Francisco Usón Ramírez fue condenado por el fuero militar a cumplir una pena privativa de la libertad de cinco años y seis meses por el delito de Injuria a la Fuerza Armada Nacional venezolana, como consecuencia de declaraciones emitidas durante una entrevista televisiva en la que solicitaban su experticia en torno al uso de lanzallamas en un incendio ocurrido en una celda donde estaban reclusos soldados.

¹³⁴ Corte IDH, Caso *Barreto Leiva v s. Venezuela*, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C N° 206.

natoria en el caso *López Mendoza* por la violación del Artículo 23.2 de la CADH (derecho a ser elegido) por haber inhabilitado, por vía administrativa, al señor López Mendoza para el ejercicio de la función pública.¹³⁵

En el contexto latinoamericano, donde la situación carcelaria representa un déficit democrático,¹³⁶ es obligatorio hacer mención a las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a las condiciones de vida de las personas privadas de libertad en Venezuela,¹³⁷ que abarca las medidas provisionales en los Asuntos Internado Judicial de Monagas (La Pica),¹³⁸ Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II,¹³⁹ Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II,¹⁴⁰ Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental: Cárcel de Urbana,¹⁴¹ Asunto Centro Penitenciario de Aragua “Cárcel de Tocorón”,¹⁴² Internado Judicial de Ciudad Bolívar “Cárcel de Vista Hermosa”¹⁴³ medidas provisionales a favor de la jueza Afuni.¹⁴⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “las justas exigencias de la democracia deben [...] orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas”.¹⁴⁵ Asimismo, la Corte ha mencionado que “el Preámbulo de la Convención reafirma el propósito de los Estados Americanos de “consolidar en [el] Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos y deberes esenciales del hombre”. Este requerimiento se ajusta a la norma de interpretación consagrada en el artículo 29.c de la Convención¹⁴⁶ y la Corte así establece el alcance de la obligación del artículo 1.1 respecto a la obligación de respetar y garantizar los derechos.

Sólo a fin de facilitar una aproximación al alcance definido por el órgano jurisdiccional tanto de la separación e independencia de los poderes públicos (elemento esencial de la de-

¹³⁵ Corte IDH, Caso *López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Serie C N° 233. El punto central del presente caso radica en las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo en aplicación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría (LOCGRSNCF), que le impidieron registrar su candidatura para cargos de elección popular.

¹³⁶ Expresión utilizada por la ONG Cels en su obra titulada, Informe Anual 2008 - Capítulo III - La situación carcelaria: una deuda de nuestra democracia, p. 1-44, Disponible en: http://www.cels.org.ar/common/documentos/carceles_ia2008.pdf, consulta: 19-05-2011.

¹³⁷ Acerca de la grave situación carcelaria pueden consultarse los informes del Observatorio venezolano de prisiones. <http://www.ovprisiones.org/cms/>.

¹³⁸ Resoluciones de la Corte IDH desde febrero 2006.

¹³⁹ Resolución de la Corte IDH desde marzo 2006.

¹⁴⁰ Resolución de la Corte IDH desde febrero de 2008.

¹⁴¹ Resolución de la Corte IDH desde febrero de 2007.

¹⁴² Resolución de la Corte IDH desde noviembre de 2010.

¹⁴³ Resolución de la Corte IDH de mayo de 2011.

¹⁴⁴ Resolución de la Corte IDH de fecha 02 de marzo de 2011 dejó sin efecto las medidas acordadas por el Presidente.

¹⁴⁵ La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5, párr. 44.

¹⁴⁶ Caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C N° 74, párr., 111.

mocracia según el Art. 3 de la CDI) así como de la libertad de expresión y los derechos sociales (componentes fundamentales de la consolidación democrática de acuerdo al Art. 4 de la CDI), se presenta, en una apretada síntesis, el núcleo del acervo común interamericano sistematizado por la Corte IDH respecto a estas garantías. Como parámetro de relevancia para el caso venezolano sólo se utilizan los estándares de la Corte IDH en materia de los derechos sociales de un grupo vulnerable como son las personas privadas de libertad.

Como bien señala la jurisprudencia de la Corte, el alcance de las garantías judiciales y de la protección judicial efectiva para los jueces debe ser analizado en relación con los estándares sobre independencia judicial. El órgano supranacional ha precisado que dicha independencia es “esencial para el ejercicio de la función judicial”¹⁴⁷ y constituye uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos,¹⁴⁸ a fin de evitar que “el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”.¹⁴⁹ Derivadas de la independencia judicial se cuentan un adecuado proceso de nombramiento,¹⁵⁰ la inamovilidad en el cargo¹⁵¹ y la garantía contra presiones externas.¹⁵²

Conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH, la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática,¹⁵³ “es sustento y efecto de ésta, instrumento para su ejercicio, garantía de su desempeño.”¹⁵⁴ El enfoque de la Corte IDH converge con la doctrina, que afirma que se trata de un derecho “que logra vertebrar al plexo de todos los derechos humanos justificándolos sustantivamente”,¹⁵⁵ que se reconoce como

¹⁴⁷ Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C N° 107, párr. 171; Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C N° 135, párr. 145, y Caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, párr. 67.

¹⁴⁸ Caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*, párr. 73; y Caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, párr. 55.

¹⁴⁹ Caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, párr. 67.

¹⁵⁰ Caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*, párr. 75; Caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, párr. 138.

¹⁵¹ Caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, párr. 70.

¹⁵² Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, párr. 156. Ver también Principios 2, 3 y 4 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

¹⁵³ La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 70. Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párr. 112; Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, párr. 82; Caso *Kimel vs. Argentina*, párr. 87 y 88; Caso *Ríos vs. Venezuela*, párr. 105; Caso *Perozo vs. Venezuela*, párr. 116. La Corte se ha pronunciado en el mismo sentido en Caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, párr. 131.

¹⁵⁴ Sergio García Ramírez y Alejandra Gonza, La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos/ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2007, p. 17.

¹⁵⁵ Asdrúbal Aguiar, *El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericana. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*, Colección estudios jurídicos N° 87, Caracas, 2008, p. 69.

“derecho poliédrico”¹⁵⁶ y como “contrapeso” en democracias con una frágil separación de poderes.¹⁵⁷ La Corte IDH da amplia protección a la libertad de expresión, inspirada en los parámetros de una protección al *maximum* y una restricción al *minimum*.¹⁵⁸ La Corte avanza en el planteamiento de que debe tratarse de una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, porque sin ella, “la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se comienzan a tornar inoperantes y, en definitiva, se crea el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad.”¹⁵⁹

La regla general que aplica la jurisprudencia de la Corte IDH es la plena vigencia de los derechos consagrados en la Convención para las personas privadas de libertad¹⁶⁰ y, si bien la privación de libertad puede tener efectos colaterales ineludibles en la restricción del goce de otros derechos humanos, dicha restricción sólo se justifica si es absolutamente necesaria en el contexto de una sociedad democrática.¹⁶¹ La Corte IDH afirma que en las “instituciones totales” el deber de garante a cargo del Estado es más intenso.¹⁶² Las condiciones de detención deben ser compatibles con la dignidad humana¹⁶³ y por ello el hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal.¹⁶⁴ Los Estados no pueden alegar dificultades

¹⁵⁶ Rafael Bustos Gisbert, “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática” (Art. 10 CEDH), en: Javier García Roca y Pablo Santolaya (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, pp. 529-563, p. 532.

¹⁵⁷ Cfr. Claudio Grossman, “La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en: *Revista IIDH*, Vol. 46, Costa Rica, 2007, pp. 157-191, p. 157.

¹⁵⁸ Se admite una presunción de cobertura *ab initio* de todo tipo de expresiones, sólo con las limitaciones compatibles con el principio democrático. Cfr. Informe de la Relatoría de la libertad de expresión de 2009, p. 240-317. Cfr. También caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, párr. 96; caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, párr. 85.

¹⁵⁹ Cfr. Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párr. 116; Caso *Ríos vs. Venezuela* párr. 105; Caso *Perozo vs. Venezuela*, párr. 116.

¹⁶⁰ Cfr. M. Briceño-Donn, personas privadas de libertad: una aproximación de la Corte Interamericana de derechos humanos, en: *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Miguel Revenga Sánchez y Andréa Viana Garcés (eds.), Valencia, 2008, pp. 159-202, p. 161.

¹⁶¹ Cfr. Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, párr. 108. Léase por ejemplo los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Cfr. *Instituto de Reeducción vs. Paraguay*, párr. 154.

¹⁶² Cfr. Corte IDH, Caso *Montero Aranguen y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, Sentencia 5 de julio de 2006, Serie C N° 150; Corte IDH, Caso “*Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*”, Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C, N° 112, párrafo 153; Corte IDH, Asunto de Penales Peruanos respecto Perú, 27-01-93; Corte IDH, Asunto de las personas privadas de libertad de la Penitenciaría “Dr. Sebastião Martins Silveira” en Araraquara, São Paulo respecto Brasil, 25.11.08, Corte IDH, Asunto de las Penitenciarías de Mendoza respecto Argentina, 17.10.08; Corte IDH, Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, 21. Noviembre de 2007. Caso *Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C N° 68, párr. 78.

¹⁶³ Caso *Raxcacó Reyes*, párr. 95; Caso *Fermín Ramírez*, párr. 118; y Caso *Caesar*, párr. 96; En el mismo sentido, Cfr. ONU. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, Reglas 10 y 11.

¹⁶⁴ Caso *García Asto vs. Perú*, párr. 221; *Loayza Tamayo vs. Perú*.

des económicas para justificar condiciones de detención que sean tan pobres que no respeten la dignidad inherente del ser humano.¹⁶⁵ La alimentación, el acceso a condiciones sanitarias mínimas y adecuadas, la atención a la salud (incluso el derecho del interno o su familia de seleccionar a un médico o asistente paramédico de su elección),¹⁶⁶ las actividades de trabajo, de estudio y recreativas, es decir, los *desc* de los reclusos, deben estar garantizados, pues lo contrario constituye un desprecio a la dignidad humana, un trato cruel, inhumano y degradante, un severo riesgo para la salud y la vida, y una rotunda violación del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana.¹⁶⁷ Esta disposición consagra uno de los valores más fundamentales en una sociedad democrática: el derecho a la integridad personal,¹⁶⁸ el cual forma parte del núcleo inderogable, no pudiendo ser suspendido.¹⁶⁹

De facto, podría aducirse que Venezuela, al mostrar una situación que merece especial atención respecto al cumplimiento de los estándares del sistema interamericano, no puede adherirse al Mercosur, sino que lo procedente sería establecer una hoja de ruta para trazar el alcance de la condicionalidad democrática para tal ingreso, exigiendo el estricto cumplimiento de dichos estándares interamericanos y mercosureños. La condicionalidad en el proceso de adhesión es una herramienta, para alentar y persuadir a los países candidatos a las reformas requeridas en línea con el modelo establecido por el sistema de integración. Ello se traduce en beneficios en términos financieros derivados de la integración como en la consolidación como miembro pleno a largo plazo. Representa una práctica normal esperar de los nuevos miembros de una organización que compartan los objetivos y fines comunes y que se comprometan a respetar sus reglas.¹⁷⁰ La paradoja de la condicionalidad democrática en el Mercosur es su aplicación de facto, más que de jure, como lo demuestran el antecedente de la crisis en Paraguay en 1996 (condicionalidad sin cláusula) y la solicitud de ingreso de Venezuela (cláusula sin condicionalidad). En éste último caso, la no aprobación del Protocolo de Adhesión por parte del Parlamento paraguayo ha representado, de facto, la condicionalidad democrática.¹⁷¹

Sin embargo, el escenario ideal es utilizar una hoja de ruta¹⁷². Para ello, en aras de la homogenización y armonización que se persigue en América Latina a través de la persuasión

¹⁶⁵ Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, párr. 85.

¹⁶⁶ Jurisprudencia reiterada de la Corte entre otros casos, *Bulacio vs. Argentina, Tibi vs. Ecuador, Teresa de la Cruz Flores vs. Perú*. Corte IDH, Asunto María Lourdes Afiuni respecto Venezuela, Resolución del Presidente del Tribunal de 10 de diciembre de 2010, punto 3, Resolución de la Corte de 02 de marzo de 2011, punto 9.

¹⁶⁷ Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, párr. 85 ss, párr. 99.

¹⁶⁸ Corte IDH. Caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C N° 69, párr., 99.

¹⁶⁹ Caso de la *Masacre de Pueblo Bello*, párr. 119.

¹⁷⁰ En relación con la Unión Europea, *Cfr.* I. Barnes/P. Barnes, *Enlargement*, en: *European Union Politics, Michelle Cini/Nieves Perez-Solorzano Borrigan (Eds.)*, Third Edition, Oxford, 2010, pp. 418-435.

¹⁷¹ Los datos empíricos se recogen en los medios de comunicación. Véase por ejemplo, <http://www.noticias24.com/actualidad/noticia/43442/las-trabas-que-han-impedido-a-venezuela-ingresar-al-mercosur/>. <http://www.elobservador.com.uy/noticia/215412/para-canciller-paraguayo-ingreso-de-venezuela-al-mercosur-no-es-factible-/>

¹⁷² *Cfr.* R. Youngs, *Europa y la promoción de la democracia en el sur del Mediterráneo*. Disponible en: <http://www.iuee.eu/pdf-publicacio/1/R5VP3zqjw4DN1y4XrHys.PDF>. Consulta: 15-03-2012.

y estandarización,¹⁷³ sirve como fundamento, el liderazgo asumido por Brasil en el año 2003 en la conducción del “Grupo de Amigos de Venezuela”, conformado también por la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA), México, Chile, Colombia, España y Portugal, a fin de facilitar el diálogo entre el gobierno y los grupos de oposición en la búsqueda de una solución política acorde con los principios democráticos. En la doctrina se destaca que “aunque los resultados fueron más bien modestos, esta iniciativa contribuyó a impedir el deterioro de la situación política venezolana, que en aquel momento podría haber culminado en una guerra civil.”¹⁷⁴

De jure es imperativo señalar que Venezuela está obligada a cumplir el principio democrático. La Constitución vigente de 1999, en términos generales, es un texto fundamental que recoge los valores e instituciones democráticas.¹⁷⁵ En materia de derechos humanos, Venezuela está sujeta al mandamiento constitucional de la primacía de los tratados internacionales cuando regulen de un modo más favorable al goce de los derechos humanos, caso en el cual tienen rango constitucional.¹⁷⁶

Como país miembro de la OEA, Venezuela tampoco puede desconocer sus obligaciones respecto a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), a la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), a la Carta Democrática Interamericana (2001)¹⁷⁷ ni las recomendaciones de la CIDH ni la jurisprudencia de la Corte IDH.

¹⁷³ M. Monteagudo Valdez, Construcción europea y liberalización económica en América Latina: Desafíos comunes en la evolución del Derecho Internacional Económico, en: Cuadernos Europeos de Deusto, Nº 43/2010, Bilbao, 2010, p. 106 y ss.

¹⁷⁴ M. Hirst, “Los desafíos de la política sudamericana de Brasil”, en: *Nueva Sociedad*, 2005, p. 134.

¹⁷⁵ Para comentarios generales, A. Brewer-Carías, “Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999” en el libro de Diego Valadés, Miguel Carbonell (Coordinadores), *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, Cámara de Diputados. LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, pp. 171-193; en *Revista de Derecho Público*, Nº 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 2000, pp. 7-21; en *Revista Facultad de Derecho, Derechos y Valores*, Volumen III Nº 5, Universidad Militar Nueva Granada, Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, Julio 2000, pp. 9-26; y en el libro *La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 14, Caracas 2000, pp. 63-88.

¹⁷⁶ P. Nikken, La Constitución venezolana y el Derecho internacional de los derechos humanos, en: Estado de derecho, administración de justicia y derechos humanos - en homenaje a la memoria de Luis Oscar Giménez y Manuel Torres Godoy, 2005, pp. 585-638; E. Rey Cantor, Celebración y jerarquía de los tratados de derechos humanos: (Colombia y Venezuela), 1. Ed. -UCAB, Caracas, 2007. En sentido contrario, se ha pronunciado el TSJ. Sentencia 1505 de la Sala de Casación Penal, del 21 de noviembre de 2000, citada por Manili, La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano, en: Méndez Silva (ed.), Derecho internacional de los derechos humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México 2002, p. 389. Ver Sentencia 1492 del 7 de julio de 2003, en A. Brewer Carías, “Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del estado democrático de derecho: defensa de la constitución, el control del poder y la protección de los derechos humanos”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2007, tomo I, p. 92 ss.

¹⁷⁷ Respecto a la CDI se elaboró el informe sobre aspectos jurídicos de la interdependencia entre democracia y desarrollo económico y social (CJI/doc.190/05 rev. 3, 20 de marzo de 2006);¹⁷⁷ en el año 2007 el Secretario General de la OEA presentó el informe sobre este instrumento en la región la CDI (conforme a las resoluciones AG/RES. 2154 (XXXV-O/05) y AG/RES. 2251(XXXVI-O/06, OEA/Ser.G, CP/doc.4184/07). CJI/doc.317/09 corr.1. Seguimiento de la aplicación de la Carta Democrática Interamericana (presentado por el doctor Jean-Paul Hubert). *Cfr.* también CJI/doc.335/09, CJI/doc.332/09 rev.1 y el Informe del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General en 2010.

VI. A TÍTULO DE CONCLUSIÓN: DESAFÍOS

Una primera consideración concierne al desafío de interpretar la especificidad de la democracia en el contexto suramericano. La democracia es un fenómeno dinámico y expansivo,¹⁷⁸ cuya noción es ampliamente debatida.¹⁷⁹ No existe un consenso sobre su teoría y sus postulados, porque depende de la concepción de democracia que se adopte. Sin embargo, es posible constatar un consenso universal y fundamentado en bases jurídicas respecto a las condiciones para calificar un Estado como democrático.¹⁸⁰ Tanto el Derecho Internacional¹⁸¹ como el Derecho comparado¹⁸² y la teoría constitucional y política¹⁸³ coinciden en los elementos esenciales del contenido clave del principio democrático en relación con la organización del poder público, entre ellos, gobernantes con legitimidad a partir de elecciones populares generales, iguales, libres y periódicas, un poder público ejercido de conformidad con el Estado de Derecho y limitado mediante una posibilidad garantizada de cambio en el poder y el respeto de la persona humana.

El canon de los valores comunes que están detrás de los principios de la democracia, los derechos humanos y del Estado de Derecho coloca al hombre y su dignidad en el centro de la estructura de integración jurídica. Ello se regula en la Carta Democrática Interamericana, que traduce el núcleo central de la identidad de la promoción y protección de la democracia en el subcontinente y respetan los estándares internacionales. El sistema democrático ha sido considerado como “*the only game in town*” y las rupturas autoritarias son inaceptables para todo el espectro ideológico.¹⁸⁴

Un segundo desafío apunta a propiciar la interacción entre el orden interamericano y el mercosureño a fin de aplicar la cláusula democrática en un sentido amplio y no restrictivo. La Constitución del Estado que pretende ser Parte del Mercosur así como su realidad constitucional deben garantizar la pluralidad política, las elecciones libres y secretas, así como un

¹⁷⁸ J. Carpizo, “El contenido material de la democracia: tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano”, en: A. von Bogdandy, Flávia Piovesan, M. Morales Antoniazzi (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, 2010, p. 3.

¹⁷⁹ Acerca de la noción de democracia no sólo existe abundante bibliografía desde todas las perspectivas (filosófica, política, jurídica), sino que constituye uno de los temas más dinámicos y con permanente actualidad. Desde el siglo de las luces pasando por la revolución francesa y el tiempo entre guerras (C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlín, 1928) hasta la fase iniciada en la década de los 80 del siglo XX, ha estado presente el debate sobre la democracia. La última etapa ha estado signada por el fenómeno de la “desdibujación” de los límites de la estatalidad (K. P. Sommermann, “Der entgrenzte Verfassungsstaat”, *KritV* 81, 1998, p. 404- 412). Ver también R. Arango Rivadeneira (ed.), *Filosofía de la democracia, fundamentos conceptuales*, Bogotá, 2007.

¹⁸⁰ A. von Bogdandy, “Globalización y Europa: cómo cuadrar democracia, globalización y Derecho internacional” en: *Evolución y Tendencias del Derecho Europea, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3 (2006) 9, pp. 13-39.

¹⁸¹ T. Franck, “The Emerging Right to Democratic Governance”, *A.J.I.L.*, 1992, p. 46; J.A. Frowein, “Konstitutionalisierung des Völkerrechts”, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 2000, pp. 427, 431 ss. En esta era del derecho global se habla del principio de horizontalidad. *Cfr.* R. Domingo, *The new global law*, Cambridge, 2010, p. 181 ss.

¹⁸² N. Dorsen et al, *Comparative Constitutionalism*, 2003, pp. 1267 ss.

¹⁸³ G. Sartori, *Demokratietheorie*, 1992, pp. 40 ss.

¹⁸⁴ En palabras de Javier Couso Salas la hegemonía discursiva de la protección de la democracia representa un acervo construido en las últimas décadas. *Cfr.* J. Couso Salas, “Los desafíos de la democracia constitucional en América Latina: entre la tentación populista y la utopía neoconstitucional”, en *Anuario de de Derechos Humanos*, Centro de derechos humanos, Chile, 2010, p. 34.

sistema que facilite la alternancia del poder; debe estar asegurada la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el respeto del Estado de Derecho; debe en definitiva procurar regirse por la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres. No es admisible interpretar la cláusula democrática bajo una concepción formal de democracia, donde haya elecciones, pero que no se cumplan los demás requisitos.

La Corte IDH ha destacado, a una década de la CDI, que la “sola la existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ como función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.”¹⁸⁵ Siendo el sistema interamericano en el plano conceptual y teórico uno de los más desarrollados,¹⁸⁶ resulta imperativo acudir a él para interpretar y aplicar la cláusula democrática en el Mercosur.¹⁸⁷

Un tercer desafío se vincula a la gobernanza democrática del bloque mercosureño. Tanto el Parlasur como las instituciones encargadas de la promoción y garantía de los derechos humanos, esto es, la Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del Mercosur (RADDHH), el Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos, el Observatorio de la Democracia del Mercosur (ODM) asociado al Centro Mercosur de Promoción del Estado de Derecho (CEMPED) y el Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del Mercosur (IPPDDH) tienen el reto de evitar las incoherencias y pueden brindar su determinante contribución en trazar la hoja de ruta que debe seguir Venezuela para ingresar al bloque. Los parámetros e indicadores se derivan de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, particularmente las recomendaciones específicas contenidas en los distintos capítulos del Informe Democracia y Derechos Humanos en Venezuela como sus recomendaciones finales del año 2009 y 2010, así como también del cumplimiento estricto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El desafío es lograr pasar de lo retórico a lo práctico, pues es la hora de transitar del ámbito dogmático-normativo al campo operacional para alcanzar la democracia en la realidad constitucional.

¹⁸⁵ Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C N° 221, punto 239.

¹⁸⁶ A. R. Brewer-Carías, *El derecho administrativo y el derecho a la democracia: una nueva perspectiva para el necesario equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos del administrado*, Video Conferencia en las Jornadas Académicas inaugurales del departamento de Derecho Administrativo 2008, Facultad de Derecho, Universidad Externado de Colombia, New York-Bogotá, 13 de febrero de 2008.

¹⁸⁷ P. Nikken, “La Cooperación Internacional para la promoción y Defensa de la Democracia”, en: *Agenda para la consolidación de la Democracia en América Latina*, San José de Costa Rica, IIDH/CAPEL, 1990, pp. 493-526.

Las cláusulas democráticas y de derechos humanos se han erigido como un símbolo de la consolidación de un constitucionalismo regional y demanda su exigibilidad.

La dogmática y el alcance constitucional alcanzado en los Estados Partes así como los procesos de interamericanización y mercosurización muestran una sincronización temporal, simetría material y procedimental en cuanto a facilitar la protección supranacional triangular de la democracia, los derechos humanos y los derechos sociales, que se plasma en una especie de garantía estructural y hace intangible el núcleo de la democracia. Este desarrollo debe valorarse forzosamente como positivo, pues concretiza la tendencia del policentrismo jurídico propio del siglo XXI.

*Consulta y participación ciudadana en el proceso de adopción de reglamentos administrativos en Puerto Rico**

William Vázquez Irizarry
*Profesor de Derecho Administrativo,
Universidad de Puerto Rico*

Resumen: *Consulta y participación ciudadana en el proceso de adopción de reglamentos administrativos en Puerto Rico.*

En Puerto Rico la adopción de reglamentos administrativos provee una oportunidad para que la ciudadanía participe en dichos procesos a través de la presentación de comentarios escritos en torno a propuestas de reglamentación. El trabajo explica los requisitos procesales para la adopción de reglamentos y dedica particular atención a cómo opera el mecanismo de comentarios escritos. Se analiza un fallo emitido por el Tribunal Supremo de Puerto Rico donde se interpreta la Ley de Procedimiento Administrativo Uniforme del país en el sentido de requerir que la administración pública tenga que explicar qué hizo con aquellos comentarios de los ciudadanos que no adoptó. El escrito discute entonces las implicaciones positivas de esta decisión judicial sobre el proceso de reglamentación y los escollos que puede encontrar su desarrollo.

Palabras Clave: *Reglamentos, potestad reglamentaria, participación ciudadana, consulta ciudadana.*

Abstract: *Consultation and citizen participation in the rulemaking process of Puerto Rico.*

In Puerto Rico the rulemaking process provides an opportunity for citizens to participate through the submission of written comments. This paper explains the procedural requirements to create rules and regulations and pays particular attention on how the mechanism of comments actually works. Particular emphasis is given to a case decided by the Supreme Court of Puerto Rico interpreting the Uniform Administrative Procedure Act of the country as requiring agencies to explain their reasons for not adopting important comments submitted by citizens through the process. The paper then discusses the positive implications of this ruling on the rulemaking process and the pitfalls that its future development may encounter.

Key words: *Rules and regulations, rulemaking power, citizen participation, citizen consultation.*

* Este trabajo fue presentado en el Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo de El Salvador, celebrado del 28 al 30 de septiembre de 2011. Agradezco la colaboración de mi asistente de investigación María de Lourdes Martínez Cordero en la revisión del escrito. Comentarios pueden ser enviados a wvazquez@law.upr.edu

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS
- III. CONSULTA CIUDADANA Y OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN RESPECTO A LA MISMA
- IV. IMPLICACIONES DE OBLIGAR A LA ADMINISTRACIÓN A REACCIONAR: CONSIDERACIONES EN TORNO AL “REGLAMENTO MOTIVADO”
- V. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCION

Este escrito aborda el tema de espacios de consulta ciudadana al momento de aprobar reglamentos administrativos desde la experiencia de Puerto Rico. Esto de por sí supone algunas aclaraciones importantes para los lectores de Iberoamérica. Si bien en temas de derecho privado Puerto Rico tiene un entronque jurídico civilista, en temas de derecho público, por razón de nuestra relación histórica y política con Estados Unidos, es el modelo de éstos el que impera.

El resultado es un derecho administrativo que gira alrededor de los grandes temas desarrollados en el derecho norteamericano durante el pasado siglo: la figura de la agencia administrativa reguladora,¹ las garantías constitucionales del debido proceso de ley y la existencia de un estatuto que impone uniformidad en los principales procesos administrativos: la adjudicación y la reglamentación. Aunque las preocupaciones y soluciones en muchos temas guardan similitud con lo que es la tradición continental, son variadas las explicaciones y enfoques donde hay marcada diferencia.

No obstante, nos parece que los problemas de entendimiento serán muy reducidos por cuanto el tipo de proceso administrativo objeto de examen, la potestad reglamentaria, suele responder a desarrollos histórico-políticos simultáneos durante el pasado siglo. Si bien terminó con grandes controversias respecto al rol del Estado en variadas actividades económicas y una profunda huella ocasionada por el movimiento privatizador y de contratación de servicios públicos, no cabe duda de que el Siglo XX vio la consolidación del Estado Administrativo en prácticamente todo el mundo occidental. Dentro de las variadas manifestaciones de este desarrollo, la delegación de la facultad reglamentaria al poder ejecutivo fue un elemento definitorio.

De ahí que sea principio general en prácticamente cualquier sistema legal la noción del reglamento como norma escrita con rango inferior a la ley y que es dictada por un órgano administrativo estatal. Las preocupaciones respecto al cumplimiento con procedimientos de elaboración específicos y el control de reglamentos ilegales son igualmente temas comunes. Esto no quita que al profundizar un poco más, afloren diferencias, algunas de ellas de carácter estructural. A modo de ejemplo, no hay en Estados Unidos ni en Puerto Rico, tribunales especiales y distintos a los jueces ordinarios. No se opera con nada parecido a una jurisdicción contenciosa-administrativa.

Como marco de referencia al tema principal de este escrito basta apuntar dos componentes de nuestro sistema de derecho administrativo que guardan relación con desarrollos simila-

¹ A través del escrito intercambio el uso de “administración pública” y “agencia administrativa” para referirme al organismo público que sirve como unidad de acción del procedimiento administrativo.

res en otros países. Me refiero, primero, a la existencia de una ley de procedimiento administrativo uniforme o común y, segundo, a mecanismos que habilitan la oportunidad de consultar a los ciudadanos al momento de elaborar reglamentos administrativos.

En Puerto Rico, las principales funciones administrativas se rigen por la Ley de Procedimientos Administrativos Uniformes² (LPAU) aprobada en el 1988 y que tuvo precisamente el propósito de uniformar los procesos relacionados a agencias administrativas en cinco grandes renglones. Estos son: reglamentación, adjudicación, control judicial de las adjudicaciones, permisos y licencias y facultades de investigación. Salvo contados casos donde se privilegia la excepción, prácticamente todo tipo de organismo público dentro del poder ejecutivo debe seguir los requisitos establecidos en la LPAU al momento de descargar alguna de las funciones descritas.

En el caso de la consulta ciudadana, el proceso de elaboración de reglamentos dispuesto en la LPAU incluye como pieza fundamental la oportunidad de que los ciudadanos presenten, durante un término definido, comentarios escritos en reacción a la propuesta de reglamento redactada por la administración. Más adelante explicaremos en detalle cómo funciona este mecanismo y el desarrollo que ha tenido jurisprudencialmente. Me permito aclarar ahora varios aspectos básicos que lo diferencian de la experiencia de espacios de consulta en otros países.

En primer lugar, la oportunidad de consulta no tiene base constitucional. Su existencia responde a una determinación de política pública a nivel legislativo, de modo que el ordenamiento no está imposibilitado de prescindir por la misma vía del proceso de consulta. De hecho, es importante señalar como elemento fundamental del proceso administrativo en Puerto Rico el énfasis del reglamento como determinación de carácter general. Por esa razón, es principio reiterado que los ciudadanos no tienen un derecho constitucional a ser escuchados de forma individualizada como parte de un proceso de reglamentación. En términos constitucionales y contrario a una adjudicación, a las personas no se les reconoce un interés propietario que active las garantías de un debido proceso de ley.³

De otra parte, el principio de participación en procesos de reglamentación que discutiremos opera en relación a toda la ciudadanía. Con esto nos diferenciamos de aquellos países donde este tipo de consultas son exigidas en procesos puntuales relacionados muchas veces a la prestación de servicios públicos. No existe pues, pretensión alguna de situar a quien participe, en la posición de persona jurídicamente afectada. No hay ni requisito, ni supuesto alguno, parecido a la legitimación activa.

Aunque este esquema puede parecer más abierto y con un alcance más amplio en términos de participación, el asunto requiere una perspectiva crítica. De un lado es de esperar que como cuestión de realidad quien termine participando es quien se sienta afectado. Además, que el proceso esté organizado bajo la noción de que cualquier ciudadano puede participar, podría crear expectativas irreales e infundadas respecto al nivel y tipo de participación que se debe esperar. A través del trabajo, abordaremos algunos de estos asuntos.

² Ley Núm. 170 de 12 de agosto de 1988, 3 LPRA §§ 2101-2201.

³ Véase el fallo en *Eastern Sugar Associates v. Junta Azucarera*, 77 DPR 374 (1958) y Demetrio Fernández Quiñones, *Derecho administrativo y ley de procedimiento administrativo uniforme*, Forum, Colombia (2000); p. 317-320.

La organización del escrito es sencilla. A continuación, la Parte II explica el procedimiento en Puerto Rico para la adopción de reglamentos administrativos con las puntualizaciones de rigor sobre cómo opera el mecanismo para solicitar comentarios escritos. La Parte III aborda el asunto más específico de qué tipo de obligación tiene la administración pública respecto a los comentarios recibidos. En específico, discutiremos la manera en que el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha abordado este asunto y la doctrina jurisprudencial mediante la cual creó lo que para todos los efectos es un requisito de motivar los reglamentos. Las implicaciones positivas y negativas de este desarrollo son examinadas en la Parte IV, luego de lo cual esbozamos algunos planteamientos finales a modo de conclusión. Confiamos que los procesos y desarrollos que aquí se explican pueden resultar de interés para lectores de otros países y sirvan como contribución a la discusión de temas comunes como es la relación ciudadano-administración en el contexto de nuevas formas de enfocar la toma de decisiones públicas.

II. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS

1. *La publicación de un aviso*

La LPAU dispone como punto de partida del procedimiento de reglamentación la publicación por parte de la agencia administrativa de un aviso en un periódico de circulación general en Puerto Rico. Sección 2.1 de LPAU, 3 LPRA § 2121. Este aviso debe tener dos versiones, una en español y otra en inglés, que serán publicadas en el periódico y “en la red de internet”. Este requisito debe ser visto en el contexto de la inexistencia en Puerto Rico de un boletín oficial donde se publiquen documentos formales y oficiales por el Estado. El principio de publicidad es atendido de ordinario mediante requerimientos de este tipo para la publicación en periódicos de circulación general. El requisito de la publicación en internet descansa en el hecho de que la agencia en efecto tenga una página cibernética. Como cuestión de hecho, casi todas la poseen. Hacemos la aclaración para distinguir de otros países donde el esquema de notificación vía publicación en internet esté centralizado en una sola página al servicio de todas las agencias administrativas. Este no es el caso en Puerto Rico.

En cuanto al objetivo esencial del aviso, éste pretende notificar a la ciudadanía en general que la agencia se propone “adoptar, enmendar o derogar una regla o reglamento”. El aviso indica que existe un borrador del reglamento y brinda la oportunidad para que todo aquel interesado presente comentarios escritos en un término de treinta (30) días. Es preciso enfatizar que no se trata de un proceso necesario sólo para la adopción de un nuevo reglamento o enmiendas a uno existente. Aun para dejar sin efecto un reglamento vigente, sin que ello requiera la aprobación de uno nuevo, es necesario cumplir con todo el procedimiento descrito.

Además del aviso general, la ley dispone un procedimiento más particularizado cuando el reglamento en cuestión afecte de forma específica a una comunidad de residentes. En tales casos, la agencia debe realizar dos gestiones adicionales. La primera es publicar el mismo aviso pero esta vez en un periódico regional que circule en el área donde ubique la comunidad afectada. La segunda es pautar un anuncio radial en una emisora de difusión local de mayor audiencia o mayor cercanía a la comunidad afectada. La ley llega al detalle de disponer que el referido anuncio radial será pautado en por lo menos dos ocasiones en el horario entre las siete de la mañana y las siete de la noche. Valga señalar que el anuncio en la radio debe indicar la fecha en que se publicó el aviso en el periódico de modo que los radioescuchas tengan una noción precisa del término disponible para presentar comentarios.

2. *El contenido del aviso*

La ley es muy específica al momento de indicar el contenido del aviso. El mismo debe incluir los siguientes cuatro elementos: 1) un resumen o explicación breve de los propósitos de la propuesta acción, 2) una cita de la norma que autoriza la acción, 3) la forma, el sitio, los días y las horas en que se podrán someter comentarios por escrito o por correo electrónico o solicitar por escrito una vista oral sobre la propuesta y 4) el lugar físico y la dirección electrónica donde estará disponible el texto completo de la reglamentación a adoptarse. Veamos cada uno de estos requisitos.

El objetivo de la explicación breve debe ser obvio. Recordemos que se trata de la única oportunidad que el ordenamiento le reconoce a la mayor parte de la ciudadanía de tener conocimiento de la acción propuesta y colocarla en posición de determinar si desean participar del proceso mediante la presentación de comentarios. Para tomar una determinación de este tipo, el ciudadano tiene que conocer si la acción propuesta le interesa. Esto es un asunto elemental de suficiencia de información en el aviso. La explicación podrá ser breve, pero debe ser lo suficientemente informativa como para posibilitar que una persona prudente y razonable comprenda la naturaleza de la reglamentación propuesta. Claro está, dependiendo del grado de especificidad del aviso puede ser completamente normal que la decisión final de participar dependa en última instancia de un examen del reglamento íntegro propuesto. En tales circunstancias, el aviso sirve como punto de partida para gestiones adicionales por parte de los ciudadanos.

La cita de la disposición legal conforme a la cual la agencia está actuando es una referencia sencilla al principio de *ultra vires*. El mismo dispone que un organismo administrativo sólo puede actuar descansando en una autorización dispuesta por ley.

El tercer requisito tiene que ver con la manera en que se pueden presentar comentarios escritos al reglamento propuesto en términos de tiempo y espacio: dónde enviarlos y de qué manera. Esto incluye no sólo el envío o presentación de un documento impreso, sino también la posibilidad de remitir los comentarios por correo electrónico. En este último caso, la ley exige que la agencia acuse recibo de los comentarios sometidos vía electrónica dentro de dos días laborables de recibidos los mismos.

Es importante resaltar que en ese renglón, además de los comentarios escritos, el aviso debe orientar también sobre la oportunidad para solicitar por escrito una audiencia. Lo cierto es que salvo que una ley especial así lo disponga, no existe tal cosa como un derecho a audiencia o vista oral como parte del proceso de aprobación de reglamentos. Los ciudadanos pueden, sin embargo, presentar una solicitud a tales efectos, la cual estará debidamente fundamentada en cuanto a las razones que hacen meritoria la concesión de dicha audiencia.

El último componente del aviso es la información indicativa de dónde el ciudadano interesado puede encontrar el texto del reglamento propuesto. La ley original en el 1988 requería especificar el lugar físico. Hoy día no es de extrañar que se incluya la alternativa de encontrar el documento en la página de internet de la agencia.

3. *Aprobación final por la agencia administrativa*

Publicado el aviso y asumiendo que la agencia recibe comentarios escritos, la ley es algo vaga en qué se hará con los mismos. Lo más concreto que indica al respecto es el mandato de que la agencia tome “en consideración, además de los comentarios escritos y orales que le hayan sometido, su experiencia, competencia, técnica, conocimiento especializado, discreción y juicio”. Sección 2.4, 3 LPRA § 2124.

En todo caso estamos en el momento preciso en que la agencia realiza su determinación final en cuanto al contenido del reglamento y lo adopta. Sin embargo, su eventual vigencia está todavía supeditada a un trámite donde el reglamento es enviado al Departamento de Estado de Puerto Rico. Allí, el Secretario de Estado, quién está facultado en la ley para adoptar requisitos de forma para todos los reglamentos, pasa juicio en torno al cumplimiento del reglamento correspondiente con los mismos. De haber sido el documento presentado conforme a las normas establecidas, el Secretario de Estado procede a publicar en dos periódicos de circulación general y dentro de los veinticinco días siguientes a su presentación, “una síntesis del contenido de cada reglamento”. Sección 2.8 de LPAU, 3 LPRA § 2128. Esta parte de la LPAU atiende la necesidad de que la norma reglamentaria que está siendo adoptada con fuerza de ley cumpla con criterios básicos de publicidad.

Este último requisito de publicación hay que observarlo en conjunto con lo dispuesto en la ley en torno a la vigencia del reglamento. Como regla general, los reglamentos en Puerto Rico comienzan a regir a los treinta (30) días de ser presentados en el Departamento de Estado. Se contemplan, sin embargo, tres excepciones: 1) que una ley especial disponga un término distinto, 2) que una ley especial permita que la agencia adopte un término distinto en el reglamento y 3) que el reglamento sea uno de “emergencia”. Esto último se refiere a la Sección 2.13 de LPAU, 3 LPRA § 2133, la cual contempla que un reglamento tenga vigencia inmediata cuando el Gobernador así lo certifique debido a una emergencia o a “cualquier otra circunstancia que lo exija”. Esta acción puede ocurrir en cualquier momento, incluso antes del mismo aviso. Es por eso que la ley se encarga de aclarar que aún cuando el reglamento esté vigente producto de una certificación como la descrita, la agencia debe completar posteriormente cualquier procedimiento omitido al momento de la vigencia inmediata.

Aunque antes indiqué que no existe en Puerto Rico el equivalente a un boletín oficial del Estado, es menester señalar que, de todos modos, la LPAU contempla la publicación de todos los reglamentos compilados en una obra bajo el nombre de “Reglamentos del Estado Libre Asociado de Puerto Rico”. Sección 2.15 de LPAU, 3 LPRA § 2135. Esta publicación existió por varios años y dejó de ser actualizada hace mucho tiempo. El problema que esto representa en términos de difusión de las normas reglamentarias se ha visto en gran parte mitigado por el internet. La LPAU fue enmendada en el año 2008 a los efectos de ordenar al Secretario de Estado mantener, de forma permanente, copia de todos los reglamentos en la página cibernética de dicho departamento de gobierno.⁴ La información está disponible en un formato que no sólo hace disponible al público los reglamentos vigentes, sino incluso los derogados, lo cual facilita el examen histórico de estos documentos públicos.

Por último, la LPAU contempla un procedimiento especial para la impugnación de reglamentos supeditado a su vigencia. Conforme a la Sección 2.7 de la LPAU, 3 LPRA § 2127, dentro de los treinta días siguientes a la vigencia del reglamento se puede presentar ante el foro judicial una acción dirigida a impugnar la validez de su faz de un reglamento por el incumplimiento sustancial con las disposiciones de la ley. El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha interpretado que esta acción de impugnación está disponible durante esos treinta días para cualquier persona, independientemente de que reclame verse afectado o no por el reglamento aprobado. Esto es, no hay requisito de fundamentar la legitimación activa de quien inste la acción.

⁴ Disponibles en <http://www.estado.gobierno.pr/>.

III. CONSULTA CIUDADANA Y OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN RESPECTO A LA MISMA

1. *Consideraciones generales*

Al momento de discutir el espacio para la consulta ciudadana que brinda la ley en Puerto Rico, es preciso puntualizar varios aspectos. Lo primero fue adelantado ya en la introducción: se trata de un mecanismo mandatorio para todo proceso de reglamentación. Esta aclaración es importante si consideramos que en otros países la consulta ciudadana en el ámbito administrativo se ata a contextos de servicios públicos y nuevos entes reguladores producto de los procesos de privatización durante las pasadas décadas.⁵

En Puerto Rico, ese no es el caso y, sin importar la naturaleza ni el alcance de la reglamentación a ser aprobada, cada agencia administrativa debe cumplir con el proceso descrito en la sección previa. Esto puede enfocarse de varias maneras. De un lado se puede aplaudir como una política pública mucho más amplia de participación ciudadana y que representa un convencimiento de que las aportaciones de los ciudadanos a las determinaciones de política pública pueden y deben celebrarse sin importar la materia que se trate. Del otro lado, sin embargo, hay quien indicaría que hay temas de ínfimo interés para la ciudadanía y que responden a consideraciones sumamente técnicas. En tal caso hay quien reclama que lo necesario son expertos, no ciudadanos.⁶

De otra parte, debemos enfatizar que el mecanismo principal de participación que contempla la ley es el de comentarios escritos. Como indicamos, la LPAU reconoce la posibilidad de una audiencia en dos circunstancias: 1) a solicitud de parte y 2) cuando sea dispuesto en una ley especial. Sección 3.11 de LPAU, 3 LPRA § 2161. Este esquema sin duda alguna tiene sentido en el contexto de un procedimiento de participación que aplica por igual a todas las agencias administrativas. Requerir de forma compulsoria la realización de audiencias públicas para cada reglamento administrativo aprobado por el Estado supondría una inversión de recursos en extremo onerosa y en ocasiones innecesaria.

Dicho eso, debemos reconocer que, por otro lado, en muchos casos la relevancia pública del tema hace insuficiente la mera presentación de comentarios escritos. Después de todo, si comparamos ambos mecanismos, las limitaciones de los comentarios es obvia. Al final, se trata de una comunicación unidireccional donde cada participante transmite información a la administración. Esto de por sí no contempla un intercambio donde la administración pueda aclarar el contenido de los comentarios. La ventaja de una audiencia pública en este renglón es clara pues brinda un espacio para preguntas y aclaraciones. De otra parte, el esquema de comentarios escritos tampoco propicia que la administración se beneficie de las reacciones que un participante pueda tener en torno a los comentarios de otro participante. En temas altamente controvertibles o en escenarios de competidores en un mercado reglamentado, la oportunidad de contar con ese insumo puede tener gran valor para la agencia y el proceso ordinario no provee para ello. Es por ello que el diseño de la LPAU provee un balance adecuado entre ambos instrumentos de participación.

⁵ Gustavo Cresta (2003), "Consulta y Regulación", en el libro colectivo *Regulación y control*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires (2003); p. 29.

⁶ Suzzana Sherry, "Democracy and the Death of Knowledge", *University of Cincinnati Law Review*, vol. 75 (2007); p. 1053-1069.

Regresemos ahora al asunto medular. Como antes explicamos, la ley no impone obligación específica sobre la administración en relación a los comentarios escritos que presenten los ciudadanos. No existe un deber de contestar o reaccionar a los mismos. Si una sugerencia es acogida se sabrá porque aparecerá en el documento que finalmente apruebe la agencia. Si un comentario crítico o una sugerencia es rechazada, se sabrá porque el texto final permanecerá inalterado respecto al originalmente propuesto. ¿Debemos sentirnos conforme con esto?

Cualquier juicio que se haga sobre lo explicado debe considerar el contexto en que se desarrolla este tipo de mecanismo en Puerto Rico. Aunque la LPAU se aprobó en Puerto Rico en 1988, este mecanismo de consulta dentro del proceso de reglamentación lo que realmente hace es incorporar el modelo adoptado en 1946 por el gobierno de los Estados Unidos al momento de aprobar su propia Ley de Procedimiento Administrativo (el “Administrative Procedure Act”). 5 USC §§ 500-584.

Lo anterior merece énfasis pues puede resultar un tanto erróneo juzgar el origen de este mecanismo al amparo de la visión contemporánea sobre participación ciudadana. Más que adelantar principios de democracia participativa como respuesta a un modelo representativo agotado, en el 1946 los comentarios escritos de los ciudadanos servían el propósito de auxiliar a las autoridades públicas mediante el suministro de información y perspectivas que mejorarían la calidad de la norma reglamentaria. Esto no quiere decir que estos objetivos originales impidieran el eventual desarrollo de otros adicionales.

2. *Asociación de farmacias*

El Tribunal Supremo de Puerto Rico emitió en el año 2002 un dictamen trascendental para el tema que estamos discutiendo. La controversia en *Asociación de Farmacias v. Secretario de Salud*, 156 DPR 105 (2002), gira alrededor de un proceso de permisos para la operación de facilidades de salud. En el año 1975 se aprobó una ley que otorga al Secretario de Salud de Puerto Rico la autoridad para conceder este tipo de permiso a base de criterios de planificación y necesidad. Al amparo de dicha autoridad legal y para enmarcar el ejercicio de discreción al momento de evaluar permisos, la agencia administrativa aprobó un reglamento en el 1986 con criterios muy específicos y restrictivos. Una década después, y bajo la administración de un gobierno con un enfoque más favorecedor de las fuerzas del mercado, la agencia aprobó un nuevo reglamento con criterios liberales y generosos a la entrada de competidores.

Estos eventos administrativos surgieron en el contexto del intento de poderosas cadenas de farmacias en los Estados Unidos de entrar en el mercado de Puerto Rico. Lo estricto del reglamento de 1986 les presentaba una barrera que fue entonces superada con un nuevo reglamento en 1997. Todo esto afectaba de manera directa a las farmacias existentes en Puerto Rico, quienes, agrupadas bajo la organización Asociación de Farmacias, impugnaron el nuevo reglamento. El ataque al reglamento de 1997 se dio tanto en el ámbito procesal como en el sustantivo. Para propósitos de este escrito nos concentraremos en uno de los planteamientos procesales.

La LPAU dispone en su Sección 2.5, 3 LPRA § 2125, que todo reglamento debe contener “una explicación breve y concisa de sus propósitos o de las razones para su adopción o enmienda”. En esta ocasión, el reglamento de 1997 incluía la siguiente explicación:

El propósito del presente reglamento lo constituye el deseo del Departamento de Salud de agilizar y expeditar el proceso de consideración y análisis de las solicitudes de concesión de Certificados de Necesidad y Conveniencia así como el atemperar dicho proceso a la actual política pública en torno a la prestación de servicios de salud en Puerto Rico según definida en las disposiciones de las leyes número 190 del 5 de septiembre de 1996 y la número 72 del 7 de septiembre de 1993, según enmendadas.

Quienes impugnaron el reglamento, argumentaron que lo anterior no era suficiente para cumplir con el requisito de la ley. El Tribunal Supremo avaló dicha posición. Para ello, examinó disposiciones análogas en el derecho de los Estados Unidos e incorporó la manera en que los tribunales norteamericanos han interpretado el requisito de una explicación breve y concisa. Para comenzar, en Estados Unidos, la doctrina justifica el requisito como una forma de “garantizar que los tribunales podamos ejercitar nuestra función revisora de una manera efectiva”. *Asociación de Farmacias*, 156 DPR en la p. 125. Se trata, pues, de un claro fin de propiciar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Sobre el desarrollo de esta doctrina jurisprudencial, el dictamen judicial del Tribunal Supremo indica lo siguiente:

Los tribunales federales [de los Estados Unidos] han interpretado que esta disposición requiere que la agencia incluya una declaración de hallazgos y razones como parte de la regla final. [...] Esta declaración permite que un tribunal revisor pueda determinar qué asuntos importantes de política pública fueron ventilados en los procedimientos, y por qué la agencia reaccionó a dichos asuntos con esa reglamentación.

En lo que se denomina por el Tribunal Supremo [de los Estados Unidos] como la doctrina de las cuestiones vitales, se exige entonces que la explicación breve y concisa “contenga respuestas a los comentarios significativos e importantes que hicieron los ciudadanos, y que explique por qué esas sugerencias no fueron adoptadas y cómo los problemas mencionados por los ciudadanos fueron resueltos”. *Asociación de Farmacias*, 156 DPR en las pp. 125-126.

Las implicaciones de esto son dramáticas. De un requisito para incluir una explicación breve y concisa de por qué se aprueba el reglamento, se pasó a la exigencia de que la agencia administrativa indique qué hizo con los comentarios más importantes y significativos que recibió durante el proceso. Más aun, la omisión de brindar dichas explicaciones tendría la consecuencia de invalidar el reglamento. De hecho, eso fue precisamente el resultado final de lo decidido en *Asociación de Farmacias*.

¿Por qué se adopta una doctrina de “cuestiones vitales” estableciendo un requisito que no parece desprenderse directamente del texto de la ley de Puerto Rico? La explicación supone entender el desarrollo del derecho administrativo en Estados Unidos durante la segunda mitad del siglo pasado. De un entusiasta respaldo al surgimiento del Estado Administrativo durante las primeras décadas del Siglo XX, ya en los 70's había un claro agotamiento respecto a las promesas que en su momento representaba la acción reguladora de las agencias administrativas. Se planteaba por muchos que los órganos reguladores estaban “capturados” por los entes reglamentados y que realmente respondían a los intereses y a la lógica de acción de los últimos. Reconocer que los procedimientos administrativos pudieran no estar funcionando al servicio del interés público supuso revisar el tema de los controles a la actuación administrativa.⁷

⁷ Peter Strauss, “From Expertise to Politics: The Transformation of American Rulemaking”, *Wake Forest Law Review*, vol. 31 (1996); p. 745 y Richard B. Stewart, “The Reformation of American Administrative Law”, *Harvard Law Review*, vol. 88 (1975); pp. 1667-1813.

En el contexto del derecho norteamericano éste es un tipo de tarea donde no es de extrañar que incluso los tribunales se hicieran partícipes de la toma de conciencia. Por ejemplo, esa es precisamente la época en que se desarrollaron por la jurisprudencia normas de legitimación activa muy liberales a los fines de ampliar el espectro de personas que podían participar del proceso administrativo o bien tener la capacidad de impugnar los actos administrativos en la esfera judicial.

Otro espacio de acción judicial fue la intensidad con que los tribunales asumieron su rol de control del acto administrativo. Si había desconfianza generalizada respecto a la adjudicación que realizaba la agencia, correspondía entonces examinar los recursos de impugnación de manera mucho más estricta o rigurosa. Claro, la realización real y efectiva de este ejercicio de revisión más intenso descansaba en que el proceso adjudicativo lo posibilitaba en términos estructurales. Me refiero a que, al momento de adjudicar, las agencias debían realizar sus determinaciones finales en un documento con requisitos básicos de forma que incluían explicitar las determinaciones de hechos y conclusiones de derecho. Esta formalidad en la manera de disponer del asunto posibilitaba que las resoluciones finales en casos de adjudicación fueran motivadas.

De entrada, no debe ser controvertible afirmar que ante actos motivados de la administración, los tribunales están en posición de ejercer una tutela mucho más rigurosa y efectiva. El problema es que dicho requisito sólo existía respecto al proceso adjudicativo, mientras que la desconfianza ante la posibilidad de actuaciones arbitrarias se extendía a toda actuación administrativa. Esto es, si se piensa que las acciones de la administración tenían un problema sistemático de no atender el interés público, no hay por qué pensar que esto se manifestara sólo en algunos renglones de actuación. Al contrario, si el problema lo permeaba todo, debía incluir la potestad reglamentaria. La aprobación de reglamentos planteaba, sin embargo, una limitación básica a cualquier esfuerzo de incrementar o intensificar la tutela judicial. Lo cierto es que no existe un principio general conforme al cual los reglamentos deban ser motivados. No hay un requisito estructural análogo a las determinaciones de hecho y conclusiones de derecho. Al adoptar un reglamento, una administración pública simplemente *hace*, no justifica su hacer ni reflexiona sobre el mismo. El reglamento meramente enuncia la norma.

Se trata, pues, de un escenario en extremo problemático para un poder judicial con interés en ser más estricto y riguroso al momento de pasar juicio sobre impugnaciones a reglamentos. La opción por la cual decantó el sistema judicial federal en Estados Unidos fue identificar una instancia procesal cuya naturaleza fuera apropiada para suplir su necesidad. Es así como se llega a la explicación breve y concisa.

Sería ese el requisito cuya verificación de cumplimiento el tribunal podría utilizar a manera de expresión motivada de la agencia administrativa en torno a su decisión de adoptar el texto final de un reglamento.⁸

La solución no deja de ser algo forzada. Por ejemplo, en el caso particular de Puerto Rico la explicación breve y concisa se recoge como parte de la Sección 2.5 de la LPAU, 3 LPRA § 2125, disposición que atiende aspectos de contenido, estilo y forma de los reglamentos.

⁸ Keith Werhan, *Principles of Administrative Law*, Thomson West, St. Paul (2008); p. 240-242 y Richard J. Pierce, Jr., *Administrative Law*, Foundation Press, New York (2008); p. 67-68.

Allí se indica que todo reglamento que sea adoptado debe contener la siguiente información:

- (a) una cita de la disposición legal que autoriza su adopción o enmienda;
- (b) una explicación breve y concisa de sus propósitos o de las razones para su adopción o enmienda;
- (c) una referencia a todas las reglas o reglamentos que se enmienden, derogan o suspendan mediante su adopción;
- (d) la fecha de su aprobación, y
- (e) la fecha de vigencia.

Visto en el contexto de la sección completa, parecería razonable afirmar que el objetivo de la explicación breve y concisa es dar una oportunidad a quien lea el reglamento de conocer el objetivo y las razones de la agencia para adoptarlo. Su justificación dentro del esquema de organización de la ley no lo vincula en modo alguno a los comentarios escritos. Sin embargo, como ya antes explicamos, el objetivo del Tribunal Supremo no era tanto hacer una exégesis de esta disposición procesal, como anclar en terreno firme un requerimiento que garantizara una tutela judicial más efectiva donde antes no la había.

IV. IMPLICACIONES DE OBLIGAR A LA ADMINISTRACIÓN A REACCIONAR: CONSIDERACIONES EN TORNO AL “REGLAMENTO MOTIVADO”

El fallo *Asociación de Farmacias* es probablemente la decisión más importante emitida por el Tribunal Supremo de Puerto Rico durante la pasada década en el área de derecho administrativo. En un ordenamiento jurídico que usualmente concentra la atención en problemas de adjudicación y de debido proceso de ley, la decisión supone situar en el mismo nivel de relevancia el proceso de adopción de reglamentos. No obstante, ello de por sí no significa que el saldo final es favorable. De hecho, en Estados Unidos esta doctrina tiene algunos detractores quienes reclaman un efecto pernicioso producto de su aplicación. Veamos los argumentos desde ambas perspectivas.

1. *Implicaciones positivas*

Que el Estado tenga que fundamentar sus determinaciones de política pública que afectan a la ciudadanía pareciera ser siempre una ganancia. Por un lado, ello fomenta el cumplimiento con el principio de legalidad de toda actuación pública por cuanto la fundamentación tendrá como punto de referencia la debida adecuación con el estado de derecho. En ese sentido, hacer saber las razones para actuar es el instrumento esencial para el control de la arbitrariedad por parte de la administración pública. La premisa fundamental es que no todo es justificable en términos de interés público, por lo que el mero hecho de exigir razones puede evitar que se incurra en conductas lesivas.

Esto es importante no sólo al momento de la agencia motivar el reglamento, sino que cumple el objetivo esbozado por el Tribunal Supremo de Puerto Rico de facilitar y adecuar el posterior ejercicio de revisión por parte del poder judicial. No olvidemos que el requisito de motivación se da so pena de que el reglamento sea invalidado.

Desde un punto de vista de ciencias de la administración, la participación ciudadana puede tener dos tipos de valores: el intrínseco y el instrumental.⁹ Para el proceso administrativo, la prioridad es claramente el último. La participación garantiza mayor información, lo cual tiene el efecto de mejorar la calidad del proceso decisional final por parte de la agencia. De otra parte, más allá del contenido cualitativo de la norma, los comentarios permiten atender escollos que podrían entorpecer la eficacia posterior del reglamento. No todo es conflicto ni controversia. En ocasiones, la participación no pretenderá cuestionar el fin que persigue la administración pública y más bien señalará medios menos onerosos para alcanzarlo.

Otro valor instrumental de la participación es la legitimidad con la que inviste el proceso en tanto los ciudadanos lo perciban como una oportunidad justa de contribuir al trámite decisional de asuntos públicos. Al fin y al cabo, el planteamiento es uno elemental de equidad procesal.

De otro lado, y con un enfoque quizás más cercano a la teoría política, está quien aprecia la participación ciudadana por su valor intrínseco. Se plantea que el mero hecho de propiciar la participación tiene un beneficio para quien participa. Esto, por razón de que se entiende positivo una ciudadanía más responsable, informada y dispuesta a contribuir en la toma de decisiones dentro de espacios públicos.

En caso de que se presenten comentarios escritos y que la agencia explique qué hizo respecto a los mismos, le brinda un significado totalmente distinto a la mera oportunidad que tenían los ciudadanos de expresarse. Es cierto que la autoridad todavía descansa en el órgano público legalmente competente para aprobar el reglamento y que en modo alguno los ciudadanos que participan ostentan un poder de veto sobre lo que finalmente se decida. Esto no significa, sin embargo, que los participantes deban meramente conformarse con consignar su posición. Conocer la reacción de la administración sirve el propósito de educar a los afectados sobre las consideraciones de la agencia para la toma de decisiones.

Ninguno de los dos valores se alcanza, sin embargo, con la mera existencia de un espacio para la participación. Ambos suponen que haya participación real, ya sea para mejorar el reglamento que finalmente se aprueba o bien para promover una ciudadanía que sea participe de manera efectiva e informada del proceso administrativo que le afecta. Si ello en efecto ocurre, exigir luego a la administración que responda a lo presentado permite valorizar la efectividad de los comentarios específicos, así como del proceso mismo de elaboración del reglamento.

2. *Implicaciones negativas*

Algunas de las objeciones a la doctrina en discusión son inherentes a cómo la misma es articulada y presentan dudas en cuanto a su efectividad real. El primer punto es bastante obvio. La administración pública no está obligada a reaccionar a todos los comentarios escritos recibidos, sólo a los “importantes” o que versen sobre “cuestiones vitales”. Es preciso, por tanto, discernir qué procede atender y qué puede ser simplemente obviado, para lo cual no existen criterios del todo claros. Recordemos por otro lado, que si la agencia identifica un comentario como no importante y opta por no expresarse sobre el mismo, corre el riesgo de una impugnación judicial donde se alegue que, por el contrario, sí lo era. No sería extraño que muchas agencias opten entonces por reducir el factor de riesgo atendiendo no sólo los

⁹ Tome esta distinción de Archon Fung, “Varieties of Participation in Complex Governance”, *Public Administration Review* December, Vol. 66, Sup. s1 (2006); p. 66-75.

comentarios que consideran importantes, sino también los que alguien pudiera argumentar con un mínimo de razonabilidad que lo son. Es un escenario donde la falta de certeza propicia un resultado potencialmente ineficiente en la medida que la agencia conteste comentarios que legítimamente hubiera podido obviar.

En términos de contenido, la dificultad es procurar que el control al que aspira la doctrina sea real. Después de todo, cumplir con el requisito puede convertirse en un ejercicio mecánico que se recoja en una tabla donde la primera columna identifica los comentarios y la segunda consigna la reacción a cada uno. El asunto es, ¿cuán rigurosa debe ser la agencia administrativa al momento de reaccionar a cada comentario? Después de todo, si bien la agencia está haciendo algo que excede lo requerido por ley, la misma no deja de caracterizar la explicación como “breve y concisa”. En última instancia, el escenario es uno de impugnación donde se deberá adjudicar si la explicación de la administración es suficiente. En ese momento el alcance de la doctrina dependerá del grado de intensidad de control que el poder judicial ejerza.

El tribunal podrá ser riguroso y requerir explicaciones sustanciales donde no sólo se expongan las razones para no incorporar un comentario, sino que se analice de forma comparativa las ventajas y desventajas de la opción seleccionada versus la rechazada. Al contrario, el tribunal puede ser en extremo deferente y sostener el reglamento siempre que la administración haga un esfuerzo razonable de articular sus fundamentos. Se trataría de un escrutinio más leve donde esencialmente se velaría por la existencia de una motivación en el reglamento. En Puerto Rico es de esperar que ese sea el caso puesto que la revisión judicial descansa en una política de alta deferencia a las determinaciones de las agencias administrativas, sin distinción particular hacia el tipo de actuación que esté en controversia.

Al menos en Estados Unidos la crítica se centra más bien en el efecto que ha tenido esta doctrina. De un lado, se argumenta que el primer escenario que antes explicamos de agencias atendiendo más comentarios de los estrictamente necesarios como mecanismo de reducir el riesgo de impugnación, es una realidad. El efecto ha sido un procedimiento de elaboración de reglamentos que a nivel del gobierno federal puede tomar hasta cinco años en ser completado.¹⁰ El planteamiento no es meramente descriptivo del tiempo que toma, sino que supone una preocupación por lo excesivamente largo que resulta adoptar una norma que en principio asumimos respondía a la identificación de una necesidad de interés público.

Hay quien plantea, sin embargo, que en ocasiones el efecto ha sido otro. Se aduce que el proceso de reaccionar a los comentarios es tan complicado que las agencias administrativas simplemente han optado por dejar de elaborar reglamentos que tengan que cumplir con la doctrina. Preciso es decir que a nivel del gobierno federal en Washington, D.C., los procesos relativos a la aprobación de reglamentos controvertibles podrían generar en ocasiones cientos sino miles de comentarios.¹¹ Cumplir con la doctrina en tales circunstancias no sólo implica un factor de tiempo, como ya antes mencionamos, sino también que afecta la propia naturaleza del texto.

¹⁰ Se ha llamado a esto la osificación del proceso de elaboración de reglamentos. Thomas O. McGarity, “Some Thoughts on “Deossifying” the Rulemaking Process”, *Duke Law Journal*, Vol. 41 (1992); p. 1385-1462.

¹¹ Jeffrey S. Lubbers, “The Transformation of the U.S. Rulemaking Process – For Better or Worse”, *Ohio Northern University Law Review*, Vol. 34 (2008); p. 469-482 y Jim Rossi, “Participation Run Amok: The Cost of Mass Participation for Deliberative Agency Decisionmaking”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 92 (1997); p. 173-249.

Es común examinar reglamentos finales donde el contenido sustantivo de la norma aprobada se encuentra en varios párrafos, mientras que la “explicación breve y concisa” puede extenderse a siete u ocho páginas.

Si es cierto que el efecto final es que las agencias abandonan la adopción de reglamentos, ¿cómo enfrentan sus responsabilidades reguladoras? Aquí es necesario introducir una distinción del derecho administrativo norteamericano entre reglas legislativas y las no-legislativas. Las primeras deben cumplir con el proceso de elaboración que incluye los comentarios escritos, las segundas son actuaciones de las agencias que en general no están sujetas a requisitos procesales de adopción. El trato distinto descansa en los objetivos diferentes de cada una. Las reglas legislativas pretenden afectar derechos y obligaciones de los ciudadanos, son adoptadas con “fuerza de ley”. Mientras, las reglas no-legislativas suelen atender asuntos internos de la administración pública o meramente sirven como guías interpretativas de las normas con fuerza de ley.¹²

Veamos un ejemplo más concreto. Supongamos que existe una ley para regular la profesión de la ingeniería donde se dispone como requisito para ejercer la misma el contar con “experiencia básica” en internados con ingenieros licenciados. Un reglamento legislativo podría disponer que sólo se concederá una licencia a los practicantes de ingeniería que acrediten cuatro años de internado. Una persona que sólo cuente con tres años no podría obtener su licencia por cuanto se lo impediría una norma con fuerza de ley. La agencia podría, sin embargo, adoptar unas guías donde se indique que el requisito de “experiencia básica” será interpretado como un mínimo de cuatro años. En este segundo escenario, la persona que cuenta con tres años de internado no está impedido de solicitar una licencia pues no existe una norma con fuerza de ley que así lo imposibilite. Sin embargo, ya está advertido de que con toda probabilidad su solicitud será denegada pues a través de las guías la administración pública adelantó su criterio de cómo interpretaría el requisito de la ley.

Una pregunta obvia es por qué habría la agencia de adoptar unas guías interpretativas si tiene disponible los mecanismos para alcanzar el mismo resultado con fuerza de ley. Aquí es donde la doctrina de reacción oficial a los comentarios escritos cobra particular importancia. En igualdad de circunstancias, la agencia podría preferir crear una norma con fuerza de ley, pero esa premisa no existe en la doctrina que estamos discutiendo. El entendido más bien es que tener que responder a los comentarios escritos importantes que se susciten durante el periodo de elaboración del reglamento, hace más oneroso insertarse en ese proceso. Si se puede lograr el mismo resultado mediante la guía interpretativa, se opta por esa vía. Después de todo puede lograrse en unos meses lo que tomaría vía reglamento legislativo cinco años.

Claro, lo anterior requiere afirmar que, en efecto, se puede lograr lo mismo mediante una guía interpretativa. La explicación de por qué es así trasciende las clasificaciones de tipos de reglamentos y la fuerza jurídica que tenga una actuación en comparación con la otra. Se trata simplemente de cuál es el comportamiento esperado de las personas objeto de reglamentación. La realidad es que una vez la persona con tres años de experiencia tiene conocimiento de que la administración pública sólo está inclinada a conceder una licencia con un mínimo de cuatro, es de esperar que en la mayoría de los casos opte por esperar el año adicional. Ello por consideraciones muy pragmáticas, incluyendo el costo básico de un proceso de solicitud, los costos de una posible impugnación y, ante la eventualidad de que la misma no prospere,

¹² Jacob E. Gersen, “Legislative Rules Revisited”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 74 (2007): p. 1705-1722 y el fallo del Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Tosado Cortés v. AEE*, 165 DPR 377 (2005).

la carga de tener que presentar una nueva solicitud posteriormente. En determinados sectores de la economía reglamentados por el Estado es altamente improbable que las personas o compañías quieran asumir ese tipo de riesgo. Lo harán sin lugar a dudas si el costo de lo prohibido supera por mucho el costo de la impugnación, pero para el devenir diario de sus operaciones es de esperar que acomoden su conducta a lo deseado por la agencia administrativa en su guía interpretativa.

Hay quien afirma entonces que la exigencia jurisprudencial de que las administraciones públicas contesten los comentarios escritos ha resultado en un incentivo perverso en tanto propicia que se utilicen guías interpretativas para situaciones que normalmente hubieran conllevado la elaboración de un reglamento. Adviértase que lo de perverso no es sólo porque este saldo final sea lesivo al principio de legalidad al menoscabar la manera en que el Legislador diseñó la delegación de la potestad reglamentaria a los organismos públicos. Es perverso si consideramos el efecto paradójico que tiene sobre el requisito de comentarios escritos como mecanismo de participación ciudadana. El razonamiento resulta sencillo: la ley exige participación ciudadana, los tribunales fortalecen dicho espacio al exigirle cuentas a la administración por la manera en que reacciona a dicha participación, el proceso de vuelve oneroso y la administración entonces opta por uno donde no tiene que dar espacio alguno de participación. La victoria de un mecanismo de participación ciudadana se convierte entonces en elemento causal para su eventual abandono.

Se han planteado variadas respuestas a este problema.¹³ Hay quienes han denunciado la improcedencia de que los tribunales hayan creado requisitos que no tienen respaldo en el texto legislativo. Otros han sugerido que la respuesta descansa en dotar a las guías interpretativas de algunos atributos básicos de transparencia y publicidad.¹⁴ Esto último con la esperanza de reducir el margen de actuaciones arbitrarias de las agencias y colocar a la ciudadanía en posición de gozar de un sistema que brinde mayor seguridad jurídica.

3. *El impacto de Asociación de Farmacias*

Esta discusión no podría estar completa sin aclarar el alcance real que ha tenido el dictamen del Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Asociación de Farmacias*. No me refiero realmente a los tribunales, donde al menos en las sentencias disponibles al público no hay constancia de impugnaciones exitosas que descansen en lo allí resuelto. En todo caso lo que puede resultar algo sorprendente es que las administraciones públicas de forma consistente han continuado aprobando reglamentos sin cumplir con lo resuelto en *Asociación de Farmacias*.

Esto puede tener varias explicaciones. La primera y más obvia es la ausencia en Puerto Rico de una instancia gubernamental que se encargue de supervisar o coordinar temas relacionados a los procedimientos administrativos. Si bien existe una política pública de uniformidad respecto a los procesos en todos los componentes de la administración, no existe un marco de responsabilidad institucional sobre el desempeño de las administraciones y el cumplimiento uniforme con las normas procesales aplicables.

¹³ David L. Franklin, "Legislative Rules, Nonlegislative Rules, and the Perils of the Short Cut", *Yale Law Journal*, Vol. 120 (2010); p. 277-326.

¹⁴ Paul R. Noe & John D. Graham, "Due Process and Management for Guidance Documents: Good Governance Long Overdue", *Yale Journal on Regulation*, Vol. 25 (2008); p. 103-112.

La segunda explicación es más sencilla pues va a la realidad extrajurídica del problema. Los potenciales conflictos respecto a la falta de una atención adecuada por la administración a comentarios escritos, suponen que, en efecto, en determinados procesos hubo comentarios críticos y fueron obviados por la administración. Lo cierto es que aunque no hay estudios empíricos al respecto, sería razonable afirmar que no existe en Puerto Rico una amplia cultura participativa en estos procedimientos administrativos.

Así, lo que pareciera constituir un gran adelanto normativo en democracia participativa realmente depende de que exista una sociedad civil lo suficientemente rica y activa que reclame un uso efectivo de estos espacios. Es por ello que varias de las implicaciones negativas que antes esbozamos según surgidas y discutidas en Estados Unidos, no han llegado a materializarse en Puerto Rico. Habrá que dar más tiempo para que la magnitud de lo decidido en *Asociación de Farmacias* repercuta en alguna controversia de impacto público y el propio Estado redescubra (¿o descubra?) sus nuevas responsabilidades.

Mientras, llamo la atención a un desarrollo posterior que de igual manera podría ser objeto de examen judicial en algún momento. Se trata de una enmienda a la Sección 2.19 de LPAU, 3 LPRA § 2142, aprobada en el año 2008 (Ley Núm. 4 de 11 de febrero de 2008) y que tiene el propósito de establecer un proceso de revisión periódica y sistémica de todos los reglamentos vigentes en Puerto Rico. En esencia, se establece una obligación de que toda agencia administrativa revise cada cinco años sus reglamentos para “evaluar si los mismos efectivamente adelantan la política pública de la agencia o de la legislación bajo el cual fue aprobado”. La legislación mencionada indica que al concluir dicho proceso de revisión, si la administración pública correspondiente concluye que no hay necesidad de enmendar el reglamento:

publicará un aviso en dos (2) periódicos de circulación general invitando a la comunidad interesada a emitir sus comentarios por escrito en un periodo de treinta (30) días contados a partir del último anuncio. Una vez sea final la determinación de que no hace falta enmendar el o los reglamento(s), la agencia o entidad administrativa le certificará al Departamento de Estado la vigencia del reglamento actual en o antes de diez (10) días de tomarse dicha decisión. De concluirse que se necesita enmiendas al o los reglamento(s) el proceso se hará de conformidad [al proceso ordinario de aprobación de reglamentos].

Nótese como el Legislador intenta reproducir el mecanismo de comentarios escritos que existe en la elaboración de reglamentos, pero incorporando ahora el mismo para un proceso de revisión periódica. Debemos preguntarnos entonces si lo decidido en *Asociación de Farmacias* podría o debería aplicarse al proceso de revisión. Esto es, si un ciudadano podría impugnar la validez de un reglamento por razón de que la agencia no respondió a comentarios importantes que éste sometiera durante el proceso de revisión periódica del mismo.

Después de todo, los argumentos para un caso sirven de igual aplicación para el otro. Si la revisión periódica es lo suficientemente relevante como para ameritar que los ciudadanos pasen juicio sobre lo decidido por la agencia, debería entonces ser lo suficientemente importante como para exigirle al Estado que motive su decisión de descartar dichos comentarios.

Ahora bien, hay dos escollos para una aplicación directa y efectiva de *Asociación de Farmacias* en este último caso de la revisión periódica. Lo primero supone recordar que el dictamen del Tribunal Supremo en aquel caso no descansó en la aplicación de un principio general de motivación de decisiones administrativas. Al fin y al cabo la ruta tomada fue la misma que en los Estados Unidos, invocar el requisito, en apariencia inocuo, de la explicación breve y sencilla. He ahí el problema en el caso del proceso de revisión de reglamentos. No hay un requisito de forma equivalente a la explicación breve y concisa al que señalar como fuente de una obligación de brindar razones y fundamentos. Cualquier pretensión de

los tribunales para exigir este tipo de requisito en el caso de las revisiones, debe descansar en un planteamiento más cándido sobre el carácter general del principio envuelto y descartar adscribirlo a una interpretación procesal forzada.

El segundo escollo apunta a la naturaleza misma de lo que decide la administración pública. Cuando la agencia inicia un proceso de aprobación de un reglamento, el acto mismo supone que ha tomado una determinación respecto a crear o modificar una norma. En estos casos, la eventual presentación de comentarios escritos por la ciudadanía se da en un proceso originado por una gestión afirmativa de la agencia. En la revisión periódica, la lógica de la actuación administrativa es otra. La agencia responde a un mandato de ley para examinar sus reglamentos y en tales circunstancias es perfectamente posible que opte por dejar muchas normas inalteradas. En tales circunstancias su determinación nació de una gestión reactiva a la ley y tuvo un resultado totalmente pasivo. El ciudadano que decida comentar por escrito razones importantes para que el reglamento en cuestión sea revisado, asume entonces el rol activo de producir un cambio.

Al comparar ambos escenarios se desprende que el de aprobación de reglamentos se presta a un escrutinio más riguroso que en el de revisión. Cuando la agencia es la proponente para crear una norma, es razonable que se le imponga el peso de la prueba respecto a por qué, si está convencida de que es necesario crear una nueva norma, no consideró lo que la ciudadanía tuvo que decir sobre una determinación con fuerza de ley que les afectaría. En la revisión, en cambio, la parte promovente puede bien ser un ciudadano por lo que debe ser a éste a quien más se exija en término de argumentos. No es que la agencia no deba explicar su posición respecto al comentario escrito, pero el nivel de suficiencia debe ser menor pues no ha asumido una posición que en principio afecte de forma afirmativa a la ciudadanía.

V. CONCLUSIÓN

Si existían importantes argumentos en el 1946 y en el 1988 para que las legislaturas en Estados Unidos y Puerto Rico crearan el mecanismo de comentarios escritos como componente fundamental del proceso de elaboración de reglamentos, hoy día sobran las razones para consolidar ese instrumento. Aunque hicimos mención de problemas que se han suscitado en la experiencia norteamericana, entendemos que el saldo final es positivo. Esto no lo afirmamos en función de resultados concretos y efectivos, pues ya explicamos que en Puerto Rico, el impacto de lo resuelto en *Asociación de Farmacias* ha sido muy reducido. Lo hacemos más bien como acto de convicción de que los nuevos paradigmas de gobernanza contemporánea cada vez requerirán más espacio de consulta de este tipo.¹⁵

En ese sentido, establecer un mecanismo que meramente recoja el parecer de las personas no resultará suficiente. Será inevitable que una ciudadanía cada vez más activa y organizada cuestione las premisas y el modo de operar de los espacios formales de participación que le sean reconocidos. Este tipo de proceso, con todas sus insatisfacciones y limitaciones, puede servir de referencia para el desarrollo de modelos de democracia participativa que medien entre la directa y la representativa.

¹⁵ Para un escrito que atiende este mismo tema desde la óptica de los debates en torno a participación, política e internet, véase William Vázquez Irizarry, "Participación ciudadana en la reglamentación administrativa en Estados Unidos y Puerto Rico: premisas y nuevos paradigmas", *Revista de Gestión Pública* (2011). (Chile. Pendiente de publicación).

La inclusión de la participación ciudadana en la redacción y formulación de reglamentos es pieza fundamental en el proceso administrativo. Por esa razón debe además, atemperarse a las tecnologías de uso frecuente hoy día. Como mencionamos, la legislación puertorriqueña contempla la publicación de reglamentos en internet y la posibilidad de que se envíen comentarios a través de correo electrónico. Eso de por sí es un buen inicio. Sin embargo, debe evaluarse el sistema electrónico como una nueva plataforma de participación ciudadana. Corresponde, pues, enfocar en nuevos diseños que utilicen el internet o la comunicación electrónica interactiva, donde los ciudadanos entablen comunicación directa con la agencia y haya retroalimentación de ambas partes e incluso entre los participantes del proceso.

Las objeciones respecto a lo oneroso y difícil que puede ser para el Estado cumplir con ofrecer explicaciones no son inmeritorias, pero igual deben ser tomadas con cautela. Después de todo, en áreas en que hoy día es común que las decisiones de las autoridades públicas sean motivadas, una vez no fue así y también hubo resistencias a dar razones. La respuesta no debe ser, por tanto, una de principio negando la posibilidad de acometer esta responsabilidad. Debe ser, en cambio, una actitud responsable de estar en posición de responder a las exigencias de un nuevo tipo de relación entre la ciudadanía y la autoridad.

Comentario Monográfico

LA REGULACIÓN DEL SISTEMA ELÉCTRICO EN VENEZUELA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA EMERGENCIA ELÉCTRICA¹

Alejandro Canónico Sarabia

Profesor de Pre y Postgrado de la Universidad de Margarita

Resumen: *El desarrollo del sector eléctrico ha supuesto la transformación del régimen jurídico de un marco sublegal y un modelo de fomento de la participación privada, a un marco legal y un modelo de estatización plena, que ha coincidido con la crisis energética, que condujo a la creación de un ministerio de energía eléctrica y a la implantación de un régimen de emergencia para tratar de superarla.*

Palabras Clave: *Legislación-energía - eléctrica - crisis – emergencia.*

Abstract: *The development of the electricity sector has led the transformation of the legal status of sublegal framework and a model for the promotion of private participation, a legal framework and a model of full nationalization, coinciding with the energy crisis, which led to the creation a ministry of electricity and the implementation of an emergency regime to try to overcome it.*

Key words: *Legislation - energy crisis- electrical-emergency.*

I. INTRODUCCIÓN

El servicio eléctrico es hoy sin dudas un servicio público universal que debe ser -por lo menos- garantizado por el Estado, para propender al desarrollo de la nación. Y así lo describen las normas que desarrollan los elementos propios del sector.

Esta premisa que parece muy lógica en la actualidad, no constituía en los orígenes de la regulación del servicio eléctrico en Venezuela el principio fundamental, ya que se entendía que la actividad eléctrica era una actividad mercantil, por ser considerada como un acto de comercio, a tenor de lo establecido en el artículo 2 ordinal 7 del Código de Comercio, aún vigente; y por la carencia de normas especiales que le permitiera al estado desarrollar todo un conjunto de elementos y procesos para prestar o garantizar un servicio eléctrico de calidad a la colectividad.

¹ Este trabajo contiene el texto de la ponencia presentada en el VI Congreso Iberoamericano de Regulación, Gestión y Control de los Servicios Públicos, organizado por la Asociación Iberoamericana de Regulación Económica y la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo, en la ciudad de Mendoza, República Argentina, durante los días 23 al 25 de noviembre de 2011. www.canonicosjolic.com

Es precisamente sobre las mencionadas bases que se comenzó a desarrollar un sistema eléctrico en Venezuela a través de la participación de empresas privadas y algunas empresas públicas, y con la aparición de normas de rango sublegal para la regulación de la actividad, por lo que se llegó a instalar un moderno sistema de servicio eléctrico sin contar con una ley especial que lo acompañara.

Los registros más antiguos existentes sobre el nacimiento de la industria eléctrica venezolana, datan de finales del siglo XIX, cuando se inicia en las ciudades de Caracas y Maracaibo el suministro de energía eléctrica. En 1888 se crea la empresa Energía Eléctrica de Venezuela, C.A. (ENELVEN). En 1895, C.A. La Electricidad de Caracas (EDC). En 1945 el Gobierno Nacional inicia un proceso para la electrificación y suministro de energía eléctrica a nivel nacional a través de la Corporación Venezolana de Fomento (CVF). En 1958, C.A. de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE) y se construye la mayor parte de un sistema eléctrico, para la época, de los más avanzados de América Latina, dando paso al desarrollo y modernización de Venezuela. En 1963, la Electrificación del Caroní C.A. (EDELCA) subsidiaria de la Corporación Venezolana de Guayana (CVG), para el desarrollo del potencial hidroeléctrico del río Caroní. De donde emana en la actualidad el setenta por ciento (70%) de la electricidad que se consume en el país.²

En consecuencia, no se contaba con una disposición constitucional especial que hablara sobre el sector, sólo existía la Ley de Servidumbres de Conductores Eléctricos, del 19 de julio de 1928 y luego del 4 de octubre de 1937, las normas sublegales que se fueron adoptando, y mucho tiempo después, la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989, que vino a introducir a los Municipios dentro del sistema eléctrico sin mayores precisiones.

Posteriormente, el ejecutivo nacional dictó el Decreto N° 2383, del 21 de julio de 1992, donde de manera incidental se mencionaba que el suministro de electricidad era un servicio público obligación del Gobierno Nacional. Pero quizá la norma más importante referida al sector que se dictó en Venezuela, antes de una Ley especial, fue el Decreto N° 1558, del 13 de noviembre de 1996, mediante el cual se establecieron las “Normas para la Regulación del Sector Eléctrico”, que declaraba al sector eléctrico como un servicio público nacional (artículo 1), el cual comprendía las actividades de generación, despacho de cargas, transmisión, distribución, comercialización, venta de potencia y energía eléctrica, así como las transacciones de potencia y energía eléctrica en el sector, que están destinadas a satisfacer las necesidades colectivas en forma permanente. Y el artículo 5, que promovía la libertad de empresa y la iniciativa privada en las actividades del sector eléctrico, mediante el señalamiento que la participación del Estado como empresario en la prestación del servicio público nacional de electricidad, se realizara a través de empresas destinadas a este fin y de manera subsidiaria, en caso que ello no fuere de interés para los particulares.

Es por ello que se dice que Venezuela “...pasó de un modelo carente de regulación constitucional y legal, con las contadas excepciones de una incipiente regulación sublegal a un modelo de intensa regulación constitucional y legal, complementada y desarrollada por las disposiciones sublegales dictadas a tal efecto”.³

² Es esa época se comienza a realizar los estudios para unificar la frecuencia del país a 60 Hertz, cuyo objetivo era interconectar los sistemas eléctricos de CADAFE, EDELCA Y EDC. Siendo en 1968, cuando se suscribe el primer contrato de interconexión al cual se adhiere posteriormente ENELVEN, y marca el nacimiento de la OPSIS, que era una organización para la coordinación de la operación y apoyo en la planificación del sistema eléctrico del país.

³ Víctor Hernández-Mendible. Regulación y Panorama del Servicio Eléctrico en Venezuela. Texto

Podemos resumir que la evolución de las políticas públicas en el sector eléctrico venezolano está marcada por las siguientes premisas: i. El establecimiento de un moderno Sistema Eléctrico sin una legislación especial; ii. La primera Ley, dictada luego de 100 años de establecida la industria eléctrica; iii. La reforma o reorganización estructural del sector, dando relevancia a la figura del Estado, como garante de la seguridad, confiabilidad y estabilidad del suministro de electricidad a la población; iv. La regulación de la emergencia eléctrica; y v. La legislación vigente. Y a ello nos vamos a referir seguidamente.

II. VIGENCIA DE LA PRIMERA LEY DEL SERVICIO ELÉCTRICO

Luego de más de 100 años de establecida la industria eléctrica en Venezuela, se dictó el primer acto de rango legal que la regulaba. A través del uso de poderes excepcionales otorgados por la Asamblea Nacional, el Presidente de la República dictó el Decreto N° 319 Con Rango y Fuerza de Ley del Servicio Eléctrico, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 36.687 del 26 de abril de 1999. La cual deroga de manera expresa la Ley de Servidumbres de Conductores Eléctricos.

El objeto de esta nueva norma era establecer las disposiciones que regirían el servicio eléctrico en el país, constituido por las actividades de generación, transmisión, gestión del Sistema Eléctrico Nacional, distribución y comercialización de potencia y energía eléctrica, así como la actuación de los agentes que intervienen en el servicio eléctrico. Y se declara de manera expresa como servicio público las actividades que constituyen el servicio eléctrico, y de utilidad pública e interés social las obras directamente afectas a la prestación del mencionado servicio.

Luego entra en vigencia la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el 30 de diciembre de 1999, que sobre el sector eléctrico aporta dos normas a destacar, el artículo 156 numeral 29, mediante el cual se le atribuye competencia al Poder Nacional para establecer el régimen general de los servicios públicos domiciliarios, entre los cuales destaca el servicio eléctrico, y por otra parte el artículo 178 numeral 6, que le atribuye competencia a los Municipios para la gestión de la vida local en la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, como el eléctrico. En consecuencia ahora, tenemos un reconocimiento constitucional del servicio eléctrico como servicio público.

Se dicta el Reglamento General de la Ley del Servicio Eléctrico, mediante Decreto Presidencial N° 1.124, del 13-12-00, y publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.510 Extraordinario del 14 de diciembre de 2000. Posteriormente, el Decreto-Ley N° 319 de 1999, fue reformado parcialmente por la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, dictada por la Asamblea Nacional, y publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.568 Extraordinario, de fecha treinta y uno de diciembre de 2001.

Durante este período existió alguna incertidumbre sobre el alcance de las competencias de los Municipios en el sistema eléctrico con respecto a las competencias del Poder Nacional, había fricción en el abordaje de algunos temas como el mantenimiento del alumbrado público versus los impuestos municipales a pagar por parte de las empresas del sector, además se había adelantado una política de privatización y concesiones en la prestación del servicio.

de la video-ponencia de la Tercera Edición del Curso de Especialización en Energía y Minería, organizado por el Circulo de Derecho Administrativo (CDA) en la Pontificia Universidad Católica de Perú, durante los días 12, 13 y 14 de agosto de 2010.

No obstante se observaron experiencias positivas como el caso de la privatización del Sistema Eléctrico del Estado Nueva Esparta (SENECA) y la aparición del esquema de la Mancomunidad de Municipios en el sector como órgano regulador. En vista de la necesidad de aclarar las competencias, y con fundamento en una nueva Ley Habilitante, el Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 1507, con Fuerza de Ley de Armonización y Coordinación de Competencias de los Poderes Públicos Nacional y Municipal para la prestación de los Servicios de Distribución de Gas con fines Domésticos y de Electricidad, del 7 de noviembre de 2001, con la finalidad de adecuar el régimen, organización, funcionamiento y condiciones para la prestación eficaz y eficiente de los servicios públicos de distribución de gas con fines domésticos y de electricidad.

Posteriormente se produjeron una serie de normas de rango sublegal para ayudar a la implementación del sistema: Resolución conjunta MPC/MEM. Tarifas del servicio eléctrico (2002); Resolución N° 310, del Ministerio de Energía y Minas (25 de noviembre de 2003), que contiene el Reglamento de Servicios; Resolución N° 225, del Ministerio de Energía y Minas (23 de agosto de 2004), que establece las Normas de calidad del servicio de distribución de electricidad Decreto N° 4.911. Creación de ENAGEN (2006); Decreto N° 4.491. Conclusión proceso de privatización SEMDA (2006); Decreto N° 4.492. Fusión de las filiales a CADAFE (2006); Decreto N° 5.026. Creación del CNG (2006).

III. LA REORGANIZACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO

No obstante el marco normativo antes destacado y las experiencias adelantadas en diferentes regiones del país con la participación de la inversión privada en el sector, el gobierno nacional considerando que el estado era el único capaz de asumir las competencias en la prestación de los servicios vinculados a la energía eléctrica, plantea la reorganización del sector. Se dicta el Decreto N° 5.330 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico, del 31 de julio de 2007, mediante el cual comienza el proceso de estatización de las empresas privadas que prestaban el servicio eléctrico, el estado asume el monopolio del sector, a través de la creación de la empresa estatal Corporación Eléctrica Nacional (CORPOELEC), la cual debía absorber a las empresas privadas y públicas que desarrollaran actividades en el sector, y se observa una minimización de las competencias de los Municipios en el área.

El objeto de reorganización era: 1. Mejorar la calidad del servicio en todo el país; 2. Maximizar la eficiencia en el uso de las fuentes primarias de producción de energía y en la operación del sistema; y 3. Redistribuir las cargas y funciones de las operadoras del sector. Para cumplir tanto el objeto del referido Decreto-Ley como con sus distintos fines, se estableció que las disposiciones de ese texto prevalecerían sobre las contenidas en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, Ley de Impuesto al Valor Agregado, Ley Orgánica del Poder Público Municipal y en la Ley Orgánica de Administración Pública, en cuanto las contradigan o colidan con aquél en su aplicación. Lo que se entendió en una superposición de la norma coyuntural y reorganizatoria sobre todo el régimen jurídico vigente. Como consecuencia de lo anterior, se produce una derogación expresa y cuando menos parcial del régimen jurídico contemplado en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico en materia de participación privada en la gestión, de promoción de la libre competencia y se genera un cambio en el régimen de las habilitaciones administrativas (concesiones y autorizaciones), así como en el régimen institucional del sector⁴.

⁴ Víctor Hernández-Mendible, *op cit*

Acto seguido se dicta la Resolución Ministerial N°190, sobre la Reorganización Territorial para el Ejercicio de la Actividad de Distribución de Potencia y Energía Eléctrica. (2007-2008). Posteriormente mediante Decreto N° 6.991, se crea en el año 2009 el Ministerio para el Poder Popular de la Energía Eléctrica⁵, reformado en abril 2010. Y Por último se dicta el Decreto N° 6.992, mediante el cual se crea -con carácter temporal- la Comisión Interministerial Estratégica para el Sector Eléctrico (2009).

IV. LA NUEVA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA Y SERVICIO ELÉCTRICO

La vigente Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico, fue publicada en la *Gaceta Oficial* N° 39.573 del 14 de diciembre de 2010, y derogó de manera expresa a la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.568 Extraordinario, de fecha 31 de diciembre de 2001.

No menciona que deroga de manera expresa el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico, sin embargo -a nuestro entender- lo sustituye, y viene a darle piso legal y coherencia a las políticas de estatización que ya se habían adelantado.

1. Objeto y principios fundamentales

El objeto que la Ley tiene es establecer las disposiciones que regularán el sistema eléctrico y la prestación del servicio eléctrico en el país, así como los intercambios internacionales de energía, a través de las actividades de generación, transmisión, despacho del Sistema Eléctrico, distribución y comercialización, en concordancia con el Plan de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional y el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación. (Artículo 1) Se agrega un elemento de cooperación internacional ampliado en los artículos 11, 12 y 13 de la misma Ley.

Esta Ley establece unas premisas sobre las cuales se regirá la prestación del servicio, estas son: 1. Acceso universal al servicio eléctrico; 2. Reserva y Dominio del Estado y 3. Modelo de Gestión Socialista (Artículo 4 y 9). Y por otra parte establece los principios rectores: 1.- Soberanía tecnológica; 2.- Sustentabilidad ambiental; 3.- Ordenación territorial; 4.- Integración geopolítica; 5.- Uso racional y eficiente de los recursos; 6.- Diversificación del uso de las fuentes de energía primarias; 7.- Utilización de fuentes alternativas de energía; y 8.- Corresponsabilidad Social (Artículo 5).

Se ratifica la declaración como servicio público de las actividades de generación, transmisión, despacho del sistema eléctrico, distribución y comercialización, así como el acceso universal al servicio (Artículo 6). Y se efectúa una declaratoria de utilidad pública e interés social sobre las obras y bienes directamente vinculados al sistema eléctrico (Artículo 7).

Se profundiza la reserva del Estado en la actividad, ya que mediante el artículo 8, El Estado, por razones de seguridad, defensa, estrategia y soberanía nacional, se reserva las activi-

⁵ Actualmente se encuentra estructurado con base en el Reglamento Orgánico del MPPEE dictado mediante Decreto Presidencial N° 8097 del 9 de marzo de 2011, y publicado en la *Gaceta Oficial* N° 39.633 de 14 de marzo de 2011, a través del cual se determina la estructura orgánica y funcional del Ministerio y las competencias que debe desempeñar cada una de las dependencias que lo integran, las cuales son: el Despacho del Ministro, el Despacho del Viceministro de Desarrollo Eléctrico, el Despacho del Viceministro para Nuevas Fuentes de Energía Eléctrica y Gestión para el Uso Racional, y el Despacho del Viceministro de Seguimiento y Control del Servicio Eléctrico; así las Direcciones Generales, y demás dependencias administrativas allí señaladas.

dades de generación, transmisión, distribución y comercialización, a través del operador y prestador del servicio; así como la actividad de despacho del Sistema Eléctrico, a través del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Energía Eléctrica.

2. *Sujetos del sistema eléctrico nacional*

Se definen los sujetos que componen el sistema eléctrico nacional, llamados a aplicar y acatar la norma: El órgano rector del sistema y servicio eléctrico nacional, el operador y prestador del servicio, los usuarios, los municipios, las organizaciones del poder popular, los trabajadores y trabajadoras del operador y prestador del servicio y las demás personas que intervienen en la prestación del servicio eléctrico.

El órgano rector del sistema y servicio eléctrico nacional es el **Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de energía eléctrica**. En el ejercicio de sus atribuciones velará porque el servicio se preste conforme a las premisas y principios establecidos en esta Ley, garantizando la protección de los derechos e intereses de los usuarios y la satisfacción de la demanda de electricidad, con base a las políticas públicas. Y entre otras atribuciones el Ministerio deberá establecer la metodología y normativa técnica de operación que registrarán el Despacho del Sistema Eléctrico Nacional (Artículos 26 y 27).

El operador y prestador del servicio será la **Corporación Eléctrica Nacional S.A. (CORPOELEC)**, adscrito al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de energía eléctrica, quien estará encargado de la realización de las actividades de Generación, Transmisión, Distribución y comercialización en todo el territorio nacional. La estructura y composición de sus órganos de administración y gobierno, sus estatutos, duración, domicilio y ejercicio económico, serán establecidas por el órgano de adscripción (Artículo 28). El operador y prestador del servicio, debidamente autorizado por el Ejecutivo Nacional, podrá crear mediante Asamblea de Accionistas nuevas empresas con la finalidad de transferir una o todas las actividades encomendadas, de las cuales será su casa matriz (Artículo 29).

Por otra parte la Ley, señala que el Estado, a través del operador y prestador del servicio (CORPOELEC), podrá conformar empresas mixtas destinadas a la construcción de obras, producción y suministro de bienes y servicios que sirvan de insumos a las actividades del Sistema Eléctrico Nacional. A tal efecto, el Estado se reservará el control de las decisiones y operación de las mismas, al mantener una participación no menor del sesenta por ciento (60%) de su capital social (Artículo 10 *in fine*).

Aparecen los **Municipios** en el artículo 32, con la siguiente competencia: 1. Apoyar al Ministerio de energía eléctrica en la fiscalización de la calidad del servicio eléctrico; 2. Participar con el Ministerio en la planificación para la prestación del servicio eléctrico; 3. Propiciar la organización de usuarios, así como orientar a las organizaciones del Poder Popular en la vigilancia de la calidad del servicio eléctrico; 4. Colaborar con el operador y prestador del servicio, así como con las organizaciones del Poder Popular, en la mejora del servicio eléctrico en su territorio; 5. Velar por la adecuada y oportuna atención al usuario del servicio eléctrico; 6. Desarrollar y ejecutar programas de formación para los usuarios y las organizaciones del Poder Popular, sobre el uso racional y eficiente de la energía eléctrica; y 7. Dictar e implementar normativas municipales para el uso racional y eficiente de la energía eléctrica. Vemos que el Municipio pasa a ser un actor secundario en esta actividad, cuando con la vigencia de la Ley del Servicio Eléctrico del 2001, participaba activamente en la definición de las políticas y en el otorgamiento de las concesiones respectivas.

Se define la condición de **usuario** del servicio, siendo la persona natural o jurídica que hace uso del servicio eléctrico como titular de un contrato de servicio o como receptor directo del mismo, sujeto a los derechos, obligaciones y sanciones que establece esta Ley y demás normas que la desarrollen (Artículo 33). Además se les reconoce algunos beneficios, por uso

eficiente de la energía eléctrica, sobre el esquema de tarifas (Artículo 63) y la posibilidad de generar subsidios a las clases más necesitadas y los sectores productivos a incentivar; sin menoscabo de la sustentabilidad financiera del operador y prestador del servicio (Artículo 66).

Se incorpora todo un esquema para permitir la participación ciudadana en el sistema eléctrico nacional de diversas formas y así ser consecuentes con los postulados postconstitucionales y estratégicos que se ha impuesto el gobierno nacional del denominado **Poder Popular**, en consecuencia se reconoce la participación de los Consejos Comunales, Mesas Técnicas de Energía, Cooperativas, Instituciones de Educación Superior, Centros de Investigación, trabajadores del operador y prestador del servicio, entre otros (Artículo 36).

En ese orden de ideas el artículo 37, indica que el MINISTERIO se apoyará en los Consejos Comunales y demás organizaciones del Poder Popular, debidamente capacitadas, asistidas y habilitadas por éste, para ejercer las funciones de: 1. Fiscalización de la calidad del servicio eléctrico; y 2. Formación, educación y participación en los programas para el uso racional y eficiente de la energía eléctrica.

Así mismo se ordena a CORPOELEC a incluir progresivamente a los Consejos Comunales y demás organizaciones del Poder Popular, debidamente capacitadas, asistidas y habilitadas, en las funciones inherentes a la prestación del servicio eléctrico, específicamente en los procesos asociados con: 1. Lectura y notificación del consumo de electricidad; 2. Participación en la ejecución de proyectos para la adecuación, expansión y mejoramiento de redes de baja tensión (Artículo 38).

Se le da fuerza legislativa a las instancias de participación ciudadana denominadas “**Mesas Técnicas de Energía**”, ya que se había obtenido una experiencia positiva con las mesas técnicas de agua. Es así como en el artículo 41 de la Ley, se les atribuye a estas organizaciones la responsabilidad de participar en la planificación para la prestación del servicio eléctrico en sus comunidades, para lo cual el operador y prestador del servicio debe asistirles en la definición de las características y especificaciones técnicas requeridas para la elaboración de proyectos relacionados con sus necesidades.

Y otro punto relevante dentro del esquema de participación regulado por la norma, fue establecer las formas de participación de los trabajadores del operador y prestador del servicio, en las siguientes actividades: 1. Efectuar propuestas y planteamientos a ser considerados en la formulación del Plan de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional; 2. Participar en la evaluación del desarrollo de planes y proyectos ejecutados por el operador y prestador del servicio; 3. Proponer y plantear medidas y acciones tendientes a las mejoras en la prestación del servicio eléctrico.

4. Participar en los planes y programas de formación en materia de uso racional y eficiente de la energía eléctrica; y 5. Participar en la formulación y ejecución de planes de seguridad que eviten el uso fraudulento de la electricidad y las ocupaciones indebidas de las servidumbres de redes eléctricas.

3. *Esquema sancionatorio*

Por último, resulta importante destacar que la Ley desarrolla todo un tratado de derecho eléctrico sancionatorio bastante severo. En el Título VI de la Ley, se regula las responsabilidades civiles, administrativas y penales por la infracción de las normas del referido instrumento jurídico, sobre el operador o prestador del servicio eléctrico, sus trabajadores, las organizaciones del poder popular, los usuarios y cualquier otra persona que afecte al sistema según los supuestos de hecho de la norma.

En lo que respecta a los procedimientos a seguir para la imposición de las sanciones administrativas y penales, remite de manera expresa a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y al Código Orgánico Procesal Penal, respectivamente (Artículo 97).

Se establece una serie de delitos, como son: Daños a las instalaciones del Sistema Eléctrico Nacional (Artículo 107); Revelación de información confidencial (Artículo 108); Interrupción del servicio (Artículo 109); Hurto de la energía eléctrica (Artículo 110); Hurto de equipos o instalaciones eléctricas (Artículo 111); Apropriación de inmuebles (Artículo 112); Alteración intencional de equipos eléctricos (Artículo 113); y Alteración intencional en facturación (Artículo 114).

Se trata en consecuencia de una Ley diseñada sobre el esquema estratégico del Gobierno Nacional, de monopolización de las actividades del sistema eléctrico por parte del Poder Nacional, de incorporación de las estructuras creadas del Poder Popular y de incorporación de supuestos de responsabilidad administrativa y penal para castigar a los sujetos infractores.

V. LA REGULACIÓN DE LA EMERGENCIA ELÉCTRICA

Como bien lo expresa el profesor Hernández Mendible⁶, la emergencia eléctrica en Venezuela se puede ubicar en dos fases fundamentales: Una, que se inicia luego de las estatizaciones de las grandes empresas eléctricas privadas y que llegará hasta su reconocimiento formal por el gobierno y la creación de un ministerio especial para atender la crisis; y la otra, que se inicia con el régimen de racionamiento y que alcanza hasta el presente, con la imposición de sanciones a los usuarios. Trataremos de hacer un resumen general de las normas dictadas por el Ejecutivo Nacional dentro del marco de la denominada crisis energética.

En el año 2008 comenzaron a presentarse fallas en el sistema de suministro eléctrico en el país, lo cual se vio reflejado de manera pública y notoria en la opinión de la colectividad en general, presentándose ausencias del servicio por horas en diferentes Estados del país, llegando a afectar incluso el suministro del servicio de agua potable; por tal motivo el Gobierno Nacional comenzó a adoptar medidas y políticas temporales tendientes a reducir el consumo eléctrico y así tratar de superar esa crisis atribuida a la falta de lluvia y la disminución del nivel acuífero del Complejo Hidroeléctrico del Caroní.

Entre otras medidas, se dictó la siguiente regulación de rango sublegal:

- Resolución conjunta del Ministerio de Producción y Comercio, el Ministerio de Energía Eléctrica y el Ministerio de Ciencia y Tecnología. Condiciones para importación de equipos de aire, refrigeración o de climatización de agua (2009);

- La Resolución N° 002, del MEE Sobre la Maximización de la capacidad de generación termoeléctrica de CORPOELEC y filiales, PDVSA y filiales, y cualquier empresa del estado propietaria de instalaciones en generación (2009), para no depender exclusivamente de la generación hidroeléctrica;

- La Resolución N° 003 del MEE, Sobre Medidas técnico-administrativas para la reducción del consumo de electricidad de los organismos públicos (2009);

- La Resolución N° 005 del MEE Mediante la cual se instruye a CORPOELEC y filiales, para que exijan a centros o locales comerciales y centros residenciales, la elaboración de planes de ahorro energético (2009);

⁶ Víctor Hernández-Mendible, *op cit*

- La Resolución N° 006, 09 de febrero de 2010, para regular y promover el uso eficiente de la energía eléctrica en los sistemas de publicidad en vallas y avisos luminosos (2009);

- La Resolución N° 007, Sobre la Garantía de utilización equitativa, optimización y regulación del uso de la energía eléctrica suministrada por CORPOELEC y filiales por parte de los centros comerciales, casinos y salas de bingo (2009); En tanto, el Ministerio de Turismo dictó la resolución del 25 de enero de 2010, mediante el cual se impone a los operadores de casinos que desarrollen su actividad económica fuera del horario establecido, la obligación de abastecerse enteramente mediante equipos de producción autónoma de energía eléctrica, debiendo garantizar la calidad y seguridad de los servicios que prestan;

- El Decreto N° 7.175, del 13 de enero de 2010, Sobre la Restricción en el horario de funcionamiento de la Administración Pública Nacional Central y Descentralizada, medida extraordinaria y de carácter provisional por un período de 150 días hasta el 12 de junio de 2010, el horario a aplicar era entre las 8:00 am y la 1:00 pm;

- La Resolución N° 008, mediante la cual se Prohíbe el uso de la energía eléctrica en los sistemas de publicidad (2010);

- La Resolución N° 009, que regula la reducción del consumo de energía eléctrica de aquellos usuarios sujetos a las tarifas que en ella se mencionan (11-02-2010); y

- La Resolución conjunta MPF/MEE, para propiciar la solvencia de las dependencias públicas nacionales, estatales y municipales, respecto al pago de la facturación de energía eléctrica (2010).

No obstante, la serie de medidas antes mencionadas adoptadas por el Gobierno Nacional, se puede identificar como uno de los elementos de asunción real de la crisis energética la creación de un ministerio especializado en el área. Mediante Decreto N° 6.991 del 28 de octubre de 2009, el Presidente de la República crea el Ministerio del Poder Popular Para la Energía Eléctrica, al que se le atribuye las competencias de: a) La regulación, formulación y seguimiento de políticas, la planificación, realización y fiscalización de las actividades del Ejecutivo Nacional en materia de energía eléctrica; b) El desarrollo, aprovechamiento y control de los medios de generación de energía eléctrica, así como las industrias eléctricas; c) El estudio de mercado y el análisis y fijación de precios del servicio de la electricidad. Y d) La prevención de la contaminación del medio ambiente derivada de las actividades de generación y transmisión de energía eléctrica, en coordinación con el Ministerio del Ambiente.⁷

Pero no fue sino hasta el mes de febrero de 2010, cuando el Ejecutivo Nacional oficializa la emergencia del sector, en tal sentido el Presidente de la República dictó el Decreto N° 7.228, publicado en la *Gaceta Oficial* 39.367, del 8 de febrero de 2010, mediante el cual declara el estado de emergencia sobre la prestación del servicio eléctrico nacional y sus instalaciones y bienes asociados, por sesenta (60) días y en consecuencia autoriza al Ministerio del Poder Popular Para la Energía Eléctrica, a dictar por vía de excepción las medidas especiales que estime pertinentes a fin de garantizar el suministro de la energía eléctrica a toda la

⁷ Posteriormente, el Decreto N° 7.377 (30 de abril de 2010), ha ampliado las competencias del Ministerio de Energía Eléctrica, también sobre la energía atómica y las energías alternativas, hasta el Reglamento Orgánico del MPPEE dictado mediante Decreto Presidencial N° 8097 del 9 de marzo de 2011, y publicado en la *Gaceta Oficial* N° 39.633 de 14 de marzo de 2011, antes comentado.

población. Ese lapso de 60 días de estado de emergencia que se había decretado, venció el día 9 de abril de 2010 y 59 días después, se expidió el Decreto N° 7.462, del 7 de junio de 2010, mediante el cual se ordena “prorrogar” el estado de emergencia sobre la prestación del servicio eléctrico, por un lapso de 60 días más a partir del 8 de junio de 2010.

Posteriormente, y sobre la base de la crisis energética, el Ejecutivo nacional dictó el Decreto N° 7338, del 24 de marzo de 2010, mediante el cual dispuso decretar no laborables y en consecuencia feriados en el sector público y privado, los días lunes, martes y miércoles de Semana Santa, para ayudar al ahorro de energía eléctrica.

Indudablemente que las medidas antes mencionadas resultaron ser sorprendidas, debido a que la población no estaba acostumbrada a ellas, ni a una cultura de ahorro energético, nunca pensó que podía estar en una situación similar, y por otra parte, bastante severas, sobre todo para las empresas que debieron modificar su forma de trabajo por las restricciones y a veces hasta su modalidad de negocio; lo que trajo alguna resistencia pero con la contrapartida de amenazas de sanción, sin embargo, para esa oportunidad el órgano regulador no contaba con una base legal suficientemente sólida para imponer su voluntad por la vía de sanciones. Tal ausencia legislativa punitiva vino a ser suplida por la nueva Ley Orgánica del Sistema y Sector Eléctrico, comentada en el capítulo anterior y por otras normas de rango sublegal que se dictaron con posterioridad y a las que nos referiremos a continuación.

Luego de aproximadamente dos (2) años de reflejo de la crisis energética en el país, parece haberse profundizado, y por tal motivo el Gobierno Nacional ha insistido en la producción de actos normativos restrictivos, encaminados a la concientización de la población, y al ahorro de manera forzosa en el consumo eléctrico, y es por ello que en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela, N° 39.694 del 13 de junio de este año, aparecen cinco (5) Resoluciones del Ministerio del Poder Popular Para la Energía Eléctrica, que estudiaremos a continuación, las cuales obligan al uso racional y adecuado de la energía eléctrica en diferentes sectores, so pena de sanciones administrativas, con unos supuestos bastante cuestionables y cuya aplicación a generado mucha polémica en nuestra patria.

1.- Resolución N° 73 mediante la cual se regula y promueve el uso racional y eficiente de la energía eléctrica en los sistemas de publicidad contenidos o promovidos en vallas y avisos publicitarios luminosos. En tal sentido, se prohíbe el uso de lámparas, bombillas incandescentes o halógenos en vallas y avisos publicitarios, debiendo sustituirse por lámparas y bombillos ahorradores. Asimismo, se deberán sustituir todos los tubos fluorescentes de Tipo T12 (40W o 20W) por tubo fluorescentes tipo T8 (32W o 17W), utilizados en esos medios publicitarios.

Los medios publicitarios exteriores (avisos luminosos y vallas publicitarias) ubicados en las distintas vías públicas del país, así como los avisos luminosos de los establecimientos y empresas, utilizados por personas jurídicas de carácter privado, sólo podrán estar encendidos en el horario comprendido entre las 7:00 y las 12:00 de la noche, debiendo permanecer apagadas el resto del día.

El incumplimiento consecutivo y reiterado de las obligaciones impuestas por la presente Resolución acarreará la suspensión del suministro de energía eléctrica, hasta tanto el Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica dictamine las medidas y acciones que deberá ejecutar el usuario para orientar su conducta en cuanto a patrones de uso racional y eficiente de la energía eléctrica.

2.- **Resolución N° 74**, mediante la cual se promueve el uso eficiente de la energía eléctrica en todo el territorio nacional y, en particular, propiciar la reducción en el consumo excesivo mensual de los usuarios residenciales⁸.

Según la norma los usuarios residenciales tendrán un incentivo tarifario, que se reflejará en su facturación mensual. Para ello, se comparará el consumo mensual evaluado, con el mayor valor entre el consumo facturado en el mismo mes y el consumo promedio mensual facturado, ambos referidos al año 2009.

Los incentivos tarifarios dirigidos a los usuarios residenciales descritos en el Artículo 3, se aplicarán a los cargos mensuales por consumo de energía eléctrica reflejados en su facturación, de la siguiente manera:

1.- Un descuento del cincuenta por ciento (50%) para los usuarios residenciales que disminuyan su consumo de energía eléctrica a partir del veinte por ciento (20%).

2.- Un descuento del veinticinco por ciento (25%) para los usuarios residenciales que disminuyan su consumo de energía entre diez por ciento (10%) y un diecinueve con noventa y nueve por ciento (19.99%).

3.- Un recargo de cincuenta por ciento (50%) para los usuarios residenciales que sin aumentar su consumo no logren al menos una disminución de su consumo de energía eléctrica del diez por ciento (10%).

4.- Un recargo de setenta y cinco por ciento (75%) para los usuarios residenciales que incrementen su consumo de energía hasta un nueve con noventa y nueve por ciento (9,99%).

5.- Un recargo de cien por ciento (100%) para los usuarios residenciales que incrementen su consumo de energía entre el diez por ciento (10%) y el veinte por ciento (20%).

6.- Un recargo de doscientos por cientos (200%) para los usuarios residenciales que incrementen su consumo de energía eléctrica en más de un veinte por ciento (20%).

Vemos como a través de este supuesto incentivo se establece un mecanismo sancionatorio sumamente peligroso, que actualmente sufre una gran mayoría de los ciudadanos.⁹ También existe un sector de la doctrina y opinión pública venezolana que considera que detrás de esta medida se esconden un ajuste tarifario, ya que las personas que no aumenten ni disminuyan su consumo, también tendrán un recargo del 10 por ciento de su facturación.

3.- **Resolución N° 75**, mediante la cual se promueve la mejora del Factor de Potencia en los usuarios industriales, comerciales y oficiales con cargas superiores o iguales a doscientos kilovoltioamperios (200KVA), a fin de reducir las caídas de tensión y aumentando la disponibilidad de potencia en la red eléctrica.

A los efectos de esta Resolución se calculará el Factor de Potencia según la expresión siguiente:

⁸ Esta resolución fue reformada mediante acto publicado en la *G.O.* 39.759, del 16 de septiembre de 2011, aliviándose los supuestos de sanción primariamente establecidos.

⁹ En contra de esta resolución se interpuso una acción de nulidad ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, la cual fue admitida y actualmente se encuentra en sustanciación.

$$F_{potp} = \text{EnergActp} / \sqrt{(\text{EnergActp}^2 + \text{EnergReactp}^2)}$$

Donde:

Fpotp: Factor de Potencia para el período horario (p)

EnergActp: Energía Activa registrada en el período de registro para el período horario (p)

EnergReactp: Energía Reactiva registrada en el período de registro para el período horario (p)

El control del Factor de Potencia se realizará en el punto de medición o en la acometida del Usuario, en períodos mínimos de siete (7) días, registrando datos de energía activa y reactiva. El factor de potencia se determinará, efectuando mediciones tanto en el periodo horario de punta como en el resto del día.

Los usuarios de los Sectores Industrial, Comercial y Oficial con cargas superiores a los doscientos kilovoltioamperio (200 kVA) que no mantengan un factor de potencia igual o superior a un valor de 0,9 estarán sujetos a un recargo en su facturación mensual calculado según la expresión:

$$\text{Recargo} = \frac{8}{5} \left(\frac{0,9}{FP} - 1 \right) \times 100$$

Siendo FP el valor del factor de potencia real medido en las instalaciones del usuario.

Igualmente se establece que el incumplimiento consecutivo y reiterado de las obligaciones impuestas por la presente Resolución, acarreará la suspensión del suministro de energía eléctrica, hasta tanto el Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica dictamine las medidas y acciones que deberá ejecutar el usuario para orientar su conducta y se instalen los componentes requeridos para ello.

4.- **Resolución N° 76**, mediante la cual se establece que las Personas Jurídicas del Sector Privado, que superen las Demandas Asignadas Contratadas, deberán realizar acciones para mantener una reducción de al menos un diez por ciento (10%) de su consumo mensual. De la siguiente forma:

4.1.- Las Personas Jurídicas del Sector Privado, que superen una Demanda Asignada Contratada de un Megavoltioamperio (1 MVA), deberán realizar acciones para mantener una reducción de al menos un diez por ciento (10%) de su consumo mensual con respecto al mayor valor entre el consumo facturado en el mismo mes o el consumo promedio mensual facturado, ambos referidos al año 2009. El Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica colocará mensualmente una etiqueta, en un sitio visible, señalando el cumplimiento de las medidas establecidas.

Adicionalmente, el incumplimiento de las medidas acarreará un recargo tarifario de un diez por ciento (10%) sobre la factura del mes correspondiente y cinco por ciento (5%) adicional por cada reincidencia.

4.2.- Las Personas Jurídicas del Sector Privado, con cargas entre doscientos kilovoltioamperio (200 kVA) y un Megavoltioamperio (1 MVA), deberán acometer acciones para mantener una reducción de al menos un diez por ciento (10%) de su consumo mensual con respecto al mayor valor entre el consumo facturado en el mismo mes o el consumo promedio mensual facturado, ambos referidos al año 2009.

El Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica colocará mensualmente una etiqueta, en un sitio visible, señalando el cumplimiento de las medidas establecidas. Observándose un mecanismo de fiscalización por parte del órgano rector del sistema.

4.3.- Sujetos Exceptuados del Cumplimiento de las Metas antes Fijadas.

Quedan exceptuados del cumplimiento de las metas establecidas en el Artículo 1 de esta Resolución, los siguientes sectores:

- Servicios de Atención Médica, Sanidad e Higiene.
- Producción y Distribución de agua Potable.
- Producción y Distribución de Hidrocarburos y sus derivados, gas y otros combustibles.
- Seguridad Ciudadana, Cuerpos Policiales y de Protección Civil.
- Recolección y Tratamiento de Desechos Sólidos.
- Transporte Público Terrestre, Aéreo, y Marítimo, así como el control del tráfico aéreo.
- Servicios de Telecomunicaciones.
- Servicios informativos, de prensa, radio y la televisión.
- Educación: Colegios y Universidades.
- Sistemas de control del tránsito terrestre: Semáforos.
- Seguridad alimentaria.
- Embajadas y sedes diplomáticas
- Todos aquellos casos adicionales que el Ministerio del Poder popular para la Energía Eléctrica considere necesario incluir.

Aun cuando se encuentran exceptuados por la naturaleza del servicio que prestan deben entregar un Plan de Uso Eficiente de la Energía Eléctrica en el que establezcan claramente sus metas de reducción de consumo, debidamente consensuado con el Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica, específicamente con la Dirección General de Gestión del Uso de la Energía.

Así mismo la norma indica que las instalaciones de autogeneración de las instituciones del Sector Privado deberán ponerse en funcionamiento en los horarios de mayor demanda del Sistema Eléctrico Nacional, que se comprende entre 11:00 y 16:00 y entre 18:00 y 22:00 horas.

Y las instalaciones de Cargas concentradas superiores a 100 kVA deberán instalar capacidad de autogeneración antes del 31 de diciembre de 2011, y colocarla en funcionamiento en los horarios Establecidos en el Artículo 6.

5.- Resolución N° 77, mediante la cual se establece el conjunto de medidas de orden técnico y administrativo para continuar con la orientación en materia de uso racional y eficiente de la energía eléctrica por parte de los organismos públicos.

Por último, dentro de la investigación de las normas que se han dictado dentro del marco de la emergencia eléctrica, detectamos la Resolución N° 082, dictada por el Ministerio del Poder Popular Para la Vivienda y Hábitat, y publicada en la *Gaceta Oficial* 39.695, del 14 de junio de 2011, mediante la cual se prohíbe la instalación y utilización de cocinas, lavadoras, neveras y calentadores eléctricos en las viviendas construidas en el marco del proyecto de la Gran Misión Vivienda.

VI. CONCLUSIONES

Luego de la revisión sistemática de la regulación del sistema eléctrico en Venezuela, podemos concluir que mientras en el pasado el sistema no contaba con previsión constitucional ni una ley especial que determinara los elementos integradores del sector y sus actividades, la participación privada en el mismo era más fuerte y con mayores garantías de desarrollo, todo esto con base en las normas de derecho privado previstas en el Código de Comercio Venezolano, aún vigente.

Luego se produjo la primera Ley del Servicio Eléctrico e inmediatamente la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el año 1999, en la cual se regula las competencias del Poder Nacional y de los Municipios en el esquema regulatorio y de prestación de los servicios públicos domiciliarios, dentro de los cuales se encuentra el servicio eléctrico, sin excluir la participación del sector privado en esta actividad, pues todo lo contrario, ya que el planteamiento filosófico es precisamente garantizar la libertad de empresa y la cogestión de los servicios públicos, entre el estado y los particulares, prohibiendo el monopolio y el abuso de la posición de dominio.

No obstante lo anterior, vimos como progresivamente se fueron adoptando normas y actos legislativos, mediante los cuales el estado iba asumiendo la totalidad de las actividades del servicio eléctrico, así como adelantando políticas de estatización de todas las sociedades mercantiles privadas, suprimiendo cualquier iniciativa privada en el mismo. Asumiendo el monopolio a través de la creación de la Corporación Eléctrica Nacional, C.A., y también desplazando a los Municipios en sus competencias asignadas constitucionalmente.

También observamos cómo el estado ha afrontado la crisis energética presentada en Venezuela, desde el punto de vista normativo, tomando medidas severas para contribuir con el uso racional y eficiente del servicio eléctrico y en definitiva forzar a los usuarios a la disminución del consumo. Tales medidas y estrategia gubernamentales, fueron refrendadas con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico, mediante la cual se legalizó la estatización y control absoluto del Gobierno sobre el sistema en general, cuyas medidas parecieran estar reñidas con el texto constitucional, sobre todo en la inhibición de la participación de la inversión privada.

Por último, debemos reflexionar sobre la emergencia energética y la finalidad de las normas adoptadas, sin bien es cierto que debemos hacer un uso racional del servicio, no es menos cierto que las medidas adoptadas son verdaderamente severas, creo que se debió hacer una campaña previa de concientización para reducir los niveles de consumo, antes de aplicar todo un esquema sancionatorio desproporcionado y al mismo tiempo desarrollar políticas de implementación de fuentes de energías alternativas para no depender exclusivamente de la fuente hidroeléctrica ni en fin de la energía eléctrica.

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

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

Recopilación y selección
por Marianella Villegas Salazar
Abogado

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *División del Territorio*. A. Dependencias Federales. B. Territorio Insular Francisco de Miranda.
2. *Poder Nacional: Régimen de la justicia (custodia de evidencias físicas)*.

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema de control*.
2. *Sistema financiero: Régimen presupuestario*.
3. *Régimen del endeudamiento*.
4. *Régimen de las contrataciones: Tarifas*.
5. *Sistema impositivo*. A. Impuestos. a. Impuesto al valor agregado: Exoneraciones. B. Emisión de facturas.

III. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Derechos Humanos*. A. Crímenes políticos. B. Discriminación racial.
2. *Política de Relaciones Exteriores*. A. Tratados, acuerdos y convenios.
3. *Seguridad y defensa*. A. Función Policial. B. Seguridad en la compra, venta, almacenamiento, transporte y uso de los artificios pirotécnicos.

IV. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. *Régimen Cambiario*: Adquisición de divisas.
2. *Régimen del mercado de valores*.
3. *Régimen de los bancos y otras instituciones financieras*. A. Fondo Social para Contingencias. B. Cámara de compensación electrónica. C. Financiamiento de los proyectos de los consejos comunales u otras formas de organización social. D. Contribuciones a la superintendencia de las instituciones del sector bancario. E. Cartera hipotecaria obligatoria.
4. *Régimen del comercio interno*. A. Administración y Control de Precios. B. Precio máximo de venta al público.
5. *Régimen de la actividad aseguradora*.
6. *Régimen de la energía eléctrica: Uso racional y eficiente*.
7. *Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro*.

V. RÉGIMEN DESARROLLO SOCIAL

1. *Protección especial a personas: Misiones*.
2. *Régimen de la vivienda*. A. Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda y Fondo Voluntario para la Vivienda. B. Arrendamiento de viviendas.
3. *Régimen de la ciencia y la tecnología: Aportes, financiamiento y ética en la investigación*.
4. *Régimen de la salud*. A. Ley de Ejercicio de la Medicina. B. Control de contaminantes atmosféricos. C. Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos.
5. *Régimen del turismo*.

VI. RÉGIMEN DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen del transporte y tránsito*. A. Transporte y tránsito terrestre. a. Motocicletas. b. Sistema de Gas Natural para Vehículos (GNV). c. Número de Identificación Vehicular (NIV).
2. *Régimen del Correo*.

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *División del Territorio*

A. *Dependencias Federales*

Decreto Nº 8.513 del Presidente de la República, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de las Dependencias Federales. *G.O.* Nº 39.787 del 27-10-2011.

B. *Territorio Insular Francisco de Miranda*

Decreto Nº 8.549, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Creación del Territorio Insular Francisco de Miranda. *G.O.* Nº 39.797 de 10-11-2011.

2. *Poder Nacional: Régimen de la justicia (custodia de evidencias físicas)*

Resolución Conjunta Nº 278 y 1563 de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia y Ministerio Público, mediante la cual se dicta el «Manual Único de Procedimientos en Materia de Cadena de Custodia de Evidencias Físicas». *G.O.* Nº 39.784 de 24-10-2011.

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema de control*

Resolución Nº 01-00-000265 de la Contraloría General de la República, mediante la cual se dictan las Normas para la Ejecución de los Trabajos y Presentación de Resultados por Auditores, Consultores, Profesionales Independientes y Firmas de Auditores que presten Servicios en Materia de Control. *G.O.* Nº 39.827 de 23-12-2011.

Resolución Nº 01-00-000266 de la Contraloría General de la República, mediante la cual se dicta el Modelo Genérico de Reglamento Interno de Unidades de Auditoría Interna. *G.O.* Nº 39.827 de 23-12-2011.

2. *Sistema financiero: Régimen presupuestario*

Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal 2012. (Véase *G.O.* Nº 6.065 Extraordinario de la misma fecha). *G.O.* Nº 39.823 de 19-12-2011.

3. *Régimen del endeudamiento*

Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Fiscal 2012. (Véase *G.O.* Nº 6.064 Extraordinario de la misma fecha). *G.O.* Nº 39.823 de 19-12-2011.

4. *Régimen de las contrataciones: Tarifas*

Providencia Nº DG/2011/C-0012 del Servicio Nacional de Contrataciones, mediante la cual se fija las tarifas que el Servicio Nacional de Contrataciones cobrará a los Órganos y Entes del Estado, así como a las personas naturales y jurídicas por la prestación de sus servicios, publicaciones o suministro de información disponible que en ella se indican. (Hasta 500.000 sin costo; mayor a 500.000 hasta 1.500.000, 7 U.T.; mayor a 1.500.000 hasta 3.500.000, 10 U.T.; mayor a 3.500.000 en adelante, 12 U.T.). *G.O.* Nº 39.796 de 9-11-2011.

5. *Sistema impositivo*

A. *Impuestos*

a. *Impuesto al valor agregado: Exoneraciones*

Providencia N° 00072 del SENIAT, mediante la cual se establecen los Términos y Condiciones para la Presentación de la Relación Trimestral de las Operaciones Exoneradas del Impuesto al Valor Agregado acordadas mediante Decreto N° 8.038, de fecha 08 de febrero de 2011. (G.O. N° 39.611). G.O. N° 39.795 de 8-11-2011.

B. *Emisión de facturas*

Providencia N° 00071 del SENIAT, mediante la cual se establece las Normas Generales de Emisión de Facturas y otros Documentos. G.O. N° 39.795 de 8-11-2011.

III. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Derechos Humanos*

A. *Crímenes políticos*

Ley para Sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y Otras Violaciones de los Derechos Humanos por Razones Políticas en el Período 1958-1998. G.O. N° 39.808 de 25-11-2011.

B. *Discriminación racial*

Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial. G.O. N° 39.823 de 19-12-2011.

2. *Política de Relaciones Exteriores*

A. *Tratados, acuerdos y convenios*

Ley Aprobatoria del Convenio de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia en Materia de Prevención del Uso Indevido y la Represión del Tráfico Ilícito de Drogas. G.O. N° 39.785 del 25-10-2011.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Colombia en la Lucha Contra el Problema Mundial de las Drogas. G.O. N° 39.785 del 25-10-2011.

Ley Aprobatoria del Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo de Unasur Sobre Compromiso con la Democracia. G.O. N° 39.785 del 25-10-2011.

Ley Aprobatoria del Memorándum de Entendimiento entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Colombia para Distintas Áreas de Cooperación Técnica y Científica. G.O. N° 39.785 del 25-10-2011.

Ley de Condecoraciones del Distrito Capital. G.O. N° 39.785 del 25-10-2011.

Ley Aprobatoria del Acuerdo General de Cooperación Económica, Comercial, Científica, Técnica y Cultural entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Angola. G.O. N° 39.785 del 25-10-2011.

Ley Aprobatoria del Protocolo de Enmienda al Acuerdo en el Ámbito del Desarrollo del Programa VENESAT-1 (Sistema Satelital Simón Bolívar) para el Uso Conjunto de la Posición Orbital 78° Solicitada por la República Oriental del Uruguay para el Programa URUSAT-3 entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay. *G.O.* N° 39.785 del 25-10-2011.

3. *Seguridad y defensa*

A. *Función Policial*

Resolución N° 291 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, mediante la cual se dicta las Normas sobre la Formación Continua y el Reentrenamiento en la Función Policial. *G.O.* N° 39.787 del 27-10-2011.

Resolución N° 329 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, mediante la cual se dictan las Normas sobre el Desempeño Policial Institucional. *G.O.* N° 39.819 de 13-12-2011.

Resolución N° 333, mediante la cual se dictan las Normas sobre la Creación, Organización y Funcionamiento de las Instancias de Control Interno de los Cuerpos de Policía. *G.O.* N° 39.824 de 20-12-2011.

Resolución N° 334, mediante la cual se dictan las Normas sobre la Actuación Policial cuando esté dirigida a Niños, Niñas y Adolescentes. *G.O.* N° 39.824 de 20-12-2011.

B. *Seguridad en la compra, venta, almacenamiento, transporte y uso de los artificios pirotécnicos*

Resolución Conjunta N° 321 y 020461 de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia y para la Defensa, mediante la cual se dicta las Normas Generales y Protocolos de Actuación de los Organismos Competentes en el Territorio Nacional, para Regular la Seguridad en la Compra, Venta, Almacenamiento, Transporte y Uso de los Artificios Pirotécnicos. *G.O.* N° 39.805 de 22-11-2011.

Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia y para la Defensa, mediante la cual se dictan las Normas Generales y Protocolos de Actuación de los Órganos Competentes Dentro del Territorio de la República Bolivariana de Venezuela, para Regular la Seguridad en la Comercialización al Detal, Almacenamiento, Transporte, y uso de los Artificios Pirotécnicos. *G.O.* N° 39.818 de 12-12-2011.

IV. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. *Régimen Cambiario: Adquisición de divisas*

Convenio N° 19 del Banco Central de Venezuela, mediante el cual las personas jurídicas privadas que a la fecha de entrada en vigencia del «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», estuviesen inscritas en el Registro de Exportadores de Oro del Banco Central de Venezuela, podrán adquirir divisas directamente ante el Banco Central de Venezuela, al tipo de cambio fijado de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1 del Convenio Cambiario N° 14, del 30 de diciembre de 2010. *G.O.* N° 39.779 de 17-10-2011.

Resolución N° 11-10-01 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se establece que la valoración y registro contable de los títulos emitidos o por emitirse por la República Bolivariana de Venezuela o por empresas del Estado denominados en moneda extranjera, se

efectuará al tipo de cambio promedio para la fecha valor del último día de cada mes, de las operaciones que se realizan a través del Sistema de Transacciones con Títulos en Moneda Extranjera (SITME), administrado por el Banco Central de Venezuela. *G.O.* N° 39.778 de 14-10-2011.

Resolución N° 273-11 de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, mediante la cual se dictan las “Normas Relativas a la Aplicación y Registro de los Beneficios Netos Originados por la Entrada en Vigencia de la Resolución N° 11-10-01, Emanada del Banco Central de Venezuela el 11 de octubre de 2011”. (Valoración y Registro contable de los títulos emitidos o por emitirse por la República o por empresas del Estado denominados en moneda extranjera, a efectuarse al tipo de cambio promedio de las operaciones que se realizan a través del SITME, administrado por el BCV). *G.O.* N° 39.782 de 20-10-2011.

Resolución N° 11-11-01 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se dicta las Normas Relativas a las Operaciones en el Mercado de Divisas. *G.O.* N° 39.798 de 11-11-2011.

Resolución N° 11-11-02 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se dicta las Normas Generales del Sistema de Transacciones con Títulos en Moneda Extranjera (SITME). *G.O.* N° 39.798 de 11-11-2011.

Resolución N° 11-11-03 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se dicta las Normas Relativas a los Supuestos y Requisitos para tramitar operaciones en el Sistema de Transacciones con Títulos en Moneda Extranjera (SITME) por parte de las personas jurídicas. *G.O.* N° 39.798 de 11-11-2011.

Resolución N° 11-11-04 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se dicta las Normas Relativas a los Supuestos y Requisitos para Tramitar Operaciones en el Sistema de Transacciones con Títulos en Moneda Extranjera (SITME) por parte de las personas naturales. *G.O.* N° 39.798 de 11-11-2011.

2. *Régimen del mercado de valores*

Resolución Conjunta N° 295.11 y 197 de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario y Superintendencia Nacional de Valores, mediante la cual se dicta la Norma que «Regula la Adquisición de Acciones a través de Oferta Pública de Acciones (OPA), Oferta Pública de Toma de Control (OPTC) y Oferta Pública de Intercambio (OPI)». *G.O.* N° 39.818 de 12-12-2011.

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

A. *Fondo Social para Contingencias*

Resolución N° 305.11 de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, mediante la cual se dictan las «Normas Relativas al Fondo Social para Contingencias». *G.O.* N° 39.820 de 14-12-2011.

B. *Cámara de compensación electrónica*

Resolución N° 11-11-05 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se dicta la Reforma Parcial del Reglamento del Sistema de Cámara de Compensación Electrónica. *G.O.* N° 39.805 de 22-11-2011.

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

D. *Contribuciones a la superintendencia de las instituciones del sector bancario*

Resolución N° 326.11 de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, mediante la cual se dictan las instrucciones relativas al pago de la cuota de la contribución que deben efectuar las instituciones sometidas a la supervisión y control de este Organismo; así como los bancos sometidos a Leyes especiales. *G.O.* N° 39.821 de 15-12-2011.

E. *Cartera hipotecaria obligatoria*

Decreto N° 8.628 de la Presidencia de la República, mediante el cual se establece que las instituciones del sector bancario tanto públicas como privadas, tendrán la obligación de otorgar préstamos hipotecarios a largo plazo, con cargo a la Cartera Hipotecaria Obligatoria, para la adquisición de todos y cada uno de los inmuebles que hayan sido construidos, total o parcialmente con préstamos a corto plazo otorgados por cada una de ellas con recursos provenientes de dicha cartera. *G.O.* N° 39.809 de 28-11-2011.

3. *Régimen del comercio interno*

A. *Administración y Control de Precios*

Decreto N° 8.563 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Parcial sobre la Superintendencia Nacional de Costos y Precios y el Sistema Nacional Integrado de Administración y Control de Precios. *G.O.* N° 39.802 de 17-11-2011.

Providencia N° 006 de la Superintendencia Nacional de Costos y Precios, mediante la cual se establecen los lineamientos generales que regirán el Registro Nacional de Precios de Bienes y Servicios. *G.O.* N° 39.805 de 22-11-2011.

Providencia N° 007 de la Superintendencia Nacional de Costos y Precios, mediante la cual se dictan las Normas para Regular la Notificación de Precios de Bienes determinados con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos. *G.O.* N° 39.805 de 22-11-2011.

B. *Precio máximo de venta al público*

Resolución Conjunta N° DM/3071, DM/098, DM/094, DM/045-11 y DM/124, 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) de los productos que en ella se señalan. (Aceite de maíz y girasol). *G.O.* N° 39.770 de 3-10-2011.

Resolución Conjunta N° DM/3072, DM/099, DM/095, DM/046-11 y DM/125, 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) de los Productos Alimenticios que en ella se mencionan. (Leche en sus distintas presentaciones). *G.O.* N° 39.770 de 3-10-2011.

Resolución Conjunta N° DM/145, DM/106 y DM/064 de los Ministerios del Poder Popular para el Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, mediante la cual se fija en todo el territorio nacional el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP) de los Productos Alimenticios que en ella se señalan. (Queso en sus diferentes presentaciones). *G.O.* N° 39.818 de 12-12-2011.

Resolución N° 3125 del Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas, mediante la cual se fija los Precios de Venta de fósforos para las Labores Nros. 1, 2, 5, 7 y 8, por las cantidades que en ella se mencionan. *G.O.* N° 39.828 de 26-12-2011.

4. *Régimen de la actividad aseguradora*

Providencia N° FSAA-9-3683 de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, mediante la cual se dictan las Normas para Regular los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en la Actividad Aseguradora. *G.O.* N° 39.826 de 22-12-2011.

5. *Régimen de la energía eléctrica: Uso racional y eficiente*

Ley de Uso Racional y Eficiente de la Energía. *G.O.* N° 39.823 de 19-12-2011.

6. *Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro*

Resolución Conjunta N° DM/3087-2011 y DM/110/2011 de los Ministerios del Poder Popular de Planificación y Finanzas y para las Industrias Básicas y Minería, mediante la cual se establecen los mecanismos de aplicación transitoria del 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, con respecto al control y fiscalización de la regalía y las ventajas especiales previstas en ese instrumento legal, y la aplicación del régimen tributario, hasta tanto se finalice el proceso de migración y sea organizada y estructurada la Superintendencia Nacional del Oro. *G.O.* N° 39.804 de 21-11-2011.

V. RÉGIMEN DEL DESARROLLO SOCIAL

1. *Protección especial a personas: Misiones*

Decreto N° 8.625 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Gran Misión Hijos de Venezuela. *G.O.* N° 39.818 de 12-12-2011.

Decreto N° 8.694 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Gran Misión en Amor Mayor Venezuela. *G.O.* N° 39.819 de 13-12-2011.

2. *Régimen de la vivienda*

A. *Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda y Fondo Voluntario para la Vivienda*

Resolución N° 170 del Ministerio del Poder Popular para Vivienda y Hábitat, mediante la cual se establecen los Lineamientos para la Afiliación al Sistema del Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda y Fondo Voluntario para la Vivienda *G.O.* N° 39.775 de 10-10-2011.

Resolución N° 171 del Ministerio del Poder Popular para Vivienda y Hábitat, mediante la cual se establecen los Lineamientos para realizar convenimientos de pago de las deudas pendientes al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda. *G.O.* N° 39.777 de 13-10-2011.

Decreto N° 8.629 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta las Normas que Establecen la Rebaja Solidaria por Vivienda Perdida. *G.O.* N° 39.809 de 28-11-2011.

B. *Arrendamiento de viviendas*

Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda. *G.O.* N° 6.053 de 12-11-2011.

Decreto N° 8.587 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda. N° 39.799 de 14-11-2011.

Decreto N° 8.585, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que autoriza la creación de fondos en las Instituciones Bancarias del Sector Público para el financiamiento de la adquisición y reparación de viviendas en condición de arrendamiento. N° 39.799 de 14-11-2011.

Resolución Conjunta N° CJ-DM-195 y CJ-DM-103 de los Ministerios del Poder Popular para Vivienda y Hábitat y para el Comercio, mediante la cual se mantiene en todo el territorio nacional los montos de los cánones establecidos para el quince (15) de octubre de 2011, a ser cobrados por concepto de arrendamientos que en ella se indican, en virtud de haber sido declarado servicio de primera necesidad por el Ejecutivo Nacional el alquiler de viviendas. (De porciones destinadas a viviendas en inmuebles de uso mixto). *G.O.* N° 39.783 de 21-10-2011.

3. *Régimen de la ciencia y la tecnología; Aportes, financiamiento y ética en la investigación*

Decreto N° 8.579 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación Referido a los Aportes, el Financiamiento y su Resultado, y la Ética en la Investigación, Tecnología e Innovación. *G.O.* N° 39.795 de 8-11-2011.

4. *Régimen de la salud*

A. *Ley de Ejercicio de la Medicina*

Ley de Reforma de la Ley de Ejercicio de la Medicina. *G.O.* N° 39.823 de 19-12-2011.

B. *Control de contaminantes atmosféricos*

Resolución N° 0132 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se dicta las Normas para el Control de Actividades Susceptibles de Generar Contaminantes Atmosféricos. *G.O.* N° 39.807 de 24-11-2011.

C. *Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos*

Ley de Reforma de la Ley sobre Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos. *G.O.* N° 39.808 de 25-11-2011.

5. *Régimen del turismo*

Resolución N° 043 del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, mediante la cual se establecen las Normas y Especificaciones sobre el uso del Libro de Sugerencias y Reclamos, que los Prestadores de Servicios Turísticos están obligados a mantener permanentemente dentro de sus instalaciones y sucursales, a disposición y a la vista de los turistas y usuarios turísticos, a fin que éstos puedan consignar las recomendaciones y quejas que deseen formular referentes a la calidad de los servicios ofrecidos por éstos. *G.O.* N° 39.813 de 5-12-2011.

Resolución N° 057 del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, mediante la cual se establece los criterios y requisitos que deben cumplir los Prestadores de Servicios Turísticos de Alimentos y Bebidas. *G.O.* N° 39.828 de 26-12-2011.

Resolución N° 054 del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, mediante la cual se establece las especificaciones técnicas que deben contener las placas de identificación de los Prestadores de Servicios Turísticos que en ella se mencionan. *G.O.* N° 39.830 de 28-12-2011.

VI. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen del transporte y tránsito*

A. *Transporte y tránsito terrestre*

a. *Motocicletas*

Decreto N° 8.495 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Parcial de la Ley de Transporte Terrestre sobre el Uso y Circulación de Motocicletas en la Red Vial Nacional y el Transporte Público de Personas en la Modalidad Individual Moto Taxis. (Se reimprime por fallas en los originales). (*G.O.* N° 39.771). *G.O.* N° 39.772 de 5-10-2011.

Providencia N° 033-2011 del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, mediante la cual se establece el Instructivo Temporal que regula el procedimiento para el Registro Nacional de vehículos, tipo motocicletas de motor a cuatro tiempos con cilindradas hasta doscientos cincuenta centímetros cúbicos (25CCC). *G.O.* N° 39.815 de 7-12-2011.

b. *Sistema de Gas Natural para Vehículos (GNV)*

Resolución Conjunta N° DM/081 y DM/S/N de los Ministerios del Poder Popular para el Comercio y de Petróleo y Minería, mediante la cual se dicta el Reglamento Técnico, el cual establecerá los requisitos que deben cumplir los Componentes y Accesorios que conforman el Sistema de Gas Natural para Vehículos (GNV), que se fabriquen o importen para ser usados en el Territorio Nacional. *G.O.* N° 39.812 de 1-12-2011.

c. *Número de Identificación Vehicular (NIV)*

Resolución Conjunta N° DM/164, DM/016, de los Ministerios del Poder Popular para el Comercio, de Industrias y para Relaciones Interiores y Justicia, mediante la cual se dicta el Reglamento Técnico, el cual tiene por objeto establecer los procedimientos y metodología para la asignación, configuración y suspensión del Número de Identificación Vehicular (NIV). *G.O.* N° 39.829 de 27-12-2011.

2. *Régimen del correo*

Resolución N° 133 del Ministerio del Poder Popular para Ciencia, Tecnología e Industrias Intermedias, mediante la cual se dicta la Normativa que Rige la Estructura Única de la Dirección Postal en la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 39.797 de 10-11-2011.

Comentarios Legislativos

LA LEY DEL CÓDIGO DE ÉTICA DEL JUEZ VENEZOLANO DE 2010 Y LA INTERMINABLE TRANSITORIEDAD DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO JUDICIAL

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *Este comentario tiene por objeto analizar cómo a pesar de que la Ley del Código de Ética del Juez Venezolano de agosto de 2010 después de doce años creó la esperada “Jurisdicción Disciplinaria Judicial,” sustituyendo a la Comisión de Funcionamiento y Reorganización del Sistema Judicial que se había establecido “transitoriamente” en 1999, sin embargo en fraude a la propia Constitución prorrogó el régimen transitorio al disponer en forma inconstitucional el nombramiento de los “jueces” de dichos órganos disciplinarios por la Asamblea Nacional, quedando así sometidos a mayor control político que el que afectaba a la sustituida Comisión, y teniendo los jueces menos garantía a su estabilidad.*

Palabras Clave: *Jueces. Estabilidad; Jueces. Autonomía. Independencia judicial.*

Abstract: *This legislative comment tends to analyze how the Law on the Ethic Code of the Venezuelan Judges of August 2010, after twelve years created the expected Judicial Judiciary Jurisdiction in substitution of the Commission on the Functioning and Reorganization of the Judicial System established in a “transitory” way in 1999, nonetheless, defrauding the Constitution has extended the transitional regime by establishing in the unconstitutional appointment of the “judges” of such disciplinary organs by the National Assembly, assuring more political control on them that the one affecting the former Commission, having the judges less guaranty on their tenure.*

Key words: *Judges. Tenure; Judges. Authonomy; Judicial Independence.*

Aún cuando las Constituciones se dictan para cumplirse, y a pesar de que sus normas son obligatorias no sólo para los ciudadanos sino más importante aún, para todos los órganos del Estado que encuentran en ellas la fuente de sus atribuciones y los límites de su poder (Art. 7), en Venezuela, en particular respecto de las previsiones constitucionales establecidas para garantizar la independencia y autonomía de los jueces, puede decirse que la Constitución de 1999 se sancionó para no ser cumplida, para lo cual todos los órganos del Estado lo que han hecho es desarrollar sus actividades y sus mejores esfuerzos, para evitar que las normas pertinentes hayan podido haber llegado a tener en algún momento alguna vigencia.

Esto se ha materializado hasta 2010, en la deliberada abstención en la creación de la “Jurisdicción Disciplinaria Judicial” prevista en la Constitución, y en 2011, en su creación pero sometida al control político, con lo que entre la letra de la Constitución e, incluso, la letra de muchas leyes, y la realidad que ha resultado de la forma cómo se ha impedido su vigencia o se ha distorsionado su propósito, ha habido un abismo. El resultado es que en materia de la garantía de la estabilidad de los jueces, la Constitución no se ha llegado a aplicar y lo más grave de ello, es que ha sido como consecuencia de una política gubernamental deliberada que se definió desde 1999 y que ha sido invariablemente seguida y desarrollada por todos los órganos del Estado de impedir que las normas constitucionales sean efectivas.

En efecto, para garantizar la independencia y autonomía del Poder Judicial, aparte de atribuirle el gobierno y administración del Poder Judicial al Tribunal Supremo de Justicia (Art.267), la Constitución asegura que el ingreso a la carrera judicial solo puede realizarse mediante un proceso de selección pública, con participación ciudadana, estableciendo además el principio de su estabilidad judicial, al consagrar la inamovilidad de los jueces salvo cuando sea como consecuencia de sanciones disciplinarias que sólo pueden ser impuestas por jueces disciplinarios integrados en una Jurisdicción Disciplinaria Judicial (Arts. 255, 267). Sin embargo, aparte de que en los últimos doce años nunca se han realizado los concursos públicos prescritos en la Constitución, la “Jurisdicción Disciplinaria Judicial” solo vino a conformarse en 2011, para asumir la función disciplinaria que durante doce largos años ejerció una Comisión *ad hoc*, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, que al margen de la Constitución funcionó desde 1999 con el aval del Tribunal Supremo, la cual, además de remover a los jueces en forma discrecional sin garantía alguna del debido proceso.¹

En 2011, sin embargo, con la conformación de la “Jurisdicción Disciplinaria Judicial” que se ha creado en la Ley del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana,² integrada por una Corte Disciplinaria Judicial y un Tribunal Disciplinario Judicial, nada ha cambiado, pues conforme a una nueva Disposición Transitoria que se incorporó en la Ley del Código (Tercera), dicha Jurisdicción tampoco goza efectivamente de autonomía e independencia algunas, siendo más bien un apéndice de la mayoría que controla políticamente la Asamblea Nacional. En realidad, lo que ha ocurrido con esta nueva legislación y en virtud de la interminable transitoriedad, no ha sido otra cosa que lograr, primero, cambiarle el nombre a la antigua Comisión de Funcionamiento y Reorganización del Poder Judicial, y segundo, hacerla depender ya no del Tribunal Supremo, sino a la Asamblea Nacional, es decir, someterla a mayor control político.

Se trata, por tanto, de la continuidad de la permanente e interminable transitoriedad de la “emergencia judicial” que se declaró en 1999 por la Asamblea Nacional Constituyente,³

¹ Véase Tribunal Supremo de Justicia, Decisión N° 1.939 del 18 de diciembre de 2008 (Caso: *Gustavo Álvarez Arias et al.*), en *Revista de Derecho Público*, N° 116, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 89-106. También en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

² *Gaceta Oficial* N° 39.493 de 23-08-2010

³ El 19 de agosto de 1999, la Asamblea Nacional Constituyente resolvió declarar “al Poder Judicial en emergencia,” *Gaceta Oficial* N° 36.772 de 25-08-1999 reimpresso en *Gaceta Oficial* N° 36.782 de 08-09-1999. Véase nuestro Voto salvado en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, tomo I, *op. cit.*, pp. 57 a 73; y en *Gaceta Constituyente* (Diario de Debates), Agosto-Septiembre de 1999, *cit.*, Sesión de 18-08-1999, N° 10, pp. 17 a 22. Véase el texto del Decreto en *Gaceta Oficial* N° 36.782 de 08-09-1999.

creando una “Comisión de Emergencia Judicial,” con la cual se inició en Venezuela el interminable proceso de intervención política del Poder Judicial.⁴ Dicha Comisión asumió atribuciones incluso de evaluar hasta el desempeño de la propia antigua Corte Suprema de Justicia (arts. 3,3 y 4), decidir sobre la destitución y suspensión de jueces y funcionarios judiciales, y sobre la designación de suplentes o conjuces para sustituir temporalmente a los jueces destituidos o suspendidos (art. 8).

Esa Emergencia Judicial declarada en agosto de 1999, supuestamente debía haber tener vigencia hasta que se sancionara la nueva Constitución (art. 32), lo que efectivamente ocurrió en diciembre de 1999. Sin embargo, la situación de emergencia no cesó, y en la práctica continuó *sine die*, pero a partir del mismo diciembre de 1999, a cargo de una irregular “Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial” que sustituyó a la de “Emergencia” establecida, no en la Constitución de 1999, sino en el “Decreto de Régimen Transitorio del Poder Público”⁵ el 22 de diciembre de 1999, cuya “constitucionalidad” fue avalada por el Tribunal Supremo de Justicia constituido y nombrado en el mismo, al considerarse que no estaba sometido ni a la nueva (1999) ni a la vieja (1961) Constitución,⁶ a pesar de que no había sido aprobado por el pueblo.⁷

En dicho Decreto, en efecto, se dispuso que mientras el Tribunal Supremo organizaba la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, el gobierno y administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los Tribunales, y todas las competencias que la legislación para ese momento vigente atribuían al antiguo Consejo de la Judicatura, serían ejercidas por dicha Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (art. 21) que entonces sustituyó a la Comisión de Emergencia Judicial. El artículo 23 del Decreto, además, fue claro en disponer que esa inconstitucional transitoriedad, estaría “vigente *hasta* que la Asamblea Nacional *apruebe la legislación* que determine los *procesos y tribunales* disciplinarios,” lo que sin embargo, sólo ocurrió doce años después, en 2011, con lo cual durante más de una década la Jurisdicción disciplinaria simplemente no existió; y si bien se creó en 2011, de nuevo transitoriamente se la hizo depender de la Asamblea Nacional en forma evidentemente inconstitucional

En esta forma, la Asamblea Nacional Constituyente, en una forma evidentemente contraria a la Constitución, desde el inicio le confiscó al Tribunal Supremo, cuyos miembros había designado en el mismo Decreto donde cesó a los antiguos magistrados de la anterior Corte Suprema, una de sus nuevas funciones, incluso para que no la pudiera ejercer después de que la nueva Constitución entrara en vigencia, atribuyéndosela a la “Comisión *ad hoc*” creada y designada por la propia Asamblea Nacional Constituyente, y no por el nuevo Tribunal Supremo; situación irregular que el propio Tribunal Supremo de Justicia luego aceptó resignadamente por más de un lustro, renunciando a ejercer sus competencias constitucionales.

⁴ *Gaceta Oficial* N° 36.772 de 25-08-1999 reimpresso en *Gaceta Oficial* N° 36.782 de 08-09-1999.

⁵ Véase en *Gaceta Constituyente* (Diario de Debates), Noviembre 1999-Enero 2000, *cit.*, Sesión de 22-12-1999, N° 51, pp. 2 y ss. Véase *Gaceta Oficial* N° 36.859 de 29-12-1999; y *Gaceta Oficial* N° 36.860 de 30-12-1999.

⁶ Véase sentencia N° 6 de fecha 27-01-2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 81 y ss.

⁷ Véase sentencia de 28 de marzo de 2000, caso: *Allan R. Brewer-Carías y otros*, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 86.

Con posterioridad al Decreto sobre Régimen Transitorio de diciembre de 1999 que creó la mencionada Comisión, la Asamblea Nacional Constituyente, como antes se indicó, incluso ya habiendo cesado sus funciones de redacción de la Constitución, dictó otros dos Decretos el 18 de enero de 2000 en relación con el Poder Judicial, también “en ejercicio del poder soberano constituyente originario”, que fueron el relativo a la designación del “Inspector de Tribunales,” y el relativo a la designación de los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial,⁸ todo marginando al Tribunal Supremo de Justicia que supuestamente era quien tenía a su cargo el gobierno y administración del Poder Judicial. Como luego lo constataría la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo hizo en la sentencia N° 1173 de 23 de mayo de 2000, correspondiendo al Tribunal Supremo “conforme a lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la función de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, que antes tenía atribuida el Consejo de la Judicatura,” mientras se establecía la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, “la Asamblea Nacional Constituyente creó la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, como órgano encargado de garantizar el buen funcionamiento del Poder Judicial, a los fines de establecer un nuevo Poder.”⁹

El Tribunal Supremo de Justicia, el 2 de agosto de 2000 dictó la “Normativa Sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial,” con la cual supuestamente se daría satisfacción al expreso mandato constitucional del artículo 267, supuestamente para “poner fin a la vigencia del régimen transitorio dictado por el Constituyente,” lo cual sin embargo, no ocurrió. En efecto, a pesar de que en el artículo 1° de la referida Normativa el Tribunal Supremo dispuso la creación de “la Dirección Ejecutiva de la Magistratura como órgano auxiliar del Tribunal Supremo de Justicia, con la finalidad de que ejerza por delegación las funciones de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial,” el propio el Tribunal Supremo, sin justificación ni competencia algunas, y en fraude a la Constitución, prorrogó la existencia y funcionamiento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración, renunciando expresamente a ejercer una de sus funciones incluso en materia de dictar la normativa respecto del gobierno del Poder judicial, y tan fue así, que fue la propia “Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial,” la que, sin base constitucional o legal alguna, en noviembre de 2000 dictó la nueva “normativa” para la sanción y destitución de los jueces, contenida en el Reglamento de la Comisión y Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial;¹⁰ “normativa”, con el cual procedió definitivamente a “depurar”¹¹ el Poder Judicial de jueces no afectos al régimen. Esto llevó a la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos a decir, en el *Informe Anual* de 2009, que “en Venezuela los jueces

⁸ *Gaceta Oficial* N° 36.878 de 26-01-2000.

⁹ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 160.

¹⁰ Véase en *Gaceta Oficial* N° 37.080, de 17-11-2000

¹¹ Véase la expresión en la Decisión N° 1.939 de 18-12-2008 (Caso: *Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*), en la cual la Sala Constitucional decidió que una decisión de 05-08-2008 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es inejecutables en Venezuela (Caso: *Apitz Barbera y otros [“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”] vs. Venezuela [Corte IDH]*, Case: *Apitz Barbera y otros [“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”] vs. Venezuela*, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C, N° 182. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 116, Editorial Jurídica Venezuela, Caracas, 2008, pp. 89-106. También en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

y fiscales no gozan de la garantía de permanencia en su cargo necesaria para asegurar su independencia en relación con los cambios de políticas gubernamentales.”¹²

Posteriormente, en mayo de 2004 se sancionó la entonces muy esperada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,¹³ la cual en la materia específica de la estabilidad de los jueces y del régimen disciplinario, en lugar de haber puesto fin a la transitoriedad constitucional que implicaba la ausencia de la Jurisdicción Disciplinaria, y el ejercicio de la misma por una Continuó ad hoc; al contrario, nuevamente prorrogó la transitoriedad al disponer en su *Disposición Transitoria Única*, párrafo 2, e) que:

La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial sólo tendrá a su cargo funciones disciplinarias, *mientras se dicte la legislación y se crea la jurisdicción disciplinaria* y los correspondientes tribunales disciplinarios.

La vigencia efectiva de la norma constitucional que exigía que “la jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley” (art. 267) de nuevo fue pospuesta, quedando como letra muerta; y quedando los jueces sin garantía alguna de estabilidad, a la merced de una Comisión “no judicial,” que continuó suspendiéndolos a mansalva, particularmente cuando han dictado decisiones que no han complacido al Poder. Lamentablemente en esta materia, el “activismo judicial” de la Sala Constitucional que la llevó, incluso, a juzgar de oficio la inconstitucionalidad de la omisión del Legislador, por ejemplo, al no haber sancionado en el tiempo requerido la Ley Orgánica del Poder Municipal,¹⁴ nunca fue ejercida en su propia materia, la judicial, ni fue aplicada para tratar de obligar al legislador a dictar las leyes básicas para garantizar, precisamente, la autonomía e independencia del Poder Judicial, que el Tribunal Supremo administra y gobierna, mediante la garantía de estabilidad de los jueces.

Esta situación, por otra parte fue avalada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en 2005, la cual al conocer de una acción contra la inconstitucional omisión de la Asamblea Nacional al no haber enviado al Presidente de la República para su promulgación una Ley del Código de Ética del Juez que se había sancionado, en 2005, en lugar de censurar la omisión legislativa y exigirle a la Asamblea Nacional que remitiera para su promulgación tal Ley, lo que hizo fue, contradictoriamente, prorrogar la existencia de la mencionada Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, llegando incluso a *designar y remover* sus integrantes, sustituyéndose, la Sala Constitucional, en el propio Tribunal Supremo de Justicia. En efecto, en la sentencia N° 1057 de 1 de junio de 2005, dictada con el motivo indicado, la Sala resolvió:

¹² Véase Informe Anual de 2009, párrafo 480, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009eng/Chap.IV.f.eng.htm>

¹³ Véase en *Gaceta Oficial* N° 37942 de 20-05-2004. Véase sobre dicha Ley, véase Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso-administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004

¹⁴ Véase la sentencia N° 3118 de 06-10-2003 en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003. Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, Tomo II, pp. 970 y ss.

Observa la Sala, tal y como se indicó anteriormente, que la presente demanda se intentó con fundamento en la supuesta omisión en que incurrió la Asamblea Nacional, “*por cuanto aún no han remitido la Ley sancionada el 16 de octubre de 2003 del Código de Ética del Juez o Jueza Venezolana’ al Presidente de la República Bolivariana para que se proceda a su promulgación en la Gaceta Oficial*”.

Lo anterior ha traído entre sus consecuencias la continuidad en sus funciones de un órgano como la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, el cual estaba destinado a regir durante un período de transición.

En efecto, la Asamblea Nacional Constituyente elaboró el Régimen de Transición del Poder Público, publicado en *Gaceta Oficial* número 36.920 del 28 de marzo de 2000, en el cual se creó la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial en los siguientes términos:

“Artículo 28. Se crea la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial que será integrada por los ciudadanos que designe la asamblea nacional constituyente. Las Designaciones que realice la Asamblea Nacional Constituyente lo serán hasta el funcionamiento efectivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, de los Tribunales Disciplinarios y del Sistema Autónomo de la Defensa Pública”.

Por su parte, el artículo 24 *eiusdem*, destaca igualmente la transitoriedad de la referida Comisión, al disponer lo siguiente:

“La competencia disciplinaria judicial que corresponda a los Tribunales disciplinarios de conformidad con el artículo 267 de la Constitución aprobada, será ejercida por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración Sistema Judicial de acuerdo con el presente régimen de transición y hasta que la Asamblea Nacional apruebe la legislación determine los procesos y tribunales disciplinarios”.

En justa correspondencia con lo anterior, este Tribunal Supremo de Justicia, procedió a dictar la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.014, de 15 de agosto de 2000, en cuyo capítulo correspondiente a las disposiciones finales y transitorias (artículo 30), dispuso que:

“La Dirección Ejecutiva de la Magistratura iniciará su funcionamiento efectivo el día primero de septiembre del año dos mil. (Omissis)

La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración, reorganizada en la forma que lo determine el Tribunal Supremo de Justicia, sólo tendrá a su cargo funciones disciplinarias, mientras se dicta la legislación y se crean los correspondientes Tribunales Disciplinarios” (Resaltado de la Sala)

Pero después de de todo este razonamiento, de la manera más absurda, la Sala, en lugar de velar por la corrección de la omisión legislativa, lo que hizo fue constatar que:

“Visto que conforme a la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial corresponde a este Tribunal Supremo de Justicia, la reorganización de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración y visto que conforme al Decreto del Régimen de Transición del Poder Público, las designaciones que realizó la Asamblea Nacional Constituyente de los integrantes de dicha Comisión fueron realizadas de manera temporal hasta el funcionamiento efectivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y la Comisión Judicial, lo que constituye un hecho notorio en la actualidad, y visto que hasta la presente fecha la Asamblea Nacional ha omitido culminar el proceso de formación del Código de Ética del Juez o Jueza Venezolana.”

Y con base en ello, “a los fines de reorganizar el funcionamiento de la referida Comisión, según lo establecido en el artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana

de Venezuela y artículo 30 de la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial,” pura y simplemente procedió a ordenar la sustitución de los ciudadanos que se desempeñan como miembros integrantes de la citada Comisión por otros ciudadanos que procedió a designar. Es decir, la Sala Constitucional procedió a formalizar, aún más, la transitoriedad judicial y la inexistencia del régimen disciplinario judicial de los jueces.¹⁵

Unas semanas después, la misma Sala Constitucional, dictó la sentencia N° 1793 de 19 de junio de 2005,¹⁶ en la cual resolvió “suspender” la aplicación del Reglamento que contiene el procedimiento disciplinario aplicable a los jueces y juezas en sede administrativa, por ser contrario a los postulados constitucionales, y procedió a facultar a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial para modificar su Reglamento y adecuarlo a las disposiciones constitucionales, hasta tanto entre en vigencia la legislación correspondiente.

En efecto, luego de la anterior sentencia, y teniendo en cuenta su contenido, la Sala Constitucional consideró a la referida Comisión, según su propia jurisprudencia, como “un órgano de rango constitucional, (V., sent. N° 731/2005 del 5 de marzo, recaída en el caso *Marcos Ronald Marcano Cedeño*) [...] sujeto a un régimen de transitoriedad, habida cuenta que el sistema jurídico que debe regir su funcionamiento aún no ha entrado en vigencia” pues como “lo ha reconocido esta Sala en sentencia del 28 de marzo de 2000 Caso *Gonzalo Pérez Hernández y Luis Morales Parada*), cuando dispuso que las normas supraconstitucionales “mantienen su vigencia, más allá del mandato cumplido de la Asamblea Nacional Constituyente, hasta que los poderes constituidos, entre ellos la Asamblea Nacional, sean electos y empiecen a ejercer su competencia normadora conforme a la Constitución vigente.”

Y con base en ello, así como en el “Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial” dictado por la propia Comisión¹⁷ y el la Disposición Derogatoria, Transitoria y Final, literal e) de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, estimó en definitiva:

“que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial está facultada para conocer y decidir los procedimientos disciplinarios -que han de ser públicos, orales y breves- en contra de los jueces, hasta tanto se dicte la legislación y se creen los correspondientes Tribunales Disciplinarios, conforme al artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, el Régimen Disciplinario de los Jueces que se regirá por el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, el cual originó la presente acción de inconstitucionalidad contra omisión legislativa.”¹⁸

Sin embargo, la Sala Constitucional consideró que normas del referido Reglamento eran contrarias a los artículos 257 y 267 de la Constitución, por lo cual “dado el vacío normativo existente sobre la materia, producto de la falta de adecuación de la legislación existente a los

¹⁵ Véase las referencias a esta sentencia, en la sentencia N° 1793 de 19 de junio de 2005 de la misma Sala Constitucional, Caso: *Henrique Iribarren Monteverde*, (acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional, en *Revista de Derecho Público*, N° 103, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, pp. 165 ss.

¹⁶ Véase Caso: *Henrique Iribarren Monteverde*, (acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional), en *Revista de Derecho Público*, N° 103, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, pp. 165 ss.

¹⁷ Véase act0 administrativo N° 155, del 28 de marzo de 2000, publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 36.925, del 4 de abril de 2000.

¹⁸ *Id.*

postulados constitucionales antes transcritos, procedió “de oficio” a suspender su aplicación. Sin embargo, “a fin de evitar la paralización de los procedimientos disciplinarios pendientes y los que haya lugar,” la Sala Constitucional, con base en el artículo 336.7 de la Constitución que la autoriza a establecer los lineamientos para corregir la omisión, procedió a facultar:

“a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial para modificar su Reglamento y adecuarlo a las disposiciones constitucionales referidas supra; hasta tanto entre en vigencia la legislación correspondiente, y para cumplir con su cometido, podrá reorganizar su personal interno, designar el personal auxiliar que requiera y dictar su propio reglamento de funcionamiento, sin que ello colida con el Decreto del Régimen de Transición del Poder Público.”¹⁹

La Sala Constitucional, así, en definitiva avaló la transitoriedad del régimen de ausencia de garantías a la estabilidad de los jueces, y en esta materia, como antes se dijo, no demostró activismo judicial alguno, y lejos de declarar la inconstitucionalidad de la omisión legislativa, lo que hizo fue asumir la dirección de la inconstitucional emergencia judicial, al haber primero removido a los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reorganización del Sistema Judicial y haber designado a los nuevos integrantes de dicho órgano interventor, y disponer la forma para que continuase la emergencia.

En esta materia, por tanto, como dijimos al inicio, el contraste entre la normativa constitucional y la realidad política ha sido patética: hay una serie de garantías constitucionales respecto de la autonomía e independencia del Poder Judicial que no han existido en la práctica, por la implantación de una anormal situación de “emergencia judicial” construida y gerenciada por la Asamblea Nacional y por el propio Tribunal Supremo de Justicia, órganos que han suspendido fácticamente la aplicación de la Constitución en lo que se refiere al régimen disciplinario de los jueces y, por tanto, en cuanto a la estabilidad de los mismos, sin lo cual no puede hablarse ni de autonomía ni de independencia judicial.

Esta era la situación en 2010, cuando en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010 se eliminó la Disposición Transitoria que disponía la sobrevivencia de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, para lo cual la propia Asamblea Nacional procedió a sancionar la Ley del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana,²⁰ derogando, al fin, la vieja Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura de 1998,²¹ órgano que había desaparecido con la sanción de la Constitución de 1999, y en especial, derogando, “*salvo lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera*, el Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.317, de fecha 18 de noviembre de 2005.”

Parecía, con ello, que al fin se estaba creando la esperada Jurisdicción Disciplinaria Judicial integrada por tribunales judiciales en el sistema judicial bajo la conducción del Tribunal Supremo de Justicia, por lo que se derogaba el reglamento de la Comisión ad hoc que sin ser un órgano judicial, había ejercido dicha “Jurisdicción.” Pero la verdad es que no fue así, precisamente por lo dispuesto en la mencionada “Disposición Transitoria Tercera” de la Ley del Código de Ética del juez, en la cual se dispuso que:

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Gaceta Oficial* N° 39.493 de 23-08-2010.

²¹ *Gaceta Oficial* N° 36.534, de 08-09-1998.

Tercera. Hasta tanto se conformen los Colegios Electorales Judiciales para la elección de los jueces y juezas de la competencia disciplinaria judicial, la Asamblea Nacional procederá a designar los jueces y juezas y los respectivos suplentes del Tribunal Disciplinario Judicial y la Corte Disciplinaria Judicial, previa asesoría del Comité de Postulaciones Judiciales.

Con ello, en realidad, lo que hizo en la práctica fue cambiarle el nombre a la “Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial,” y desdoblándola en dos, procediéndose a crear un “Tribunal Disciplinario Judicial” y una “Corte Disciplinaria Judicial” pero no integrada por jueces que conforme a la Constitución sólo pueden ser designados por el Tribunal Supremo de Justicia, sino por unos llamados “jueces disciplinarios” nombrados directamente en forma totalmente inconstitucional por la Asamblea Nacional, sin concurso público alguno y sin participación ciudadana alguna, violándose por tanto todas las disposiciones constitucionales relativas al Poder Judicial. Por tanto, de un órgano inconstitucional como la mencionada Comisión ad hoc se pasó a otro órgano inconstitucionalmente constituido, controlado directamente por el poder político representado por la Asamblea Nacional.

Al analizarse las normas del Código de Ética del Juez Venezolano de 2010, por tanto, en lo que respecta a la Jurisdicción Disciplinaria Judicial, tiene que tenerse en cuenta el abismo que de nuevo hay entre la letra de las normas y la práctica.

En cuanto a la letra de las normas, en efecto, se constata que la Ley crea los “Tribunales disciplinarios” como los “órganos que en el ejercicio de la jurisdicción tienen la competencia disciplinaria sobre los jueces o juezas de la República,” y que son el Tribunal Disciplinario Judicial y la Corte Disciplinaria Judicial, con competencia para conocer y aplicar en primera y segunda instancia, respectivamente, los procedimientos disciplinarios por infracción a los principios y deberes contenidos en el mencionado Código de Ética (art. 39). Tanto el Tribunal Disciplinario Judicial como la Corte Disciplinaria Judicial deben estar integrados cada uno por tres jueces principales y sus respectivos suplentes (Arts. 41 y 43), que deben cumplir con las condiciones indicadas en la ley (art. 44); y a ambos órganos la Ley le encomendó la tarea de dictar “su reglamento orgánico, funcional e interno” (art. 45).²²

La Ley del Código, por otra parte, estableció todo un complejo procedimiento para la selección y nombramiento de los “jueces disciplinarios” tanto de la Corte como del Tribunal Disciplinarios, en la mejor de las tradiciones de lenguaje floridos de las previsiones constitucionales y legales, consistente en lo siguiente:

1. Los aspirantes a jueces deben ser elegidos por los Colegios Electorales Judiciales con el asesoramiento del Comité de Postulaciones Judiciales al cual se refiere el artículo 270 de la Constitución de la República (art. 46).

2. A tal efecto, los Colegios Electorales Judiciales deben estar constituidos en cada estado y por el Distrito Capital por un representante del Poder Judicial, un representante del Ministerio Público, un representante de la Defensa Pública, un representante por los abogados autorizados para el ejercicio, así como por diez delegados de los Consejos Comunales “legalmente organizados por cada una de las entidades federales en ejercicio de la soberanía popular y de la democracia participativa y protagónica.” Los Consejos Comunales en asamblea de ciudadanos deben proceder a elegir de su seno a un vocero que los representará para elegir a los delegados que integrarán al respectivo Colegio de cada estado, conforme al procedimiento que establezca el reglamento de la ley que lo rija (art. 47). El Consejo Nacional

²² Dicho Reglamento se dictó en septiembre de 2011. Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.750 del 05-09-2011.

Electoral es el órgano responsable de la organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los delegados de los Consejos Comunales (art. 48).

3. El Comité de Postulaciones Judiciales es el órgano competente para recibir, seleccionar y postular los candidatos a jueces disciplinarios que deben ser elegidos por los Colegios Electorales Judiciales (Art. 48). A tal efecto, el Comité de Postulaciones Judiciales debe efectuar una preselección de los candidatos que cumplan con los requisitos exigidos para ser juez de la Jurisdicción Disciplinaria Judicial y debe proceder a elaborar la lista definitiva de los candidatos (art. 49).

Los ciudadanos y las organizaciones comunitarias y sociales pueden ejercer fundadamente objeciones ante el Comité de Postulaciones Judiciales sobre cualquiera de los postulados a ejercer los cargos de jueces de la Corte Disciplinaria Judicial y el Tribunal Disciplinario Judicial (Art. 49).

4. Los candidatos a jueces seleccionados por el Comité de Postulaciones Judiciales deben someterse a los Colegios Electorales Judiciales, a los que corresponde realizar la elección, debiendo dichos Colegios Electorales Judiciales notificar de la elección definitiva a la Asamblea Nacional (art. 49).

Todo este procedimiento complejo, sin embargo –y esta es la otra cara de la moneda– fue barrido de un plumazo, al incorporarse la Disposición Transitoria Tercera de la ley conforme a la cual, “hasta tanto se conformen los Colegios Electorales Judiciales para la elección de los jueces de la competencia disciplinaria judicial,” se atribuye a la Asamblea Nacional la inconstitucional atribución de proceder “a designar los jueces y juezas y los respectivos suplentes del Tribunal Disciplinario Judicial y la Corte Disciplinaria Judicial, previa asesoría del Comité de Postulaciones Judiciales.” Es decir, todo el detallado y complejo procedimiento es letra muerta, y tan muerta que publicado el Código de Ética del Juez venezolano en agosto de 2010, ocho meses después, mediante Acto Legislativo de 9 junio de 2011²³ la Asamblea Nacional designó a los referidos jueces de la Corte Disciplinaria Judicial y Tribunal Disciplinario Judicial, quienes habiéndose juramentado ante la propia Asamblea el 14 de junio de 2011, se constituyeron mediante Acta levantada el 28 de junio de 2011.²⁴

La Disposición Transitoria Tercera antes mencionada de la Ley del Código de Ética del Juez venezolano, simplemente es inconstitucional, pues dispone el nombramiento de jueces por un órgano que conforme a la Constitución no puede tener esa competencia, violándose además el derecho constitucional a la participación ciudadana.²⁵ El artículo 255 de la Constitución, en efecto, dispone que “El nombramiento y juramento de los jueces o juezas corresponde al Tribunal Supremo de Justicia. La ley garantizará la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces o juezas.”

²³ *Gaceta Oficial* N° 39.693 de 10-06-2011.

²⁴ Véase el “Acta de Constitución del Tribunal Disciplinario Judicial,” de 28-06-2011, en *Gaceta Oficial* N° 39.704 de 29-06-2011.

²⁵ Debe mencionarse incluso que el nombramiento de jueces y suplentes hecho por la Asamblea nacional es tan “permanente” para la Corte Disciplinaria Judicial y Tribunal Disciplinario judicial, que en el Reglamento orgánico, funcional e interno de la Jurisdicción que dictaron en septiembre de 2011, se regula que “las faltas absolutas, temporales o accidentales de los jueces o juezas principales, serán cubiertas por el juez o jueza suplente, convocado según el *orden de designación de la Asamblea Nacional*” (art. 10) Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.750 de 05-09-2011.

Ni siquiera en forma transitoria esta disposición constitucional podría ser ignorada como ha ocurrido con la Ley del Código, razón por la cual los nombramientos de los llamados “jueces” de la Corte Disciplinaria Judicial y Tribunal Disciplinario Judicial por un órgano distinto al Tribunal Supremo de Justicia, es decir por la Asamblea Nacional, son inconstitucionales, como también, por tanto, la auto “constitución” de dichos tribunales.

Por otra parte, siendo órganos dependientes de la Asamblea Nacional, que es el órgano político por excelencia del Estado, es difícil imaginar que esos “jueces disciplinarios” nombrados por ella, puedan ser realmente en sus funciones “independientes y autónomos, por lo que su actuación sólo debe estar sujeta a la Constitución de la República y al ordenamiento jurídico,” y que además, puedan dar cumplimiento cabal a los “principios de la jurisdicción disciplinaria” a que se refiere el artículo 3 del Código, en el sentido de que deben garantizar “el debido proceso, así como los principios de legalidad, oralidad, publicidad, igualdad, imparcialidad, contradicción, economía procesal, eficacia, celeridad, proporcionalidad, adecuación, concentración, intermediación, idoneidad, excelencia e integridad.”

La antigua Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, aún cuando no era un órgano o tribunal judicial, al menos tenía una adscripción al Tribunal Supremo de Justicia, y sus miembros habían incluso sido designados por la Sala Constitucional. Era sin duda un instrumento para asegurar el control político sobre los jueces, pero organizado en forma indirecta. En cambio, ahora, con la última reforma legal, al disponerse que los jueces de las Corte Disciplinaria Judicial y del Tribunal Disciplinario Judicial sean designados por la Asamblea Nacional, lo que se ha asegurado es un mayor control político directo sobre los jueces en el país. Por otra parte, el Tribunal Supremo de Justicia, por lo demás, con la reforma, ha perdido en contra de la Constitución, el gobierno y administración de una de las Jurisdicciones de rango constitucional, como es la Jurisdicción Disciplinaria Judicial (Art. 267).

Nada por tanto ha variado desde 1999 en esta materia, de manera que la estabilidad de los jueces, como garantía de su independencia y autonomía, sigue sin tener aplicación en el país.

New York, septiembre 2011

LA INCONSTITUCIONAL ELIMINACIÓN DE LA REELECCIÓN DE LOS ALCALDES Y CONCEJALES EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL DE 28 DE DICIEMBRE DE 2010

Victor Rafael Hernández-Mendible
*Profesor en la Universidad Católica
Andrés Bello y en la Universidad Monteávila*

Resumen: *La Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, al eliminar toda posibilidad de reelección de alcaldes y concejales fue dictada en incumplimiento del procedimiento constitucional de formación y reforma de las leyes, así como en contravención de la primera enmienda de la Constitución.*

Palabras Clave: *Inconstitucionalidad-reelección-alcaldes concejales-enmienda.*

Abstract: *The Organic Law on Municipal Public Power, 2010, to eliminate any possibility of re-election of mayors and councilors was issued in violation of the constitutional procedure of training and reform of laws and in contravention of the First Amendment of the Constitution.*

Key words: *Unconstitutional-re-election-mayors-councilors-amendment.*

I. INTRODUCCIÓN

Una vez realizadas las elecciones parlamentarias del día 26 de septiembre de 2010, en las cuales los electores en ejercicio del derecho al sufragio resolvieron redistribuir la composición de las fuerzas políticas que integraban la Asamblea Nacional, para el período constitucional 2011-2015, se produjeron dos situaciones ajenas a una sociedad realmente democrática y en fraude al Estado de Derecho establecido en la Constitución de la República.

La primera consistió en el hecho que el Poder Legislativo saliente resolvió efectuar una maniobra de reimpresión por “supuestos errores materiales” de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el día 1° de octubre de 2010, para proceder a modificar los lapsos para la designación de los nuevos magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, antes de que se instalase la nueva Asamblea Nacional y proceder de manera inmediata al nombramiento de tales jueces¹.

¹ Víctor R. Hernández-Mendible, Sobre la nueva reimpresión por “supuestos errores” materiales de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, octubre de 2010, *Revista de Derecho Público N° 124*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010, pp. 110-111; Antonio Silva Aranguren, Tras el rastro del engaño en la web de la Asamblea Nacional, *Revista de Derecho Público N° 124*, Editorial

La segunda llevó a que la Asamblea Nacional durante el período de sesiones ordinarias de septiembre a diciembre de 2010, convocase a sesiones extraordinarias para la época de vacaciones legislativas, período este de transición para la instalación de la Asamblea Nacional resultante de las elecciones del pasado septiembre y procedió a aprobar en fraude a la Constitución de la República, un conjunto de leyes que son absolutamente nulas por violar la norma suprema.

No se pretende comentar el conjunto de leyes promulgadas en violación de la Constitución, pues en general todas adolecen de los mismos vicios de nulidad por violación del procedimiento constitucional para la formación y reforma de las leyes, sino de analizar una en particular, como lo constituye la reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, que ha sido objeto de varias demandas de nulidad por inconstitucionalidad al haber suprimido las juntas parroquiales establecidas en la Constitución y electas por votación popular, universal, libre, directa y secreta; no obstante, en lo concerniente al presente análisis, éste se circunscribirá a un tema que no ha sido objeto de estudio por la doctrina científica, ni de recurso de inconstitucionalidad alguno por parte de los operadores jurídicos hasta el momento de escribir este comentario, como lo constituye la supresión de la reelección de los alcaldes y concejales.

En aras de una mayor claridad en la exposición de las ideas, el presente trabajo se dividirá en dos aspectos a saber: La violación del procedimiento constitucional de formación y reforma de las leyes (II); la violación de la primera enmienda constitucional, por suprimir la reelección de los cargos de elección popular en el ámbito municipal (III); y, las consideraciones finales (IV).

II. LA VIOLACIÓN DEL PROCEDIMIENTO CONSTITUCIONAL DE FORMACIÓN Y REFORMA DE LAS LEYES

La Constitución de la República en los artículos 212 al 218 establece el procedimiento constitucional de formación de las leyes y conforme al principio del paralelismo de las formas, siendo que las leyes sólo se derogan o modifican por otras leyes, las leyes derogatorias o modificatorias para su expedición, deben seguir el mismo procedimiento constitucional de formación de las leyes.

Dicho esto cabe mencionar, que durante el período de sesiones extraordinarias la Asamblea Nacional aprobó el jueves 16 de diciembre de 2010, en primera discusión el proyecto de Ley de reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y escasamente transcurrieron dos días hábiles, el viernes 17 y el lunes 20 de diciembre de 2010, para que fuese sancionado el martes 21 de diciembre de 2010, la reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

Inmediatamente, la Asamblea Nacional procedió a remitir el texto sancionado al Poder Ejecutivo Nacional para su promulgación, hecho que se produjo siete días después, el martes 28 de diciembre de 2010, cuando fue publicada la Gaceta Oficial, sin cumplirse completamente el procedimiento constitucional de formación y reforma de las leyes orgánicas.

La cronología de la realización del procedimiento legislativo evidencia que la reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, publicada el día 28 de diciembre de 2010², ha sido tramitada y sancionada en el órgano Legislativo Nacional en incumplimiento del procedimiento constitucional para la formación y reforma de las leyes, así como promulgada por el órgano Ejecutivo Nacional en infracción de las disposiciones constitucionales relacionadas con la formación y reforma de las leyes. Además de la violación del procedimiento constitucional de discusión, sanción y reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, éste texto infringe los principios de participación en los asuntos públicos y afecta la autonomía constitucional al modificar el régimen de elección y reelección de las autoridades, reconocido tanto en varios de los artículos de la Constitución como en la primera enmienda.

Ello así, en este momento se procederá a analizar cómo el referido incumplimiento del procedimiento constitucional de formación y reforma de la ley, incide en la nulidad de la reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

La apresurada tramitación del procedimiento constitucional de formación y reforma de la ley, impidió que entre la primera y la segunda discusión se realizase el trámite de la consulta pública que preceptivamente establece el artículo 211 de la Constitución, en flagrante violación del principio-derecho constitucional a la participación en el proceso de discusión de las leyes, dentro de un plazo razonable para tener acceso al expediente legislativo, analizar el texto aprobado en primera discusión y sometido a consulta, elaborar las propuestas, sugerencias, recomendaciones u observaciones que se considerasen pertinentes y presentarlas posteriormente a la Comisión respectiva del órgano Legislativo Nacional para la elaboración del informe a ser sometido a segunda discusión.

Resulta realmente asombroso que el Poder Legislativo Nacional someta a trámite legislativo la reforma de una ley, sin garantizar y promover la participación de las personas en los términos reconocidos en los artículos 6, 187.4 y 211 de la Constitución, cuando ello lo exigen expresamente tales normas constitucionales.

A lo dicho se suma que incluso fue el propio Poder Legislativo Nacional quien desde 2001 -y ello se mantiene en el texto vigente-, estableció en la Ley Orgánica de la Administración Pública, que el Ejecutivo Nacional cuando fuese a dictar los reglamentos de las leyes tenía la obligación de efectuar el procedimiento administrativo de "*participación social en la gestión pública*", en el cual se impuso la realización de la consulta pública que debe contemplar un plazo mínimo razonable de 10 días hábiles, antes de que comenzase a transcurrir el lapso para recibir los escritos de observaciones, propuestas, sugerencias o recomendaciones³.

Este procedimiento deben aplicarlos el resto de las autoridades administrativas cuando vayan a proponer la adopción de actos administrativos normativos de cualquier jerarquía, so pena de incurrir en violación tanto del Principio general del Derecho como del derecho constitucional de participación, lo que acarrearía la nulidad absoluta, en virtud de la interpretación armónica de los artículos 25 y 62 de la Constitución en concordancia con los artículos 19.1 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y 138 de la entonces Ley Orgánica de la Administración Pública, actualmente 140 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública.

² *Gaceta Oficial* N° 6.015, de 28 de diciembre de 2010.

³ Víctor R. Hernández-Mendible, "Los procedimientos administrativos en Venezuela", *Visión Actual de los Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana-CAJO, Caracas, 2011, pp. 126-135.

Es por ello que no deja de causar curiosidad que el Legislador considere que el plazo mínimo razonable que debe cumplir el Poder Ejecutivo para iniciar una consulta pública previa sea de 10 días hábiles y sin embargo él, ante la ausencia de norma expresa en la Constitución que fije un plazo para el inicio de la consulta pública a que alude el artículo 211, no considere que al menos por aplicación analógica, ese plazo mínimo debería ser aquel que el mismo le impuso al Poder Ejecutivo y los órganos de la Administración Pública.

Esto resulta más extraño si se tiene en cuenta que conforme al modelo constitucional de Estado democrático y de Derecho, constituye tanto un Principio general del Derecho como un derecho subjetivo, la participación en los asuntos públicos, lo que obliga a todos los órganos que ejercen el Poder Público a actuar con respeto y garantía a este principio-derecho.

Si ello no fuese suficiente, hay que recordar que es el propio Constituyente quien considera absolutamente nulos los actos jurídicos normativos dictados sin garantizar el derecho constitucional a la participación de las personas, con fundamento en lo dispuesto tanto en los artículos 62 y 211 de la Constitución, como 23.1.a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que tiene rango constitucional en virtud de lo establecido en el artículo 23 de la Constitución, resultando inconstitucionales las leyes o las reformas de éstas que sean expedidas en violación de los mencionados artículos que integran el “bloque de la constitucionalidad”⁴.

Conforme a lo anterior, resulta absolutamente inconstitucional la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, por ser el producto de un procedimiento llevado por la Asamblea Nacional, en contravención de lo dispuesto tanto en el artículo 211 de la Constitución, -en lo concerniente a la omisión de la consulta a los otros órganos del Poder Público, como los municipios, personas jurídicas autónomas, destinatarios directos de la reforma legal y a los ciudadanos-, así como por desconocimiento del artículo 187.4 de la Constitución que le impone el deber de “*organizar y promover la participación ciudadana en los asuntos de su competencia*”, entre los que se encuentra legislar sobre los asuntos de su competencia, durante cuyo procedimiento se debió haber garantizado que tanto las autoridades municipales como los vecinos tuviesen el tiempo razonable para conocer la propuesta de reforma, asistir a la consulta y efectuar las consideraciones que estimasen pertinentes antes de la sanción de la Ley.

Según esto, la sanción de la reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y su promulgación se efectuaron en violación del derecho constitucional a la participación en los asuntos públicos reconocido en los artículos 62 y 70 de la Constitución y a la participación de los demás órganos públicos en el procedimiento de consulta pública de los proyectos de formación y reforma de leyes, reconocido en el artículo 211 de la misma Constitución y que debía desarrollarse en un plazo razonable y conforme a lo dispuesto en el citado artículo 70 y en el artículo 187.4 de la Constitución, en razón de lo cual la reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, se encuentra viciada de inconstitucionalidad.

⁴ Al igual que en otros países de Iberoamérica, en Venezuela se ha sostenido que el sistema universal de los Derechos Humanos constituyen parte del bloque de la constitucionalidad. Román José Duque Corredor, “Postulados y principios. El Sistema constitucional de los Derechos Humanos en la Constitución Venezolana”, *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, tomo I, (Coord. V. R. Hernández-Mendible), Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pp. 155-171.

En consecuencia, el Poder Legislativo Nacional al omitir el procedimiento constitucional de consulta pública dentro de un plazo razonable y previo a la sanción del proyecto de ley o de su reforma establecida en la Constitución y haber sancionado una reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal ha incurrido en desconocimiento de las disposiciones constitucionales que reconocen tanto el Principio general del Derecho como el derecho constitucional a la participación en los asuntos públicos, viciando dicha reforma legal de total y absoluta invalidez constitucional⁵.

III. LA VIOLACIÓN DE LA PRIMERA ENMIENDA CONSTITUCIONAL, POR SUPRIMIR LA REELECCIÓN DE LOS CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR EN EL ÁMBITO MUNICIPAL

La Constitución de la República a partir de 1999, vino a constitucionalizar las disposiciones contempladas en el régimen local, que se habían desarrollado en la Ley Orgánica de Régimen Municipal y la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política expedidas bajo la vigencia de la Constitución derogada, entre cuyos aspectos se encontraba la elección y reelección popular, democrática y directa de las autoridades locales, es decir, los alcaldes y los concejales.

Ahora bien, en la actualidad se debe considerar que la elección de las autoridades municipales debe realizarse en el marco de los principios que informan el Estado democrático de Derecho contemplado en la Constitución, conforme al cual el gobierno y las entidades políticas que la componen, entre las cuales se encuentran los municipios que son gestionados por sus respectivas autoridades son y serán siempre democráticos, participativos, electivos, descentralizados, alternativos, responsables, pluralistas y de mandatos revocables, según lo disponen los artículos 2 y 6 de la Constitución.

Tal ejercicio democrático, participativo, responsable, pluralista, de elección y mandatos revocables, deben efectuarlos todos los ciudadanos en ejercicio de su derecho constitucional a participar libremente en los asuntos públicos directamente o por medios de los representantes que ellos hayan elegido, conforme a lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución.

Es así como el derecho al sufragio impone que su ejercicio se garantice mediante elecciones populares, libres, universales, directas y secretas, debiendo garantizar la ley el principio de personalización del sufragio e igualmente los ciudadanos tienen derecho a postular candidatos por iniciativa propia o a través de los partidos políticos, a tenor de lo previsto en los artículos 63 y 67 de la Constitución. Como complemento a lo dispuesto en el artículo 6 de la Constitución, se establece que todos los cargos de elección popular son revocables, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 72 de la Constitución.

Ello así, al regular a las autoridades municipales, el artículo 174 de la Constitución disponía que:

“El gobierno y la administración del Municipio corresponderán al Alcalde o Alcaldesa, quien será también la primera autoridad civil. Para ser alcalde o alcaldesa se requiere ser venezolano o venezolana, mayor de veinticinco años y de estado seglar. El alcalde o alcaldesa será elegido o elegida por un período de cuatro años por mayoría de las personas que votan, y **podrá ser reelegido o reelegida, de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período**”.

⁵ *Gaceta Oficial* N° 6.015, de 28 de diciembre de 2010.

Con fundamento en esta disposición, al expedirse la primera Ley Orgánica del Poder Público Municipal⁶, en su artículo 82 textualmente se señalaba:

“El período de las autoridades municipales electas es de cuatro años. La elección de las mismas será necesariamente separada de las que deban celebrarse para elegir los órganos del Poder Nacional; cuando pudiera plantearse la coincidencia, aquélla quedará diferida por un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año, según la decisión que tome el órgano electoral nacional.

La elección de los representantes en las juntas parroquiales, podrá hacerse conjuntamente con las de alcalde o alcaldesa y concejales o concejalas o separada de éstas”.

Una vez planteada la polémica enmienda constitucional y el referendo consultivo del día 15 de febrero de 2009, donde el pueblo en ejercicio de su soberanía se expresó favorablemente por el establecimiento de que todos los cargos de elección popular pudieran ser objeto de reelección sin límite de oportunidades de postulación, se publicó en la *Gaceta Oficial la Constitución de la República* con su primera enmienda, que implicaba la modificación de los artículos 160, 162, 174, 192 y 230 del Texto Constitucional⁷.

Así las cosas, en lo concerniente al Poder Público Municipal, el artículo 174 de la Constitución, dispone:

“El gobierno y la administración del Municipio corresponderán al Alcalde o Alcaldesa, quien será también la primera autoridad civil. Para ser alcalde o alcaldesa se requiere ser venezolano o venezolana, mayor de veinticinco años y de estado seglar. El alcalde o alcaldesa será elegido o elegida por un período de cuatro años por mayoría de las personas que votan y **podrán ser reelegidos o reelegidas**”.

Tal como se puede apreciar, la enmienda constitucional suprimió el límite de una sola oportunidad para la postulación a la reelección, dejando abierta la posibilidad de presentarse indefinidamente al mismo cargo de elección popular, que se está ejerciendo en virtud de la elección precedente.

En cumplimiento de la primera enmienda de la Constitución, el legislador reformó inmediatamente la Ley Orgánica del Poder Público Municipal⁸, cuyo artículo 82 en su encabezamiento dispuso:

“**El período de las autoridades municipales electas es de cuatro años y podrán ser reelegidos o reelegidas.** La elección de las mencionadas autoridades será preferentemente separada de las que deban celebrarse para elegir los órganos del Poder Nacional; salvo que el Consejo Nacional Electoral por acto motivado y mayoría de sus integrantes, decida realizarlas conjuntamente”.

Es por ello, que resulta asombroso que en la apresurada reforma legal cuya inconstitucionalidad se comenta, el legislador desconociendo la voluntad del Constituyente Originario que fue convocado a un referendo el día 15 de febrero de 2009, para modificar la Constitución y extender la reelección a más de un período, incurra en una omisión constitucional inadmisibles y regresiva, al reformar parcialmente la Ley Orgánica del Poder Público Muni-

⁶ *Gaceta Oficial* N° 38.204, de 8 de junio de 2005, reformada según *Gaceta Oficial* N° 38.327, de 2 de diciembre de 2005 y posteriormente por la *Gaceta Oficial* N° 38.421, de 21 de abril de 2006.

⁷ *Gaceta Oficial* N° 5.908, de 19 de febrero de 2009.

⁸ *Gaceta Oficial* N° 39.163, de 22 de abril de 2009.

cipal, en los términos en que fue publicada en la *Gaceta Oficial*⁹, cuyo texto expresa lo siguiente:

“El período de los alcaldes y alcaldesas, concejales y concejales electos o electas es de cuatro años. La elección de las mismas será necesariamente separada de las que deben celebrarse para elegir los órganos del Poder Público Nacional”.

Como se puede apreciar de la simple lectura de la norma, la reforma no se limitó a suprimir toda mención a la reelección sin límite de veces para postularse, restableciendo la posibilidad de reelección por una sola vez como era constitucionalmente posible hasta el día 18 de febrero de 2009 –de haber hecho esto, se hubiese incurrido igualmente en desconocimiento de la primera enmienda de la Constitución-, sino que suprimió toda referencia a la posibilidad de reelección de las autoridades municipales.

La redacción únicamente habilita para postularse al cargo de alcalde o concejal y una vez electo, no contempla la posibilidad de volverse a postular para otro período inmediato, lo que hace pensar que la postulación y elección ha quedado reducida “legalmente” a un único período de cuatro años.

Es por ello que se concluye que el legislador ha contrariado directamente el artículo 174 de la Constitución, pues además de eliminar la posibilidad de una sola reelección –de origen preconstitucional, como ya se ha mencionado- que había existido desde que entró en vigencia la Constitución de 1999, ha suprimido la reelección sin límite de oportunidades de postulación, aprobada a través del referendo que dio lugar a la primera enmienda de la Constitución, publicada el día 19 de febrero de 2009 y que condujo a la reforma parcial y concreta del artículo 82 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, publicada el día 22 de abril de 2009.

Consecuencia de ello, es que la inconstitucional reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal¹⁰, ha limitado el período de gobierno de los alcaldes y concejales a una única elección para una gestión de cuatro años, en manifiesta contravención de la primera enmienda de la Constitución y en concreto del artículo 174 del Texto Constitucional.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Teniendo presente los antecedentes de violaciones sistemáticas de la Constitución de la República, mediante la expedición de leyes nacionales contrarias a ella y la ausencia efectiva de control de la constitucionalidad sobre tales leyes por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, surge la interrogante respecto a ¿qué va a suceder en el año 2012, cuando muchos de los actuales alcaldes y concejales aspiren a postularse para la reelección en las alcaldías y concejos municipales, en el período inmediato 2012-2016?

Al producirse tal solicitud de postulación ¿qué va a hacer el Consejo Nacional Electoral? Aplicará la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010 que contraviene expresamente la primera enmienda de la Constitución y rechazará las postulaciones de los aspirantes a la reelección para los cargos de alcaldes y concejales por no estar prevista en la Ley mencionada o admitirá las postulaciones con fundamento en lo dispuesto en el artículo 174 de la Norma Suprema y en la primera enmienda de la Constitución, cumpliendo así el mandato de actuar con estricto acatamiento a ella.

⁹ *Gaceta Oficial* N° 6.015, de 28 de diciembre de 2010.

¹⁰ *Gaceta Oficial* N° 6.015, de 28 de diciembre de 2010.

Lo anterior pone en evidencia que la Asamblea Nacional que sesionó durante el período constitucional 2005-2010 soltó un globo de ensayo, dirigido a suprimir el Poder Público Municipal, primero, de manera directa mediante la desaparición forzosa de los integrantes de las juntas parroquiales; y segundo, mediante la eliminación de la reelección de los alcaldes y concejales. No obstante, dado que no se ha producido reacción alguna –ni jurídica, ni política- de los afectados directos, ni de la sociedad en general a través de sus electores ante semejante violación a la Constitución, es de esperarse que el próximo movimiento del Poder Nacional esté dirigido a la sustitución final de estas autoridades municipales –alcaldes y concejales- que no han sabido actuar para defender la Constitución, por la inconstitucional organización comunal creada para funcionar transitoriamente de manera paralela con dichas autoridades, en las leyes inconstitucionalmente expedidas durante el período de sesiones extraordinarias del mes de diciembre de 2010¹¹.

¹¹ Allan R. Brewer-Carías, “Introducción General al Régimen del Poder Popular y el Estado Comunal (O de cómo en el siglo XXI”, en *Venezuela se decreta al margen de la Constitución, un Estado de Comunas y de Consejos Comunales*, y se establece una sociedad socialista y un sistema económico comunista, por los cuales nadie ha votado), *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 9-182.

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Cuarto Trimestre de 2011

Selección, recopilación y notas
por Mary Ramos Fernández

*Abogado
Secretaria de Redacción de la Revista*

Marianella Villegas Salazar
Abogado Asistente

SUMARIO

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico*. A. Leyes orgánicas Control Constitucional.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Las garantías del debido proceso: Derecho a la Defensa*. 2. *Derechos individuales*. A. Derecho a la igualdad. B. Seguridad personal: Desaparición forzada de personas, violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad. 3. *Derechos sociales y de las familias*. A. Derecho a la vivienda. B. Derechos laborales: Estabilidad absoluta.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Nacional*. A. Competencias: Régimen de las telecomunicaciones. 2. *El Poder Judicial*. A. Administración de Justicia: Lapsos procesales.

IV. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Tributos: Contribuciones parafiscales*.

V. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Órganos*. A. Competencia. a. Juzgados Superiores Contencioso Administrativos. B. Juzgados Agrarios. 2. *El Contencioso Administrativo especial*. A. El Contencioso Administrativo Especial Agrario: Emplazamiento (Cartel). B. El Contencioso Administrativo Especial Tributario.

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control innominado de la constitucionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. *Acción de Inconstitucionalidad*. A. Inaplicación de una norma como medida cautelar. 3. *Recurso de Interpretación Constitucional*.

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. Ordenamiento Jurídico

A. Leyes orgánicas Control Constitucional

TSJ-SC (1767)

22-11-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica contra la Discriminación Racial.

La Sala Constitucional declara la constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial.

... fijó el alcance de aquellas nociones que sirven para calificar las leyes -u otro acto que detente el mismo rango emanado por una autoridad constitucionalmente habilitada para ello- como orgánicas, de acuerdo a lo previsto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, utilizando dos criterios de división lógica distintos, a saber: uno, obedece a un criterio técnico-formal, es decir, a la prescripción de su denominación constitucional o la calificación por la Asamblea Nacional de su carácter de ley marco o cuadro; y el otro, que obedece a un principio material relativo a la organización del Poder Público y al desarrollo de los derechos constitucionales. En tal sentido, se estableció que el pronunciamiento de la Sala Constitucional era necesario para cualquiera de las categorías señaladas, excepto para las leyes orgánicas por denominación constitucional, pues el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se refiere a “(...) las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas”.

En esa línea argumental, la jurisprudencia de esta Sala Constitucional ha fijado que la característica predominante “(...) es sin duda la del aspecto material que en la definición de ley orgánica impera en la actualidad, teniendo en cuenta que -a la luz del artículo 203 de la Constitución de 1999- son materias exclusivas de esta categoría de ley, además (i) de las que en casos concretos así haya considerado el propio texto constitucional (vale decir, las leyes orgánicas por denominación constitucional), las leyes orgánicas relativas (ii) a la organización de los poderes públicos, (iii) al desarrollo de derechos constitucionales, y (iv) las que constituyan un marco normativo para otras leyes”

Véase Sentencia Nº 229 de 14-2-2007, Caso: *Constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica sobre el derecho de la mujer y una vida libre de violencia en Revista de Derecho Público* Nº, 109 enero marzo 2007 pp.86 y ss

Véase Sentencia Nº 537 del 12-6-2000, Caso: *Constitucionalidad de la Ley en Revista de Derecho Público* Nº82 abril-junio 2000, pp.141-142.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. Las garantías del debido proceso: Derecho a la Defensa

TSJ-SC (1768)

23-11-2011

Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Álvaro Luis Escalona y Robiel Segundo Ramos Campos

Las violaciones constitucionales en materia de garantía del derecho a la defensa, pueden producirse cuando se coarta injustamente la

defensa procesal de un derecho o se hace imposible o muy restringido el contradictorio, tal como ocurre cuando se limita el acceso a la revisión de segunda instancia en lo atinente a la admisión de medios probatorios que pudieren resultar impertinentes, inútiles o, peor aún, ilícitos, y por ende conducir el proceso a una decisión fundamentada en la valoración de una prueba viciada. Conforme a ello, la Sala Constitucional modifica su criterio, respecto a la imposibilidad de interponer recurso de apelación contra la decisión contenida en el auto de apertura a juicio, referida a la admisión de los medios de prueba que se indiquen en dicho auto

..Resuelto lo anterior, esta Sala Constitucional, considera necesario referirse al criterio pacíficamente mantenido por esta Sala en relación a las decisiones que pueden ser objeto de impugnación mediante el recurso ordinario de apelación, una vez culminada la audiencia preliminar en el proceso penal. Al respecto, la Sentencia con carácter vinculante de esta Sala N° 1303 del 20 de junio de 2005, caso: “*Andrés Eloy Dielingen Lozada*”, estableció:

“Entonces, partiendo de que el auto de apertura a juicio es inapelable, debe afirmarse que el acusado no podrá impugnar ninguno de los pronunciamientos que establece el numeral 2 del artículo 330 del Código Orgánico Procesal Penal, y por ende, tampoco los que declaren la admisión de las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público; pudiendo apelar de las demás decisiones que el señalado artículo 330 le permite dictar al Juez de Control al finalizar la audiencia preliminar, claro está, siempre que constituyan decisiones susceptibles de ser encuadradas en el catálogo que establece el artículo 447 *eiusdem*.

Los anteriores planteamientos son susceptibles de ser aplicados, *mutatis mutandi*, con relación al Ministerio Público y a la víctima querellante, según sea el caso, quienes tampoco podrán apelar del auto de apertura a juicio ni de la declaratoria de admisibilidad de pruebas ofrecidas por la otra parte; pero sí pueden apelar de cualquier otro pronunciamiento que el Juez de Control emita con base en el artículo 330 del Código Orgánico Procesal Penal, siempre que tal pronunciamiento pueda ser considerado como alguna de las decisiones descritas en el artículo 447 de la ley adjetiva penal. Así se declara.”

Se evidencia entonces, que con base al citado criterio jurisprudencial, mantenido por esta Sala, ninguno de los pronunciamientos referidos en el cardinal 2 del artículo 330 el Código Orgánico Procesal Penal, así como tampoco la declaratoria de admisibilidad de las pruebas ofrecidas para el juicio oral y público, son objeto de apelación, por considerarse que no causan gravamen alguno para las partes, toda vez que, se estima, permiten ser debatidas durante el desarrollo del juicio oral y público.

(*omissis*)

En el proceso civil, la ley contempla dos momentos específicos que se interponen entre la promoción y evacuación, llamados por la doctrina patria: *lapso de oposición* y *lapso de admisión* de las pruebas, que originan un examen preliminar por las partes y por el juez de la legalidad y pertinencia de las pruebas que conducen a un pronunciamiento interlocutorio sobre la admisión de las que resulten lógicas y procedentes y el desecho de las que aparezcan ilegales o impertinentes. Tanto la negativa como la admisión de alguna prueba, son recurribles en apelación, la cual es oída a un sólo efecto; de tal forma que no impide la continuación del procedimiento civil instaurado, (artículo 402 del Código de Procedimiento Civil). Estos llamados *lapsos de oposición* y *lapsos de admisión* de la prueba, se ubican en el proceso penal en la fase intermedia y se traducen en el examen preliminar de la legalidad y pertinencia de los medios probatorios ofrecidos, tanto por la representación fiscal y/o la víctima que-

rellada, así como por el imputado, que, finalmente, dan lugar al pronunciamiento del juez de control, al culminar la audiencia preliminar, sobre su admisibilidad o no, lo que quedará plasmado en el auto de apertura a juicio, de acuerdo a lo previsto el artículo 331 de la normativa adjetiva penal. Todo lo cual, configura el contradictorio del legajo probatorio en esta fase y cuya oposición debe materializarse no sólo durante el desarrollo de la audiencia preliminar, sino mediante la posibilidad de la impugnación de su admisión al finalizar esta etapa intermedia, con la admisión de la acusación fiscal.

De lo que se colige que, si en el proceso civil se permite que tanto la negativa como la admisión de una prueba sea objeto de impugnación, resulta ilógico que, en el proceso penal acusatorio, caracterizado por ser eminentemente garantista, se niegue la posibilidad de acudir a la segunda instancia, para recurrir la decisión que le resulte adversa a alguna de las partes, con ocasión de la admisión de una prueba; que si bien es cierto, forma parte del auto de apertura a juicio, que por mandamiento legal, es inapelable, no forma parte de aquellas decisiones consideradas de mero trámite o mera sustanciación, que no causan un gravamen irreparable, habida cuenta que tal admisión que, pudiera resultar al margen de la ley, sobrevendría una incorporación ilegal de esa prueba viciada al proceso, y ser objeto de valoración, a los fines de la resolución final del asunto controvertido, que, aun cuando haya pasado por el filtro depurativo jurisdiccional en la fase intermedia, debe estar sujeto a una posible revisión de segunda instancia, sin necesidad de esperar hasta la culminación del proceso, mediante una sentencia definitiva, para ser recurrido, de acuerdo a lo establecido en el artículo 452, cardinal 2 del Código Orgánico Procesal Penal.

Mantener esta afirmación final, resulta contrario a la estabilidad y certeza del procedimiento, que sólo es posible si se despeja, preliminarmente lo atinente a la admisibilidad del medio de prueba, lo que evitaría lo dispendioso que puede resultar en tiempo y economía, la admisión y evacuación de una prueba, que luego en la definitiva el juez de juicio considere no debió admitirse por inconducente, ilegal o impertinente, o, aún más peligroso, la valoración en la definitiva, de una prueba ilícita, cuya obtención se llevó a cabo, por medios ilícitos, habida cuenta que la misma pudiera constituirse decisiva para las resultas del proceso.

En resumen, una o varias pruebas obtenidas ilícitamente y admitidas en la fase preliminar, que formen parte de los pronunciamientos emitidos al final de la misma, podrían comportar su incorporación indebida al proceso en la fase de juicio oral y público, contraviniendo lo expresado en el artículo 197 del Código Orgánico Procesal Penal, representando el grave riesgo que sea indebidamente tomada en cuenta como fundamento de la decisión definitiva. De allí deviene la necesidad de depurar en la fase preliminar, no solamente los fundamentos que sirvieron de base para la acusación fiscal, sino además los medios de prueba ofertados para el juicio oral y público, siendo preciso que el juez de esta fase hurgue sobre la necesidad, legalidad, licitud y pertinencia de los mismos, más aún si la admisión de estos medios probatorios pudieran ser fundamentales o definitivos en las resultas finales del proceso, o, dicho de otra manera, representar un pronóstico de condena o de absolución. Resultando ilógico que, en el supuesto en que el Tribunal de Juicio correspondiente funde su decisión en una o unas pruebas admitidas en la fase intermedia, obtenidas ilegalmente por alguna de las partes o incorporadas al proceso con violación a los principios establecidos en la norma penal adjetiva, deba esperarse hasta el final del proceso para intentar el recurso de apelación contra sentencia definitiva, conforme a lo dispuesto en el artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal.

Así las cosas, es evidente que, el pronunciamiento que versa sobre la admisibilidad de una prueba, no puede ser considerado como de aquellos que no causan un gravamen, y por ende irrecurribles, máxime cuando el proceso penal acusatorio es de corte garantista, lo que

implica la obtención de los medios probatorios lícitamente y su incorporación legal al proceso, así como evitar reposiciones como las que originaría la declaratoria con lugar de una apelación ejercida contra una sentencia definitiva, cimentada en una prueba obtenida ilegalmente.

De manera que, las violaciones constitucionales en materia de garantía del derecho a la defensa, pueden producirse cuando se coarta injustamente la defensa procesal de un derecho o se hace imposible o muy restringido el contradictorio, tal como ocurre cuando se limita el acceso a la revisión de segunda instancia en lo atinente a la admisión de medios probatorios que pudieren resultar impertinentes, inútiles o, peor aún, ilícitos, y por ende conducir el proceso a una decisión fundamentada en la valoración de una prueba viciada. Y así se decide.

Con base en las anteriores consideraciones, esta Sala Constitucional **modifica su criterio, y así se establece con carácter vinculante**, respecto a la imposibilidad de interponer recurso de apelación contra la decisión contenida en el auto de apertura a juicio, referida a la admisión de los medios de prueba que se indiquen en dicho auto, toda vez que, tal como ha quedado expuesto, la admisión de uno o varios medios probatorios obtenidos ilegalmente, impertinente, o innecesarios pueden causar un gravamen irreparable a quien pudiere resultar afectado con tal disposición, al crearse la expectativa de una decisión definitiva fundamentada en la valoración de aquellos. Siendo así, las decisiones referidas a la admisión o negativa de una prueba ofertada para el juicio oral y público, forman parte de la categoría de aquellas que son recurribles en apelación, contempladas en el artículo 447 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se establece

En virtud de lo precedentemente expuesto, esta Sala declara con lugar la apelación ejercida, en consecuencia, se anula la sentencia dictada el 6 de febrero de 2009, por la Sala Accidental N° 1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, que declaró inadmisibile la acción de amparo constitucional interpuesta, de conformidad con lo establecido en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y, en consecuencia, se repone la causa al estado de que ese Juzgado colegiado se pronuncie nuevamente sobre la admisión del amparo, prescindiendo del vicio observado en el presente fallo.

2. *Derechos individuales*

A. *Derecho a la igualdad*

TSJ-SC (1767)

22-11-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica Contra La Discriminación Racial.

La concepción de la máxima de igualdad dirigida al legislador no implica un correlativo deber de tratamiento igual de la misma manera ni tampoco una igualdad en todos los aspectos, en virtud de que existen una serie de elementos, que deben ser ponderados no solo por el legislador sino por el juez mediante estándares de fiscalización de la adecuación constitucional de determinadas conductas, como son la igualdad relevante, la igualdad fáctica o la igualdad valorativa, lo cual va a permitir en determinados supuestos ponderar el nivel de soportabilidad y razonabilidad de la acción, regulación o medidas de protección establecidas.

Como se observa de su contenido, el instrumento jurídico bajo examen torna operativo uno de los valores superiores de nuestra constitución, como lo es la igualdad, así como el derecho a la no discriminación reconocidos en distintos segmentos de nuestra Constitución.

Así, desde la Exposición de Motivos de la Constitución vigente que se constituye en expresión de la intención subjetiva del Constituyente, y tiene el único fin de complementar al lector de la norma constitucional en la comprensión de la misma (Véase Sentencia de esta Sala Nº 93 del 6 de febrero de 2001, caso. “*Corpoturismo*” en *Revista de Derecho Público* Nº85-86/87-88 de 2001 p.46) al referirse a la igualdad, en el marco del Título I referente a los Principios Fundamentales, se señala que:

“Se define la organización jurídico-política que adopta la Nación venezolana como un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. De acuerdo con esto, el Estado propugna el bienestar de los venezolanos, creando las condiciones necesarias para su desarrollo social y espiritual, y procurando la igualdad de oportunidades para que todos los ciudadanos puedan desarrollar libremente su personalidad, dirigir su destino, disfrutar los derechos humanos y buscar su felicidad” (...) “*Por todo ello se incorporan al texto constitucional como valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad individual y social, la preeminencia de los derechos humanos, la ética pública y el pluralismo político*” (subrayado de la Sala).

Del mismo modo, en lo referente al Capítulo I del Título III que consagra “*Los Derechos Humanos y Garantías y de los Deberes*”, se señala la concepción amplia y reforzada que se le dio a dicho derecho, en los siguientes términos: “*Se reconocen los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad y a la igualdad. En relación con éste último, se refuerza y amplía la protección constitucional al prohibir no sólo las discriminaciones fundadas en la raza, el sexo o la condición social, sino además, aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. Lo anterior obedece a que en la práctica la dinámica social suele presentar situaciones de discriminación que deben su origen a razones distintas de la raza, el sexo o la condición social*”.

Tal importancia le dio el constituyente del año 1999, a la igualdad y no discriminación que el Preámbulo de la Constitución define como uno de los fines supremos de la refundación de la República, establecer un Estado en cuya sociedad se asegure la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna, desde un punto de vista multiétnico y pluricultural; señalando expresamente que: “*(...) con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad; (...)*” (subrayado de la Sala).

Aunado a ello, tenemos que en el articulado de la Constitución, en su primer artículo, establece que la República fundamenta su patrimonio moral y sus valores, entre ellos el “*de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador*”; lo cual, concatenado con lo señalado en el artículo 2, el cual consagra la igualdad como

uno de los valores superiores que propugna el Estado democrático y social de derecho y de justicia, viene a sobreponer la noción de igualdad como una norma principalísima, formando parte de ese contenido axiológico que debe ser tenido en cuenta de manera especial al momento de interpretar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, hay quienes piensan que sobre los valores superiores consagrados en la Constitución, “no cabe una aproximación jusnaturalista; los valores sólo lo son en plenitud cuando se han encarnado en una norma del ordenamiento jurídico” (Peces-Barba, Gregorio; *Los valores superiores*, Editorial Tecnos, Madrid 1984, p. 23), por lo que la Constitución no se limitó a señalar la igualdad como valor superior en el marco del Título I, referente a los “Principios Fundamentales”, sino que en su Título III que consagra “Los Derechos Humanos y Garantías y de los Deberes”, específicamente en su artículo 21, estableció:

“Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia:

1.- No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

2.- La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

De la norma parcialmente transcrita se evidencia en un primer momento su concepción formal, en términos de igualdad de los sujetos jurídicos ante la ley. Esta concepción, si bien es concebida como una abolición de los privilegios para el liberalismo burgués en la época de la Revolución Francesa, señala Álvarez Conde que “*el principio de igualdad liberal, que tiene su correlato en la consideración de la ley como una norma de carácter general, no va a suponer un cambio sustancial en el orden social, pues continúan manteniéndose las estructuras desigualitarias, implicando tan solo la abolición de privilegios y el establecimiento de la igual eficacia de la ley frente a todos, tesis que conduce a la supresión de los llamados cuerpos intermedios, acomodándose perfectamente en la concepción burguesa sobre las relaciones entre el Estado y la sociedad. Nuestra Regulación constitucional no responde, como así ha reconocido nuestra jurisprudencia constitucional, a este planteamiento liberal del principio de la igualdad, sino que éste debe ser concebido dentro de las coordenadas del Estado social y democrático de derecho, lo cual plantea indubitablemente el problema de su relación con la igualdad material (...)*”

Por lo que el constituyente del año 1999 destacó a la igualdad, no sólo en su concepción formal, como una igualdad formal ante la ley, sino como igualdad material, que implica la garantía de generar un conjunto de condiciones a los efectos de que ésta se haga real y efectiva, lo cual implica la adopción de medidas positivas a favor de personas o grupos de personas que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables.

En tal sentido, serán sancionados los abusos o maltratos “fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona”. Destacándose de este primer cardinal del artículo 21, una cláusula general que propugna la no discriminación que “tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona”, así como también un conjunto de cláusulas específicas, referi-

das a las formas en que habitualmente se han venido desarrollando históricamente actuaciones discriminatorias en nuestro país, como lo sería la raza, el sexo, el credo y la condición social, debiendo destacar que nuestro constituyente destacó en primera instancia la discriminación con fundamento en la raza, lo cual es el objeto de la “Ley Orgánica contra la Discriminación Racial”.

Por su parte, el segundo cardinal del artículo 21 de la Constitución, somete a consideración del legislador la elaboración de un cuerpo normativo que garantice las “*condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva*”, lo cual es materia de la “*Ley Orgánica contra la Discriminación Racial*”, ya que crea una estructura administrativa a los efectos de impulsar el objeto de la Ley Orgánica, así como un conjunto de tipos y penas a los efectos de sancionar los abusos y maltratos que se cometan en materia de discriminación racial.

A su vez, se establecen un conjunto de medidas a ser tomadas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; lo cual se evidencia en las llamadas “*Medidas de Salvaguarda*”, teniendo como ejemplo de ellas las “*Medidas positivas*”, cuyo objeto es que los órganos del Poder Público y del Poder Popular colaboren entre sí, “*creando espacios de participación en cada uno de sus órganos y entes, para articular y ejecutar políticas públicas en el marco de los principios de cooperación y corresponsabilidad para erradicar la discriminación racial, racismo, endorracismo y la xenofobia*”.

Por todo ello, esta Sala es del criterio que “*Ley Orgánica Contra La Discriminación Racial*” viene a desarrollar la igualdad y el derecho a la no discriminación en función de la raza de forma frontal y directa lo cual subsume a esta Ley en la categoría normativa de Ley Orgánica dirigida al desarrollo de los derechos constitucionales como subtipo inmerso en el artículo 203 del mismo Texto Fundamental; ...

(*omissis*)

Por tanto, en el caso de la “*Ley Orgánica contra la Discriminación Racial*”, es evidente que se profundiza en el contenido del valor superior de la igualdad, y se desarrolla el derecho a la no discriminación en función de la raza, mediante un conjunto de normas cuyo objeto es cumplir con el mandato constitucional de garantizar las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley se materialice real y efectivamente, estableciendo una protección especial para aquellas personas que por su raza sean objeto de discriminación, sancionando los abusos o maltratos que contra aquellas se cometan. Igualdad la cual no debe agotar su contenido en la ejecución de las acciones estatales sino que la misma debe ser analizada y ponderada como mandato en relación a la formulación del derecho, mediante la adopción de medidas positivas o la condena de actuaciones discriminatorias contra personas o grupos sociales que atendían a condiciones de índole infra-valorativo del ser humano y que limiten no sólo éste derecho -derecho a la igualdad y a la no discriminación- sino al ejercicio de otros derechos protegidos constitucionalmente (*Vgr.* Derecho al trabajo, derecho al honor, derecho a la libertad, entre otros).

En este orden de ideas, debe reflexionarse profusamente que la concepción de la máxima de igualdad dirigida al legislador no implica un correlativo deber de tratamiento igual de la misma manera ni tampoco una igualdad en todos los aspectos, en virtud de que existen una serie de elementos, que deben ser ponderados no solo por el legislador sino por el juez mediante estándares de fiscalización de la adecuación constitucional de determinadas conductas, como son la igualdad relevante, la igualdad fáctica o la igualdad valorativa, lo cual va a permitir en determinados supuestos ponderar el nivel de soportabilidad y razonabilidad de la acción, regulación o medidas de protección establecidas.

En consecuencia, debe observarse que la valoración conductual y por ende su adecuación constitucional debe ser efectuada, sea éste realizada por el legislador o por el juez, en atención a su posicionamiento jurídico, en virtud que éste no puede ser igualitario de todos los ciudadanos, so pena de incurrir en una medida de ineficacia jurídica al establecer normas inaplicables o injustas. Al efecto, Robert Alexy, expone en relación a ello, que “*La igualdad de todos con respecto a todas las posiciones jurídicas conduciría no sólo a normas no funcionales, disparatadas e injustas, sino que también eliminaría los presupuestos para el ejercicio de competencia*” (Vid. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, CEPC, p. 384).

Consecuencialmente al deslastramiento utópico de una igualdad general, abstracta y única de todos los seres humanos, por la máxima de trato igual para los iguales, y desigual para los desiguales (Vid. Sentencias de esta Sala N° 898/2002 y 974/2011, entre otras), es necesario atender a los problemas sociales que su desconocimiento puede acarrear no solo a través de acciones privadas sino de políticas estatales, todo ello, con la finalidad de verificar la proporcionalidad del objeto protegido y su espectro de actuación, así como los mecanismos de implementación o represión de manera de garantizar que las mismas, en primer lugar, no sean arbitrarias o generen arbitrariedades y en segundo lugar, en que tales medidas no se fundan a su vez, en un menoscabo correlativo para otros grupos que impliquen o puedan implicar un daño más gravoso al otro grupo, desconociendo a su vez el contexto histórico, su objetivo reivindicador.

La no observación y adecuación en los medidas de protección podría conllevar al riesgo de la creación de grupos minoritarios irreales o el sub-posicionamiento social que no adolecen en determinadas culturas, en atención al respeto de la libertad humana en sociedades determinadas o a la multiculturalización de ésta, producto de la indeterminación de grupos excluidos como consecuencia de la mezcla social, cultural, lingüística de las personas que la conforman, a través de largos períodos históricos, y por ende, al establecimiento de medidas que no encuentren justificación o vinculación a las necesidades proyectadas.

Por lo tanto, constituye una obligación del Estado la erradicación de este flagelo social conocido como discriminación, el cual no es un problema menor sino por el contrario, lo cual implica una rigurosidad en el planteamiento y en la ejecución de las políticas estatales y protección de los derechos individuales, en virtud que ello constituye un flagelo de difícil erradicación porque en ciertas sociedades son intrínsecas a su devenir histórico constituyendo un objeto de lucha social, económica y política en procura de igualdad suprema que respeto los valores intrínsecos del ser humano el cual pueda ser respetado y valores en un entorno colectivo e individualizado y cuyo fin último debe ser una sociedad “*ciega en materia racial*” (Vid. Drew Days III; “Acción afirmativa” en *Derechos y Grupos Desventajados*, Edit. Gedisa, 1999, p. 52)

Por ende, siendo las medidas represivas y positivas, el fundamento racional de equiparación de ese menoscabo histórico para remediar los efectos de esa discriminación, como mecanismos de equiparación de los grupos sociales menoscabados de manera de garantizar un nivel de competitividad en la sociedad y de protección de sus derechos y garantías constitucionales, es que ellas corren el riesgo de otorgar un grado superlativo de protección que pueden a su vez reprimir otros grupos, los cuales pueden a su vez ser minoritarios y socialmente desprotegidos (vgr. Indígenas) y generar una imprecisión normativa que atente contra estos estándares de protección, los cuales pueden ser variables en atención al tiempo y al objeto de la misma.

En este orden de ideas, se aprecia que las medidas adoptadas debe ser analizadas con base a lo expuesto, en fundamentos de racionalización que atiendan a la protección de esos grupos desprotegidos sin que como consecuencia de ellas se generen daños sociales en atención a los medios utilizados o a la existencia de medios o medidas menos invasivas y que constituyan un fundamento para un control adecuado y equitativo de la igualdad en un grado de intensidad que promueva la erradicación definitiva de distinciones fundadas en motivos raciales, de género o condición social.

En conclusión, debe afirmar esta Sala, que luego de analizar los fundamentos teóricos anotados, y sin que ello constituya pronunciamiento sobre la constitucionalidad del contenido de la normativa propuesta por la Asamblea Nacional, este Máximo Tribunal se pronuncia, conforme a lo previsto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 25.14 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y al principio material relativo al desarrollo de los derechos constitucionales, en el sentido de declarar la constitucionalidad del carácter orgánico conferido a la Ley Orgánica contra la Discriminación Racial, y así se decide.

TSJ-SC (1708)

16-11-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Instituto Nacional de Tierras.

El derecho a la igualdad, debe ser garantizado por los jueces y juezas en todo *iter* procesal, toda vez que el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece la obligación de los funcionarios encargados de impartir justicia, dentro del ámbito de su competencia y conforme a lo previsto en la Carta Magna, de asegurar la integridad del Texto Fundamental.

Para verificar la existencia del trato desigual en el ámbito jurisdiccional, debe hacerse una comparación entre dos o más decisiones, que resuelvan casos análogos, y si resulta que una de ellas es de distinto juzgamiento, sin que se indique, en forma expresa, un cambio de criterio, ello permite concluir que se encuentra en entredicho el derecho de igualdad de aquellos sujetos involucrados en el caso resuelto por la decisión que es diferente a las demás.

Véase: página 168 de esta *Revista*

- B. *Seguridad personal: Desaparición forzada de personas, violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad*

TSJ-SC (1674)

9-11-2011

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Revisión de Sentencia

Tanto la doctrina penal actualizada, desarrollando el principio de legalidad, como la jurisprudencia de Tribunales Constitucionales, han aceptado que un comportamiento (acción u omisión) que no ha sido consumado en su totalidad puede ser tipificado como delito si durante esa consumación entra en vigencia la disposición legal que lo incluye como hecho punible, en razón de lo cual, la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada permite que el tipo penal se aplique de manera inmediata a la situación antijurídica que se mantiene sostenida por el agente y, por ende, que no se vulnera el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable.

Planteados así los límites de la controversia, esta Sala considera oportuno asentar lo siguiente:

La desaparición forzada de personas constituye una de las más graves violaciones de los derechos humanos. En Latinoamérica, como práctica sistemática y generalizada, surgió en la década de los años sesenta y tuvo como característica principal la negativa u ocultamiento de información sobre el paradero de la víctima por parte de sus raptos. El comienzo de la práctica tuvo lugar en Guatemala en 1962 y, en las décadas siguientes, el método se extendió a El Salvador, Chile, Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México.

Por ello, a partir de 1970, surgió la preocupación en la comunidad internacional por tipificar la desaparición forzada de personas en instrumentos internacionales como una forma de conscientizar a los Estados de la gravedad de su práctica, así como de impedir su desarrollo, en razón de lo cual, la adopción de la *Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* materializó dicha preocupación.

Este instrumento internacional de carácter no convencional fue aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución N° 47/133, del 18 de diciembre de 1992 y adoptado el 20 de diciembre de 2006, en la *Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, la cual fue suscrita por Venezuela, mas no ratificada en virtud de la reserva hecha en relación a los contenidos del artículo 42, parágrafo 2, referido al arbitraje de la controversia que surja entre dos o más Estados Partes con respecto a su interpretación o aplicación, así como la posibilidad que plantea este instrumento de que sea la Corte Internacional de Justicia la encargada de resolverlos.

De esta forma, en el referido instrumento se dice que existe desaparición forzada cuando:

(...) se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sus trayéndolas así a la protección de la ley.

Por su parte, la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, adoptada en la ciudad de *Belem do Pará*, en Brasil, el 09 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, suscrita y ratificada por Venezuela (*vid. Gaceta Oficial* N° 5.241, Extraordinario, del 06 de julio de 1998) constituye un instrumento jurídico propio de los Estados miembros de dicha organización que contribuye a prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas en el hemisferio y proporciona un aporte decisivo para la protección de los derechos humanos y el Estado de derecho.

La Convención en su artículo II, define la desaparición forzada de personas en los términos siguientes:

La privación de libertad a una o más personas, cualquiera que fuese su forma, cometida por agentes del estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Asimismo, el compromiso asumido por los Estados que suscribieron dicha Convención Internacional se estableció en el artículo I, el cual a la letra señala lo siguiente:

Artículo I. Los Estados parte en esta Convención se comprometen a: a) no practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales; b) sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo; c) cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y d) tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.

No obstante, la Convención no dejó clara las medidas ni la forma en que dicho compromiso se debía llevar a cabo. Lo que sí surgió para los Estados partes era la obligación de prepararse para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas, y eso solo era posible en cuanto tomaran las medidas de carácter legislativo, administrativo o de otra índole, necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la Convención.

Por otra parte, luego de la entrada en vigencia de la Convención, la jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido la necesidad de que se tipifique como delito autónomo la desaparición forzada de personas, por cuanto, no basta invocar para el castigo de esta conducta a delitos como el secuestro, la tortura o el homicidio, por cuanto la desaparición forzada de personas constituye:

(...) un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención, pues no solo produce una privación arbitraria de la libertad, sino viola la integridad y la seguridad personal y pone en peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreando otros delitos conexos (*Vid.* sentencia del 22 de noviembre de 2005, caso: *Gómez Palomino vs Perú*).

De esta manera, y en virtud de que el Estado venezolano suscribió y ratificó la señalada Convención, en el texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, se incorporó la disposición constitucional contenida en el artículo 45, la cual prohíbe a la autoridad pública, sea civil o militar, aun en estado de emergencia, excepción o restricción de garantías: practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas. Asimismo, dispone ese precepto constitucional que los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas serán castigados de conformidad con la ley.

De allí, es por lo que en la reforma del Código Penal (*Vid. Gaceta Oficial* N° 5.494, Extraordinario, del 20 de octubre de 2000), se incluyera el tipo penal de desaparición forzada de personas, el cual se mantuvo en la última reforma de dicho código sustantivo de fecha 13 de abril de 2005, en los términos siguientes:

Artículo 181-A. La autoridad pública, sea civil o militar, o cualquier persona al servicio de Estado que ilegítimamente prive su libertad a una persona, y se niegue a reconocer la detención o dar información sobre el destino o la situación de la persona desaparecida, impidiendo el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales, será castigado con pena de quince a veinticinco años de presidio. Con igual pena serán castigados los miembros o integrantes de grupos o miembros colaboradores de tales grupos o asociaciones con fines terroristas, insurgentes o subversivos, que actuando como miembros o colaboradores de tales grupos o asociaciones, desaparezcan forzosamente a una

persona, mediante plagio o secuestro. Quien actúe como cómplice o encubridor de ese delito será sancionado con pena de doce años a dieciocho años de presidio. El delito establecido en este artículo se considerará continuado mientras no se establezca el destino o ubicación de la víctima.

Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea esta civil, militar o de otra índole, ni estado de emergencia, de excepción o de restricción de garantías, podrá ser invocada para justificar la desaparición forzada.

La acción penal derivada de este delito y su pena serán imprescriptibles, y los responsables de su comisión no podrán gozar de beneficio alguno, incluido el indulto y la amnistía.

Si quienes habiendo participado en actos que constituyen desapariciones forzadas, contribuyen a la reaparición con vida de la víctima o dan voluntariamente informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada, la pena establecida en este artículo les podrá ser rebajada en sus dos terceras partes.

Igualmente, esta Sala estima oportuno señalar que en el marco del compromiso asumido en la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, el Estado Venezolano no solo incluyó el tipo penal de la desaparición forzada de personas en el texto penal sustantivo, sino también selló historia al sancionar la Asamblea Nacional el 18 de octubre de 2011, la Ley para Sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y Otras Violaciones de los Derechos Humanos por Razones Políticas en el Período 1958-1998, la cual tiene por objeto establecer los mecanismos para garantizar el derecho a la verdad y sancionar a los responsables de los hechos de violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad, tales como homicidios, desapariciones forzadas, torturas, violaciones, lesiones físicas, psíquicas y morales, privaciones arbitrarias de libertad, desplazamientos forzados de personas, expulsiones, deportaciones o exilios arbitrarios, etc, que como consecuencia de la aplicación de políticas de terrorismo de Estado fueron ejecutados por motivos políticos durante el periodo de los años 1958 a 1998.

Ahora, respecto de la naturaleza del delito de desaparición forzada de personas, esta Sala estima oportuno reiterar la doctrina establecida en la cual, en forma clara estableció lo siguiente:

Este delito es pluriofensivo, por cuanto atenta contra varios bienes jurídicos fundamentales, entre los cuales encontramos la libertad personal, la seguridad de las personas, la dignidad humana y pone gravemente en peligro el derecho a la vida, como se extrae literalmente del artículo 2 de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Desapariciones Forzadas dictada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, cuando señala que todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. *“Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro”*.

Además, cabe acotar que su práctica sistemática o generalizada contra la población representa un crimen de lesa humanidad, según el contenido del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, suscrito y ratificado, igualmente, por la República de Venezuela, por lo que en ese supuesto la acción penal destinada a perseguir ese tipo de injusto no prescribe, así

como tampoco puede decretarse algún beneficio que pueda conllevar su impunidad, conforme con lo señalado en el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Esto quiere decir que no se está en presencia de cualquier ilícito penal, sino de uno que ha causado profunda preocupación y angustia en diversas partes del mundo, tal y como lo indica el “*preámbulo*” de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas dictada por la Organización de las Naciones Unidas, lo que exige de los Estados una actitud atenta para evitar la impunidad en este tipo de delitos (Cursivas del fallo y subrayado de esta Sala). Por otra parte, en cuanto a la conceptualización que el citado artículo 181-A hace en el sentido de que el delito de desaparición forzada de personas “*se considerará continuado mientras no se establezca el destino o ubicación de la víctima*”, esta Sala considera oportuno acotar lo siguiente:

Tanto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como diversas normas internacionales, consideran que la desaparición forzada de personas comporta una “*violación múltiple y continuada*” de varios derechos reconocidos por la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* (Vid. sentencia del 29 de julio de 1988, caso: *Velásquez Rodríguez vs Honduras*) y, si bien, tanto la referida Corte como la Convención (cfr: artículo III) emplean la frase “*delito continuado*”, el vocablo correcto que se debe utilizar es el de “*delito permanente*”, ya que en el derecho penal, el delito continuado representa una forma de tratar auténticos casos de concurso real de delitos en beneficio del reo.

Así lo reconoció esta Sala en la citada sentencia N° 1747, de fecha 10 de agosto de 2007, cuando señaló expresamente lo siguiente:

Así, de acuerdo a la doctrina penal, los delitos de conducta permanente “*son aquellos tipos en los que la conducta del sujeto activo se prolonga en el tiempo, de tal manera que su proceso consumativo perdura mientras no se le ponga fin por propia determinación del agente, como resultado de maniobra de la víctima o en razón de las circunstancias ajenas a los protagonistas de la acción*” (Reyes Echandía, Alfonso, *Tipicidad*, Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia, 1999, p. 140”).

El delito permanente “*supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor (...); dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica*” (Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial PPU. Barcelona, España 1990, p. 216).

Entre los delitos de conducta permanente tenemos al secuestro, el rapto y la desaparición forzada de personas, entre otros, toda vez que en todos ellos el proceso consumativo se mantiene durante el tiempo en que el sujeto pasivo permanezca privado de su libertad. Distinto ocurre en los delitos continuados, ya que estos últimos existen, como lo señala la Sala de Casación Penal, cuando el agente, con unidad de propósito y de derecho violado, ejecuta en momentos distintos acciones diversas, cada una de las cuales, aunque integre una figura delictiva, no constituye más que la ejecución parcial de un solo y único delito. Ejemplo de estos últimos sería la estafa cometida por una persona a varias personas, en distintas oportunidades, pero con el mismo acto de ejecución o “*modus operandi*”.

La desaparición forzada de personas, por tanto, es un delito permanente como lo señala el artículo 17 de la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas, toda vez que su consumación perdura en el tiempo hasta tanto el sujeto activo desee que ello culmine, o bien, por circunstancias ajenas a su voluntad (Cursivas del fallo).

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 18 de agosto de 2008, caso: *Heliodoro Pulgar vs Panamá*, expresó que:

(...) a diferencia de las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas se caracteriza por ser una violación de carácter continuo o permanente. Lo anterior permite que la Corte pueda pronunciarse sobre una presunta desaparición forzada, aun si esta se inicia con anterioridad a la fecha en que el Estado reconoce la competencia de la Corte, siempre y cuando dicha violación permanezca o continúe con posterioridad a dicha fecha. En dicho supuesto, el Tribunal sería competente para pronunciarse sobre la desaparición forzada hasta tanto dicha violación hubiera continuado.

A este tenor, la permanencia viene definida en razón de que la desaparición forzada se cimienta en una afectación de diferentes bienes jurídicos que continúa por la propia voluntad de los presuntos perpetradores, quienes al negarse a ofrecer información sobre el paradero de la víctima mantienen la violación a cada momento. Por tanto, al analizar un supuesto de desaparición forzada se debe tener en cuenta que la privación de la libertad del individuo solo debe ser entendida como el inicio de la configuración de una violación compleja que se prolonga en el tiempo hasta que se conoce la suerte y el paradero de la víctima.

Ahora, en este contexto, los problemas del delito de desaparición forzada de personas se presentan con relación a la vigencia del principio de legalidad, especialmente con la garantía de la irretroactividad de la ley penal, por cuanto, según este principio, y de acuerdo a las disposiciones contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (*cf*: artículo 24), ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena, en razón de lo cual, las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso, salvo en los procesos penales en lo referido a las pruebas ya evacuadas, las cuales se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.

Así, atendiendo la disposición constitucional en comento, las normas penales rigen a partir del día siguiente de su entrada en vigencia, esto es: no se aplican a sucesos, actos u omisiones ocurridos con anterioridad a la eficacia de dicha norma, salvo que, la norma posterior sea más favorable al procesado o al condenado (artículo 6 del Código Penal).

Por su parte, el artículo 49, numeral 6, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no estuvieren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes, en virtud de lo cual, de dicha disposición constitucional, nace el principio de tipicidad penal, comprendido dentro del principio de legalidad, que delimita el poder punitivo del Estado y que ha sido configurado por la doctrina como el principio del aforismo latino: *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege praevia, scripta, stricta et certa* (no hay crimen, no hay pena ni medida de seguridad, sin ley previa, escrita, estricta y cierta).

Bajo esta perspectiva, surge entonces la interrogante respecto a la aplicación de la norma penal a hechos de desaparición forzada ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Penal de 2000, en cuya reforma se incluyó el delito de desaparición forzada de personas.

En tal sentido, cabe acotar que los citados instrumentos internacionales sobre derechos humanos (*Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Declaración de las Naciones Unidas para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*), no contemplan regulación alguna sobre este aspecto, aparte de que nuestra jurisprudencia patria ha señalado que, previamente, debe existir la tipificación de un delito para que una conducta sea castigada como tal.

Sin embargo, tanto la doctrina penal actualizada, desarrollando el principio de legalidad, como la jurisprudencia de Tribunales Constitucionales, entre estos el de Perú y Colombia, han aceptado que un comportamiento (acción u omisión) que no ha sido consumado en su totalidad puede ser tipificado como delito si durante esa consumación entra en vigencia la disposición legal que lo incluye como hecho punible, en razón de lo cual, la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada permite que el tipo penal se aplique de manera inmediata a la situación antijurídica que se mantiene sostenida por el agente y, por ende, que no se vulnera el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, por cuanto, tal y como lo señaló el Tribunal Constitucional de Perú en sentencia N° 2488 del 18 de agosto de 2002:

La garantía de la ley previa comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena. Así, en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal.

Ello es así, toda vez que el delito de desaparición forzada de personas no está determinado, en esencia, por la privación de la libertad de una persona, sino por su desaparición, esto es: la negación o ausencia de información sobre el detenido o sobre su paradero. Vale decir, la desaparición perdura mientras subsista el deber de informar.

3. *Derechos sociales y de las familias*

A. *Derecho a la vivienda*

TSJ-SC (1771)

28-11-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH)

Acorde los criterios jurisprudenciales sostenidos por esta Sala Constitucional, se denota la importancia que tiene en nuestro sistema el derecho a la vivienda, como elemento fundamental para el buen vivir de todos los sectores que conforman nuestra sociedad, y la necesidad de consolidar un sistema en el marco del estado democrático y social de derecho y de justicia que garantice los avances en la consecución de ese anhelo consagrado en la norma con mayor rango en nuestro ordenamiento jurídico como lo es la Constitución.

Véase: página 145 de esta *Revista*

B. *Derechos laborales: Estabilidad absoluta*

TSJ-SC (1952)

15 -12-2011

Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Francelina del Carmen Guédez Principal vs. Decisión Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda.

La aceptación por parte del trabajador del pago de sus prestaciones sociales e indemnizaciones por despido injustificado no puede considerarse que subsane la situación jurídica infringida por el patrono, cuando se trate de un trabajador que disfrute de estabilidad absoluta (Decreto de inamovilidad laboral especial dictado por el Ejecutivo Nacional).

Analizadas como han quedado todas y cada una de las actuaciones que precedieron a la interposición de la acción de amparo primigenia, advierte esta Sala que la acción de tutela constitucional tramitada ante los tribunales de instancia, tuvo por objeto atacar la contumacia de la Asociación Civil de la Caja de Ahorro y Préstamos de los Empleados Públicos de la Gobernación del Estado Miranda (CAPEM) en dar cumplimiento a la providencia administrativa N° 108-2010 del 22 de marzo de 2010 dictada por el Inspector del Trabajo del Municipio Guaicaipuro del Estado Miranda, mientras que el objeto de la presente acción de tutela constitucional se centra en una nueva denuncia, como lo es la violación del principio constitucional a la irrenunciabilidad de los derechos laborales por parte de la decisión dictada el 11 de noviembre de 2010 por el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda.

En este orden de ideas, resulta indispensable determinar si la accionante se encontraba amparada por el decreto de inamovilidad laboral especial dictado por el Ejecutivo Nacional, para luego comprobar si la decisión dictada por el referido Juzgado Superior, vulneró o no sus derechos constitucionales. Para ello, esta Sala estima ineludible, efectuar algunas consideraciones sobre la “*estabilidad*” como institución propia del derecho laboral en nuestro ordenamiento jurídico.

La figura de la “*estabilidad*” en el ámbito del derecho laboral, representa una de las garantías creadas en favor del trabajador para atender específicamente los casos de privación injustificada del empleo o despido injustificado. Desde el punto de vista doctrinal esta figura es entendida como “(...) *la institución jurídico-laboral que protege a los trabajadores contra los despidos sin justa causa, garantizando la permanencia y continuidad en las labores, siempre que no medie una causa que permita legalmente su finalización*” (Cfr. García Vara, Juan, *Estabilidad Laboral en Venezuela*, Editorial Pierre Tapia, Segunda Edición, 1996, pp. 29-30).

Conforme al ordenamiento constitucional vigente, la estabilidad en la relación de trabajo, como noción general, es una garantía reconocida por el constituyente de 1999 en favor del trabajador con el propósito de impedir el ejercicio arbitrario del “*derecho*” que tiene el empleador de dar por concluida la misma, sin que medie causa establecida en la ley que así lo justifique. Dicho concepto se asocia a la nota de durabilidad o permanencia del trabajador en su empleo y constituye un atributo del derecho al trabajo -y del deber de trabajar- que establece el artículo 87 del Texto Constitucional.

La estabilidad laboral puede ser relativa o absoluta, dependiendo de la intensidad de la protección dada al nexo laboral. Tales manifestaciones de esta garantía ya han sido analizadas por esta Sala, efectuando para ello, las siguientes distinciones:

“(...) la noción ‘estabilidad absoluta y relativa’ utilizada por la doctrina y parte de la jurisprudencia patria, ha sido constantemente empleada para demarcar el grado de protección que tienen (sic) el trabajador dentro de la relación de trabajo, y la posibilidad del patrono para rescindir el vínculo existente entre ambos. Con base en el manejo de estos términos, se distinguió que el despido -de mediar justa causa- debía sujetarse bajo distintos parámetros dependiendo del fuero o del régimen regular que invista al trabajador. De allí que, en los casos determinados bajo la ‘estabilidad absoluta’, catalogada por algunos como ‘causales de inamovilidad’ el patrono debe apegarse a un procedimiento administrativo previo ante un

funcionario calificado con competencia en materia del trabajo para que éste califique el despido so pena de que sea ordenado su reenganche. Tales supuestos pueden ocurrir cuando medie a favor del trabajador alguno de los supuestos contentivos de los fueros especiales. Mientras que, en los casos de 'estabilidad relativa', el trabajador no se encuentra amparado bajo elementos derivados de circunstancias excepcionales o accidentales que le den protección, siendo en ese caso que, el patrono bajo justa causa de conformidad con la ley, rescinde la relación de trabajo, quedando bajo la diligencia del trabajador actuar ante el juez laboral para que se determine si efectivamente procedía el despido, siendo un medio expedito de revisión de la culminación del contrato de trabajo...".

De acuerdo con el criterio jurisprudencial transcrito *supra*, la “**estabilidad absoluta o propia**”, está concebida como una protección temporal de permanencia del trabajador en su empleo por circunstancias especiales o excepcionales que origina, en su favor, el derecho a no ser despedido del trabajo sino por las causales establecidas en la ley y con la autorización previa del Inspector del Trabajo, mientras que la “**estabilidad relativa o impropia**”, esta ideada como un sistema de protección básico, similar al de la estabilidad absoluta aplicable a la generalidad de los trabajadores, el cual se diferencia en que la obligación del patrono de reenganchar al trabajador es de carácter facultativo; por lo tanto, al momento de ordenarse la reincorporación y pago de salarios caídos de un trabajador despedido de manera injustificada, el patrono puede liberarse de dicha carga resarciendo pecuniariamente el daño generado, a través del pago de una indemnización por el despido.

La noción de estabilidad absoluta se consolida como una modalidad del régimen de permanencia en el trabajo que autoriza la ley en supuestos que requieren de una tutela especial y, por tanto, en ausencia de norma expresa que confiera dicho alcance, la regla aplicable para garantizar la persistencia en el puesto de trabajo será la que orienta a la estabilidad relativa; en consecuencia, la regla general en las relaciones laborales es que los trabajadores gozan de una estabilidad relativa y la excepción es que disfrutan de estabilidad absoluta.

La garantía de estabilidad laboral se inserta en el artículo 93 del Capítulo V, signado “*De los Derechos Sociales y de las Familias*”, del Título III, “*De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes*” del Texto Constitucional vigente. Dicha norma se articula con aquellas que establecen las reglas objetivas y los principios rectores a los que debe atender el legislador para regular el trabajo como hecho social y como bien jurídico que tiene un régimen de protección especial por parte del Estado Venezolano, postulados en los artículos 87 (derecho y deber de trabajar), 88 (derecho al trabajo e igualdad), 89 (protección al trabajo), 90 (jornada de trabajo), 91 (derecho al descanso semanal y vacaciones remunerados), 92 (derecho a un salario suficiente), 94 (responsabilidad de los patronos y contratistas), 95 (derecho a la sindicalización), 96 (derecho a la negociación colectiva) y 97 (derecho a la huelga) *eiusdem*.

En efecto, el artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, garantiza expresamente la estabilidad laboral en los siguientes términos:

“Artículo 93. La ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Constitución son nulos”.

De acuerdo al contenido de la norma *in commento*, el constituyente impone en cabeza del legislador la obligación de garantizar la estabilidad en el trabajo y, en tal sentido, deberá limitar toda forma de despido no justificado. Visto ello desde un enfoque gramatical, el uso de la preposición “*en*”, vincula la noción a un instituto de proyección más amplia, del cual forma parte: el derecho al trabajo como hecho social y como derecho subjetivo de especial protección por parte del Estado, lo que torna a la estabilidad como un elemento creado con el

propósito de reforzar la eficacia de ese derecho, esto es, una garantía objetiva del derecho al trabajo. Desde una perspectiva material del contenido de ese derecho, esta Sala, ha precisado respecto del artículo 87 constitucional que consagra el derecho-deber del trabajo, lo siguiente:

“...El precepto constitucional transcrito contempla al trabajo en su doble dimensión de deber y derecho, el cual, está referido a la realización y promoción de la persona en el desempeño de una actividad efectiva, por lo que éste es inherente a la persona humana, sin embargo, su ejercicio no se agota en la libertad de trabajar, ya que su configuración constitucional también presenta un aspecto colectivo que implica un mandato a los Poderes Públicos para que diseñen y ejecuten políticas destinadas a procurar la plena ocupación de la población.

Así, el derecho al trabajo, en su dimensión colectiva, constituye un bien jurídico inescindible de todas las personas que habitan o residen en el territorio de la República, que puede verse afectado en la medida en que los hechos denunciados como lesivos impidan el desarrollo de las condiciones necesarias y suficientes para el logro del fomento del empleo, en los términos establecidos en el artículo 87 de la Constitución...”.

Una de las formas de asegurar la efectividad de ese derecho social, consiste en dotarlo de continuidad o permanencia en su ejercicio y, en tal sentido, se impone al legislador adoptar *“lo conducente para limitar toda forma de despido injustificado”* (ex artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), en la medida que se entiende que toda forma de despido no justificado perturba el ejercicio efectivo del derecho al trabajo. Ello permite asegurar que este mandato constituye una cobertura de protección a ese derecho o, dicho en otros términos, una garantía de su ejercicio.

La estabilidad laboral como garantía del derecho al trabajo no constituye una actividad exclusiva del legislador, ya que vista la doble dimensión (deber y derecho) que envuelve la noción del trabajo, ello se traduce -tal como se indicó *supra*- en un mandato directo a todos los Poderes Públicos para que diseñen políticas públicas tendientes a efectuar una protección integral del mismo y es precisamente en atención a ello que el Ejecutivo Nacional, como representante del Poder Ejecutivo, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 236, cardinales 11 y 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo previsto en los artículos 80 y 91 *eiusdem*, 2, 13, 22 y 172 de la Ley Orgánica del Trabajo, 84 letra c) y 95 de su Reglamento diseñó un sistema especial de protección para ciertos y determinados trabajadores, tanto del sector público como del privado en aras de salvaguardar su derecho al trabajo, lo cual logró materializar a través de la figura del Decreto de *“inamovilidad laboral especial”*.

El primer Decreto de inamovilidad laboral especial fue el N° 1.752 dictado el 28 de abril de 2002, publicado en esa misma fecha en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinario* N° 5.585, el cual tuvo dos objetivos primordiales, el primero de ellos, fijar el monto del salario mínimo mensual obligatorio: (i) de los trabajadores urbanos que prestaban servicio en los sectores públicos y privados; (ii) de los trabajadores de aquellas empresas que tuviesen un número menor de veinte (20) trabajadores; (iii) de los trabajadores rurales; (iv) de los trabajadores de conserjerías de los edificios residenciales bajo el régimen de propiedad horizontal; y (v) de los trabajadores adolescentes y aprendices; el segundo objetivo estaba referido al establecimiento de un sistema de protección que impedía o limitaba al patrono para poder despedir, desmejorar, o trasladar sin justa causa, calificada previamente por el Inspector del Trabajo de la jurisdicción, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 453 de la Ley Orgánica del Trabajo, a cualquiera de esos trabajadores. En caso de incumplimiento, ello daría derecho al trabajador afectado a solicitar su reenganche.

Se encontraban exceptuados de la aplicación de esa inamovilidad laboral especial, los trabajadores que ejercían cargos de dirección, los que tuviesen menos de tres (3) meses al servicio de un patrono, los que desempeñaban cargos de confianza y los que devengaban un salario básico mensual superior a un límite que se hallaba determinado en dicho instrumento, el cual representaba un monto superior a tres (3) salarios mínimos mensuales.

Ese Decreto de inamovilidad laboral especial se ha prorrogado de manera ininterrumpida en el tiempo, hasta la presente fecha, con la particularidad de que este ha versado únicamente sobre el sistema de protección al que se ha hecho referencia, impidiendo al patrono despedir, desmejorar o trasladar, sin justa causa calificada previamente por el Inspector del Trabajo de la jurisdicción, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 453 de la Ley Orgánica del Trabajo, a ningún trabajador que devengue menos de tres (3) salarios mínimos mensuales, quedando exceptuados de este régimen especial de protección los trabajadores que ejerzan cargos de dirección, que tengan menos de tres (3) meses al servicio de un patrono, que desempeñen cargos de confianza y los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales.

.....Por lo tanto, siendo ello así, y visto que la accionante se encontraba amparada por el Decreto de inamovilidad laboral especial señalado *supra*, la Asociación Civil Caja de Ahorro y Préstamos de los Empleados Públicos de la Gobernación del Estado Miranda (CA-PEM), antes de proceder a su despido, debió haber tramitado ante la Inspectoría del Trabajo del Municipio Guaicaipuro del Estado Miranda, de acuerdo al procedimiento previsto en el artículo 453 de la Ley Orgánica del Trabajo, la autorización correspondiente para proceder a su retiro, asegurando de esta manera que la culminación de la relación laboral estuviese ajustada a derecho.

Al no haber actuado de esa manera, la referida Asociación Civil se colocó al margen de la ley, situación esta que no se puede considerar subsanada -tal como erróneamente lo adujeron los tribunales de instancia- por el hecho de que la accionante haya aceptado el pago de sus prestaciones sociales en el momento de su retiro así como la indemnización prevista en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo, ya que tal razonamiento sólo pudiera resultar válido en el caso de que se trate de un trabajador que disfrute de estabilidad relativa, supuesto en el cual no se encontraba la accionante en amparo, quien estaba protegida por el Decreto de inamovilidad laboral especial dictado por el Ejecutivo Nacional.

Al respecto, esta Sala determinó que la aceptación de prestaciones sociales por parte de un trabajador implica una renuncia de su derecho al reenganche, pero sólo en los casos en que el trabajador goce de estabilidad relativa. En tal sentido, la decisión en referencia señaló que:

“...Dentro de los derechos negociables del trabajador, se encuentra el derecho a la estabilidad relativa, cuyo correlativo es la obligación de reenganche que tiene el patrono cuando decide, de manera intempestiva e injustificada (despido ad nutum), la finalización de la relación laboral. La anterior aseveración es demostrable fácilmente si se observa la posibilidad que el legislador le da al patrono para que cumpla o no con su obligación del reenganche, ya que éste puede escoger entre el reenganche del trabajador o el pago de la indemnización que establece el artículo 125 de la Ley Sustantiva Laboral. Si el derecho a la estabilidad relativa fuera un derecho irrenunciable, el legislador no hubiese dado al patrono la facultad de escogencia entre el cumplimiento de una u otra obligación. De allí que se pueda sostener que el trabajador puede disponer de su derecho al reenganche, lo cual puede derivarse del recibo, de parte de éste, de las prestaciones sociales que le correspondan con ocasión de la terminación de la relación laboral, bien antes de la instauración de un procedimiento por calificación de despido o bien después de ella, pues la obligación de pago de las prestaciones sociales, por parte del patrono, surge o es causada por la terminación de la relación laboral, independientemente del motivo que la origine. Esa obligación es, a tenor de lo que

dispone nuestra Constitución, de exigibilidad inmediata (ex artículo 92); por ello, si el trabajador acepta el cumplimiento de tal obligación, es porque admite la terminación de la relación laboral, que es precisamente lo que se trata de evitar en un juicio de estabilidad, el cual tiene, como fin último, el reenganche del trabajador: de allí que, si el trabajador acepta el pago de las prestaciones sociales, está renunciando a su derecho al reenganche, lo cual no es óbice para que pueda accionar ante los órganos de administración de justicia, con la finalidad de reclamar otras cantidades de dinero que estime se le adeuden, sin que pretenda la obtención del reenganche...”(Negrillas de la Sala)

Tomando en cuenta las anteriores consideraciones y visto que, en el caso de autos, el despido de la parte actora se efectuó sin tomar en consideración el régimen especial de protección previsto a su favor por el Decreto N° 7.154 del 23 de diciembre de 2009 publicado en esa misma fecha en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.334, resulta forzoso para esta Sala declarar con lugar la acción de amparo incoada, pues la decisión accionada partió de un falso supuesto al desconocer que la accionante se encontraba tutelada por el régimen de estabilidad laboral especial dictado por el Ejecutivo Nacional, lo que vulneró su derecho al debido proceso, a la defensa y al principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales previstos en los artículos 49, cardinal 1 y 89, cardinal 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En consecuencia, anula la decisión dictada el 11 de noviembre de 2010 por el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda y ordena que otro Juzgado Superior del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial, una vez efectuada la distribución correspondiente, emita un nuevo pronunciamiento sobre el recurso de apelación ejercido contra la decisión emitida el 18 de octubre de 2010 por el Juzgado Tercero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, tomando en consideración el criterio expuesto en el presente fallo. Así se decide.

Por último, esta Sala Constitucional considera ineludible señalar que la actuación desplegada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda y el Juzgado Superior Primero del Trabajo de esa misma Circunscripción Judicial al emitir pronunciamiento sobre la acción de amparo primigenia intentada por la ciudadana Franceliza del Carmen Guédez Principal, contra la negativa de la Asociación Civil Caja de Ahorro y Préstamos de los Empleados Públicos de la Gobernación del Estado Miranda (CAPEM) a cumplir la Providencia Administrativa N° 108-2010 dictada el 22 de marzo de 2010 por el Inspector del Trabajo del Municipio Guaicaipuro del Estado Miranda, revela un desconocimiento craso del régimen de estabilidad absoluta previsto en nuestro ordenamiento jurídico, al obviar la protección especial que detentaba la accionante por estar amparada por el Decreto de inamovilidad laboral especial dictado por el Ejecutivo Nacional y, además, pone de manifiesto la falta de atención de uno de los principios más importantes de todo proceso como lo es el principio dispositivo, ya que no le estaba dado a estos órganos jurisdiccionales que conocieron el amparo ejercido contra la contumacia de un patrono, emitir un pronunciamiento distinto que no fuese verificar si existía o no renuencia en el cumplimiento de la orden impartida por la Inspectoría del Trabajo del Municipio Guaicaipuro del Estado Miranda y no proceder a objetar -como en efecto lo hicieron- el contenido de la Providencia Administrativa, como si se tratara de un juicio de nulidad contra el referido acto, más aun cuando tal Providencia Administrativa se encontraba definitivamente firme al haber transcurrido el lapso de ley para solicitar su nulidad, sin que hubiese sido impugnada. En consecuencia, esta Sala Constitucional estima pertinente hacer un llamado de atención a los jueces a cargo del Juzgado Tercero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda y del Juzgado Superior Primero del Trabajo de esa misma Circunscripción Judicial para que en futuras ocasiones no vuelvan a incurrir en errores similares a los expuestos. Así se decide.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Nacional*

A. *Competencias: Régimen de las telecomunicaciones*

TSJ-SPA (1512)

16-11-2011

Magistrado Ponente. Trina Omaira Zurita

Caso: Corporación Venezolana de Televisión C.A. (VENEVISIÓN) vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 se introducen cambios fundamentales en materia de telecomunicaciones en la República Bolivariana de Venezuela, al pasar de una actividad reservada exclusivamente al Estado a una actividad de interés general (Artículo 5 *eiusdem*), al introducir el mecanismo autorizador de la habilitación administrativa (Artículo 16 de ese texto normativo) y limitar el régimen de concesión, al reconocerle derechos y obligaciones a los usuarios y operadores del servicio y al crear un órgano rector y un órgano de control -entre otros cambios en la regulación-, cambios con vista a los cuales es preciso concluir que la intención del legislador -sin lugar a dudas- fue la de introducir una nueva regulación integral de la materia.

Dicho lo anterior, igualmente estima necesario la Sala, que previo al pronunciamiento de mérito de la presente causa y a los fines de una mayor claridad de la decisión, precisar -en el marco de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 36.970 del 12 de junio de 2000, aplicable *ratine temporis*- el significado de los conceptos siguientes: 1.- **Espectro Radioeléctrico**; 2.- **Habilitación Administrativa** y 3.- **Concesión Administrativa**.

1.- **Espectro Radioeléctrico**: Conjunto de ondas electromagnéticas cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de tres mil gigahertz (3000 GHz) y que se propagan por el espacio sin guía artificial. El espectro radioeléctrico se divide en bandas de frecuencias, que se designan por números enteros, en orden creciente y pueden ser divididas en subbandas, las cuales constituyen el agrupamiento o conjunto de ondas radioeléctricas, con límites superior e inferior determinados convencionalmente, en el cual puede dividirse una banda específica del espectro radioeléctrico. (Artículo 4 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000).

El espectro radioeléctrico es un bien del dominio público destinado a la prestación de servicios de telecomunicaciones, cuya titularidad corresponde a la República y para cuyo uso y explotación se requiere de una concesión. (Artículo 7 *eiusdem*).

2.- **Habilitación Administrativa (Telecomunicaciones)**: Es el título que otorga la Administración Pública para el establecimiento y explotación de redes y para la prestación de servicios de telecomunicaciones, a quienes hayan cumplido con los requisitos y condiciones establecidas a tales fines de conformidad con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sus reglamentos y demás normas aplicables. Las actividades y servicios concretos que podrán prestarse bajo el amparo de una habilitación administrativa se denominan atributos de la habilitación, los cuales otorgan los derechos y deberes inherentes a la actividad para la cual ha sido habilitado el operador. (Artículos 16 y 25 *eiusdem*).

Existen cinco (5) tipos de habilitaciones administrativas, a saber: 1) De radiodifusión sonora y televisión abierta; 2) De radiodifusión sonora o televisión abierta comunitarias de servicio público, sin fines de lucro; 3) De radioaficionados; 4) Especiales y 5) Generales. Las habilitaciones administrativas relativas a las categorías 1 y 2 son otorgadas por el Ministro de Infraestructura (actualmente le corresponde a la Vicepresidencia de la República, órgano de adscripción de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones); las restantes por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. (Artículos 104 y 37 numeral 9 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, y 3 del Reglamento sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico).

3.- Concesión Administrativa (Telecomunicaciones): Es un acto administrativo unilateral mediante el cual la República, por órgano de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), o el Ministro de Infraestructura, (actualmente le corresponde a la Vicepresidencia de la República, órgano de adscripción de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones), según el caso, otorga o renueva a una persona natural o jurídica la condición de concesionario sobre el uso y explotación de una determinada porción del espectro radioeléctrico, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley. (Artículos 76 y 37 numeral 9 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones año 2000 y 2 numeral 2 del Reglamento de esa Ley).

El título de la concesión sólo confiere derecho de uso y explotación sobre porciones del espectro radioeléctrico que se encuentran definidos en el mismo, por lo que la actividad de telecomunicaciones a ser desarrollada mediante el uso de esas porciones de espectro radioeléctrico está sujeta a la obtención de una habilitación administrativa que autoriza al concesionario a prestar ese servicio bajo las condiciones y requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico. De modo pues, que toda concesión deberá tener asociada una habilitación administrativa. (Artículo 110 *eiusdem*).

Las concesiones de uso y explotación del espectro radioeléctrico son de tres tipos: 1.- De radiodifusión; 2.- Generales y 3.- Las de recursos orbitales y porciones del espectro radioeléctrico. Las primeras, otorgadas por el entonces Ministro de Infraestructura (actualmente le corresponde a la Vicepresidencia de la República, órgano de adscripción de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones), sobre las porciones de espectro radioeléctrico necesarias para el establecimiento y explotación de redes y para la prestación de servicios de radiodifusión sonora y televisión abierta y de radiodifusión sonora y televisión abierta comunitarias de servicio público, sin fines de lucro. (Artículo 104 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 y 29 del Reglamento sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico). Las restantes son otorgadas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, la segunda, sobre las porciones de espectro radioeléctrico para el establecimiento y explotación de redes para la prestación de servicios amparados bajo las habilitaciones generales que así lo requieran. Mientras que las terceras recaen sobre los recursos orbitales y las porciones del espectro radioeléctrico asociados a los mismos. (Artículo 29 del Reglamento sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico).

En este punto importa precisar que la concesión sólo otorga derechos de uso y explotación de un bien del dominio público de la República, como lo es, el espectro radioeléctrico, mas no autoriza la prestación de servicios de telecomunicaciones, ya que para ello, se requiere de otro título jurídico denominado *habilitación administrativa*, conceptuada ésta última como la autorización de la Administración para el ejercicio de una actividad privada, previa valoración de la misma a la luz del interés público tutelado por la norma y para cuyo otorgamiento se requiere que el interesado en obtenerla se sujete a las Condiciones Generales o

Particulares establecidas por el Organismo Nacional competente para el otorgamiento de dichas autorizaciones; en el entendido que, tratándose de una habilitación administrativa su otorgamiento siempre tendrá carácter discrecional por parte de la Administración.

En el caso bajo examen tenemos que la sociedad mercantil recurrente cuenta con nueve (9) concesiones generales que le conceden el derecho y uso de determinadas porciones del espectro radioeléctrico, entre las cuales, se incluyen las anteriormente mencionadas.

Igualmente tiene otorgada una habilitación administrativa asociada a esas nueve (9) concesiones que le autoriza a realizar determinadas actividades de telecomunicaciones con fines de lucro, entre las cuales se encuentran: a) las destinadas a transmitir información de cualquier naturaleza a través de un sistema de noventa y cuatro (94) enlaces de microondas de una sola vía, instalados en estaciones de relevos y terminales, los cuales sirven para el transporte de las señales producidas en los estudios del operador; y b) las destinadas al intercambio de voz o datos entre equipos terminales móviles utilizando estaciones de base, para la satisfacción de sus necesidades comunicacionales propias, que se llevará a cabo mediante un sistema de radiocomunicaciones móviles, para la transmisión de voz, con veintitrés (23) estaciones repetidoras, en modo de operación dúplex, punto a punto, con treinta (30) canales en la banda UHF. (*Vid.* Folios 57 al 64 del expediente judicial).

Hechas las precisiones anteriores, este Órgano Jurisdiccional advierte que el objeto del presente recurso contencioso administrativo es la “*nulidad parcial*” de la Providencia Administrativa N° PADS-GST-00073, dictada el 12 de julio de 2007 por el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), ya que según afirma la recurrente “*la extensión de tiempo a que se sometió no resulta ajustada a derecho al ser contraria a lo dispuesto en los artículos 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, 5 y 30 del Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico (RHAC) y 9 de la Providencia Administrativa N° 843 que establece las Condiciones Generales de las Habilitaciones Administrativas Generales (PCGHA), en concordancia con los artículos 1 y 4 del Decreto N° 1.577 del 27 de mayo de 1987, 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y 4 del Código Civil; y por transgredir de manera expresa los artículos 4 y 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública...*” por lo que la Sala, previo a emitir la decisión de fondo formula las consideraciones que más adelante se explanan comenzando por el instrumento legal de más larga data, es decir, el Decreto N° 1.577 del 27 de mayo de 1987.

1.- Del alegato relativo a la infracción de los artículos 1 y 4 del Decreto N° 1.577, publicado el 27 de mayo de 1987 en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, mediante la cual se dictó el Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radiodifusoras.

Con relación al Decreto N° 1.577 fechado 27 de mayo de 1987, mediante el cual se dictó el Reglamento Sobre Concesiones para Televisoras y Radiodifusoras, importa observar que el mismo fue dictado en ejercicio de la atribución conferida al Presidente de la República por el numeral 10 del artículo 190 de la derogada Constitución de 1961 y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 3, 7 y 10 de la Ley de Telecomunicaciones de 1940, promulgada ésta a su vez bajo la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1936 y dentro de un marco político de restricción de la libertad económica en Venezuela; restricción de la garantía de la libertad económica en el país, que se extendió desde 1936 hasta 1961, año en el cual, con la entrada en vigencia de la nueva Constitución Nacional, dicha garantía recuperó su vigencia, pero inmediatamente el entonces Presidente de la República, mediante Decreto N° 455 de 23 de enero de 1961, limitó de nuevo dicha garantía constitucional, limitación que se mantuvo hasta 1991, cuando mediante Decreto N° 1.724 de 4 de julio de 1991 se restituyó;

por lo que en atención al principio de jerarquía normativa, lo primero a señalar es que se trata de un reglamento ejecutivo, definido por la doctrina especializada como aquellos que se dictan para ejecutar una ley preexistente o para desarrollar los preceptos de la ley anterior, es decir, los llamados reglamentos en ejecución de la ley o de conformidad con la ley.

Ubicado el marco constitucional y legal del Decreto Reglamentario N° 1.577 de 27 de mayo de 1987, así como su orden jerárquico de rango sublegal, conviene puntualizar que con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 36.970 de 12/06/2000), se introducen cambios fundamentales en materia de Telecomunicaciones en Venezuela, traducidos en una *regulación integral de la materia*, entendida ésta como aquella, que dependiendo del criterio "... que se haya adoptado para la delimitación de la materia, proporciona a ésta una normación que puede operar por sí sola sin necesidad de acudir a ulteriores mecanismos de integración" (Ver Díez-Picazo, Luis María: *La Derogación de las Leyes*, Madrid, Civitas, 1990, p. 288 y ss.), al pasar la actividad de estar reservada exclusivamente al Estado y su establecimiento y explotación sujetos a permisos y concesiones otorgadas por el Estado (Artículo 1, Ley de Telecomunicaciones del año 1940), a un régimen abierto, en donde el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones son considerados de interés general, para cuyo ejercicio se requiere la obtención previa de la correspondiente "*habilitación administrativa*", limitando la nueva regulación la figura de la "*concesión*" sólo para el uso y explotación del espectro radioeléctrico (Artículos 76 y ss., Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000).

Así, el pase de una actividad reservada exclusivamente al Estado a una actividad de interés general; la introducción del mecanismo autorizador de la "*habilitación administrativa*" (Artículo 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000); la limitación de la figura de la concesión tal como se apuntó supra; el reconocimiento de derechos a los usuarios y operadores y la fijación en contrapartida de deberes en cabeza de esos mismos usuarios y operadores; la creación de un órgano rector de las telecomunicaciones y de un ente con facultades -entre otras- de inspección, vigilancia y control en la instalación, operación y prestación de los servicios de telecomunicaciones, así como el otorgamiento de la potestad sancionatoria a dicho ente (Artículos 37 y 159 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000), evidencian una nueva regulación integral en materia de telecomunicaciones, lo que plantea a este sentenciador el tema de la vigencia temporal de la reglamentación dictada bajo el amparo de la Ley de Telecomunicaciones 1940, concretamente el Decreto Reglamentario N° 1.577 alegado por la recurrente como fundamento de su solicitud, para lo cual importa distinguir entre la cesación de la vigencia de la legislación anterior, entiéndase Ley de Telecomunicaciones de 1940 y la cesación de la eficacia del Reglamento, concretamente el Decreto N° 1.577 de 27 de mayo de 1987, invocado por la recurrente a su favor.

En cuanto a la cesación de la vigencia de la Ley de Telecomunicaciones de 1940 y del mencionado Decreto Reglamentario N° 1.577 fechado 27 de mayo de 1987, tenemos que el artículo 207 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, es claro al dictar un régimen derogatorio con carácter general y uniforme en los términos siguiente:

"Artículo 207.- Salvo lo dispuesto en el artículo 208 de esta ley, se derogan las disposiciones legales y reglamentarias existentes, en todo aquello que sea contrario a lo dispuesto en esta Ley".

No establece la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 una derogatoria específica -en el sentido de expresa- de la Ley de Telecomunicaciones de 1940, ni del Decreto 1.577 de fecha 27 de mayo de 1987, sino una derogatoria con carácter general de las disposiciones legales y reglamentarias existentes, en todo aquello que sea contrario a lo dispuesto en

dicha ley, por lo que a juicio de esta Máxima Instancia en esta derogatoria general se encuentra implícita la derogación de la Ley de Telecomunicaciones de 1940 y del invocado por la recurrente Decreto Reglamentario N° 1.577 de 27 de mayo de 1987, interpretación de la Sala que encuentra apoyo -como se expondrá *infra*- en la Disposición Transitoria contenida en el artículo 208 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, mediante la cual el legislador le confiere vigencia temporal sólo a los instrumentos normativos expresamente indicados en dicha norma.

Así, tenemos que el artículo 208 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, mantiene la vigencia de algunos instrumentos normativos, en los términos siguientes:

“Artículo 208.- Hasta tanto se dicte la ley que regule el contenido de las transmisiones y comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicación, el Ejecutivo Nacional, mediante reglamento, podrá seguir estableciendo las regulaciones que considere necesarias. Se mantendrán en vigencia, salvo lo que disponga la Asamblea Nacional o el Ejecutivo Nacional, según el caso, todas las disposiciones legales y reglamentarias y cualquier otra de carácter normativo que regulen, limiten o restrinjan, el contenido de dichas transmisiones o comunicaciones y, en especial, aquellas contenidas en:

1. Decreto N° 2427 de fecha 1 de febrero de 1984, mediante el cual se establece el Reglamento de Radiocomunicaciones, publicado en la Gaceta Oficial N° 3.336 de fecha 1 de febrero de 1984.

2. Resolución N° 703, de fecha 06 de marzo de 1969 publicada en Gaceta Oficial N° 28.883, de fecha 23 de marzo de 1969, mediante la cual se regula los programas de concurso.

3. Decreto N° 1200 de fecha 11 de septiembre de 1981, publicado en Gaceta Oficial N° 32.310 de la misma fecha, mediante la cual se prohíbe la Transmisión de publicidad de bebidas alcohólicas

Decreto N° 598 de fecha 03 de diciembre de 1974, publicado en la Gaceta Oficial N° 30.569, de fecha 09 de enero de 1975, referido a la obligación que tiene las estaciones de radiodifusión sonora de incluir en su programación musical diaria, al menos, cincuenta por ciento (50%) de la música venezolana en sus distintas manifestaciones: folklóricas, típica o popular.

5. Reglamento sobre la Operación de las Estaciones de Radiodifusión Sonora dictado mediante Decreto N° 2771 de fecha 21 de enero de 1993, publicado en la Gaceta Oficial Ext. 4530 de fecha 10 de febrero de 1993.

6. Decreto N° 996 de fecha 19 de marzo de 1981, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 32.192, de fecha 20 de marzo de 1981, referido a la prohibición de la transmisión de publicidad directa o indirecta de cigarrillo y manufactura del tabaco.

7. Decreto N° 849 del 21 de noviembre de 1980, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 32.116, del 21 de noviembre de 1980, referido a la prohibición de transmisión de publicidad de cigarrillos y demás productos derivados de la manufactura del tabaco a través de las estaciones de radiodifusión audiovisual.

8. Reglamento Parcial sobre Transmisiones de Televisión publicado mediante Decreto N° 2.625 del 5 de noviembre de 1992, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.996, del 20 de noviembre de 1992.

9. Decreto N° 525 de fecha 12 de enero de 1959, mediante el cual establece el Reglamento General de Alimentos publicado en Gaceta Oficial N° 25.864 de fecha 16 de enero de 1959.

10. Las disposiciones previstas en materia de contenido de transmisiones y comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones, establecidas en la Ley Orgánica de Educación, Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas,

Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente, Ley de Defensa contra Enfermedades Venéreas, y en Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

Parágrafo Único: *Hasta tanto se dicte la ley que regule el contenido de las transmisiones y comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicación, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones seguirá encargada de velar por el fiel cumplimiento de la regulación a que se refiere este artículo y de la que, en esta materia, dicte el Ejecutivo Nacional.”.*

En consecuencia, visto el efecto derogatorio con carácter general contenido en el mencionado artículo 207 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000, entendida la derogación como aquella disposición *ad hoc* que tiene por finalidad dejar sin efecto una norma y que recae sobre todas las posibles normas del texto legal al cual se refieren o a este íntegramente y la no inclusión del invocado por la recurrente del Decreto Reglamentario N° 1.577 entre las disposiciones legales y reglamentarias que por disposición del transcrito artículo 208 continuaban vigentes, la Sala concluye que tanto la Ley de Telecomunicaciones de 1940 como el Decreto N° 1.577 Reglamentario fechado 27 de mayo de 1987, cesaron su vigencia a partir de la publicación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, el 12 de junio de 2000, fecha en la que comenzó a surtir efectos. Así se establece.

No obstante la cesación de vigencia de la legislación y reglamentación anterior a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, hay que señalar que como consecuencia de la Disposición Transitoria contenida en el artículo 210 *eiusdem* -el cual abordaremos más adelante-, el Decreto N° 1.577 Reglamentario de 27 de mayo de 1987, continuó teniendo eficacia jurídica (ultractividad) en aquellos supuestos de concesiones o permisos otorgados conforme al mencionado Decreto, cuyos títulos estuvieren vigentes y que existiese interés jurídico en la transformación de los mismos al nuevo régimen de habilitaciones administrativas dictado por la nueva ley, en el entendido que esta eficacia jurídica tiene alcance hasta el momento de extinción de la concesión otorgada bajo el amparo de la legislación anterior o hasta que el concesionario decidiera acogerse a la nueva regulación.

Régimen transitorio que, por otra parte, se ubica también dentro del llamado Derecho intertemporal, conceptuado como “... *el conjunto de normas que regulan la sucesión de leyes en el tiempo y dan solución a los conflictos que ésta origina...*” (DIEZ-PICAZO, Luis María: *Op. Cit.* p. 183), el cual es inescindible del efecto derogatorio por lo que, tal como lo afirma la doctrina especializada en la materia, una adecuada comprensión del efecto derogatorio exige vincularlo al Derecho *intertemporal* “... *habida cuenta de que la derogación es el modo normal de sucesión de leyes en el tiempo, es necesario analizar cómo opera en el seno del conjunto de normas intertemporales; o dicho de otra manera es preciso observar cómo el Derecho Intertemporal modula el efecto derogatorio arriba descrito, ya que sólo así se podrá dar cumplida respuesta a los problemas acerca de la esencia del propio efecto derogatorio, que subyacen a la referida distinción entre cesación de la vigencia y cesación de la eficacia (omissis) La eficacia entendida como la capacidad actual de una ley para regular una determinada situación, únicamente tiene sentido en relación con la vigencia: sólo una ley que está -o ha estado- vigente puede ser eficaz, de igual modo que toda ley vigente tiene una vocación de eficacia. Ello no significa, sin embargo, que no pueda haber eficacia sin vigencia y, viceversa, vigencia sin eficacia. Para expresarlo en términos rigurosos, nada impide que una ley que ha dejado de pertenecer activamente al ordenamiento continúe surtiendo efectos durante algún tiempo, ni que una ley activamente incardinada en el propio ordenamiento no despliegue efectos por un cierto periodo...*” (DIEZ-PICAZO, Luis María: *Op.Cit.*, p. 183 y ss. y 217).

Expuestos los razonamientos anteriores, en el caso *sub examine* tenemos que la recurrente denuncia la violación de los artículos 1 y 4 del Decreto N° 1.577 del 27 de mayo de 1987, mediante el cual se dictó el Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radiodifusoras, los cuales establecen:

“Artículo 1° Las Concesiones para el establecimiento y explotación de estaciones televisoras y radiodifusoras se otorgarán por veinte (20) años.

Artículo 2° Se considerarán integrando la concesión los servicios complementarios de transporte de la señal entre repetidores, por el sistema de microondas y de transporte entre estudio y planta y entre plantas repetidoras, por los sistemas de FM, VHF, UHF o SHF.

Artículo 3° Al finalizar la concesión, los concesionarios que durante el período señalado en el artículo 1° hayan dado cumplimiento a las disposiciones legales establecidas por la Ley de Telecomunicaciones, el Reglamento de Radiocomunicaciones y demás disposiciones legales, tendrán preferencia para la extensión de la concesión por otro período de veinte (20) años.

Artículo 4° Las concesiones que se hayan otorgado antes de la fecha de vigencia del presente Decreto, se considerarán válidas por el término establecido en el artículo 1°.

Artículo 5° El presente Decreto tendrá vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, y desde entonces queda derogado el Decreto N° 1986 del 28 de diciembre de 1976”. (Resaltado de la Sala).

Conforme al artículo 4 anteriormente transcrito, las concesiones otorgadas antes de la fecha de entrada en vigencia del Decreto se considerarían válidas por el término establecido en el artículo 1° del mismo Decreto, esto es, por el plazo de veinte (20) años.

Como fundamentos de sus denuncias, los apoderados judiciales de la sociedad mercantil Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISION) -entre otras afirmaciones- sostienen que su representada es una empresa que opera un canal de televisión abierta VHF a nivel nacional, desde 1960.

Que “*en atención a lo dispuesto en ese Reglamento (Decreto N° 1.577), las concesiones de radio y televisión otorgadas con anterioridad a su promulgación, se considerarían válidas por el término de vigencia máximo establecido a través de dicho Decreto, es decir, por veinte (20) años; otorgándose luego, el derecho preferente a ser extendidas por un período adicional igual, en caso de que, para su vencimiento los concesionarios hubieran cumplido con la normativa vigente en materia de telecomunicaciones*”.

Que la recurrente solicitó ante la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, la transformación del “*Título Administrativo de Permiso de Operación de Estaciones Radioeléctricas N° C-0145*”, a los fines de su adecuación al régimen regulatorio previsto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000; procediendo la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en fecha 4 de mayo de 2005, en atención a la solicitud formulada a transformar el “*Título Administrativo de Permisos de Operaciones de Estaciones Radioeléctricas N° C-0145*” que tenía la sociedad mercantil Corporación Venezolana de Televisión C.A. (VENEVISIÓN), en la Habilitación Administrativa N° HGTS-05896 y en las Concesiones Generales Nros. CTGS-01365, CTGS-01366, CTGS-01367, CTGS-01368, CTGS-01369, CTGS-01370, CTGS-01371, CTGS-01372 y CTGS-05552. Todo en aplicación del artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000.

Ahora bien, planteada así la situación y en conexión con todo lo arriba expuesto, a juicio de la Sala es claro que la recurrente tiene el Título Administrativo de Permisos de Operaciones de Estaciones Radioeléctricas N° C-0145, otorgado por la Comisión Nacional de Telecomu-

nicaciones en fecha 30 de mayo de 2000, el cual fue transformado en Habilitación General y las Concesiones Generales asociadas a ésta el 4 de mayo de 2005 (Resolución N° HGTS-05896), en respuesta a la solicitud de transformación del Título Administrativo antes indicado, formulada por la recurrente a la Administración el 31 de mayo de 2002, a los fines de su adecuación al nuevo régimen regulatorio.

La Administración, al transformar los títulos con fundamento en el artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, actuó como correspondía en Derecho, por cuanto no existen o no fueron introducidos en la nueva regulación legislativa efectos retroactivos, por lo que el legislador a fin de proteger y respetar los derechos individuales de los concesionarios y beneficiarios de permisos otorgados bajo la legislación anterior, estableció en el artículo 210 *eiusdem* una disposición transitoria que garantizaba el respeto y disfrute del plazo de duración de las concesiones o permisos que no hubieren llegado a término para la fecha de entrada en vigencia de la nueva regulación, con la sola condición del deber de transformar los títulos otorgados y vigentes en “concesiones y habilitaciones administrativas”, con lo cual el legislador reconocía eficacia jurídica al Reglamento derogado (ultractividad), por lo que una vez transformado esos títulos en habilitaciones administrativa cesaba la eficacia del Reglamento, al desaparecer las causas que dieron lugar a la transitoriedad.

Siendo esto así, debe la Sala concluir en la improcedencia del alegato de la recurrente de infracción de los artículos 1 y 4 del Decreto N° 1.577 fechado 27 de mayo de 1987, publicado en la Gaceta Oficial N° 33.726 de la misma fecha, por no ser aplicables dichos artículos al haber cesado para esta -conforme a lo expuesto *supra*- la eficacia jurídica de dicho Reglamento a partir del momento en que la recurrente manifestó ante la Administración su voluntad de acogerse a la nueva regulación integral de la materia, esto es el 31 de mayo de 2002 y haber cesado para ella las causas que dieron lugar a la temporalidad. Así se declara.

2.- Del alegato relativo a la transgresión de lo dispuesto en los artículos 21 y 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000

Los apoderados judiciales de la parte actora sostuvieron que en el caso de VENEVISIÓN, dado que la extensión temporal inicial fue la correspondiente al máximo plazo permitido por el ordenamiento jurídico aplicable, esto es, el Decreto N° 1.577 Reglamentario [equivalente a veinte (20) años], la Administración tenía la obligación de obedecer al mismo parámetro para el establecimiento del plazo de la renovación. En este orden de ideas, la extensión de la renovación aprobada tenía que fijarse en el período máximo permitido por el ordenamiento jurídico vigente para la fecha en la que se dictó el acto administrativo impugnado, equivalente a veinticinco (25) años.

Pretende la recurrente que la Administración al renovar los títulos en la *Habilitación General N° HGTS-05896*, así como las *Concesiones Generales Nros. CTGS-01365, CTGS-01366, CTGS-01367, CTGS-01368, CTGS-01369, CTGS-01370, CTGS-01371, CTGS-01372, y CTGS-05552*, le otorgase el plazo máximo permitido por la nueva legislación, es decir, veinticinco (25) años, alegando a su favor el artículo 1° del Decreto Reglamentario N° 1.577 de 27 de mayo de 1987, sin detenerse en la circunstancia que para ella ya había cesado la eficacia jurídica del Reglamento derogado -como quedó expuesto-, desde el momento en que ella (la recurrente) manifestó ante la Administración su voluntad de acogerse a la nueva regulación conforme a lo dispuesto en el artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, por lo que -se insiste- mal puede la parte actora invocar a su favor una disposición cuya vigencia y eficacia jurídica había sucumbido ante la nueva regulación, menos aún pretender que el período máximo de la concesión fijado en el Decreto Reglamentario derogado tuviera carácter vinculante para la Administración, siendo como era un instrumento

jurídico de rango sublegal, que reglamentaba una ley también derogada, como es la Ley de Telecomunicaciones de 1940 y por lo tanto, no formaba parte del marco legal y reglamentario (principio de legalidad) que regía la actuación de la Administración (CONATEL) para la fecha en que dicta el acto administrativo parcialmente recurrido en la presente causa, el 12 de julio de 2007. Así se establece.

En este orden de ideas, se observa que la recurrente denuncia la violación del artículo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, el cual dispone que las habilitaciones administrativas no podrán exceder de veinticinco años, en los términos siguientes:

“Artículo 21.- La duración de las habilitaciones administrativas no podrá exceder de veinticinco años; pudiendo ser renovada por iguales periodos siempre que su titular haya cumplido con las disposiciones previstas en esta Ley, en sus reglamentos, en las Condiciones Generales establecidas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y en la habilitación respectiva”.

Fija la norma transcrita como período máximo para el otorgamiento de las habilitaciones administrativas, el de veinticinco años (25) años, siendo posible para la Administración otorgar habilitaciones por periodos inferiores al máximo legal permitido con lo cual debe entenderse que el legislador otorgó en esta materia potestad discrecional a la Administración.

Potestad discrecional conferida por el legislador del año 2000 a la Administración que tiene su fundamento en el Principio de Legalidad Administrativa (Artículo 137 de la Carta Magna), en razón de que es la propia ley la que deja a cargo de la Administración la libre apreciación de algunos elementos de la decisión administrativa, entendiéndose acto administrativo, contrariamente a lo que sucede en la llamada *“potestad reglada”*, la cual se configura en aquellos casos cuando las reglas de derecho imponen a la Administración la decisión, ante la concurrencia de determinadas circunstancias de hecho contempladas en la misma norma.

Otorgada por el legislador a la Administración esta potestad discrecional, la doctrina especializada es conteste al considerar que la misma no es susceptible de graduación, afirmándose en este sentido que un poder no es más o menos discrecional: lo es si la Ley deja a la Administración administrar su ejercicio; no lo es si ella -la Ley- dicta las condiciones; pero en el seno, es decir, al interior del acto administrativo puede haber más o menos discrecionalidad, es la denominada *proporcionalidad*, según que, la Ley deje más o menos elementos de la decisión a la libre apreciación de la Administración, estas son, las razones de conveniencia y oportunidad del acto administrativo.

De allí que, el control jurisdiccional en materia de potestad discrecional, es un control de legalidad fundamentado en nuestra legislación en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, conforme al cual:

“Artículo 12: Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia”.

De acuerdo a la norma transcrita, la Administración debe mantener la proporcionalidad; adecuación con el supuesto de hecho; finalidad y formalidad en el sentido de que el acto debe seguir los trámites, requisitos necesarios para su validez y eficacia, son los elementos que a juicio del legislador debe reunir el acto discrecional y los que fijan los límites al ejercicio del poder discrecional.

En el caso de autos, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en ejercicio de la potestad discrecional otorgada por el legislador en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones,

municaciones del año 2000, renovó los títulos en la Habilitación General N° **HGTS-05896** y las Concesiones Generales Nros. **CTGS-01365, CTGS-01366, CTGS-01367, CTGS-01368, CTGS-01369, CTGS-01370, CTGS-01371, CTGS-01372, y CTGS-05552**, por el plazo de diez (10) años, contado a partir del 27 de mayo de 2007, decisión de la Administración que a juicio de la Sala no infringe el artículo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 denunciado como conculcado por las razones arriba expuestas en cuanto a la potestad discrecional, ni los límites de la proporcionalidad establecidos en el antes transcrito artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por una razón fundamental, la finalidad del acto dictado por la Administración era renovar por tiempo limitado la arriba mencionada Habilitación General y las Concesiones Generales asociadas a ella, el cual se cumplió con el acto mismo de la renovación de los títulos, tal como se evidencia en el acto administrativo parcialmente recurrido.

Siendo esto así, no puede pretender la recurrente que la Administración tenía la obligación de renovar la Habilitación General y las Concesiones Generales asociadas a ella sobre el alegato a su favor del derecho de preferencia establecido en el artículo 3 del Decreto Reglamentario N° 1.577 fechado 27 de mayo de 1987 (el cual se insiste había quedado derogado y sin eficacia jurídica por las razones apuntadas *supra*), por la elemental razón lógica de que cuando el reglamentista en el artículo 3 del precitado Decreto expresa que los concesionarios que durante el periodo señalado en el artículo 1° hubieren *dado cumplimiento a las disposiciones legales establecidas por la Ley de Telecomunicaciones, el Reglamento de Radiocomunicaciones y demás disposiciones legales, tendrán preferencia para la extensión de la concesión por otro período de veinte (20) años*, se debe entender que las disposiciones a las cuales se refiere, son las contenidas en la Ley de Telecomunicaciones de 1940 y demás normas de rango sublegal dictadas de conformidad con esa ley. Así se establece.

De manera pues, que mal puede la recurrente afirmar un derecho preferente con fundamento en un Decreto el cual además de desarrollar el espíritu, propósito y razón de una ley derogada -se repite-, perdió toda vigencia por las razones suficientemente antes expuestas. Aceptar esa solución supondría violar el marco legal y reglamentario de la nueva regulación integral de la materia. Así se establece.

En consecuencia, a juicio de esta Sala la Comisión Nacional de Telecomunicaciones no transgredió el denunciado por la recurrente artículo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, al renovar por el plazo de diez (10) años la Habilitación General N° **HGTS-05896** y las Concesiones Generales Nros. **CTGS-01365, CTGS-01366, CTGS-01367, CTGS-01368, CTGS-01369, CTGS-01370, CTGS-01371, CTGS-01372, y CTGS-05552**, otorgada a la sociedad mercantil Corporación Venezolana de Televisión C.A., por cuanto el plazo de veinte (20) años fijado en los títulos transformados, entiéndase concesiones, corresponde al ejercicio de competencias contenidas en una legislación y reglamentación derogada y sin eficacia jurídica tal como ha quedado expuesto y la renovación fue acordada por la Administración (CONATEL) en ejercicio de la potestad discrecional contenida en el mencionado artículo 21 *eiusdem*, en concordancia con el 73 de la misma ley, por tanto, se desestima la denuncia bajo análisis. Así se declara.

Por otra parte, la accionante denunció la infracción del artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuyo dispositivo dispone lo siguiente:

“Artículo 210.- La Comisión Nacional de Telecomunicaciones establecerá, mediante resolución, cronogramas especiales de transformación de las actuales concesiones y permisos otorgados de conformidad con la legislación anterior, en las habilitaciones administrativas, concesiones u obligaciones de notificación o registros establecidos en esta Ley.

Mientras ocurre la señalada adecuación, todos los derechos y obligaciones adquiridos al amparo de la anterior legislación, permanecerán en pleno vigor, en los mismos términos y condiciones establecidas en las respectivas concesiones y permisos.

La transformación de los títulos jurídicos deberá efectuarse dentro de los dos años siguientes a la publicación de la presente Ley en la Gaceta Oficial, tendrá carácter obligatorio y se hará atendiendo a los principios siguientes:

- 1. Transparencia, buena fe, igualdad y celeridad.*
- 2. Los derechos de uso y explotación dados en concesión, sobre frecuencias legalmente otorgadas, se mantendrán en plena vigencia.*
- 3. No implicará el otorgamiento de más facultades para la prestación de servicios al público, que las que actualmente tienen los operadores de telecomunicaciones de conformidad con sus respectivos títulos jurídicos.*
- 4. Se respetará el objeto, la cobertura y el lapso de vigencia de las concesiones o permisos vigentes para el momento de la entrada en vigencia de la presente Ley. Las renovaciones posteriores de las habilitaciones administrativas o concesiones previstas en esta Ley se seguirán por las reglas generales contenidas en ella.***
- 5. Los operadores que actualmente tengan obligaciones relativas a metas de calidad, desarrollo, expansión y mantenimiento de sus redes, de conformidad con sus respectivos contratos de concesión, deberán cumplir con las mismas.*
- 6. Sólo se establecerán las limitaciones que resulten compatibles con los principios de esta Ley y el desarrollo que de ellos hagan los reglamentos respectivos.*
- 7. La transformación del título jurídico a que se refiere este artículo deberá solicitarla el interesado dentro del plazo que al efecto establezca la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, el cual no podrá ser inferior a sesenta (60) días hábiles. Vencido el plazo a que se refiere el presente numeral, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones publicará en por lo menos un diario de circulación nacional, el listado de los concesionarios que no hubiesen respondido el llamado de transformación de los títulos, otorgándoles un plazo adicional de cinco (5) días hábiles a tales efectos, bajo el apercibimiento de que, de no hacer la solicitud respectiva, se entenderá como renuncia a las concesiones o permisos que hayan obtenido con anterioridad a la publicación de esta Ley en la Gaceta Oficial.*
- 8. La transformación de los títulos actuales en modo alguno supone que los operadores de telecomunicaciones existentes antes de la entrada en vigencia de esta Ley, estén sometidos al procedimiento general establecido para el otorgamiento de las habilitaciones administrativas o a la extinción, revocatoria o suspensión de las concesiones o permisos otorgados bajo el amparo de la anterior legislación, por tal concepto". (Resaltado de esta Sala).*

Tal como se señaló *supra* el transcrito artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, establece como Disposición Transitoria un régimen transitorio, de carácter temporal (Derecho intertemporal) para la transformación de las concesiones o permisos otorgados conforme a la legislación anterior en las habilitaciones administrativas, concesiones u obligaciones de notificación o registros establecidos en esta ley, lo cual otorga eficacia jurídica en el sentido arriba expuesto a la legislación y reglamentación derogada, la cual tenía alcance hasta el momento de extinción de la concesión o permiso otorgados bajo el amparo de la legislación anterior o hasta que el concesionario decidiese acogerse a la nueva regulación, mediante la correspondiente manifestación de voluntad, materializada a través de la respectiva solicitud.

Sentado lo anterior, este Órgano Jurisdiccional observa, tal como se señaló anteriormente, que la recurrente en fecha 31 de mayo de 2002, solicitó ante la Comisión Nacional de Telecomunicaciones la transformación del Título Administrativo de Permiso de Operación de

Estaciones Radioeléctricas N° C-0145 otorgado por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en fecha 30 de mayo de 2000 y que en respuesta a esa solicitud la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en fecha 04 de mayo de 2005 (Resolución N° HGTS-05896), con fundamento en el artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, transformó el Título Administrativo en una Habilitación General y nueve (9) Concesiones Generales asociadas a esta hasta el 27 de mayo de 2007; por lo que a juicio de la Sala, la transformación de título solicitada por la recurrente y otorgada por la Administración, tuvo consecuencias jurídicas importantes para la recurrente (administrado), a saber: i) el cumplimiento por parte de la interesada, entiéndase la recurrente, de la obligación establecida en el primer aparte de la norma en comentario, conforme al cual: “... *La transformación de los títulos jurídicos deberá efectuarse dentro de los dos años siguientes a la publicación de la presente Ley en la Gaceta Oficial, tendrá carácter obligatorio y se hará atendiendo a los principios siguientes ...omissis...*; ii) la extinción para la recurrente del derecho a la transformación del título, el cese de la eficacia jurídica a su favor del Decreto N° 1.577 Reglamentario de fecha 27 de mayo de 2007 y la obtención de la Habilitación General y las Concesiones Generales asociadas a esta, y iii) el pase del régimen transitorio al general establecido en la nueva regulación de la materia.

De manera pues, que en el iter procedimental seguido por la Administración (CONATEL) para la sustanciación y decisión de la solicitud de renovación formulada por la recurrente, no era aplicable el denunciado artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, en razón de que se trata de una Disposición Transitoria, regulatoria de los procesos de transformación de títulos y adecuación por parte de los interesados a la nueva regulación de la materia, en tanto que el trámite de la renovación solicitada se regía fundamentalmente por el artículo 21 de la mencionada Ley Orgánica.

Son estas razones, las que llevan a la Sala a concluir en la improcedencia de la denuncia de violación por parte de la Administración (CONATEL) del artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, al dictar el acto administrativo parcialmente recurrido. Así se declara.

3.- Del alegato relativo a la transgresión de lo dispuesto en los artículos 5 y 30 del Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico

Los apoderados judiciales de la parte actora alegaron que el plazo inicial de duración de las concesiones y habilitaciones administrativas asociadas a éstas, ya sea que el mismo haya sido establecido de acuerdo con el régimen vigente o el anterior, es el que dicta la extensión del plazo de la renovación legal subsiguiente, pues ésta necesariamente tiene que ser por períodos iguales al inicial, estando inhabilitada la Administración para alterar ese lapso.

Por su parte, el artículo 5 del texto reglamentario denunciado como transgredido establece lo siguiente:

“Artículo 5.- Las habilitaciones administrativas serán otorgadas por períodos de hasta veinticinco años, de conformidad con lo previsto en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, pudiendo ser renovadas por iguales períodos, en los términos establecidos en el presente Reglamento. Los atributos contenidos en una habilitación administrativa determinada sólo podrán prestarse o explotarse durante la vigencia de la habilitación administrativa que los contenga, con independencia del tiempo en el cual fueron incorporados a la misma”. (Resaltado de esta Sala).

Como puede apreciarse de la lectura del dispositivo antes transcrito, el Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de

Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico, recoge en idénticos términos lo previsto en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, al señalar que las habilitaciones administrativas serán otorgadas por períodos de hasta veinticinco (25) años, pudiendo ser renovadas por iguales períodos, por lo que, coherente con los razonamientos que vienen siendo sostenidos, la Sala considera que a dicha denuncia le son aplicables todos los razonamientos expuestos en el cuerpo de la presente decisión respecto a la presunta violación del artículo 21 *eiusdem* y en torno al ejercicio por parte de la Administración de la potestad discrecional contenida en dicha norma.

En consecuencia, con fundamento en los razonamientos antes expuestos, debe esta Sala concluir que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones no estaba obligada a otorgar la habilitación administrativa por el mismo plazo de duración contenido en la concesión otorgada bajo la vigencia del Decreto Reglamentario Nº 1.577 por las razones igualmente apuntadas *supra*, por tanto, no hubo violación del artículo 5 del Reglamento de Sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radio Eléctrico, denunciado como transgredido por la recurrente al no fijar como plazo de duración de la habilitación administrativa el término de veinte (20) años o el máximo de veinticinco (25) establecido en la nueva legislación. Así se declara.

En cuanto al alegato de infracción del artículo 30 del mismo Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico, esta Sala observa que los artículos 29 y 30 del identificado texto normativo disponen lo siguiente:

“Artículo 29.- De conformidad con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, las concesiones de uso y explotación del espectro radioeléctrico serán de tres tipos:

- 1. Concesiones de radiodifusión*
- 2. Concesiones generales*
- 3. Concesiones de recursos orbitales y porciones de espectro radioeléctrico asociadas (...)*”

“Artículo 30.- Las concesiones de uso y explotación del espectro radioeléctrico previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 29 del presente Reglamento, serán otorgadas por períodos de hasta veinticinco años”. (Resaltado de esta Sala).

Conforme a los artículos transcritos, tenemos en primer término que las concesiones de uso y explotación del espectro radioeléctrico son de tres tipos: i.) de radiodifusión; ii) generales; y (iii) de recursos orbitales y porciones de espectro radioeléctrico asociadas; y en segundo término, las concesiones de radiodifusión y las generales para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, no pueden ser otorgadas por períodos superiores a veinticinco (25) años, lo cual se corresponde con el límite máximo fijado por el legislador en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 para las *habilitaciones administrativas*.

Dicho lo anterior, la Sala advierte que en materia de concesiones para el uso y explotación del espectro radioeléctrico el artículo 76 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 establece claramente que para realizar actividades de telecomunicaciones que impliquen el uso del espectro radioeléctrico los operadores deberán obtener previamente la concesión de uso correspondiente, otorgada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, a través del procedimiento de oferta pública o por adjudicación directa, en la forma y condiciones reguladas por dicha ley y su reglamento. De manera pues que la oferta pública y la adjudicación directa son los dos procedimientos administrativos estatuidos por el legislador del año 2000 para que los interesados en las actividades de telecomunicaciones que impliquen el uso del espectro radioeléctrico puedan legítimamente ejercer dichas actividades.

Por otra parte, la Sala observa que el artículo 110 *eiusdem* preceptúa que conjuntamente con el otorgamiento de la concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones otorgará la habilitación administrativa asociada a la misma, advirtiéndose que el legislador del año 2000 no estableció en dicha norma, ni en el texto de la ley en comentario el plazo de duración de dichas concesiones, sólo fijó el período de duración para las habilitaciones administrativas, el cual como se constató anteriormente no puede exceder de veinticinco (25) años.

En este punto importa precisar que en el proceso de transformación del Título Administrativo del cual fue beneficiaria la recurrente, el plazo de veinte (20) años establecido en el Decreto N° 1.577 Reglamentario de 27 de mayo de 1987, era para la concesión otorgada a la recurrente conforme a la Ley de Telecomunicaciones de 1940, único régimen aplicable por tratarse de una actividad reservada al Estado, no así para la Habilidadación General, figura administrativa nueva introducida con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, lo que explica que la Administración (CONATEL), tanto a la Habilidadación General, como a las Concesiones Generales asociadas a ésta, les haya fijado igual plazo de duración.

Siendo esto así y habiendo la Comisión Nacional de Telecomunicaciones fijado como plazo de duración de la Habilidadación General N° **HGTS-05896** asociadas a las Concesiones Generales Nros. **CTGS-01365, CTGS-01366, CTGS-01367, CTGS-01368, CTGS-01369, CTGS-01370, CTGS-01371, CTGS-01372, y CTGS-05552**, el plazo de diez (10) años, dicha Comisión no podía otorgar a las Concesiones Generales asociadas un plazo distinto a aquél otorgado para la Habilidadación General. Así se declara.

Afirman los apoderados judiciales de la recurrente que una vez que la Administración otorga una concesión a un particular para usar y explotar el espacio radioeléctrico por un plazo determinado, concluido este, debe renovarse por igual período. Aseveración, que en opinión de la Sala hace incurrir a la recurrente en un error de interpretación del derecho al considerar *prima facie* que la renovación acordada por CONATEL debía respetar el plazo otorgado conforme al Decreto N° 1.577 Reglamentario de 27 de mayo de 1987, ignorando la circunstancia que en la renovación de la Habilidadación General y de las Concesiones Generales asociadas a ésta, el plazo fijado bajo el amparo del citado Decreto N° 1.577 Reglamentario, no tenía ni tiene carácter vinculante para la Administración (CONATEL), por cuanto dicho Reglamento -como se ha dicho anteriormente- había perdido eficacia jurídica en el caso de la recurrente al operarse la transformación del título y ésta dejar de estar amparada por una norma intertemporal, como es la Disposición Transitoria contenida en el artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 y pasar a ser sujeto de los derechos y obligaciones establecidos en el régimen general de las telecomunicaciones, regulado por la tantas veces mencionada Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000.

De allí que, la Sala deba concluir que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) no infringió el artículo 30 del Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones Sobre Habilidadaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico, al fijarle a la sociedad mercantil Corporación Venezolana de Televisión C.A. (VENEVISIÓN), como plazo de vigencia de las Concesiones Generales N° **CTGS-01365, CTGS-01366, CTGS-01367, CTGS-01368, CTGS-01369, CTGS-01370, CTGS-01371, CTGS-01372 y CTGS-05552**, el plazo de diez (10) años, el cual no excede el límite máximo fijado en la Ley y en el Reglamento denunciado como violado en su artículo 30, por lo tanto, se desestima el presente alegato. Así se declara.

4.- *Del alegato relativo a la transgresión de lo dispuesto en el artículo 9 de la Providencia Administrativa N° 843 del 13 de julio de 2006, dictada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en la que estableció las Condiciones Generales de las Habilitaciones Administrativas Generales, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.520 del 12 de septiembre de 2006*

Señala la recurrente que el acto administrativo recurrido infringió lo dispuesto en el artículo 9 de la Providencia Administrativa N° 843 del 13 de julio de 2006, que establece lo siguiente:

“Artículo 9. Las Habilitaciones de Radiodifusión Sonora y Televisión Abierta podrán ser otorgadas por periodos de hasta veinticinco (25) años, pudiendo ser renovadas por iguales periodos siempre que su titular haya dado cabal cumplimiento a las disposiciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y sus reglamentos, las presentes Condiciones Generales, demás normas aplicables y los títulos correspondientes.

A tales efectos, la solicitud de renovación deberá ser realizada con al menos noventa (90) días continuos de antelación a la fecha del vencimiento de la Habilitación de Radiodifusión Sonora y Televisión Abierta, so pena de requerirse la iniciación de un nuevo procedimiento para la obtención de una nueva habilitación administrativa, en virtud de la expiración del tiempo de duración del título. El órgano competente deberá decidir lo conducente dentro de los noventa (90) días continuos siguientes a la presentación de la solicitud”. (Resaltado de esta Sala).

Esta Sala advierte que el dispositivo transcrito y denunciado como infringido consagra en idénticos términos lo establecido en los artículos 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 y 5 del Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico, en lo relativo a la duración máxima de las habilitaciones administrativas, es decir, veinticinco (25) años, pudiendo ser renovadas por iguales periodos siempre que su titular haya dado cabal cumplimiento a las disposiciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y sus reglamentos, en las Condiciones Generales establecidas en la Providencia Administrativa denunciada como violada y en las demás normas aplicables y los títulos correspondientes; por lo que la Sala reitera y da por reproducidos en este punto todo lo anteriormente expuesto en relación a la potestad discrecional de la Administración para fijar el plazo de duración de las habilitaciones administrativas, sin exceder el máximo establecido en la ley, así como se insiste en que con la transformación del título de la cual es beneficiaria la recurrente conforme a lo establecido en el artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, cesó para la recurrente la eficacia jurídica del invocado por ella Decreto N° 1.577 Reglamentario de 27 de mayo de 2007; por tanto y congruente con todo lo antes expuesto, la Sala desestima el presente alegato. Así se declara.

5.- *Del alegato relativo a la transgresión del artículo 4 del Código Civil*

Aducen los apoderados judiciales de la recurrente que al dictar el acto administrativo impugnado la Comisión Nacional de Telecomunicaciones quebrantó lo establecido en el artículo 4 del Código Civil, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 4.- A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador.

Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho”.

Establece la norma transcrita que a la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí (interpretación gramatical), tomando en cuenta la intención del legislador (la *ratio legis* o interpretación teleológica).

Visto el carácter general de la denuncia formulada por la recurrente, la Sala conocerá de la misma con ese mismo carácter, entendiendo que el supuesto quebrantamiento del transcrito artículo 4 del Código Civil es respecto, a la interpretación a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, efectuada en el acto recurrido.

Precisado los términos de la denuncia formulada por la recurrente, la Sala observa en relación al significado de las palabras empleadas por el legislador (interpretación gramatical), que el artículo 1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones es claro al establecer que esta ley tiene por objeto fijar el marco legal de regulación general de las telecomunicaciones, a fin de garantizar el derecho humano de las personas a la comunicación y a la realización de las actividades económicas de telecomunicaciones necesarias para lograrlo, sin más limitaciones que las derivadas de la Constitución y las leyes.

De manera pues que el objeto de la ley es establecer el marco legal de regulación de las telecomunicaciones, marco legal que significó una regulación integral de la materia, tal como ha quedado expuesto en el cuerpo de la presente decisión; siendo los objetivos generales de la misma (Artículo 2 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000) -entre otros- la procura de condiciones de competencia entre los operadores de servicios (numeral 3); hacer posible el uso efectivo, eficiente y pacífico de los recursos limitados de telecomunicaciones, tales como la numeración y el espectro radioeléctrico, así como la adecuada protección de este último (numeral 7); e incorporar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de Servicio Universal, calidad y metas de cobertura mínima uniforme, y aquellas obligaciones relativas a seguridad y defensa en materia de telecomunicaciones (numeral 2).

De allí que, a juicio de la Sala, es clara la interpretación gramatical que puede hacerse respecto al objeto de la ley, así como de sus objetivos generales, procedimientos administrativos establecidos en la misma para el otorgamiento de las llamadas habilitaciones administrativas y concesiones y demás regulaciones, en las cuales la Sala no se detendrá por no ser objeto del presente recurso, siendo suficiente a los fines que interesan a la decisión dejar sentado que en cuanto a la interpretación gramatical de la ley de manera general, la Sala no encuentra quebrantamiento del artículo 4 del Código Civil denunciado por la recurrente. Así se establece.

Establecido lo anterior, debe la Sala precisar la intención del legislador (*ratio legis* o interpretación teleológica), a cuyos fines preciso es retomar lo expuesto en el punto 1 de la presente decisión, en el sentido de reiterar la afirmación de la Sala y de buena parte de la doctrina nacional especializada, de que con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000 se introducen cambios fundamentales en materia de telecomunicaciones en la República Bolivariana de Venezuela, al pasar de una actividad reservada exclusivamente al Estado a una actividad de interés general (Artículo 5 *eiusdem*), al introducir el mecanismo autorizador de la habilitación administrativa (Artículo 16 de ese texto normativo) y limitar el régimen de concesión, al reconocerle derechos y obligaciones a los usuarios y operadores del servicio y al crear un órgano rector y un órgano de control -entre otros cambios en la regulación-, cambios con vista a los cuales es preciso concluir que la intención del legislador -sin lugar a dudas- fue la de introducir una nueva regulación integral de la materia, estableciendo el mismo legislador como prueba de esa intención un régimen transitorio (Artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000), cuyo

objetivo es permitir la transformación o adecuación de las concesiones y permisos otorgados de conformidad con la legislación anterior a la nueva regulación integral de la materia, respetando así todos los derechos y obligaciones adquiridos por los beneficiarios de esas concesiones y permisos al amparo de la legislación derogada.

En el caso bajo examen, a la recurrente se le reconoció el derecho a la transformación o adecuación de los títulos de los cuales era beneficiaria al amparo de la Ley de Telecomunicaciones de 1940 y del Decreto Reglamentario 1.577 de 27 de mayo de 1987, mediante la transformación de los mismos en Habilitación General y Concesiones Generales asociadas a esta, el cual ejerció tal como consta en las actas que corren insertas en el expediente y suficientemente reflejado a lo largo de todas las consideraciones contenidas en la presente sentencia.

Siendo esto así, la Sala encuentra que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones interpretó y ejerció conforme a derecho la potestad discrecional que le otorga el artículo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del año 2000, por tanto, debe declarar improcedente la denuncia formulada por la recurrente de transgresión del artículo 4 del Código Civil. Así se declara.

6.- De la denuncia relativa a la infracción de los artículos 4 y 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del año 2001, aplicable ratione temporis

En el escrito recursivo los apoderados judiciales de la recurrente alegaron que la renovación de las concesiones y de la habilitación administrativa de su mandante por el lapso de diez (10) años, vulneró lo dispuesto en los artículos 4 y 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que disponen lo siguiente:

“Artículo 4. La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático de los particulares”.

“Artículo 26 Toda competencia otorgada a los órganos y entes de la Administración Pública será de obligatorio cumplimiento y ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos legalmente, será irrenunciable, indelegable, improrrogable y no podrá ser relajada por convención alguna, salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos.

Toda actividad realizada por un órgano manifiestamente incompetente o usurpada por quien carece de autoridad pública es nula y sus efectos se tendrán por inexistentes”.

Los artículos antes citados recogen el principio de legalidad establecido constitucionalmente en el artículo 137 del Texto Fundamental, cuando señala que: *“La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”*, en relación al cual la jurisprudencia de este Alto Tribunal ha considerado que comporta un doble significado: la sumisión de los actos estatales a las disposiciones emanadas de los cuerpos legislativos en forma de ley y el sometimiento de todos los actos singulares, individuales y concretos, provenientes de una autoridad pública, a las normas generales y abstractas, previamente establecidas, sean o no de origen legislativo, e inclusive provenientes de esa misma autoridad. (*Vid.*, Sentencia de esta Sala N° 01275 del 23 de septiembre de 2009).

Asimismo, se ha precisado en anteriores oportunidades que el principio de legalidad implica que la Administración sólo puede obrar cuando haya sido legalmente facultada, cuestión que constituye una de las características propias del moderno Estado de Derecho, que

impone la subordinación del poder de obrar de la Administración a la Constitución y las leyes; tal asunto ha sido calificado por la doctrina como “*una norma sobre normación*”, que supone el establecimiento de las relaciones entre el ordenamiento jurídico en general y el acto o actos emanados de la Administración. (*Vid.*, Sentencias de esta Sala N° 00943 del 6 de agosto de 2008 y N° 954 del 6 de octubre de 2010).

Hechas las precisiones anteriores, se advierte que el alegato de vulneración al principio de legalidad aducido por la empresa recurrente, se fundamenta en la supuesta infracción por parte de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones de lo dispuesto en los artículos 1 y 4 del Decreto N° 1.577 del 27 de mayo de 1987, 21 y 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, 5 y 30 del Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico (RHAC) y 9 de la Providencia Administrativa N° 843 que establece las Condiciones Generales de las Habilitaciones Administrativas Generales (PCGHA), en concordancia con el artículo 4 del Código Civil, infracciones todas analizadas y desechadas por la Sala con fundamento en cada uno de los razonamientos correspondientes a tales denuncias.

Desechadas las denuncias formuladas por la recurrente, visto que tal, como se determinó previamente, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones actuó ajustada a derecho al dictar la Providencia Administrativa N° PADS-GST-00073, de fecha 12 de julio de 2007, mediante la cual se le renovó a la sociedad mercantil Corporación Venezolana de Televisión C.A. (VENEVISIÓN), la Habilitación General N° HGTS-05896 y las Concesiones Generales Nros. CTGS-01365, CTGS-01366, CTGS-01367, CTGS-01368, CTGS-01369, CTGS-01370, CTGS-01371, CTGS-01372, y CTGS-05552, por un plazo de diez (10) años, contados a partir del 27 de mayo de 2007, resulta forzoso para esta Sala concluir que no se vulneró el principio de legalidad denunciado. Así se declara.

Desestimadas como han sido cada una de las denuncias formuladas por los apoderados judiciales de la sociedad mercantil Corporación Venezolana de Televisión C.A. (VENEVISIÓN), esta Sala declara sin lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad parcial interpuesto. Así se declara.

2. *El Poder Judicial*

A. *Administración de Justicia: Lapsos procesales*

TSJ-SPA (1761)

15-12-2011

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Directores del Banco Federal, C.A. vs. Decisión Corte Segunda de lo Contencioso Administrativa)

La Sala Político Administrativa reaperturó el lapso para la fundamentación de la apelación y promoción de pruebas documentales debido a que éste transcurrió sin que los recurrentes tuviesen conocimiento –debido a actuaciones “irregulares” en las que habría incurrido la Corte - de que el expediente hubiere sido remitido a la Sala a los fines de la sustanciación del procedimiento de segunda instancia.

Tal como se precisó en la parte narrativa de la presente decisión, con ocasión del recurso de apelación ejercido ante esta Sala por el abogado Jorge Kiriakidis Longhi, actuando con el carácter de apoderado judicial especial de la ciudadana **GILDA E. PABÓN GUDIÑO** y de los ciudadanos **NELSON J. MEZERHANE G.**, **ANÍBAL J. LATUFF**, **ROGELIO**

TRUJILLO GARCÍA, MASHUD A. MEZERHANE B. y ENRIQUE URDANETA ALAMO, en su condición de ex-directores de la sociedad mercantil **Banco Federal, C.A.**, esta Sala fijó por auto del 5 de octubre de 2010, “...un lapso de diez (10) días de despacho para fundamentar la apelación...”.

No obstante, realizado el cómputo correspondiente por Secretaría se dejó constancia en fecha 2 de noviembre de 2010, que dicho plazo transcurrió íntegramente sin que la parte recurrente hubiese presentado el señalado escrito de fundamentación, razón por la cual se ordenó remitir el expediente a esta Sala a los fines previstos en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Sin embargo, la representación judicial de los accionantes adujo, primero a través de una acción de amparo sobrevenido y luego por vía de una solicitud de reapertura, que el lapso para fundamentar la apelación habría vencido debido a causas no imputables a sus mandantes.

Específicamente describió que ello obedeció a una serie de actuaciones de la Secretaría de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, las cuales hicieron pensar que “...el expediente en el que se había apelado oportunamente permanecía en la Corte Contenciosa, cuando en realidad el mismo ya había sido enviado a la Sala Político Administrativa...” (Sic).

En respaldo de sus respectivas afirmaciones de hecho consignó, entre otros documentos, dos comprobantes de recepción de diligencias emanados de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, de los cuales se evidencia que el apoderado judicial de los recurrentes en fechas 5 y 28 de octubre de 2010, solicitó la remisión del expediente a esta Sala, en virtud del recurso de apelación planteado por sus mandantes contra la sentencia del referido Órgano Jurisdiccional de fecha 9 de agosto de 2010.

Ahora bien, llama la atención que tales diligencias fueron recibidas por el Tribunal *A quo*, aun cuando el expediente había sido remitido a esta Sala por Oficio N° 2010-005017 del 17 de septiembre de 2010, el cual fue recibido por esta instancia el 30 de ese mismo mes y año, esto es, aproximadamente cinco (5) días antes de que el apelante solicitara su remisión a esta Alzada.

Por lo tanto, la recepción de dichas diligencias (5-10-10 y 28-10-10), con posterioridad a que el expediente ya había sido enviado a esta Sala, hace presumir que el apoderado judicial de los accionantes desconocía que éste se encontraba en esta Alzada e igualmente demuestra que los correspondientes funcionarios receptores de documentos no le informaron dicha circunstancia al apelante.

Corrobora lo expuesto el hecho de que corre inserta a los folios 464 al 529 del expediente, copia certificada del libro diario llevado por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, relacionado con el registro de actuaciones de fechas 17 y 30 de septiembre de 2010, así como del 5 y 28 de octubre de ese mismo año, de cuya lectura no se refleja que el mencionado Órgano Judicial haya dejado constancia, primero, de la emisión del Oficio por el cual se remitió el expediente a esta Sala y, segundo, de su efectivo envío.

Asimismo, se observa que tampoco se encuentran reflejadas en tales cuentas las diligencias de fechas 5 y 28 de octubre de 2010, suscritas por el recurrente y cuyos comprobantes de recepción fueron promovidos como pruebas documentales ante esta Alzada.

De igual forma se advierte, que la circunstancia de que paralelamente al recurso de apelación se estaba tramitando una incidencia de recusación de todos los jueces de la Corte Se-

gunda de lo Contencioso Administrativo, supuso que el acceso al expediente se viera, al menos limitado, debido al lapso perentorio del que disponen los jueces para rendir el informe en estos casos.

De manera que todos los elementos descritos conducen a esta Sala a declarar procedente la solicitud de reapertura planteada por el apoderado judicial de los apelantes con fundamento en lo establecido en el artículo 202 del Código de Procedimiento Civil y en consecuencia, se repone la causa al estado en que se fije nuevamente el lapso a que alude el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa mediante auto expreso dictado después de que conste en autos las notificaciones correspondientes. Así se decide.

IV. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Tributos: Contribuciones parafiscales*

TSJ-SC (1771)

28-11-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH)

La Sala Constitucional interpreta la normativa que define al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, de acuerdo a los principios de progresividad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores y de interpretación más favorable al trabajador, y considera que los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, como parte del régimen prestacional de vivienda y hábitat y del sistema de seguridad social, no se adecuan al concepto de parafiscalidad y por tanto no se rigen bajo las normas del derecho tributario.

De acuerdo a la sentencia cuya revisión de solicita, así como de la jurisprudencia reiterada de la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, el tema a decidir radica en definir si los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda se encuentran regidos o no por las normas del sistema tributario y, por tanto, al instituto de la prescripción establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Tributario.

Dicho esto, se tiene que el Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda se encuentra consagrado actualmente en el artículo 28 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat publicado en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* número 5.889 de 31 de julio de 2008, teniendo su origen en la figura del Ahorro Habitacional Obligatorio establecido en la derogada Ley de Política Habitacional (*Gaceta Oficial* N° 4.659 Extraordinario del 15 de diciembre de 1993), siendo que la norma vigente señala que el mismo “*estará constituido por el ahorro obligatorio proveniente de los aportes monetarios efectuados por las trabajadoras o los trabajadores bajo dependencia y sus patronas o patronos*”.

En referencia a dichos aportes, la Sala Político Administrativa, en la sentencia número 1202, de 25 de diciembre de 2010, la cual es objeto de la presente solicitud de revisión, señaló que:

“De esta forma, juzga la Sala que si bien resulta cierto que el presente caso se inició con motivo de la fiscalización practicada por el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), que dio como resultado la determinación de las obligaciones de la empresa por concepto de “diferencias en aportes a depositar” y “rendimientos a depositar” al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV), la cual debió tramitarse, en principio, bajo el procedimiento descrito en los artículos 177 y siguientes del Código Orgánico Tributario vigente (por poseer los aportes al FAOV naturaleza tributaria, como se ha declarado en causas similares), por ser éste el instrumento normativo general de la materia tributaria y frente a la ausencia de una regulación específica prevista en la normativa que establece la contribución parafiscal en referencia (Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat), tal circunstancia no puede llevar a considerar que en dicho supuesto se materializó una ausencia de procedimiento capaz de viciar de nulidad el acta y el oficio impugnados”. Resaltado de esta Sala.

La referencia a “*causas similares*” obedece a un criterio reiterado de dicha Sala Político Administrativa respecto a los aportes hechos a dicho Fondo de forma conjunta por trabajadores y empleadores, expresado en la sentencia número 1928 del 27 de julio de 2006 en los siguientes términos:

(omissis)

En este mismo sentido, en sentencia publicada el 18 de septiembre de 2008 bajo el número 1007, la Sala Político Administrativa señala lo siguiente:

“Así, de la normativa transcrita [artículos 172 y 173 de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat (Gaceta Oficial N° 38.591 del 26 de diciembre de 2006), en concordancia con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de Política Habitacional (Gaceta Oficial N° 4.659 Extraordinario del 15 de diciembre de 1993)], se advierte que la obligación legal establecida en cabeza de patronos y empleados de contribuir con el sistema habitacional obligatorio mediante el aporte de una exacción patrimonial, que por su tipificación encuadra dentro de la clasificación legal de los tributos, vale decir, como una ‘contribución’ debida por el particular a un determinado ente por la percepción de un beneficio o aumento de valor de sus bienes derivado de la realización de obras públicas o la prestación de servicios o proyectos públicos, y que en el caso en particular, al igual que sucede por ejemplo con la contribución debida al Instituto de Cooperación Educativa (INCE), resulta de tipo parafiscal, habida cuenta de su afectación a una cuenta patrimonial distinta a la de un órgano que puede considerarse como ‘fiscal’, que para el supuesto de autos resulta ser el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda, administrado por el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH)”.

En resumidas cuentas, la Sala Político Administrativa ha venido sosteniendo que el aporte exigido con carácter obligatorio al empleador y a las trabajadoras y trabajadores en aplicación del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat publicado en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* número 5.889 de 31 de julio de 2008, consiste en un importe de dinero, impuesto por una Ley, de carácter obligatorio y exigido por un ente público, cuya finalidad es que dicho ente cumpla con su objeto, definiéndolo como una contribución de carácter parafiscal cuyo régimen aplicable es el del Código Orgánico Tributario, elemento que ha llevado a determinar la prescripción del derecho a verificar, fiscalizar y determinar la obligación de realizar dichos aportes, actualmente por parte del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), de acuerdo a lo establecido en el artículo 55 y 56 del Código Orgánico Tributario.

Dicho esto, tenemos que de forma general, el Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, de fecha 31 de julio de 2008, *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.891, específicamente en su artículo 104, señala:

“(…) El Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat será financiado con los aportes fiscales, los remanentes netos de capital destinados a la seguridad social, los aportes para fiscales y las cotizaciones obligatorias a cargo del empleador y los trabajadores y trabajadoras con relación de dependencia y demás afiliados, los cuales serán considerados ahorros de carácter obligatorio para garantizar el acceso a una vivienda a las personas de escasos recursos y a quienes tengan capacidad de amortizar créditos con o sin garantía hipotecaria (…)”.

Como se evidencia de la norma transcrita, dicho financiamiento tendrá como fuentes: 1) aportes fiscales, 2) remanentes netos de capital destinados a la seguridad social, 3) aportes parafiscales y 4) las cotizaciones obligatorias a cargo del empleador y los trabajadores y trabajadoras con relación de dependencia y demás afiliados, los cuales serán considerados ahorros de carácter obligatorio.

A su vez, en la propia exposición de motivos de dicho Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, de fecha 31 de julio de 2008, *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.891, se señala que:

(omissis)

“(…) En cuanto a la para fiscalidad debemos indicar, que la misma constituye un concepto abstracto que deriva de la expresión griega “para”, que da idea de algo paralelo, al lado o al margen de la actividad estatal, se trata de tributos establecidos a favor de entes públicos o semipúblicos, económicos o sociales, para asegurar su financiación autónoma, teniendo como manifestación más importante, los destinados a la seguridad social. No obstante, el ahorro habitacional se aleja de esta definición, por cuanto, su finalidad principal no es la de financiar algún ente público o semipúblico, económico o social; su finalidad como se ha expresado supra, es eminentemente social y económico con finalidades especiales, donde el Estado interviene creando los mecanismos para que a través del ahorro individual de cada aportante, se garantice el acceso a una vivienda digna.

Someter el ahorro habitacional dentro de los supuestos de la para fiscalidad y por ende al régimen tributario común, representaría la desnaturalización de este aporte, por cuanto, se le estaría atribuyendo características disímiles a una masa de dinero distribuidas en cuentas individuales y que son propiedad exclusiva de cada uno de los aportantes, que si bien, corresponde a una disposición reglada, el ahorrista puede destinar sus aportes en la forma y las condiciones que la Ley establezca, se aleja tanto el ahorro habitacional de la concepción tributaria, que sus titulares tiene la potestad de cederlos, transmitirlos a sus herederos, y siempre salvo manifestación en contrario, los haberes regresarán en dinero en efectivo, líquido y libre de gravamen alguno, aun cuando a través de este ahorro, el titular haya adquirido una vivienda digna.

En tal sentido, se concibe las cotizaciones del régimen prestacional de vivienda y hábitat como un ahorro, sometido a la Ley especial que regula la materia y demás normativa aplicable (…)”.

El planteamiento hecho en la mencionada exposición de motivos tiene su fundamento en ciertos elementos técnicos que buscan diferenciar los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda del sistema tributario, al señalar que el ahorro habitacional se aleja de la definición clásica de parafiscalidad.

Ahora bien, el mencionado régimen de aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, se encuentra establecido en el artículo 28 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat publicado en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* número 5.889 de 31 de julio de 2008, el cual señala:

“Artículo 28. El Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda estará constituido por el ahorro obligatorio proveniente de los aportes monetarios efectuados por las trabajadoras o los trabajadores bajo dependencia y sus patronas o patronos. Los recursos de este Fondo serán otorgados para los siguientes fines:

1. Ejecución y financiamiento de planes, programas, proyectos, obras y acciones requeridas para la vivienda y hábitat. 2. Financiamiento para la adquisición, construcción, sustitución, restitución, mejora para la reparación o remodelación, refinanciamiento o pago de créditos hipotecarios o cualquier otra actividad relacionada con la vivienda principal y el hábitat. 3. Cubrir costos de los servicios provistos a este Fondo por los operadores financieros y el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, de conformidad a los criterios y límites que apruebe el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de vivienda y hábitat”.

A su vez, dicha norma señala que los recursos de dicho Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda están comprendidos por:

“Artículo 29. El Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda estará constituido por: 1. El ahorro obligatorio proveniente de los aportes monetarios efectuados por las trabajadoras o los trabajadores bajo dependencia y sus patronos. 2. La recuperación de capital y/o intereses atribuibles a los contratos de financiamiento otorgados con los recursos de este Fondo, así como sus garantías. 3. Los ingresos generados por la inversión financiera de los recursos de este Fondos. 4. Los ingresos generados de la titularización de los contratos de financiamiento otorgados por el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda y/o el ahorro obligatorio proveniente de los aportes monetarios efectuados por las trabajadoras o los trabajadores y las patronas o los patronos. 5. Los recursos provenientes del financiamiento de órganos o entes públicos o privados, nacionales o internacionales destinados a satisfacer los objetivos del presente Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley. 6. Los recursos generados por la imposición de sanciones y cualesquiera otros aportes destinados a satisfacer los objetivos del presente Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley”.

Es importante destacar que artículo 30 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat publicado en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* número 5.889 de 31 de julio de 2008, señala que el ahorro obligatorio de cada trabajadora o trabajador se registrará en una cuenta individual en este Fondo. Señala a su vez dicha norma en su artículo 31 que *“la empleadora o el empleador deberá retener el ahorro obligatorio de cada trabajadora o trabajador, efectuar su correspondiente aporte y depositarlos en la cuenta de cada uno de ellos, en el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda, dentro de los primeros cinco días hábiles de cada mes”.*

Y, por último, el ya mencionado Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat publicado en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* número 5.889 de 31 de julio de 2008, en su artículo 32, señala la disponibilidad que tiene cada trabajador sobre dichos aportes ahorrados en los siguientes términos:

“Artículo 32. Se podrá disponer de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda sólo en los siguientes casos: 1. Para el pago total o parcial de adquisición, construcción, ampliación, sustitución, restitución y mejora para la reparación o remodelación de vivienda principal, refinanciamiento o pago de créditos hipotecarios o cualquier otra actividad relacionada con el objeto el presente Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley. 2. Por haber sido beneficiaria o beneficiario de jubilación, pensión de vejez, invalidez o discapacidad, salvo que manifieste su voluntad de continuar cotizando al Fondo de Ahorro Voluntario para la Vivienda o mantenga un saldo deudor respecto a un contrato de financiamiento otorgado con recursos de los Fondos a que se refiere el presente Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley. 3. Por fallecimiento de la trabajadora o trabajador, en cuyo caso el saldo de su cuenta individual formará parte del haber hereditario. Los haberes de cada trabajadora o trabajador aportante en el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda podrán ser objeto de cesión total o parcial en los términos y condiciones que establezca el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de vivienda y hábitat”.

Advierte esta Sala que las características esenciales de dicho Fondo de Ahorro han sido una constante desde la publicación en *Gaceta Oficial Extraordinaria* 4.659 de 15 de diciembre de 1993 del Decreto-Ley N° 3.270, mediante el cual se dicta la Ley de Política Habitacional, siendo establecido en su *TITULO II: Del Financiamiento del Programa de Vivienda*, y específicamente en su *CAPITULO III: Del Ahorro Habitacional*, el Ahorro Habitacional obligatorio constituido por los aportes mensualmente efectuados por los empleados y obreros y los empleadores o patronos, tanto del Sector Público como del Sector Privado, en términos análogos a los que establece el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat publicado en la *Gaceta Oficial* Extraordinaria número 5.889 de 31 de julio de 2008.

(omissis)

Ahora bien, analizadas las características que definen a dicho Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, esta Sala considera que en el presente caso se encuentra bajo análisis una política pública diseñada por el Ejecutivo Nacional en la que se encuentran interrelacionados, básicamente, tres derechos humanos consagrados en nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como lo son el derecho a la seguridad social, el derecho a la vivienda y el derecho al trabajo.

En cuanto a la seguridad social, el mismo es un sistema que permite a la sociedad enfrentar los embates del desempleo y de las crisis económicas, con el fin de asistir a todas las personas sean trabajadoras o no, e independientemente de que tengan capacidad de realizar aportes, todo ello en el marco de la consecución de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, tal y como se encuentra consagrado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La concepción de la seguridad social es un anhelo de tanta importancia que ya nuestro Libertador Simón Bolívar hizo referencia a ello en su histórico discurso de 1819 ante el Congreso de Angostura al mencionar que: “*El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política*”. Resaltado de esta Sala.

A su vez, el derecho a la seguridad social en nuestra Constitución es producto de una evolución normativa que tiene como su principal precedente la Ley del Trabajo de 1936, y la Ley del Seguro Social Obligatorio de 1940; y en el ámbito constitucional el artículo 52 de la Constitución del año 1947, señalaba que:

“Los habitantes de la República tienen derecho a vivir protegidos contra los riesgos de carácter social que puedan afectarlo y contra la necesidad que de ellos se derive.

El Estado establecerá en forma progresiva un sistema amplio y eficiente de seguridad social y fomentará la construcción de viviendas baratas, destinadas a las clases económicas más débiles”.

Podemos ver como la norma antes señalada ya obedecía a una concepción social de la seguridad social, teniendo como sujetos de máxima protección a los grupos sociales empobrecidos o cuya posibilidad de acceso a la salud y a la vivienda como elementos principales de la seguridad social representase una mayor dificultad.

Por su parte, el artículo 94 de la Constitución del año 1961, señalaba que:

“Artículo 94. En forma progresiva se desarrollará un sistema de seguridad social tendiente a proteger a todos los habitantes de la República contra infortunio del trabajo, enfermedad, invalidez, vejez, muerte, desempleo y cualesquiera otros riesgos que puedan ser objeto de previsión social, así como contra las cargas derivadas de la vida familiar.

Quienes carezcan de medios económicos y no estén en condiciones de procurárselos tendrán derecho a la asistencia social mientras sean incorporados al sistema de seguridad social”.

Dicha norma, dictada en la misma línea del artículo 52 de la Constitución del año 1947, destaca la concepción de la seguridad social como un sistema y su carácter progresivo.

La importancia del sistema de seguridad social se ve a su vez reflejado en el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual señala que: *“Toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social y a obtener el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y de los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y a l libre desarrollo de su personalidad”.*

Actualmente, el derecho a la seguridad social se encuentra consagrado en el Título III de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, denominado de los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes, y específicamente en su Capítulo V, referente a los derechos sociales y de la familia. Así, tenemos que la seguridad social se consagra como un derecho humano en el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece:

“Artículo 86. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial”.

Como característica esencial de dicho derecho tenemos que el mismo está consagrado como un servicio público de carácter no lucrativo, atendiendo dentro de su sistema *“contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social”.* Lo antes enunciado denota el carácter amplio de la consagración de dicho derecho, así como el carácter abierto de las materias enunciadas, ya que permite identificar cualquier otra reivindicación social no mencionada expresamente.

A su vez, tenemos que dicho derecho a la seguridad social está establecido bajo criterios de universalidad, ya que no se limita a criterios de nacionalidad; y en términos de corresponsabilidad, ya que en él coadyuvan el Estado, las empleadoras y los empleadores, las trabajadoras y los trabajadores y las personas que participan del sistema de previsión, aún cuando el mismo hace beneficiaria a cualquier persona, independientemente de la capacidad que esta

tenga para contribuir o no a dicho sistema. En este sentido, dicho artículo señala que el Estado tiene la obligación de conformar un sistema de seguridad social mediante el financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas, el cual estará regulado por una ley orgánica especial.

En el cumplimiento de ese mandato constitucional, el Estado crea un sistema de seguridad social que tiene como parte del mismo al sistema prestacional de vivienda y hábitat, para lo cual se diseñan distintos mecanismos a los efectos de la consecución del derecho a la vivienda, siendo uno de ellos el del Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, por lo que, como señalamos anteriormente, se establece un vínculo entre ese derecho a la seguridad social y el derecho a la vivienda.

En nuestra Constitución, el derecho a la vivienda está consagrado en el artículo 82, el cual establece:

“Artículo 82. Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos.

El Estado dará prioridad a las familias y garantizará los medios para que éstas, y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas”.

A su vez, en el ámbito internacional, el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, debidamente suscrito y Ratificado por la República, impone a los Estados Partes la obligación general de adoptar medidas adecuadas, de carácter positivo, en particular, la adopción de medidas legislativas dirigidas a garantizar a todas las personas el derecho humano de una vivienda adecuada.

Su definición es desarrollada en 1991 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (CDESC), estableciendo la seguridad jurídica de la tenencia, la disponibilidad de servicios, los gastos soportables, la habitabilidad, la asequibilidad, el lugar y la adecuación cultural, como aspectos indisolubles a este derecho.

Cabe destacar que el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, señala que *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”*. Véase Sentencias N° 85 del 24 de enero de 2002, en *Revista de Derecho Público* N° 89-90/91-92 de 2002 pp.91 y ss. y en sentencia 835 de 18 de junio de 2009, Caso: *Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores Anauco* en *Revista de Derecho Público* N° 835 de 2009, p. 183.

Recientemente, esta Sala puntualizó en

“Así las cosas, corresponde afirmar que el derecho a una vivienda adecuada –o digna– no puede ser un derecho retórico, el cual, en efecto, aun cuando dispone de un amplio marco jurídico en nuestro país, debe propenderse a su efectiva concreción, evitando en lo posible que sea desplazado al evanescente mundo de las aspiraciones éticas.

La garantía de tal derecho, cuyo contenido trasciende socialmente, implica un real compromiso, una política de acción social, “un enorme esfuerzo (...) –por parte del Estado a través de sus órganos y entes, entiéndase incluido al Poder Judicial– en función de la complejidad social y económica de la solución de problemas habitacionales (...)” (Exposición de Motivos

del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra el Desalojo y Desocupación Arbitraria de Viviendas), que garantice plenamente a toda persona el acceso a la misma, sin que sea posible excluir a ningún segmento de la población”.

De acuerdo a las normas antes transcritas y de los criterios jurisprudenciales sostenidos por esta Sala Constitucional, se denota la importancia que tiene en nuestro sistema el derecho a la vivienda, como elemento fundamental para el buen vivir de todos los sectores que conforman nuestra sociedad, y la necesidad de consolidar un sistema en el marco del estado democrático y social de derecho y de justicia que garantice los avances en la consecución de ese anhelo consagrado en la norma con mayor rango en nuestro ordenamiento jurídico como lo es la Constitución.

Puede evidenciarse entonces como el derecho a la vivienda forma parte, conjuntamente con el derecho a la seguridad social, de ese sistema o conjunto de sistemas que la Constitución ordena al Estado crear, y para lo cual debe diseñar e implementar un conjunto de mecanismos que coadyuven a su desarrollo, como lo sería en este caso el Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda.

Ahora bien, habiendo señalado que el sistema de seguridad social tiene un carácter universal, y que por ello se crean, como ya mencionamos, un conjunto de políticas públicas a los efectos de lograr su cometido; el Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda tiene como sujeto beneficiario del mismo a las trabajadoras y trabajadores en relación de dependencia, por lo que aunado a los derechos antes mencionados se encuentra el derecho al trabajo.

La Constitución de 1999 le da una gran importancia al derecho al trabajo, dedicando de forma específica alrededor de una docena de artículos, los cuales buscan definir desde distintos ámbitos, individual y colectivo, las características y los fundamentos esenciales de ese hecho social que se constituye en un deber y un derecho para todos los ciudadanos en condiciones de coadyuvar en términos de corresponsabilidad, solidaridad e igualdad, entre otros principios, al desarrollo de los fines esenciales del Estado y con ello de la nación, no pasando inadvertido para nuestro constituyente la importancia del hecho social trabajo al señalar en sus principios fundamentales la Constitución que *“la educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines”*. Es por ello que el derecho al trabajo, conjuntamente con la educación, está ligado a todos los aspectos del desarrollo de ésta y de cualquier sociedad, tanto desde el punto de vista productivo, como de su relación con los distintos elementos que concurren para lograr mayor suma de felicidad en la población como lo son la salud, la vivienda, el desarrollo familiar, entre otros.

Esta valoración de orden social de los derechos fundamentales guarda una estrecha vinculación con el derecho al trabajo, el cual debe considerarse de total relevancia debido a sus connotaciones socioeconómicas, pues, el mismo ha sido de especial consideración en los instrumentos jurídicos constitucionales. Su origen como tal data de principios del siglo pasado y su evolución, a partir de ese momento, ha sido rápido, dividiéndose, según el entender de la doctrina, en tres etapas de evolución histórica, las cuales se entretajan, sobreponiéndose en el mismo curso del tiempo. En una primera fase, la legislación social se presentó, fundamentalmente, como excepción respecto del derecho privado común; la segunda fase implicó la incorporación del derecho del trabajo en el sistema de derecho privado; y en la tercera, se produce en la Constitucionalización del derecho al trabajo (*vid. GHERA, Edoardo. Diritto del Lavoro*, Ediciones Cacucci, Bari, 1985, p. 15). (ver sentencia N° 1185/2004 del 17 de junio de 2011).

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela discriminó por primera vez y con rango de derecho humano los elementos que conforman el derecho al trabajo, como lo

son, la intangibilidad, progresividad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores (artículo 89, numerales 1 y 2); la interpretación más favorable al trabajador (artículo 89, numeral 3); nulidad de actos inconstitucionales (artículo 89, numeral 4); prohibición de la discriminación (artículo 89, numeral 5); prohibición del trabajo para los adolescentes (artículo 89, numeral 6); jornada de trabajo y derecho al descanso (artículo 90); derecho al salario y a las prestaciones sociales (artículos 91 y 92); derecho a la estabilidad laboral (artículo 93); derecho a la sindicalización (artículo 95); derecho a la negociación colectiva (artículo 96); y el derecho a la huelga (artículo 97).

Es evidente que nuestra máxima norma jurídica avanza en la tradición constitucional de consagrar el derecho al trabajo y con ello el derecho de los trabajadores, incorporando también a éste en el Título III de la Constitución, referente a los Derechos Humanos, específicamente en el Capítulo V: De los derechos sociales y de las familias, por lo que pasa a formar parte de aquellos derechos que se encuentran relacionados al atributo social del Estado democrático y social de derecho y de justicia que establece nuestra Constitución.

La intensión de esta Sala al hacer una breve relación sobre los derechos humanos involucrados en la solución del tema a decidir, no es otra que establecer una concordancia entre derechos con el objeto de realizar una interpretación sistemática de la Constitución a los efectos de dar cumplimiento al principio de supremacía de la Constitución, según el cual la Constitución es la norma suprema y fundamento de todo el ordenamiento jurídico.

Tal como lo plantea Rodolfo Luis Vigo, “*a los fines de facilitar la inteligibilidad de un cuerpo normativa, resulta imprescindible comprobar que el mismo no es una mero agregado caótico, sino una totalidad ordenada o sistémica. En el caso de la Constitución, esa necesidad se visualiza más claramente en tanto se la pueda atribuir a una voluntad históricamente individualizable que alienta la obtención de ciertos objetivos a través de un proyecto unitario*”. (*Interpretación de la Constitución*, Abeledo Perrot. Buenos Aires 1993).

Por tanto, así como la Constitución ha mencionado la obligación del Estado de crear un sistema de seguridad social y con ello un sistema de prestacional en materia de vivienda y hábitat, la interpretación de la Constitución como un sistema en los términos antes planteados, amerita que los derechos sean interpretados de forma hermenéutica, haciendo uso a su vez de los propios parámetros de interpretación y del propio valor axiológico que subyace en la Norma Suprema.

Sobre este tema, esta Sala en sentencia número 1309 de 19 de julio de 2001, señaló que la interpretación debe comprometerse con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica, puntualizando que los estándares bajo los cuales se interpreta el ordenamiento jurídico, y con ello la Constitución, a los efectos de dirimir una controversia “deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado”.

En este sentido, la Constitución, en el *Capítulo I: Disposiciones generales del Título III: De los derechos humanos y garantías y de los deberes*, señala que el Estado deberá garantizar a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos; criterios de interpretación que deben ser aplicados de manera concatenada con los principios de intangibilidad, progresividad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores (artículo 89, numerales 1 y 2) y la interpretación más favorable al trabajador (artículo 89, numeral 3), como ya fue señalado.

Resulta oportuno mencionar que ya esta Sala Constitucional en su sentencia 1185/2004 del 17 de junio, señaló con respecto a la interpretación que sobre los principios de intangibilidad, progresividad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores (artículo 89, numerales 1 y 2), que:

(omissis)

A la luz de estos criterios de interpretación, analizando las características fundamentales que definen el funcionamiento del Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, esta Sala observa que los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda no tienen como única finalidad la de financiar algún ente público, sino a su vez la de establecer mecanismos para que, a través del ahorro individual de cada aportante, se garantice el acceso a una vivienda digna. Por lo que se encuentra una primera diferencia con la concepción de parafiscalidad, en donde los ingresos recaudados por esa vía suelen ser únicamente para el desarrollo del objeto del ente recaudador. Otro elemento importante a considerar por esta Sala, es el carácter especial que le da a este sistema la distribución de la masa de dinero en cuentas individuales, cuya propiedad no es del ente público que se encarga de su administración de forma reglada, si no que es de cada uno de los trabajadores beneficiarios del sistema.

Aunado a ello, existe otro elemento de suma importancia, y es que los beneficiarios o afiliados, podrán disponer de sus ahorros en el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda, para el pago total o parcial de adquisición, construcción, ampliación, sustitución, restitución y mejora para la reparación o remodelación de vivienda principal, refinanciamiento o pago de créditos hipotecarios; por haber sido beneficiaria o beneficiario de jubilación, pensión de vejez, invalidez o discapacidad; por fallecimiento de la trabajadora o trabajador, en cuyo caso el saldo de su cuenta individual formará parte del haber hereditario; planteando la norma que dichos recursos ahorrados podrán incluso ser objeto de cesión total o parcial. Por último, debe señalarse que los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda han sido previstos como un ahorro, por lo que dicha directriz expresa del legislador no puede modificarse a futuro por operar el ya mencionado principio de progresividad e irrenunciabilidad de los derechos laborales.

Debe señalar esta Sala Constitucional que la interpretación hecha de las normas que rigen los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda a la luz del derecho a la seguridad social establecido en el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, si bien en ella se hizo referencia la exposición de motivos del Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, de fecha 31 de julio de 2008, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.891, la misma se fundamentó en que el carácter de parafiscalidad dado por la Sala Político Administrativa a dichos aportes, había desconocido que la finalidad de dicho Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda no era estrictamente la de financiar al Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, sino a su vez la de establecer mecanismos para que a través del ahorro individual de cada aportante, se garantice el acceso a una vivienda digna; así como el carácter especial que le da a este sistema la distribución de la masa de dinero en cuentas individuales, cuya propiedad no es del ente público que se encarga de su administración de forma reglada (el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat), sino que es de cada uno de los trabajadores beneficiarios del sistema, recursos de los que puede disponer ese beneficiario (cederlos, transmitirlos a sus herederos) bajo las condiciones establecidas en la norma; elementos estos que han sido constantes en cada una de las normas que han precedido al mencionado Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, de fecha 31 de julio de 2008, en las que se había estipulado dicho Fondo, aún bajo denominaciones distintas.

Por tanto, en primer lugar debe destacar esta Sala que la interpretación hecha por la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, y bajo la cual se intentó adecuar los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda al sistema tributario, específicamente encuadrando dichos aportes en la concepción de parafiscalidad: parte de una concepción que choca con principios fundamentales del Estado social que propugna la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; por lo que esta Sala Constitucional considera que debe revisar dicho criterio y establecer que los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, como parte del régimen prestacional de vivienda y hábitat y del sistema de seguridad social, no se adecuan al concepto de parafiscalidad y por tanto no se rigen bajo el sistema tributario. Así se declara.

A su vez, advierte esta Sala que el incumplimiento por parte de los patronos de la obligación de hacer la retención y el correspondiente aporte a cada uno de los trabajadores del Fondo de Ahorro Obligatorio, causa un gravamen de relevancia en el sistema de ahorro establecido por la ley, y con ello, que en definitiva es lo más importante, en el sistema de seguridad social cuya importancia es medular en un Estado democrático y social de derecho y de justicia.

La situación del incumplimiento podría presentar dos realidades, una de ellas, que el patrón haya retenido al trabajador el 1% de sus salarios, como se establece desde el Decreto-Ley N° 3.270, mediante el cual se dicta la Ley de Política Habitacional publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.659 de 15 de diciembre de 1993, y que el patrono no lo haya aportado a la cuenta individual a que han hecho referencia las normas relacionadas con la materia; o, que no se haya hecho ni la retención ni el aporte correspondiente.

En ambos casos la afectación al sistema de seguridad social, al Estado social de derecho y de justicia y a los trabajadores, es de una gravedad medular, siendo que en el primero de los casos implicaría desconocer la propiedad de los trabajadores sobre los aportes al sistema habitacional, y podríamos estar bajo algún supuesto de hecho relacionado con el delito de apropiación indebida calificada previsto en el artículo 470 del Código Penal Venezolano, ya que cabría la duda de los destinos sufridos por esos recursos.

Puntualizando, esta Sala Constitucional considera que el incumplimiento con el Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda afecta de forma directa el derecho de los trabajadores, de forma individual, en tanto y en cuanto disminuye su capacidad de ahorro y con ello la posibilidad de tener acceso a mejores créditos (ya que ello está relacionado al monto acumulado), así como de forma colectiva, ya que la falta del mencionado aporte disminuye la capacidad del ente encargado de su administración de proveer a esos beneficiarios un mayor número de espacios de vivienda y hábitat dignos.

Esta afectación tiene a su vez un gran impacto en el sistema de seguridad social ya que al ver mermado el desarrollo del sistema prestacional de vivienda y hábitat, ello implica un disminución en la calidad de vida de quienes conforman la sociedad, siendo ello así ya que como mencionamos anteriormente el sistema de seguridad social se configura bajo parámetros de universalidad.

Analizada la situación desde el punto de vista de quien tiene la obligación de retener y realizar aportes de forma corresponsable con las trabajadoras y trabajadores, entiéndase las patronas y patronos, surge la necesidad de delimitar la potestad de fiscalización por parte del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, dado que, como ya se señaló, los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, vistas sus características fundamentales, no se adecuan a los tributos y por tanto no se rigen por el Código Orgánico Tributario.

En tal sentido, nuevamente enfrenta esta Sala la necesidad de hacer uso para su interpretación de los valores inmersos en el contenido axiológico de la Constitución, y en tal sentido hace uso de los parámetros que definen el estado social de derecho, como parte de la definición hecha por el Constituyente de nuestro modelo de Estado como democrático y social, de derecho y de justicia. Al respecto, esta Sala Constitucional en su sentencia número 85, del 24 de enero de 2002, señaló que:

(omissis)

Cabe señalar que los derechos consagrados en la Constitución a las trabajadoras y trabajadores, y con ello el resto de los derechos sociales, no busca convertirse “(...) *en un medio para comprimir las ventajas del desarrollo económico en manos de agentes políticos e intermediarios sociales; sino, por el contrario, que el ejercicio de los derechos sociales sea un aprendizaje solidario para proteger a los sectores menos favorecidos, sean o no asalariados*”. (Carmen Zuleta de Merchán, *Derecho Constitucional y trabajo*, Colección Doctrina Judicial N° 21, Tribunal Supremo de Justicia 2007).

En este sentido, observa con preocupación esta Sala la imposibilidad que tiene tanto el trabajador de poder reclamar lo que se le descontó y no se enteró por este concepto, con lo que se le limita indirectamente el acceso a una vivienda digna, por cuanto producto de la distorsionada aplicación de la prescripción tributaria, se encuentra en estado de insolvencia con el Fondo, requisito este indispensable para la solicitud de financiamientos con recursos provenientes del Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda.

Es pertinente señalar que la prescripción es una figura que, aunque existiendo necesariamente en el ordenamiento jurídico, en realidad nunca debiera presentarse, ya que ello presupone, o bien la indolencia de quien debe cumplir con sus obligaciones de manera oportuna, o la indiferencia de las autoridades en hacer uso de sus facultades, lo cual evidenciaría una inadecuada administración; en todo caso, la prescripción no borra o desconoce la obligación, ni al derecho para pedir su cumplimiento, sino que crea una excepción a favor de aquel que tenía la obligación.

Por tanto, una interpretación conforme al principio de progresividad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores (artículo 89, numerales 1 y 2); y del principio de interpretación más favorable al trabajador (artículo 89, numeral 3), a la luz de la concepción del estado social de derecho y de justicia, en el que el interés superior es el del trabajador; no puede llevarnos a otra conclusión que a declarar la imprescriptibilidad de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda. Así se decide.

No pasa inadvertido para esta Sala que la interpretación hasta ahora hecha, podría hacerse para todo el sistema de recaudación fiscal, ya que con fundamento en el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley (artículo 133 de la Constitución), en ese ejercicio de solidaridad social que debe caracterizar este mecanismo, el Estado obtiene un conjunto de recursos que en definitiva deben ser gestionados en pro de la búsqueda de mayor felicidad y del buen vivir de la sociedad en su conjunto. Sin embargo, quedará de parte del legislador establecer en qué casos las recaudaciones hechas en el marco del sistema de seguridad social tendrán o no el carácter de tributos a los efectos de que sea aplicable la normativa tributaria, ello con fundamento en el artículo 12 del Código Orgánico Tributario que señala que los tributos recaudados en el marco del sistema de seguridad social, se regirán por esta norma de carácter tributaria.

No quiere perder la oportunidad esta Sala para señalar a la luz de la presente situación, que la potestad fiscalizadora del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat es de vital importan-

cia para garantizar el cumplimiento de una obligación de hacer por parte de las empleadoras y empleadores para con sus trabajadores y trabajadoras en el marco del sistema de seguridad social. También es de suma importancia, como corresponsables en el desarrollo nacional, que las empleadoras y empleadores tanto del sector público como del sector privado cumplan con las obligaciones establecidas en la ley, ya que ello repercute en un bienestar social del que ellos mismos se verán beneficiados. En tal sentido, se exhorta a todas las partes que conforman el sistema de seguridad social a dar cumplimiento y a trabajar con mayores niveles de eficiencia y eficacia.

Dicho esto, con fundamento en lo antes expuesto, esta Sala Constitucional declara ha lugar la solicitud de revisión hecha de la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1202 del 25 de noviembre del 2010 en los términos antes señalados.

Como consecuencia de ello se anula la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia número 1202 del 25 de noviembre del 2010 y se ordena volver a decidir la pretensión de la parte actora tomando en consideración el criterio señalado por esta Sala Constitucional en la presente decisión.

Finalmente, sorprende a esta Sala Constitucional el criterio sostenido por la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia respecto de los aportes hechos al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV), ya que el mismo fue hecho sin tomar en consideración los principios fundamentales y los criterios de interpretación propios de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

V. LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. Órganos

A. Competencia

a. Juzgados Superiores Contencioso Administrativos

TSJ-SC (1197)

5-10-2011

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Wilfredo Enrique Guerra Ávila vs. Instituto Municipal de la Salud y Apoyo Social del Municipio Simón Bolívar del Estado Anzoátegui.

Las demandas incoadas por las funcionarias o los funcionarios públicos con motivo de las reclamaciones formuladas cuando consideren lesionados sus derechos por actos o hechos de los órganos o entes de la Administración Pública, sea ésta nacional, estatal o municipal, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

Pasa esta Sala a pronunciarse sobre la consulta del fallo dictado en fecha 28 de junio de 2011, mediante el cual el Tribunal Quinto de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Anzoátegui, declaró la falta de jurisdicción del Poder Judicial frente a la Administración Pública, por considerar que el conocimiento del presente asunto corresponde a la Inspectoría del Trabajo respectiva, toda vez que el accionante se encontraba -presuntamente- amparado por la inamovilidad laboral especial decretada por el Ejecutivo Nacional.

En tal sentido, el Decreto Presidencial N° 7.914 del 16 de diciembre de 2010, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.575, de esa misma fecha, estableció en su artículo 4° los trabajadores que se encuentran exceptuados de la prórroga de inamovilidad laboral, indicando a tal efecto lo siguiente:

“Artículo 4°. Quedan exceptuados de la aplicación de la prórroga de la inamovilidad laboral especial prevista en este Decreto, los trabajadores que ejerzan cargos de dirección, quienes tengan menos de tres (3) meses al servicio de un patrono, quienes desempeñen cargos de confianza, los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales; quienes devenguen para la fecha del presente decreto un salario básico mensual superior a tres (3) salarios mínimos mensuales y los funcionarios del sector público quienes conservarán la estabilidad prevista en la normativa legal que los rige...”. (Resaltado de la Sala).

Al respecto, la Sala observa que el ciudadano **WILFREDO ENRIQUE GUERRA ÁVILA**, -parte actora en el presente caso- en su escrito del 22 de junio de 2011, señaló *“anexo con letra distintiva A en copia simple Resolución de fecha 12 de marzo de 2009, en la cual se reclasifica el cargo ocupado hasta la fecha y se me asigna el cargo de Operador de soporte I”*.

(omissis)

Sobre la base de lo expuesto, infiere la Sala que el ciudadano **WILFREDO ENRIQUE GUERRA ÁVILA**, ostenta la condición de funcionario público, lo que conlleva a que se encuentre dentro del supuesto contemplado en el artículo 4° del citado Decreto Presidencial N° 7.914, que excluye de la aplicación del Decreto de inamovilidad a *“los funcionarios públicos”*.

En orden a lo anterior, esta Sala debe declarar que en este caso en concreto, el Poder Judicial sí tiene jurisdicción para conocer el presente asunto.

Ahora bien, en relación al Órgano Jurisdiccional que le correspondería el conocimiento de la causa, debe observarse lo dispuesto en el artículo 93 y en la disposición transitoria primera de la Ley del Estatuto de la Función Pública, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.522, de fecha 6 de septiembre de 2002, que establecen lo siguiente:

“Artículo 93: Corresponderá a los Tribunales competentes en materia contencioso administrativa funcional, conocer y decidir todas las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de esta Ley, en particular lo siguiente:

1- Las reclamaciones que formulen los funcionarios o funcionarias públicos o aspirantes a ingresar en la función pública cuando consideren lesionados sus derechos por actos o hechos de los órganos o entes de la administración pública”.

Disposición Transitoria Primera:

“Mientras se dicte la ley que regule la jurisdicción contencioso administrativa, son competentes en primera instancia para conocer de las controversias a que se refiere el artículo 93 de esta Ley, los jueces o juezas superiores con competencia en lo contencioso administrativo en el lugar donde hubieren ocurrido los hechos, donde se hubiere dictado el acto administrativo, o donde funcione el órgano o ente de la Administración Pública que dio lugar a la controversia”.

Conforme a lo previsto en la disposición transitoria primera, anteriormente transcrita, la competencia para conocer de las reclamaciones formuladas por las funcionarias y los funcionarios públicos contra la Administración Pública, corresponde en primera instancia a los jueces o juezas superiores con competencia en lo contencioso administrativo.

Asimismo, cabe advertir que actualmente, en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se distribuyen las competencias de los órganos que conforman la jurisdicción contencioso administrativa, a saber: (i) esta Sala Político-Administrativa (artículo 23); (ii) los Juzgados Nacionales (artículo 24); (iii) los Juzgados Superiores Estadales (artículo 25); y (iv) de los Juzgados de Municipio (artículo 26).

Con base en lo antes expuesto, debe establecer esta Sala que el conocimiento de las demandas incoadas por las funcionarias o los funcionarios públicos con motivo de las reclamaciones formuladas cuando consideren lesionados sus derechos por actos o hechos de los órganos o entes de la Administración Pública, sea ésta nacional, estatal o municipal, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, esto es, en primera instancia a los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo Regionales, en este caso específicamente al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Nor-Oriental y en segunda instancia a las Cortes de lo Contencioso Administrativo. Así se decide.

B. *Juzgados Agrarios*

TSJ-SC (1881)

8-12-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Rafael Belisario y Martín Javier Jiménez

La Sala Constitucional dicta sentencia con carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se desaplica por control difuso de la constitucionalidad los artículos 471-a y 472 del Código Penal Venezolano (invasión y perturbación a la posesión pacífica), en aquellos casos en donde se observe un conflicto entre particulares devenido de la actividad agraria, conforme a las previsiones establecidas en el artículo 197 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, resultando aplicable el procedimiento ordinario agrario establecido en el Capítulo VI del texto legal mencionado, y competente para conocer en estos supuestos los juzgados de primera instancia agraria.

Establecido lo anterior, pasa la Sala a pronunciarse sobre el objeto de la presente solicitud, observando que, en el caso de autos, se denunció la supuesta conculcación del “orden público constitucional controvertido contenido en sus artículos 2, 26 y 49, que supone privar a un campesino de su libertad mediante la equívoca solicitud de juzgamiento proferida ilegalmente por el Ministerio Público de tramitarle un juicio con la aplicación de leyes penales. Lo que no se corresponde con su condición humana de agricultor”.

Así mismo, se denuncia que “ el conocimiento y sustanciación de la presente causa, le debió corresponder en todo momento al juez ordinario agrario, por cuanto las situaciones explanadas durante el proceso penal -lo cual originaron la presente solicitud de avocamiento- se encuentran tipificadas en el artículo 197 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario en el marco de las competencias de los juzgados agrarios de primera instancia, como un conflicto surgido entre particulares con ocasión a las actividades agrícolas, siendo que las funciones y competencias de la jurisdicción penal ordinaria se encuentran bien delimitadas en el Código Orgánico Procesal Penal”.

Ahora bien, se observa que los referidos ciudadanos, fueron condenados el 31 de marzo de 2011 por los delitos de invasión, perturbación violenta de la posesión de bienes inmuebles

e incendio, a cumplir la pena de diez (10) años y seis (6) meses de prisión por el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, extensión Valle de La Pascua tras la aplicación del derecho penal a conductas referidas a conflictos agrarios, cuya resolución concierne al Juez agrario, según lo aduce el solicitante, por lo que se precisa evidenciar si tales conductas enmarcarían en la estructura de la tipicidad, entendida, en una de sus acepciones, como “*la característica de una conducta cuando se subordina o adecua a un tipo de delito*” (Cfr. JORGE FRÍAS CABALLERO, *Teoría del delito*; p. 103, Editorial Livrosca, Caracas 1996), en atención a los principios fundamentales que rigen el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa como pilares fundamentales de un proceso penal acusatorio de corte garantista.

La tipicidad constituye una garantía jurídico-política y social de la propia libertad y seguridad individual, en el entendido que la ley debe definir previamente y de manera precisa, el acto, hecho u omisión que constituye el delito. Entendiéndose que no es factible dejar al arbitrio de quien deba aplicar la ley como autoridad judicial, la calificación discrecional de aquellos que pudieren ser o no punibles y por ende ser objeto o no de castigo. Esto es lo que se conoce doctrinariamente como el *principio de legalidad*, que no es más que la prohibición que pesa sobre el juzgador de enjuiciar como ilícitos, aquellos comportamientos que no se adecúan al tipo legal, aun cuando los mismos parezcan manifiestamente injustos o contrarios a las buenas costumbres o a la moral. De manera que, el principio de legalidad (*nullum crimen*) y la tipicidad, se encuentran estrechamente vinculados, el primero implica que la conducta punible esté necesariamente prevista en una ley formal, mientras que la tipicidad constituye la descripción inequívoca de tal conducta en el texto legal.

En el ámbito de nuestro Derecho positivo, el principio de legalidad penal se encuentra consagrado en el artículo 49.6 de la Constitución de República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 1 del Código Penal.

Así, en el primero se establece que, “*El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes*”; y, en el segundo se señala que: “*Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente (...)*”.

Con respecto al principio de legalidad, ROXIN expresa que, “*un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del ‘Estado Leviatán’. (...) Frente a esto, el principio de legalidad, (...) sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva.*” (ROXIN, *Claus. Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 137).

De tal forma que, no solo corresponde al Estado ejercer su función punitiva, sino que, además, debe velar porque ese ejercicio, no se torne arbitrario y desproporcional, y, es justamente, a través del principio de legalidad que el mismo Estado regulará su ejercicio, evitando calificar como punibles conductas que no lo son e imponiendo sanciones que no son aplicables a la naturaleza de las acciones erróneamente consideradas como delictivas.

Así las cosas observa la Sala que, en el caso *sub examine*, los ciudadanos Rafael Celestino Belisario y Martín Javier Jiménez, fueron acusados y condenados por la presunta comisión del delito de invasión, perturbación violenta de la posesión de bienes inmuebles e incendio, previstos y sancionados en los artículos 471-a, 472 y 343, respectivamente del Código Penal.

Ahora bien, de la revisión de las actuaciones recibidas por esta Sala, provenientes del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Extensión Valle de La Pascua, se pudo evidenciar que el ciudadano Rafael Belisario, le fue otorgado por una Declaratoria de Garantía de Permanencia, por el Instituto Nacional de Tierras (INTI), sobre un fundo denominado “San Jerónimo”, constituido por un lote de terreno constante de noventa y dos hectáreas con cinco mil doscientos treinta y tres metros cuadrados (92 has/5.233 m²), ubicado dentro de los siguientes linderos: Norte: Terreno ocupado por Benito Álvarez, Sur: Quebrada el Chiquero. Este: Terreno ocupado por Aníbal Alvares, Oeste: Carretera vía Tucupido El Socorro, Estado Guárico, según consta en documento autenticado por ante la Notaría Pública Tercera del Municipio Chacao del Estado Miranda, quedando anotado bajo el número 47, Tomo 65, de los libros de autenticaciones llevados por ante esa Notaría el 11 de marzo de 2008, que de acuerdo a lo establecido en el artículo 17 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, es una garantía del régimen de uso de tierras con vocación agrícola otorgada a los grupos que en el texto del mismo se describen.

Así mismo, consta documento de compra venta sobre un fundo denominado “El Chiquero”, constituido por un lote de terreno de 60 has., registrado por ante la Oficina de Registro inmobiliario del Municipio José Félix Rivas del Estado Guárico bajo el número 36, folio 145, protocolo primero, tomo 1 correspondiente al tercer trimestre del año 1993, mediante el cual el ciudadano Rómulo Infante le vende a la ciudadana Carmen Susana Abreu, el inmueble en cuestión.

En el mismo orden de ideas, de las actas del juicio oral y público que cursan en el expediente contentivo de la causa penal, se desprende que el transcurso del contradictorio, se determinó, a través de los testimoniales y de los documentales, sobre los que se fundamentó el Juzgado en Funciones de Juicio para condenar a los antedichos ciudadanos, que entre el ciudadano Rafael Belisario y la ciudadana Carmen Susana existía una disputa con respecto a los fundos denominados “El Chiquero” y el fundo “San Jerónimo”, ambos colindantes entre sí, por el derecho de explotación agrícola y pecuario.

Ahora bien, en atención a los hechos expuestos, precisa la Sala analizar el contenido del los artículos 471-a y 472, ambos del Código Penal, que establecen los tipos penales referidos a la invasión y a la perturbación violenta de la posesión de bienes inmuebles, previstos, respectivamente, mediante los cuales fueron condenados los ciudadanos arriba mencionados:

Artículo 471-A. Quien con el propósito de obtener para sí o para un tercero provecho ilícito, invada terreno, inmueble o bienhechuría, ajenas, incurrirá en prisión de cinco años a diez años y multa de cincuenta unidades tributarias (50U.T.) a doscientas unidades tributarias (200 U.T.). El solo hecho de invadir, sin que se obtenga provecho, acarreará la pena anterior rebajada a criterio del juez hasta en una sexta parte. La pena establecida en el inciso anterior se aplicará aumentada hasta la mitad para el promotor, organizador o director de la invasión.

Se incrementará la pena a la mitad de la pena aplicable cuando la invasión se produzca sobre terrenos ubicados en zona rural.

Las penas señaladas en los incisos precedentes se rebajarán hasta en las dos terceras partes, cuando antes de pronunciarse sentencia de primera o única instancia, cesen los actos de invasión y se produzca el desalojo total de los terrenos y edificaciones que hubieren sido invadidos. Será eximente de responsabilidad penal, además de haber desalojado el inmueble, que el invasor o invasores comprueben haber indemnizado los daños causados a entera satisfacción de la víctima.

Si el hecho se hubiere cometido por varias personas con armas, o por más de diez sin ellas, la prisión será de dos años a seis años; e igualmente se aplicará la pena respectiva por el porte ilícito de armas.

Artículo 472. Quien, fuera de los casos previstos en los dos artículos anteriores y por medio de violencia sobre las personas o las cosas, perturben la pacífica posesión que otro tenga de bienes inmuebles, será castigado con prisión de un año a dos años, y resarcimiento del daño causado a la víctima de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a cien unidades tributarias (100 U.T.). Si el hecho se hubiere cometido por varias personas con armas, o por más de diez sin ellas, la prisión será de dos años a seis años; e igualmente se aplicará la pena respectiva por el porte ilícito de armas.

De la lectura de ambas disposiciones sustantivas, se desprende que tanto una figura como la otra -invasión y perturbación a la posesión pacífica- llevan implícita la probanza, del derecho que se pretende violentado –propiedad o posesión-. Así, es menester la existencia de un instrumento demostrativo del derecho que se alegue, y el cual se vea cercenado por la invasión o la perturbación. De lo que resulta evidente, que para la consumación de ambos delitos se requiere la incuestionable propiedad o posesión sobre el bien inmueble objeto del delito, por parte de quien resultare víctima en la causa penal, de lo que se deriva la cualidad de *ajeno* -perteneciente a otra persona- para el infractor, como elemento constitutivo del tipo.

Asimismo, resulta relevante destacar que, el tercer aparte de la primera de las disposiciones comentadas -artículo 471-a del Código Penal-, establece como agravante específica, que la invasión se lleve a cabo “sobre terrenos ubicados en zona rural”. Resultando obvio el aumento de las penas en estos casos, porque no sólo se atenta contra propiedad sino, que adicionalmente pudiera atentarse contra la seguridad agroalimentaria. Sin embargo, tal como se indicara *ut supra*, es requisito indispensable la probanza del derecho que se entiende amenazado, de lo que se deriva la irregularidad de la ocupación, ya que al encontrarse en discusión la legitimidad en la ocupación, se adolece de uno de los elementos del tipo penal.

En este orden de ideas, es evidente que ambos tipos –invasión y perturbación violenta a la posesión pacífica- se excluyen entre sí, pues, de la lectura de este segundo tipo penal contenido en el artículo 472 de la norma penal sustantiva, al indicar “*Quien, fuera de los casos previstos en los dos artículos anteriores*” se extrae que para la consumación del delito previsto en el mismo, se requiere que el hecho no se adecúe a los supuestos previstos en el artículo que lo precede. Ello es así porque en el primero se requiere la ocupación del inmueble, mientras que en el segundo supuesto, la perturbación no implica la ocupación del bien, razón por la cual, bajo estas consideraciones de índole legal, mal puede aplicarse a los mismos hechos ambos tipos penales.

De modo que, si surgen situaciones de donde emerge una disputa por el derecho legítimo que se procure sobre dichos bienes, entre quien se pretenda propietario o poseedor y quien se señale como ejecutor de los delitos previstos en los artículos comentados, mal podrá entenderse materializado el ilícito comprendido en cualquiera de los dos artículos, y por ende no será competente para resolver tal conflicto el juez penal, sino el de la jurisdicción que según la naturaleza del conflicto corresponda.

Ahora bien, de la lectura de los artículos que contienen los tipos penales mencionados – invasión y perturbación violenta de la posesión- se extrae que en ambos casos los verbos rectores –invasión y perturbación- se relacionan con bienes inmuebles, terrenos o bienhechurías en general, sin hacer distinción en cuanto al uso o destino que se le viniere dando a los mismos. De lo que se deviene que para que en primer caso se materialice el delito se requiere el ánimo delictivo de obtener un provecho injusto de esa ocupación ilegal, y en cuanto al segundo caso, esa posesión del inmueble debe entenderse “*pacífica*”, en su sentido estricto, es decir, que no medie conflicto o disputa en cuanto a la misma.

De manera que, adicionalmente a los elementos que componen los dos tipos penales bajo análisis, dos son los requisitos indispensable para entender que se está en presencia de alguno de los dos supuestos, por un lado el ánimo de obtener un **provecho injusto**, vale decir que no se posea ningún título que acredite derecho alguno sobre el bien objeto del delito, y en caso del segundo supuesto, que no exista disputa alguna sobre la titularidad del bien, de ser así, mal podría entenderse la posesión como **pacífica**.

Dicho esto, en el entendido que el caso en estudio, el solicitante alega, que en el mismo se juzgaron hechos cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción agraria, pasa la Sala a verificar la competencia de esta Jurisdicción, a los fines de determinar sus asertos.

En este sentido, el artículo 186 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, establece 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 mismo, en el mismo texto legal, se encuentra prevista la competencia de los juzgados de primera instancia agraria para conocer de las demandas entre particulares, con ocasión de la actividad agraria, en su artículo 197, que dispone:

(*omissis*)

Así las cosas, a través del artículo 305 la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha elevado a rango constitucional el derecho a la seguridad agroalimentaria, en los siguientes términos:

(*omissis*)

La naturaleza de la actividad agraria fue objeto de estudio y análisis por esta Sala Constitucional mediante fallo N° 262/2005, en la cual 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)*”.

De ello resulta que, en efecto, 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 consolida-

ción 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.

En tal sentido, la Sala no puede dejar de advertir que, en base a esa protección a la seguridad alimentaria, de la que emerge la protección constitucional a la producción agropecuaria interna, se observan diferencias sustanciales entre la posesión o propiedad civil, -que es la que persiguen proteger las normas penales sustantivas comentadas- y la posesión agraria en el marco de la protección constitucional y legal, puesto que la posesión agraria se conforma con el principio de preeminencia del desarrollo de la actividad social sobre la particular. Es decir, por encima de los derechos particulares, se sobreponen los derechos que emergen del uso del bien destinado a la producción de alimentos o rubros útiles para el consumo humano, que permitan satisfacer las necesidades agroalimentarias tanto de quien la produce o trabaja como de su entorno familiar o colectivo.

En consideración a las precedentes consideraciones, es forzoso concluir que la resolución de los conflictos surgidos entre particulares relacionada con la actividad agraria **corresponde resolverlas a la jurisdicción especial agraria, si de ellas se derivan las** instituciones propias del derecho agrario, y seguirse a través del instrumento legal que lo regula, por lo que, pretender encuadrar el supuesto de hecho correspondiente a conflictos entre campesinos, derivados de la actividad agroproductiva en los supuestos legales previstos en los tipos penales de invasión y perturbación violenta de la posesión, a los cuales les corresponde la aplicación del procedimiento ordinario regulado en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario para dirimir este tipo de conflictos, de acuerdo al contenido de sus artículos 186 y 197, atenta contra la norma constitucional que recoge el principio del debido proceso, establecido en el artículo 49 del texto constitucional, lo que encuentra pleno fundamento en las características propias de la competencia agraria.

En ese orden de ideas, se advierte que las Garantías de Permanencia establecidas en el artículo 17 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola, los Títulos de Adjudicación de Tierras, establecidos en el artículo 12 *eiusdem*, y las Cartas Agrarias previstas en el Decreto Ejecutivo N° 2.292 del 4 de febrero de 2003, otorgadas por el Instituto Nacional de Tierras a los grupos o ciudadanos que se señalan en cada uno de sus supuestos, deben entenderse como instrumentos legales derivados, legítimamente, del uso de la tierra con vocación para la producción agrícola.

Bajo estas consideraciones, no resultan aplicables a los casos en los cuales exista un conflicto entre particulares, originados por la producción agroproductiva, los tipos penales establecidos en los artículos 471-a y 472 del Código Penal, si **a través de la investigación iniciada por el Ministerio Público**, se evidencie una disputa en relación al derecho invocado sobre el inmueble objeto del proceso, bien sea mediante las figuras establecidas en el Código Civil Venezolano o mediante cualquiera de estos títulos, debidamente otorgados por el organismo facultado para ello -Instituto Nacional de Tierras- a alguna o ambas partes, pues, en tales casos compete al juez de primera instancia agraria, -quien debe velar por el mantenimiento de la seguridad agroalimentaria del Estado y el aseguramiento y biodiversidad ambiental- la resolución de las demandas entre particulares que se inicien con ocasión de la actividad agrícola. Y así se decide.

Así pues, cuando de la investigación llevada a cabo por el Ministerio Público por la presunta comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 471-a y 472 del Código Penal, se devenga la existencia de conflictos que guarden relación con la actividad agroproductiva, el Fiscal a cargo de quien se encuentre la investigación deberá remitir las actuaciones al juez con competencia en materia agraria; pudiendo, de la misma manera, el juez penal que esté conociendo la causa en fase de control o de juicio, declinar la competencia en el juez agrario, cuando advierta que los hechos objetos del proceso no revisten carácter penal, por tratarse de disputas producto de la actividad agraria, previa declaratoria del sobreseimiento de la causa por no revestir los hechos carácter penal, conforme lo establece el artículo 318, cardinal segundo del Código Orgánico Procesal Penal, o, en su defecto, cuando se presenten dudas al respecto de la titularidad o posesión del inmueble objeto de los hechos, se decretará la prejudicialidad de oficio, hasta tanto el juez con competencia en materia agraria defina tal circunstancia, con lo que se determinará la concurrencia o no de los elementos propios del tipo.

En sentido contrario opera lo mismo, vale decir, si luego de iniciarse el procedimiento ordinario agrario, el juez a quien compete el conocimiento de la causa, determinare, que los hechos no se encuentran enmarcados dentro de alguno de los supuestos establecidos en el artículo 197 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, sino que los mismos pudieran configurar un ilícito penal, remitirá las actuaciones al Ministerio Público, para el inicio de la investigación a que hubiere lugar.

De manera que, en estos supuestos, debe el juez agrario, así como el Ministerio Público, verificar, cuidadosamente, si los hechos denunciados o demandados devienen de una actividad propia de la materia agraria, (verbigracia, el roza de los sembradíos o quema de los ramales), siempre y cuando de dicha actividad no resulten afectados otro tipo de bienes, cuyo ámbito de protección escape del conocimiento de la jurisdicción especial agraria, pudiendo resultar constitutivos de algún hecho ilícito, casos en los cuales debe verificarse cuidadosamente los elementos que componen los tipos penales comentados o algún otro distinto de aquéllos.

En consecuencia, bajo las consideraciones expuestas, **al verificarse que el artículo 471-a y el artículo 472, ambos del Código Penal, que contienen los tipos penales de invasión y de perturbación a la posesión pacífica, no hacen distinción en cuanto a los casos en los cuales las acciones que se presuman delictivas, versen sobre la disputa de bienes destinados a la actividad agraria o que pudieran presumirse de vocación agrícola, -en cuyo caso deben excluirse de los supuestos configurativos del tipo, pues en tal caso, los hechos objeto del proceso resultarían atípicos- y en consecuencia, se desprenda la falta de competencia material (*ratione materiae*) del juez penal, por lo que se entienden normas contrarias al deber de tipificación suficiente y a la garantía del debido proceso, establecido en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contentivo, a su vez, del principio de legalidad y del derecho a ser juzgado por los jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, -49.6 y 49.4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-, aunado a la necesidad de generar seguridad jurídica en la interpretación del ordenamiento jurídico, esta Sala Constitucional, en uso de la potestad prevista en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desaplica por control difuso de la constitucionalidad los artículos 471-a y 472 del Código Penal Venezolano, en aquellos casos en donde se observe un conflicto entre particulares devenido de la actividad agraria, conforme a las previsiones establecidas en el artículo 197 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, resultando aplicable el procedimiento ordinario agrario establecido en el Capítulo VI del texto legal mencionado y competente**

para conocer en estos supuestos los juzgados de primera instancia agraria, teniendo el presente fallo carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia.

Ahora bien, como consecuencia del avocamiento al conocimiento de la presente causa, conforme a lo previsto en el artículo 109 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala Constitucional, pasa a pronunciarse sobre la resolución de lo planteado como sustento de la solicitud de avocamiento.

En ese orden de ideas, la Sala observa que, al ciudadano Rafael Celestino Belisario le fue otorgado, mediante un acto administrativo, emanado del Instituto Nacional de Tierras, una Garantía de Permanencia sobre el fundo “San Jerónimo”, el cual, presuntamente, colinda con el fundo “El Chiquero”, cuya posesión, en apariencia, detenta la ciudadana Carmen Susana Abreu, -quien figura como víctima en el proceso penal donde fueron condenados los referidos ciudadanos, por la comisión de los delitos de invasión, perturbación violenta a la posesión pacífica e incendio- por compra que le hiciera de la posesión y de las bienhechurías construidas en el denominado fundo “El Chiquero”, al ciudadano Rómulo Infante, mediante documento registrado por ante la Oficina Subalterna de Registro Público del Distrito Ribas, Estado Guárico, que según aduce el ciudadano Rafael Celestino Belisario, se encuentran dentro de los linderos del fundo “San Jerónimo”, tal como se desprende de acta de entrevista que se le efectuó en el transcurso de la investigación por ante el Ministerio Público.

De manera que, siendo que la Garantía de Permanencia es un beneficio emanado, mediante un acto administrativo, del Instituto Nacional de Tierras, otorgado dentro del régimen del uso de tierras con vocación agrícola, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, bajo las consideraciones que han quedado expuestas en el presente fallo, debe entenderse que es un instrumento legal y justo, que otorga derechos sobre la tierra a quien la produce, con lo que se descartan los elementos del tipo penal establecido en el artículo 471-a, contentivo del delito de invasión, referidos a la ajenidad y al ánimo de obtener un “*provecho injusto*” sobre el inmueble invadido.

Lo mismo cabe añadir respecto al delito de perturbación violenta a la posesión pacífica, cuyo principal elemento configurativo del tipo es la tenencia “*pacífica*” del inmueble, lo que implica que sobre el mismo no debe mediar disputa alguna que perturbe dicha posesión. Razón por la cual, en ambos casos -invasión o perturbación- es determinante la existencia de los instrumentos legales que demuestren la titularidad o posesión sobre el inmueble objeto del delito, por parte de quien detente alguna de estas cualidades –propietario o poseedor- y la inexistencia de conflicto alguno al respecto, que pongan en duda tal condición.

En consecuencia, evidenciándose en el caso que ocupa a la Sala que, el ciudadano Rafael Belisario le fue otorgado una Garantía de Permanencia sobre las mismas tierras o parte de éstas, que estaban siendo ocupadas por la ciudadana Carmen Susana Abreu, quien detenta un título de venta de la posesión y las bienhechurías construidas sobre las mismas, o sobre parte de las mismas -de lo que se desprende un posible conflicto de deslinde de predios rurales-, forzoso es concluir que de tales hechos emerge una disputa entre particulares producto de la actividad agraria, -cardinal 2 del artículo 197 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario- para lo cual se requería la intervención de la jurisdicción especial agraria, con el objeto de resolver dicho conflicto y no la de la jurisdicción penal ordinaria.

Con base a los anteriores argumentos, la Sala evidencia que los hechos por los cuales fueron juzgados y condenados los ciudadanos Rafael Belisario y Martín Javier Jiménez, no revisten carácter penal, en lo que respecta a los supuestos de invasión y perturbación violenta de la posesión pacífica, pues no se adecuan a los tipos penales establecidos en los artículos

471-a y 472 del Código Penal, debido a que no existen los elementos configurativos del tipo, vale decir: ajenidad y “*provecho injusto*”, ambos constitutivos del delito de invasión, ni, así tampoco, la posesión “*pacífica*” del inmueble objeto de controversia, pues es evidente el conflicto surgido de la actividad agraria que se desprende de las actuaciones. Y así se declara.

Como consecuencia de la anterior declaratoria, y ante la evidente violación del debido proceso, contenido en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo que se refiere al principio de legalidad y al derecho a ser juzgado por los jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, -artículos 49.6 y 49.4 del texto fundamental- y vista la imposibilidad de sanear el acto, esta Sala Constitucional, actuando de conformidad con lo establecido en el artículo 195 del Código Orgánico Procesal Penal, decreta la **nulidad absoluta** de todas las actuaciones realizadas en la presente causa, en consecuencia, en relación a los delitos de invasión y de perturbación violenta a la posesión pacífica, por los cuales fueron condenados los ciudadanos Rafael Belisario y Martín Javier Jiménez, se decreta el sobreseimiento de la causa, de conformidad con lo establecido en el artículo 318, cardinal segundo, del Código Orgánico Procesal Penal, por cuanto los hechos imputados y por los cuales fueron juzgados no son típicos; así mismo, en cuanto al delito de incendio, de conformidad con el artículo 196 *eiusdem*, se ordena la reposición de la causa a la etapa de investigación, a los fines de la prosecución de la investigación penal, por el delito de incendio, previsto en el artículo 343 del Código Penal, una vez resuelto por el tribunal agrario, al cual le compete el conocimiento de la presente causa, el conflicto por la tenencia de la tierra objeto del proceso, pues de allí se determinará si el incendio se produjo sobre un inmueble ajeno al predio ocupado por los ciudadanos Rafael Belisario y Martín Javier Jiménez. Y así se declara

Finalmente y en base a los anteriores pronunciamientos, se ordena la **inmediata libertad** de los ciudadanos Rafael Belisario y Martín Javier Jiménez. Así mismo, se ordena librar boleta de excarcelación a favor de los referidos ciudadanos. Oficiese a la Zona de Coordinación Policial de Valle de la Pascua, Estado Guárico, a tales fines.

Por todas las razones precedentemente expuestas esta Sala Constitucional se avoca al conocimiento de la presente causa y, en consecuencia, declara con lugar la solicitud de avocamiento, desaplica por control difuso de la constitucionalidad los artículos 471-a y 472 del Código Penal Venezolano, en aquellos casos en donde se observe un conflicto entre particulares devenido de la actividad agraria, declara con carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia la aplicación del **procedimiento ordinario agrario establecido en el Capítulo VI de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario**, en aquellos casos en donde se observe un conflicto entre particulares devenido de la actividad agraria, y en el resto de los supuestos ajenos a esta circunstancia especialísima –conflicto entre particulares con ocasión de la actividad agraria-, se aplicarán los tipos contenidos en las normas cuya desaplicación se declara para los casos indicados; siempre y cuando se encuentren se encuentren llenos los extremos legales consagrados en los mismos; decreta la nulidad absoluta de todas las actuaciones realizadas en la presente causa; repone la causa a la fase de investigación a los fines que se prosiga la investigación sobre el delito de incendio y ordena la inmediata libertad sin restricción de los ciudadanos Rafael Belisario y Martín Javier Jiménez.

2. *El Contencioso Administrativo especial*A. *El Contencioso Administrativo Especial Agrario: Emplazamiento (Cartel)*

TSJ-SC (1708)

16-11-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Instituto Nacional de Tierras

La Sala Constitucional fija interpretación constitucionalizante respecto al artículo 163 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, relacionado con la oportunidad procesal para instar el emplazamiento de los terceros interesados en darse por notificados mediante la expedición, publicación y consignación del cartel de emplazamiento, en los recursos contencioso agrarios.

En el presente caso, a los fines de determinar el procedimiento aplicable para el retiro y consignación del cartel de notificación de terceros que es lo que se cuestiona en el caso concreto, debe señalarse que deben respetarse las circunstancias fácticas e incluso de derecho, que existían para el momento en el cual se haya presentado el debate que se decida en el presente. (Véase Sentencia Nº 956 de 1 -6-2001, caso: “*Fran Valero González*” en *Revista de Derecho Público* Nº 85-86/87-88 de 2001pp304 y ss) y 1.032 del 5 de mayo de 2003, caso: “*Poliflex, C.A.*”, 3.702 del 19 de diciembre de 2003, caso. “*Salvador de Jesús González Hernández*” y 401 del 19 de marzo de 2004, caso: “*Servicios La Puerta, S.A.*”.

En tal sentido, esta Sala advierte que la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social estableció que “no existe vacío legal alguno que conlleve a la aplicación de una normativa distinta a la que regula el procedimiento contencioso administrativo agrario, tal como se estableció en decisión Nº 615 de fecha 4 de junio de 2004 (caso: *Ganadería San Marcos, S.A.* contra Instituto Agrario Nacional), en la que se determinó el procedimiento para retirar y consignar el cartel de notificación de los terceros interesados en un recurso contencioso administrativo especial agrario; dejando sentado que el lapso para llevar a cabo tal actividad es de diez (10) [días] hábiles, luego de que el tribunal de la causa ordene la publicación del referido cartel” -*Cfr.* Sentencia Nº 1.121/07-, en los siguientes términos:

“por cuanto la Exposición de Motivos de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario establece que la Sala Especial Agraria será la cúspide de la jurisdicción agraria en lo relativo a los litigios agrarios, así como en la materia contencioso administrativa agraria, considera necesario esta Sala pronunciarse sobre el modo y tiempo cómo debe llevarse a cabo la notificación de los terceros que hayan sido notificados o participado en vía administrativa para que se opongan en los juicios contencioso administrativos agrarios, consagrado en el artículo 178 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

Dispone el artículo 178 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, lo siguiente:

‘El auto que declare admisible el recurso ordenará la notificación del Procurador o Procuradora General de la República y de los terceros que hayan sido notificados o participado en vía administrativa, para que procedan a oponerse al recurso contencioso administrativo de nulidad, dentro de un lapso de diez (10) días hábiles. Igualmente, ordenará la remisión de los antecedentes administrativos sobre los cuales se abrirá pieza separada.’

En tal sentido, considera esta alzada necesario establecer que la notificación contemplada en el artículo 178 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, referente a los terceros, deberá efectuarse mediante un cartel dirigido a ‘todos los terceros que hayan sido notificados o participado en vía administrativa’ en el recurso contencioso administrativo de nulidad de que se trate, para que comparezcan a oponerse en un lapso de diez (10) días hábiles contados a par-

tir de la publicación del mismo, como lo estipula la norma en cuestión. Ahora bien, dicho cartel deberá ser consignado en el expediente dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que se hubiere expedido, y será publicado en un diario de mayor circulación local en el área de la jurisdicción del Tribunal competente por el territorio para conocer del procedimiento contencioso administrativo agrario de que se trate, o en su defecto, en un diario de mayor circulación nacional, en caso que no existiere aquél, ello por cuanto considera la Sala que para estos casos, el periódico de la localidad es el medio de mayor difusión y acceso en las regiones del interior de la República, y no así la Gaceta Oficial de la República, que es el medio consagrado por la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario para realizar las publicaciones de todos los actos que ella disponga.

En atención a lo antes expuesto, los Tribunales Superiores Regionales Agrarios deberán llevar a cabo la notificación de los terceros en los procedimientos contenciosos administrativos agrarios, contenida en el artículo 178 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, de conformidad con lo aquí establecido, y a partir de la publicación del presente fallo” -Cfr. Sentencia N° 615/04-.

Posteriormente, la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social precisó el criterio parcialmente transcrito, en la referida decisión N° 1.121 del 24 de mayo de 2007, indicando lo siguiente:

“Recibida la información en esta Sala, se constató que en ese período transcurrieron veintiún (21) días de despacho, es decir, se excedió el lapso de diez (10) días hábiles que establece el artículo 178 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, por tanto, deberá declararse con lugar la apelación propuesta, en razón de que se consumó la perención breve.

De otra parte, esta Sala, en función pedagógica, hace un llamado de atención al Tribunal de la causa, por cuanto declaró improcedente la solicitud de desistimiento del recurso de nulidad; lo procedente era resolver el pedimento de la parte accionada, en acatamiento del fallo N° 615 de esta Sala, dictado en fecha 4 de junio de 2004, por tanto, se insta al sentenciador del Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y de los Estados Miranda, Vargas, Guárico y Amazonas, a aplicar, en futuras ocasiones, las decisiones dictadas por esta Sala Especial Agraria para casos análogos, a los fines de mantener uniformidad en los criterios jurisprudenciales relativos a esta materia especial; de esta manera, se evitarán retrasos innecesarios y perjudiciales en la administración de justicia, en detrimento de los justiciables y el Estado venezolano”.

Respecto de la interpretación que debe dársele a la norma transcrita, esta Sala ha expresado en reiteradas oportunidades que el derecho a la igualdad implica brindar el mismo trato a todas las personas que se encuentran en idénticas o semejantes condiciones, por lo que aquellos que no se encuentran bajo tales supuestos podrían ser sometidos a un trato distinto, lo que hace posible que haya diferenciaciones legítimas, sin que tal circunstancia signifique alguna discriminación o vulneración del derecho a la igualdad .

Este derecho a la igualdad, debe ser garantizado por los jueces y juezas en todo *iter* procesal, toda vez que el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece la obligación de los funcionarios encargados de impartir justicia, dentro del ámbito de su competencia y conforme a lo previsto en la Carta Magna, de asegurar la integridad del Texto Fundamental.

Para verificar la existencia del trato desigual en el ámbito jurisdiccional, debe hacerse una comparación entre dos o más decisiones, que resuelvan casos análogos, y si resulta que una de ellas es de distinto juzgamiento, sin que se indique, en forma expresa, un cambio de criterio, ello permite concluir que se encuentra en entredicho el derecho de igualdad de aquellos sujetos involucrados en el caso resuelto por la decisión que es diferente a las demás. Se trata, pues, de una divergencia interpretativa en una decisión cuyo sentido diferente de otras

decisiones anteriores se debe a que se han hecho menciones jurídicas distintas a las que siempre se han tomado en cuenta, como ocurrió en el presente caso (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 366/07).

Cabe añadir además, que esta Sala en sentencia N° 3.057/2004 cuyo criterio fue ratificado en sentencias Nros. 366/2007 y 2.490/2007; asentó, que debe garantizarse la confianza legítima y la seguridad jurídica de los justiciables, en los siguientes términos:

(*omissis*)

De ello resulta pues, que relacionados como han sido los precedentes judiciales similares de la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, transcritos *supra*, observa esta Sala que el Instituto Nacional de Tierras, tenía la expectativa legítima que en el presente caso se verificó la perención reconocida en la jurisprudencia parcialmente transcrita de la mencionada Sala; por lo que al obtener un pronunciamiento diferente al que de manera reiterada la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia venía sosteniendo, se produjo una violación a los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, al no dársele el mismo trato, respecto de otros casos análogos. De tal manera que, la sentencia objeto de revisión se apartó de la doctrina pacífica y reiterada de la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, referida al retiro y consignación del cartel de notificación de terceros, como en el caso *sub iudice*.

En consecuencia, esta Sala a los fines de garantizar la uniformidad de la interpretación de las normas y principios constitucionales, en ejercicio de la potestad extraordinaria de revisión, declara ha lugar la solicitud de revisión y anula la sentencia N° 2.140 de la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia del 15 de diciembre de 2008 y, en consecuencia, ordena remitir copia de la presente decisión a la mencionada Sala, a los fines de que dicte un nuevo pronunciamiento, en acatamiento a la doctrina establecida anteriormente en el presente fallo. Así se decide.

Ahora bien, al margen del contenido de la revisión particular de la sentencia N° 2.140/08 objeto de la solicitud interpuesta, esta Sala advierte de la lectura de las sentencias dictadas por la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, que mediante la sentencia “N° 615 de fecha 4 de junio de 2004 (caso: *Ganadería San Marcos, S.A. contra Instituto Agrario Nacional*) (...) se determinó el procedimiento para retirar y consignar el cartel de notificación de los terceros interesados en un recurso contencioso administrativo especial agrario; dejando sentado que el lapso para llevar a cabo tal actividad es de diez (10) hábiles, luego de que el tribunal de la causa ordene la publicación del referido cartel”, pero inexplicablemente y sin fundamento legal alguno, procedió mediante la sentencia N° 1.121 del 24 de mayo de 2007, a establecer un lapso de diez días hábiles para la verificación de la “perención breve”, circunstancia que pretendió remediar en violación de los criterios vinculantes de esta Sala, mediante el criterio contenido en la sentencia objeto de revisión al señalar que “considera necesario (...), abandonar el criterio conforme al cual se sanciona con la perención breve al recurrente en vía de nulidad, cuando no cumple con la obligación de retirar y posteriormente consignar el cartel de notificación de terceros en el lapso de 10 días hábiles, luego de que el mismo haya sido expedido (...). Por consiguiente, la perención a considerar en materia agraria, será la establecida en el artículo 193 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, es decir, cuando hayan transcurrido seis (6) meses sin que se haya producido ningún acto de impulso procesal por la parte actora; criterio éste que deberá ser acatado por todos los tribunales agrarios de la República, a fin de evitar dilaciones indebidas en la administración de justicia”.

Ciertamente, si bien el contenido del entonces artículo 174, hoy 163 de la vigente Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (G.O. N° 5.991 del 29 de julio de 2010) plantea similares deficiencias a las detectadas por esta Sala respecto al párrafo 12 del artículo 21 de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que justifican una interpretación que regule a cabalidad la oportunidad procesal para instar el emplazamiento de los interesados, en darse por notificados en los recursos contencioso agrarios, conforme a los principios contenidos en los artículos 26 y 49 de la Constitución; tal interpretación no puede ser el producto de una determinación arbitraria que no responda a los criterios interpretativos ampliamente desarrollados por la jurisprudencia de este Máximo Tribunal, a los fines de dar coherencia y eficacia al ordenamiento jurídico vigente -vgr. Sentencias de esta Sala Nros. 2/01, 692/2005, 1.238/06, 1.488/2006, 2.413/2006, 301/07, 1.974/2007, 5.379/2007, 700/2008, 49/2009 y 53/2009, entre otras-.

En tal sentido, se comparte la intención de la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia contenida en la referida sentencia N° 615/04, en orden a garantizar el emplazamiento de los “terceros que hayan sido notificados o participado en vía administrativa” mediante la publicación de un cartel, pero la inclusión del emplazamiento por carteles en los términos del artículo 163 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, además genera la necesidad de contar con un precepto que regule eficazmente la oportunidad procesal para instar el emplazamiento de los interesados en darse por notificados en los recursos contencioso agrarios.

Esta Sala formuló un conjunto de consideraciones en torno al emplazamiento de los interesados en participar en los recursos de nulidad que se interpongan ante el Máximo Tribunal de la República,..(Véase Sentencia N°1238 de 21 -6-2006, caso: *Gustavo González Velutini* en *Revista de Derecho Público* N°106 de 2006, pp.210 y ss)

Ahora bien, dado que el artículo 163 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario no contiene un precepto que regule la oportunidad procesal para instar el emplazamiento de los interesados en darse por notificados en los recursos contencioso agrarios, esta Sala con el objeto de adecuar el régimen procesal agrario con los presupuestos constitucionales sobre los cuales se funda todo proceso judicial, conforme a los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, considera que para que el régimen de notificaciones a que alude el referido artículo 163, sea entendido a cabalidad; la Sala estima que al no existir en dicho texto normativo un precepto que regule la oportunidad procesal para instar el emplazamiento de los interesados en darse por notificados en los recursos de nulidad, a dicha fase resultaría aplicable en principio, lo dispuesto en el artículo 137 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el cual además de recoger el contenido de la sentencia de esta Sala ..(Véase Sentencia N°1238 de 21 -6-2006, caso: *Gustavo González Velutini* en *Revista de Derecho Público* N°106 de 2006, pp.210 y ss) permite garantizar cabalmente los principios de los procedimientos contencioso agrarios, al no existir una normativa similar aplicable en el contencioso administrativo o en procedimiento civil que responda a tales características.

Por tal razón, esta Sala siguiendo los lineamientos contenidos en su sentencia (Véase Sentencia N° 1238 de 21 -6-2006, caso: *Gustavo González Velutini* en *Revista de Derecho Público* N° 106 de 2006, pp.210 y ss) y en orden a garantizar los principios y derechos contenidos en los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, fija interpretación constitucionalizante del contenido del artículo 163 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, el cual deberá a los fines de su correcta aplicabilidad por los jueces competentes, asumir los siguientes principios a los fines de garantizar el derecho a la defensa y el debido proceso: (i) El auto que declare admisible el recurso ordenará la notifica-

ción del Procurador o Procuradora General de la República y mediante cartel a los terceros, incluyendo a quienes hayan sido notificados o participado en la vía administrativa; (ii) El cartel de emplazamiento será publicado por la parte recurrente en un diario de circulación nacional o regional, según sea el caso, para que los interesados concurren dentro del lapso de diez días de despacho siguientes a que conste en autos su publicación; (iii) La parte recurrente tendrá un lapso de diez días de despacho, contados a partir del momento en que se haya librado el cartel, para retirarlo y publicarlo y consignar en autos un ejemplar del periódico donde hubiese sido publicado y; (iv) Si la parte recurrente incumpliere con esta carga se declarará la perención de la instancia y se ordenará el archivo del expediente, salvo que existan razones de orden público que justifiquen la continuación de la causa, en cuyo caso, el cartel deberá ser publicado por el tribunal que conoce la causa.

Ahora bien, a los fines de fijar la aplicación en el tiempo de la interpretación efectuada en el presente fallo, esta Sala debe ponderar la incidencia respecto a los juicios existentes y finalizados en aplicación de un criterio de la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, que se apartó de los parámetros interpretativos establecidos por esta Sala y el ordenamiento jurídico vigente.

A tal efecto, cabe reiterar que si se concibe a la norma jurídica como instrumento fundamental para la obtención de la justicia, tal afirmación tiene repercusiones más allá de las soluciones que de forma abstracta el Poder Nacional instaura por vía legislativa -al regular los supuestos de hecho de las normas, delimitando las actuaciones prohibidas o debidas-, ya que la justicia sólo se alcanza en la correcta aplicación que realiza el juzgador al caso concreto (justicia material).

En tal sentido, los principios constitucionales (justicia formal) enuncian un conjunto de derechos y garantías, en los cuales el proceso judicial se caracteriza por su instrumentalidad ya que el fin primordial de éste, es garantizar que *“las decisiones que se dicten a los efectos de resolver las controversias entre las partes no sólo estén fundadas en el Derecho, en atención a lo alegado y probado en autos, sino también en criterios de justicia y razonabilidad que aseguren la tutela efectiva de quien haya demostrado su legítima pretensión en el asunto a resolver”* -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 692/2005-.

Desde tal perspectiva, deviene en una verdadera obligación del Poder Judicial la búsqueda de medios para propender a armonizar en el marco de un debido proceso, los distintos componentes que conforman la sociedad, a los fines de lograr un justo equilibrio entre los intereses que se debaten en un caso -artículos 253, 254, 256 y 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-. El medio para lograr esa inevitable armonización de la sociedad, debe ser el resultado ineludible de una interpretación de la Constitución que responda a las necesidades de la sociedad en un momento determinado, tomando en cuenta el impacto y alcance de las decisiones que se asuman.

Así, no se concibe una efectiva tutela judicial sin la posibilidad del intérprete de la Constitución, de actuar con pleno conocimiento de la realidad social y una amplia facultad de elección en materia de hermenéutica jurídica, ya que la protección efectiva de los derechos fundamentales, no son únicamente el resultado de una interpretación amplia y liberal de su contenido, sino la respuesta a las necesidades inmediatas y futuras que plantea la sociedad en su devenir -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 692/2005-.

De ello resulta pues, que no podría aseverarse la existencia del derecho y menos de la justicia, si estos fueren arbitrarios, tal como lo afirmó esta Sala en reciente sentencia, al establecer que

“es un dogma de nuestro sistema de justicia aquel según el cual todo acto de una autoridad en ejercicio del Poder Público, contrario al ordenamiento jurídico vigente es nulo, ya que ninguna actividad del Estado puede vulnerar la Constitución y pretender mantener su validez; siendo obligación ineludible del Poder Judicial, declarar nulos todos los actos contrarios a la Constitución, ya que desconocer este fundamental aserto, equivaldría a afirmar la arbitrariedad como principio y excluir los más arraigados valores sobre los cuales se sustenta todo Estado de Derecho”

Ahora bien, al ser la Constitución una estructura normativa necesariamente coherente y vinculante, ninguna disposición constitucional debe ser interpretada de forma aislada o con independencia al régimen jurídico estatutario y general, ya que la abstracción o el aislamiento de una norma, puede alterar el equilibrio del sistema normativo, desdibujando su contenido y generando contradicciones con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico -vgr. Igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima, entre otros- y, en consecuencia, en la obtención del bien común general.

Por ello, la labor del Poder Judicial consiste fundamentalmente en mantener abierta la posibilidad de que en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidos los órganos del Poder Público, deben cumplir con sus objetivos y tomar las decisiones pertinentes en la consecución de los fines del Estado, y una vez que hayan actuado o decidido, según sea el caso, controlar conforme a la competencia que la Constitución le atribuye, la correspondencia de dichas actuaciones con la norma fundamental.

Así, en el marco del Estado Social de Derecho y Justicia consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, deben darse decisiones judiciales justas aun cuando desde una perspectiva estrictamente normativa y formal ello sea imposible, en la medida que en el marco de la tutela de los derechos fundamentales y conforme al principio de racionalidad del ordenamiento jurídico, es ineludible la obligación que tiene el derecho como sistema de normas de ser un instrumento para el bien común.

En ese marco conceptual se inserta la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que en sus decisiones, esta Sala debe tener en cuenta que el derecho aplicable *“se compone de esencias que se articulan entre sí, prefiguran la mejor solución para cualquier conflicto, realizan en cada caso del modo mejor la justicia y el bien y subsisten aun contra la voluntad del legislador legítimo, el entendimiento de los ciudadanos (...) y hasta las determinaciones históricas y sociales”* -Cfr. Juan Antonio García Amado. *Interpretar, Argumentar, Decidir*, en *Anuario de Derecho Penal*, monográfico sobre Interpretación y Aplicación de la Ley Penal, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo (Suiza), Perú, 2005. p. 32-73-.

Así, esta Sala incluso en supuestos en los que la norma plantea una solución que no se corresponda con la esencia axiológica del régimen estatutario aplicable, ha considerado que la interpretación contraria a la disposición normativa será la correcta, en la medida que es la exigida por el Derecho Constitucional, en su verdadera y más estricta esencia -Vid. Sentencias de la Sala Nros. 1.488/2006, 2.413/2006, 1.974/2007, 5.379/2007, 700/2008, (Véase Sentencia N°49 de 3 -2-2009, caso: *Amante Vero Crincoli Paternostro* en *Revista de Derecho Público* N° 117 enero-marzo de 2009, pp. 86 y ss.) y 53/2009-.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, esta Sala a los fines de garantizar la efectiva garantía de principios jurídicos fundamentales como el de igualdad, confianza legítima y seguridad jurídica que debe procurarse en todo Estado de Derecho, y dado que como consecuencia de la presente revisión y de la fijación de un criterio con carácter vinculante establecido en el presente fallo, se generaría -en caso de establecerse con carácter retroactivo el contenido de la presente decisión- una grave alteración del conjunto de situaciones, dere-

chos y expectativas nacidas del régimen en vigor para el momento en que se produjeron los hechos e incluso un caos procesal en todo el sistema jurisdiccional agrario, en el presente caso se fija la aplicación en el tiempo de la interpretación sobre el aspecto procesal *supra* señalado en el presente fallo con carácter *ex nunc*, esto es a partir de su publicación en la Gaceta Judicial. Así se declara.

Finalmente, visto el contenido de este fallo se ordena su publicación en la Gaceta Judicial y la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, así como su reseña en la página web de este Tribunal. Así se decide.

B. *El Contencioso Administrativo Especial Tributario*

TSJ-SC (1285)

18-10-2011

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Janssen Cilag, C.A. vs. Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH)

Los aportes realizados en conjunto por los trabajadores y patronos al Subsistema de Vivienda y Política Habitacional (actual Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat) y al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV) son contribuciones parafiscales sujetas a lo establecido en la normativa tributaria, razón por la cual la competencia para conocer de los actos emanados de la Gerencia de Fiscalización del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), que determinen tributos, apliquen sanciones o afecten en cualquier forma los derechos de los administrados, respecto al referido aporte, corresponderá a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Tributario. Así se declara.

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control innominado de la constitucionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

TSJ-SC (1547)

17-10-2011

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Control del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 1 de septiembre de 2011 (Leopoldo López Mendoza)

La Sala Constitucional señala que la Ley del Tribunal Supremo de Justicia no contiene ningún dispositivo que haga referencia al conocimiento y resolución de las controversias suscitadas con motivo de la interpretación y ejecución de las convenciones internacionales, pero invoca la sentencia N° 1077/2000, la cual sí prevé esta razón de procedencia de interpretación constitucional, a los efectos de determinar el alcance e inteligencia de la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional con base en un tratado de jerarquía constitucional.

Precisado lo anterior debe esta Sala pronunciarse respecto de la naturaleza de la acción propuesta, para lo cual advierte:

A juicio de esta Sala, la parte actora no pretende la “nulidad” de la Convención Americana de Derechos Humanos ni del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que el recurso de nulidad como mecanismo de control concentrado de la constitucionalidad no resulta el idóneo.

Tampoco se trata de una colisión de leyes, pues de lo que se trata es de una presunta controversia entre la Constitución y la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional fundamentada en normas contenidas en una Convención de rango constitucional, lo que excede los límites de ese especial recurso, pues la presunta colisión estaría situada en el plano de dos normas de rango constitucional.

En definitiva, del estudio pormenorizado de la solicitud se evidencia que la misma está dirigida a ejercer un “control innominado de constitucionalidad”, por existir una aparente antinomia entre la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Americana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, producto de la pretendida ejecución del fallo dictado el 1 de septiembre de 2011, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que condenó a la República Bolivariana de Venezuela a la habilitación para ejercer cargos públicos al ciudadano Leopoldo López Mendoza, lo que amerita que esta Sala en ejercicio de su condición de último interprete de la Constitución, realice el debido control de esas normas de rango constitucional y pondere si con la ejecución del fallo de la CIDH se verifica tal confrontación

Al respecto, debe esta Sala determinar el alcance de la acción de control constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, para luego analizar el régimen de competencia, la admisibilidad y, en el supuesto de que fuera admitida, el procedimiento aplicable.

En tal sentido, se observa:

La Sala Constitucional, en la oportunidad de conocer sobre la conformidad constitucional del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) –Caso: Corte Primera de lo Contencioso Administrativo-, asumió la competencia con base en la sentencia 1077/2000 y según lo dispuesto en el cardinal 23 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004.

Dicho cardinal establecía que era competencia de la Sala Constitucional: “*Conocer de las controversias que pudieran suscitarse con motivo de la interpretación y ejecución de los Tratados, Convenios o Acuerdos Internacionales suscritos y ratificados por la República. La sentencia dictada deberá ajustarse a los principios de justicia internacionalmente reconocidos y será de obligatorio cumplimiento por parte del Estado venezolano*”.

En dicha oportunidad, esta Sala Constitucional concluyó que la solicitud formulada por la Procuraduría General de la República no podía encuadrarse en un recurso de nulidad, pues no se trataba de una acción de nulidad de un acto en ejecución directa de la Constitución y tampoco se trataba de una colisión de leyes.

Ahora bien, la argumentación de la Sala Constitucional para asumir la competencia para conocer de la conformidad constitucional de un fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sufrido un cambio con la aprobación de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010.

En efecto, no está incluido en el nuevo texto legal ningún cardinal cuya redacción aluda al contenido del antiguo artículo 5.23 de la Ley de 2004. Si se observa el artículo 25 de la Ley de 2010, contentivo de las competencias de la Sala Constitucional, no se advierte ningún

dispositivo que haga referencia al conocimiento y resolución de las controversias suscitadas con motivo de la interpretación y ejecución de las convenciones internacionales. Ciertamente, el numeral 17 del artículo 25 de la nueva ley pauta que corresponde a esta Sala “*conocer de la demanda de interpretación de normas y principios que integran el sistema constitucional*”.

Pero lo que se está solicitando no es la interpretación de una “*norma o principio*”, sino el análisis de la conformidad constitucional de un fallo de un tribunal de derecho internacional público cuya ejecución se pretende en nuestro país.

Ahora bien, es criterio de esta Sala Constitucional que, al no existir disposición expresa que contemple esta modalidad de control concentrado de la constitucionalidad, lo pertinente es invocar la sentencia N° 1077/2000, la cual sí prevé esta razón de procedencia de interpretación constitucional, a los efectos de determinar el alcance e inteligencia de la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional con base en un tratado de jerarquía constitucional, ante la presunta antinomia entre la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Constitución Nacional. El fundamento de esta competencia se complementa con lo previsto en el artículo 335 de la Constitución que a la letra dice: “*El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República*” (subrayado de este fallo).

Por otra parte, al haber eliminado el legislador la previsión contemplada en el artículo 5.23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 y no haber dictado las normas adjetivas que permitan la adecuada implementación de las “*decisiones emanadas de los órganos internacionales*” de conformidad con lo previsto en el artículo 31 constitucional (en su único aparte), el Estado (y, en concreto, la Asamblea Nacional) ha incurrido en una omisión “*de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución...*”, a tenor de lo previsto en el artículo 336.7 *eiusdem* en concordancia con lo pautado en la Disposición Transitoria Sexta del mismo texto fundamental. En consecuencia, ante la omisión de la Asamblea Nacional de dictar las normas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones de los organismos internacionales y/o para resolver las controversias que podrían presentarse en su ejecución, esta Sala Constitucional asume la competencia para verificar la conformidad constitucional del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control constitucional que implica lógicamente un “control de convencionalidad” (o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano), lo cual debe realizar en esta oportunidad esta Sala Constitucional, incluso de oficio; y así se decide.

V

DE LA ADMISIBILIDAD

Sentado lo anterior, pasa esta Sala a pronunciarse acerca de la admisibilidad de dicha acción de control de constitucionalidad, para lo cual observa que por cuanto de su examen se constata que cumple con los extremos jurisprudenciales para la admisión de este tipo de recursos, y no se encuentra incurso en ninguna de las causales de inadmisibilidad que preceptúa el artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se admite en cuanto ha lugar en derecho. Así se decide.

VI

RÉGIMEN PROCESAL

Como no se trata de una “demanda” de interpretación de normas o principios del sistema constitucional (artículo 25.17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), sino de una modalidad innominada de control concentrado que requiere de la interpretación para determinar la conformidad constitucional de un fallo; esta Sala, con fundamento en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con el párrafo primero del artículo 145 *eiusdem*, determina que al tratarse de una cuestión de mero derecho, la presente causa no requiere sustanciación, razón por la cual entra a decidir sin trámite y sin fijar audiencia oral para escuchar a los interesados ya que no requiere el examen de ningún hecho, omitiéndose asimismo la notificación a la Fiscalía General de la República, la Defensoría del Pueblo y los terceros interesados, en razón de la necesidad de impartir celeridad al pronunciamiento por la inminencia de procesos de naturaleza electoral, los cuales podrían ser afectados por la exigencia de ejecución de la sentencia objeto de análisis. Así se decide.

TSJ-SC (1547)

17-10-2011

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Control del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 1 de septiembre de 2011 (Leopoldo López Mendoza)

La Sala declara inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 1 de septiembre de 2011, en el que se condenó al Estado Venezolano, a través “de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE),” a asegurar “que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales.

El 1 de septiembre de 2011, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió sentencia mediante la cual declaró responsable internacionalmente a la República Bolivariana de Venezuela por haber presuntamente vulnerado el derecho político a ser elegido (sufragio pasivo) del ciudadano Leopoldo López Mendoza con base en unas sanciones de inhabilitación de tres (3) y seis (6) años para el ejercicio de funciones públicas que le fueron impuestas por el Contralor General de la República.

En tal sentido, la Corte indicó que el punto central del presente caso radica en las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo en aplicación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF), que le impidieron registrar su candidatura para cargos de elección popular.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entendió que el caso debe resolverse mediante la aplicación de lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención Americana, porque se trata de sanciones que impusieron una restricción al derecho a ser elegido, sin ajustarse a los requisitos aplicables de conformidad con el párrafo 2 del mismo, relacionado con “*una condena, por juez competente, en proceso penal*”.

En consecuencia, la Corte ordenó al Estado venezolano:

i) Asegurar a través de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE), que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del ciudadano López Mendoza en el evento electoral en que desee inscribirse, que se celebre con posterioridad a la emisión de la sentencia;

ii) Dejar sin efecto las Resoluciones de 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005 emitidas por el Contralor General de la República mediante las cuales declaró la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas del ciudadano López Mendoza por un periodo de 3 y 6 años, respectivamente;

iii) Publicar el resumen oficial de la sentencia en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, y la totalidad de la sentencia en un web oficial.

iv) Adecuar al artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, de acuerdo a lo señalado en la sentencia.

v) Pagar la cantidad fijada en la sentencia por concepto de reintegro de costas y gastos.

Por otra parte, la Corte consideró que el Estado era responsable por la violación del deber de motivación y el derecho a la defensa en los procedimientos administrativos que derivaron en la imposición de las sanciones de inhabilitación en perjuicio del ciudadano López Mendoza, en virtud de que el Contralor no formuló una motivación adecuada y autónoma –distinta a la de imposición de multas– para justificar la sanción de inhabilitación. Igualmente, consideró que los recursos judiciales interpuestos por la presunta víctima ante las Salas Político Administrativa y Constitucional tampoco cumplieron con dar una respuesta efectiva e idónea para amparar su derecho a ser elegido, vulnerando el derecho a la protección judicial.

Asimismo, el fallo recuerda “*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 y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles están en la obligación de ejercer **ex officio** un ‘control de convencionalidad’, entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben 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*”.

Finalmente, la Corte Interamericana señala que “*supervisaré el cumplimiento íntegro de esta sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana*”.

En primer término, es necesario advertir que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es un tratado multilateral que tiene jerarquía constitucional y prevalece en el orden interno solo “*en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables*” a las establecidas en la Constitución, de conformidad con lo pautado en el artículo 23 de nuestro texto fundamental.

Dicho artículo 23 constitucional, dispone a la letra:

“Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

Por otro lado, es importante referir que Venezuela ratificó dicha Convención el 23 de junio de 1977, y los días 9 de agosto de 1977 y 24 de junio de 1981 reconoció expresamente las competencias de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente. En concreto, de conformidad con lo previsto en el artículo 62 de la Convención, el Estado parte puede declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de su texto, lo cual efectivamente fue hecho por nuestro país.

Ahora bien, para determinar el alcance del fallo del 1 de septiembre de 2011 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su obligatoriedad, es preciso observar lo siguiente:

Como se indicó *supra*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que “el punto central” del fallo es la presunta violación del derecho a ser elegido del ciudadano Leopoldo López, infringiendo el artículo 23 de la Convención Americana, en vista de que esta disposición exige en su párrafo 2 que la sanción de inhabilitación solo puede fundarse en una condena dictada por un juez competente, en un proceso penal.

Sobre el punto, es preciso reiterar (ver fallo N° 1939/2008, caso: *Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*) que:

... “[e]l preámbulo de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” aclara que la protección internacional que de ella se deriva es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Es decir, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede pretender excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno, pues la Convención coadyuva o complementa el texto fundamental que, en el caso de nuestro país, es “la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico” (artículo 7 constitucional).

Por otra parte, el citado artículo 23 de la Constitución no otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango “*supraconstitucional*”, por lo que, en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable, tomando en consideración tanto lo dispuesto en la citada norma como en la jurisprudencia de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, atendiendo al contenido de los artículos 7, 266.6, 334, 335, 336.11 *eiusdem* y el fallo número 1077/2000 de esta Sala.

Sobre este tema, la sentencia de esta Sala N° 1309/2001, entre otras, aclara que el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de la Carta Fundamental cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*). Agrega el fallo citado: “en este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado”.

Concluye la sentencia que: “no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico por encima de la Constitución” y que son inaceptables las teorías que pretenden limitar “so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional”.

En el mismo sentido, la sentencia de esta Sala N° 1265/2008 estableció que en caso de evidenciarse una contradicción entre la Constitución y una convención o tratado internacional, “deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos... (...) sobre los intereses particulares...”.

Por otra parte, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su decisión N° 1942/2003 precisó, en relación con el artículo 23 constitucional, lo siguiente:

“A juicio de la Sala, dos elementos claves se desprenden del artículo 23: 1) Se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales; 2) Se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos. (...)”

‘Repite la Sala, que se trata de una prevalencia de las normas que conforman los Tratados, Pactos y Convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales, ya que el artículo 23 constitucional es claro: la jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara. (...)’

Resulta así que es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela.

Esta competencia de la Sala Constitucional en la materia, que emana de la Carta Fundamental, no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en Tratados ni en otros textos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el país, que permitan a los Estados partes del Tratado consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la Convención o Pacto, como se establece en el artículo 64 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, ya que, de ello ser posible, se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes. (...)’

A las decisiones de esos organismos se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución, el cual reza: ‘La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico.

Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución siempre que se ajusten a las competencias orgánicas, señaladas en los Convenios y Tratados. Debido a ello, a pesar del respeto del Poder Judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, éstos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como no pueden infringir la normativa de los Tratados y Convenios, que rigen esos amparos u otras decisiones.

Si un organismo internacional, aceptado legalmente por la República, amparara a alguien violando derechos humanos de grupos o personas dentro del país, tal decisión tendría que ser rechazada aunque emane de organismos internacionales protectores de los derechos humanos...(...)

'La Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara. (...)

Los artículos 73 y 153 constitucionales, contemplan la posibilidad que puedan transferirse competencias venezolanas a órganos supranacionales, a los que se reconoce que puedan inmiscuirse en la soberanía nacional.

Pero la misma Constitución señala las áreas donde ello podría ocurrir, cuales son -por ejemplo- las de integración latinoamericana y caribeña (artículo 153 *etiusdem*). Áreas diversas a la de los Derechos Humanos *per se*, y donde las sentencias que se dicten son de aplicación inmediata en el territorio de los países miembros, como lo apunta el artículo 91 de la Ley Aprobatoria del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Entiende la Sala que, fuera de estas expresas áreas, la soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna por mandato del artículo 1 constitucional, que establece como derechos irrenunciables de la Nación: la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional. Dichos derechos constitucionales son irrenunciables, no están sujetos a ser relajados, excepto que la propia Carta Fundamental lo señale, conjuntamente con los mecanismos que lo hagan posible, tales como los contemplados en los artículos 73 y 336.5 constitucionales, por ejemplo.

Consecuencia de lo expuesto es que en principio, la ejecución de los fallos de los Tribunales Supranacionales no pueden menoscabar la soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República" (subrayados de este fallo).

Por otra parte, la Sala Constitucional, en su sentencia 1265/2008 decidió:

"Por lo que respecta a la presunta inconstitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, por violentar lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esta Sala Constitucional observa:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José el 22/11/69 y ratificada por nuestro país el 09/08/1977, es una declaración de principios, derechos y deberes de corte clásico que da preeminencia a los derechos individuales, civiles y políticos dentro de un régimen de democracia formal. Obviamente, como tal, es un texto que contiene una enumeración de libertades de corte liberal que son valiosas para garantizar un régimen que se oponga a las dictaduras que han azotado nuestros países iberoamericanos desde su independencia.

Ahora bien, en ella no hay norma alguna sobre derechos sociales (solo hay una declaración de principios acerca de su desarrollo progresivo en el artículo 26), ni tampoco tiene previsión sobre un modelo distinto al demócrata liberal, como lo es la democracia participativa, ni contempla un tipo de Estado que en lugar de construir sus instituciones en torno al individuo, privilegie la sociedad en su conjunto, dando lugar a un Estado social de derecho y de justicia.

Por otra parte, en relación a los derechos políticos, el artículo 23.2, admite la 'reglamentación' de los mismos mediante ley, en atención a razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Esta disposición no alude a restricción en el ejercicio de estos derechos, sino a su reglamentación. En todo caso, de una manera general, el artículo 30 eiusdem admite la posibilidad de restricción, siempre que se haga 'conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas'.

Aunada a esta prescripción, el artículo 32.2 pauta que 'los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática'.

En función de lo expuesto, esta Sala considera que es posible, de conformidad con la 'Convención Americana sobre los Derechos Humanos', restringir derechos y libertades, siempre que sea mediante ley, en atención a razones de interés general, seguridad de todos y a las justas exigencias del bien común.

Estas previsiones contenidas en los artículos 30 y 32.2 de la Convención adquieren particular importancia cuando estamos en presencia, en el caso de Venezuela, de un ordenamiento constitucional que, sin duda, privilegia los intereses colectivos sobre los particulares o individuales, al haber cambiado el modelo de Estado liberal por un Estado social de derecho y de justicia.

En tal sentido, en el supuesto negado de que exista una antinomia entre el artículo 23.2 y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la prevalencia del tratado internacional no es absoluta ni automática. En efecto, el artículo 23 constitucional exige para la aplicación preferente del tratado, pacto o convención relativos a derechos humanos, que éstos contengan normas más favorables a las de la Constitución.

Ahora bien, ¿qué valores debe tener presente el Tribunal para determinar cuándo debe considerarse que esa disposición convencional es más 'favorable' que la normativa constitucional interna?

Es imprescindible para resolver esta antinomia, de existir, tomar en consideración lo que esta Sala Constitucional ha resuelto a través de su jurisprudencia. En concreto, en la sentencia 1309/2001, se estableció que '...la interpretación debe tener una doble justificación: la interna o coherencia con el sistema jurídico; y la externa o adecuación con la mejor teoría política que subyazca tras el sistema y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica...'

*En consecuencia, la interpretación está condicionada material e ideológicamente. El derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución); y la interpretación debe comprometerse si se quiere mantener la supremacía de la Carta Fundamental, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional, que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*).*

*Agrega el fallo **in commento** que, 'En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser comparables con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegian los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el Derecho Nacional en detrimento de la soberanía del Estado. Aunque la teoría moderna del Derecho ha quitado al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le atribuía, para la ciencia jurídica actual, la formulación de la relación entre el Derecho internacional y el Derecho nacional varía según el sistema de referencia adoptado, siendo que para ello, como expresa Kelsen, los dos sistemas son igualmente admisibles, y no hay método jurídico que permita dar preferencia a uno en menoscabo del otro (*Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960, p. 343). Y se observa que la validez del derecho internacional depende del reconocimiento explícito de la Constitución (artículo 23), desde un punto de vista sistemático, la opción por la primacía del Derecho Internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista.... La nueva teoría es com-*

bate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela` (Subrayado de este fallo).

Una vez más se advierte del texto de la sentencia invocada la especificidad de la interpretación de las normas constitucionales: la necesidad de asegurar la supremacía constitucional (artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y el análisis técnico en consonancia con el proyecto político de la Constitución.

Asimismo, la sentencia 1309/2001 observa que `...la interpretación constitucional hace girar el proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución (verfassung konforme Auslegung von Gesetze)...`.

Esta conformidad requiere el cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) (RIPERT. *Les forces créatrices du droit*. Paris. LGDJ, 1953, pp. 307 y ss); y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo público y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en los cuales descansa el Estado Constitucional venezolano.

Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, en consecuencia, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto que ella encarna por voluntad del pueblo.

Por tanto, según la sentencia 1309/2001, `no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución, ni que la interpretación de ésta llegue a contrariar la teoría política propia que sustenta.

Desde este punto de vista, habría que negar cualquier teoría propia que postule derechos o fines absolutos y aunque no se excluyen las antinomias intraconstitucionales entre normas y entre estas y los principios jurídicos (verfassungswidrige) [normas constitucionales, inconstitucionales] la interpretación o integración debe hacerse ohne naturecht (sin derecho natural), según la tradición de cultura viva, cuyo sentido y alcance dependan del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano. Parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política in fieri, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1 eiusdem` (subrayado de este fallo).

En conclusión, el fallo 1309/2001 reivindica la supremacía constitucional, la soberanía y la autodeterminación nacional y la reivindicación de la tradición de cultura como fuente de interpretación y no solo de integración, frente a los postulados pretendidamente universales, fundados en el derecho natural, y que no son más que una opción por la `interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista`.

Con fundamento en las consideraciones expuestas y en la jurisprudencia citada, esta Sala concluye que la restricción de los derechos humanos puede hacerse conforme a las leyes que se dicten por razones de interés general, por la seguridad de los demás integrantes de la sociedad y por las justas exigencias del bien común, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 y 32.2 de la `Convención Americana sobre derechos humanos`.

Esta prescripción es en un todo compatible con lo dispuesto en los artículos 19 y 156, cardinal 32 de la Constitucional (sic) Nacional. Lo previsto en el artículo 23.2 no puede ser invocado aisladamente, con base en el artículo 23 de la Constitución Nacional, contra las competencias y atribuciones de un Poder Público Nacional, como lo es el Poder Ciudadano o Moral.

En concreto, es inadmisibile la pretensión de aplicación absoluta y descontextualizada, con carácter suprahistórico, de una norma integrante de una Convención Internacional contra la prevención, investigación y sanción de hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (artículo 271 constitucional) y las atribuciones expresamente atribuidas por el Constituyente a la Contraloría General de la República de ejercer la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos (art. 289.1 eiusdem); y de fiscalizar órganos del sector público, practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, e 'imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley' (art. 289.3 eiusdem). En tal sentido, deben prevalecer las normas constitucionales que privilegian el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegian los intereses colectivos involucrados en la lucha contra la corrupción sobre los intereses particulares de los involucrados en los ilícitos administrativos; y así se decide”.

Además de los criterios jurisprudenciales antes referidos, esta Sala Constitucional considera pertinentes las observaciones que el Magistrado Diego García-Sayán hace en su voto concurrente razonado del fallo objeto de análisis. En efecto, dicho voto expone:

1. *“El caso resuelto por la Corte se refiere a una víctima perfectamente individualizada, el señor Leopoldo López Mendoza, y a una situación y materia jurídica con un ‘punto central’ identificado por la Corte:*

100. El punto central del presente caso radica en las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo en aplicación del artículo 105 de la LOCGRSNCF, que le impidieron registrar su candidatura para cargos de elección popular.

2. En torno a este aspecto central de la controversia la Corte ha determinado la responsabilidad internacional de Venezuela por la afectación, inter alia, al derecho establecido en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos según el cual: ‘[l]a ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal’.

3. Siendo el tema esencial de este caso el derecho del señor López Mendoza a registrar su candidatura para cargos electivos y habiendo la Corte declarado la violación del derecho a ser elegido, remitiéndose, entre otras, a la estipulación contenida en el artículo 23.2 de la Convención, corresponde complementar la interpretación del Tribunal sobre dicha disposición para los efectos acotados de este caso. El asunto al que se vio enfrentada la Corte en el presente caso guarda relación, también, con el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la administración y sus límites tratándose de restricciones al sufragio pasivo.

4. Por las consideraciones que se exponen en la Sentencia, la Corte ha concluido que en este caso se vulneró el artículo 23.2 de la Convención Americana. Sin embargo, de sustentarse esa conclusión exclusivamente en una interpretación literal de la norma y no ser complementada con una explicación y fundamentación mayor, así como con otras herramientas de interpretación, podría conducir a conclusiones equívocas si se proyectara más allá del caso y para otras situaciones de afectación de derechos políticos. Que, particularmente, podría ser interpretada en un sentido debilitante de capacidades institucionales de los Estados en el enfrentamiento al flagelo de la corrupción.

5. De una interpretación no sólo literal sino sistemática y evolutiva del artículo 23.2 que, además, incorpore los trabajos preparatorios de la Convención como criterio complementario, se llega en este voto concurrente a un enfoque alternativo...

Interpretación comprensiva del artículo 23.2

6. Es conveniente un análisis adicional sobre las expresiones ‘exclusivamente’ y ‘condena, por juez competente, en proceso penal’ contenidas en el artículo 23.2 de la Convención. En

particular para determinar si con ello se excluye totalmente la posibilidad de que se impongan limitaciones para ejercer cargos públicos por vías judiciales distintas a la penal o por vías administrativas, disciplinarias o a través de otros mecanismos. Una interpretación sistemática, evolutiva y teleológica así como el instrumental complementario de los trabajos preparatorios de la Convención Americana nos lleva a conclusiones diferentes.

7. La Corte ha efectuado ya, en un caso distinto, una determinación sobre el término 'exclusivamente' y determinó que debía ser interpretado de manera sistemática con el artículo 23.1 y con el resto de los preceptos de la Convención y los principios básicos que la inspiran. En particular, se estableció que las causales consagradas en dicho artículo no son taxativas sino que pueden ser reguladas teniendo en cuenta variantes tales como las necesidades históricas, políticas, sociales y culturales de la sociedad:

166. El sistema interamericano [no] impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos.

8. El análisis sistemático, teniendo en cuenta los elementos del presente caso, apunta, primero, a analizar esta norma de la Convención Americana en relación con otros instrumentos internacionales, universales y regionales, que regulan las restricciones a derechos políticos. Adicionalmente, hace indispensable tomar en cuenta el alcance y repercusión de instrumentos internacionales adoptados en el marco de la lucha contra la corrupción, todos ellos posteriores a la Convención Americana que data de 1969.

9. En este orden de análisis es de resaltar que en los demás ordenamientos internacionales de protección de derechos humanos no existe referencia específica de los medios o mecanismos por los cuales se puede regular el derecho a presentarse a elecciones o el ejercicio del derecho al sufragio pasivo. No se ha estipulado en el sistema universal ni en los demás sistemas regionales una norma que establezca que los Estados sólo pueden restringir el sufragio pasivo por medio de 'condena, por juez competente, en proceso penal'.

10. En el ámbito universal el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no incluye posibles causales para la restricción o reglamentación de los derechos políticos semejante al artículo 23.2 de la Convención. Si establece que los mismos no pueden ser limitados por 'restricciones indebidas'. El Convenio Europeo, en su artículo 3 del Protocolo 1, se limita a consagrar la obligación de garantizar 'elecciones libres'. En algunos casos el Tribunal Europeo sí ha establecido que los Estados Parte pueden establecer requisitos para la presentación de un candidato a elecciones, y que en este ámbito se pueden imponer requisitos más estrictos que en las condiciones para poder votar. Por último, en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no hay norma parecida al artículo 23.2 de la Convención Americana.

Ahora bien, la Sala, aunque coincide casi en su totalidad con el enfoque alternativo del Magistrado García-Sayán, no puede compartir, por los argumentos vertidos en los fallos referidos *supra*, la conclusión de que la sanción de inhabilitación solo puede ser impuesta por una "autoridad judicial".

En tal sentido, en la citada sentencia 1265/2008 esta Sala precisó lo siguiente:

"Es de advertir, en cuanto al fondo, que como expresa G. CABANELLAS en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VII (R-S) p. 294, 'la sanción administrativa puede implicar la inhabilitación para ejercer una profesión o actividad'.

Asimismo, en atención a la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (art. 274 Constitución de República Bolivariana de Venezuela), el Poder Ciudadano está autorizado para ejercer un poder sancionador sustancialmente análogo al derecho penal, incluyendo sanciones como las accesorias del artículo 105, cuyo objetivo es la protección del orden social general (ver Diccionario Jurídico Espasa LEX, pp. 776 y 902).

De igual manera, el mismo Diccionario de la Lengua Española (p. 1277), si bien alude en su primera acepción a la inhabilitación como la 'pena o castigo que priva de algunos derechos', lo cual podría requerir un fallo judicial; en su segunda acepción refiere a la 'incapacitación para ejercer diversos empleos', lo cual podría jurídicamente derivarse de una sentencia, pero también de una sanción administrativa.

*En efecto, si bien el artículo 65 del Constitución de República Bolivariana de Venezuela señala que '...no podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones...', esta norma no excluye la posibilidad de que tal inhabilitación pueda ser establecida, bien por un órgano administrativo **stricto sensu** o por un órgano con autonomía funcional, como es, en este caso, la Contraloría General de la República.*

Nótese que la norma, si bien plantea que la prohibición de optar a un cargo público surge como consecuencia de una condena judicial por la comisión de un delito, tampoco impide que tal prohibición pueda tener un origen distinto; la norma sólo plantea una hipótesis, no niega otros supuestos análogos.

*En este contexto, cabe destacar que tal determinación es un asunto de política legislativa que corresponde en todo caso al legislador nacional, según la orientación que este órgano, dentro de su autonomía, decida asignarle al **ius puniendi** del Estado; por lo que negar esta posibilidad significaría limitar al órgano legislativo en su poder autónomo de legislar en las materias de interés nacional, según lo prescribe el artículo 187, cardinal 1, en concordancia con el 152, cardinal 32 del Texto Fundamental.*

Al respecto, esta Sala, en sentencia Nº 1260 del 11 de junio de 2002 (caso: Víctor Manuel Hernández y otro contra el artículo 38, parágrafo Segundo, 52, y 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia) estableció que:

'...Hay quienes han pretendido establecer como diferencia el hecho de que entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal no existen diferencias de tipo material, sino que la gran diferencia es relativa al ámbito normativo que genera las disposiciones en las cuales se sustentan, quiere decir, que será el legislador a través de la creación de las normas que se desarrollarán tanto por la Administración como por la jurisdicción penal quien clasificará la potestad como penal o administrativa.

En consecuencia, será Derecho administrativo sancionador o Derecho penal, aquello que el legislador establezca como tal, independientemente del contenido normativo de las sanciones o penas que se establezcan.

Considera esta Sala que poco provecho se obtendría al pretender generar la discusión con base al órgano que ejecuta el ius puniendi (judicial o administrativo), ya que las diferencias existentes entre el derecho penal y el derecho sancionador son sólo relevantes en cuanto se refieren a su ámbito de aplicación, siendo en consecuencia necesario entrar a analizar la finalidad de las mismas, pues las diferencias que pudiesen existir en ese orden, serán las que permitan establecer los parámetros de interpretación de tales ramas del derecho.

Este ha sido el criterio sostenido por la jurisprudencia patria, la cual asume la tesis de la dualidad del ejercicio del ius puniendi del Estado, fijando como característica diferenciadora el fin último perseguido por una u otra manifestación de la potestad punitiva (sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno del 9 de agosto de 1990 (caso Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo).

En consecuencia, el objeto de estudio y aplicación del derecho administrativo sancionador, es el ejercicio de la potestad punitiva realizada por los órganos del Poder Público actuando en función administrativa, requerida a los fines de hacer ejecutables sus competencias de índole administrativo, que le han sido conferidas para garantizar el objeto de utilidad general de la actividad administrativa.

Esto es así, debido a la necesidad de la Administración de hacer cumplir sus fines, ya que de lo contrario, la actividad administrativa quedaría vacía de contenido ante la imposibilidad de ejercer el ius puniendi del Estado frente a la inobservancia de los particulares en cumplir con las obligaciones que les han sido impuestas por ley, de contribuir a las cargas públicas y las necesidades de la colectividad...’.

La actividad del Parlamento anteriormente anotada, sólo podría hallar límites en la Constitución, la cual, al no prohibir esta especial manifestación sancionatoria por parte de la Contraloría General de la República, y al encontrar ésta sustento expresamente en la ley que la rige, se ajusta tanto al principio de supremacía constitucional como al principio de legalidad, como pilares fundamentales del Estado de Derecho. Así se declara”.

En la misma línea argumental es preciso referir que la Convención Americana no es el único tratado suscrito por Venezuela relativo a derechos humanos y, en consecuencia, de rango constitucional a tenor de lo previsto en el artículo 23 de la Constitución Nacional, que debe ser tomado en consideración para resolver sobre la ejecución del fallo de la Corte Interamericana.

En efecto, nuestro país ha suscrito y ratificado con posterioridad a la aludida Convención otros tratados de cuyo texto pueden inferirse conclusiones muy distintas a las vertidas en el fallo del 01 de septiembre de 2011, objeto de análisis, en la presente decisión.

Así, la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996, obliga a los Estados Americanos a “tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio”, sin exigir que tales medidas sean necesariamente jurisdiccionales.

Asimismo, el artículo II precisa los propósitos de la Convención en los siguientes términos:

“1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y

2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio” (subrayado de este fallo).

Como puede advertirse de esta disposición se insta a los Estados a promover y fortalecer los “mecanismos” necesarios (no exclusivamente judiciales) para sancionar los actos de corrupción. Igualmente, el artículo III, referido a las medidas preventivas alude a la “aplicabilidad de medidas dentro de sus propios sistemas institucionales” por parte de los Estados Partes, lo cual en el caso de Venezuela implica el reconocimiento dentro del marco constitucional del poder sancionador del Poder Ciudadano (artículo 274) entre cuyos órganos está la Contraloría General de la República. En este mismo artículo (cardinal 9) se exige fortalecer los “órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas” (subrayado nuestro). Obviamente, estos mecanismos modernos deben ser entendidos como aquellos que se apartan y diferencian de los tradicionales, que exigen una sentencia penal firme por la comisión de un delito.

En el mismo lineamiento, esta Sala observa que el artículo XI propone un desarrollo progresivo de las legislaciones nacionales para la consecución de los objetivos de la Convención, sin que se pueda concluir del contenido de dicha disposición que las conductas cuestionadas deban ser necesariamente objeto de condena judicial.

Por otra parte, el artículo XIV al aludir a la asistencia y cooperación entre los Estados Partes para la investigación y sanción de los actos de corrupción, insiste en la creación de: formas y métodos más efectivos para prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción”. Y agrega que “Con tal propósito, propiciarán el intercambio de experiencias por medio de acuerdos y reuniones entre los órganos e instituciones competentes...”, sin indicar que dichos órganos sean judiciales. Es más, el artículo XVIII precisa que deberán designarse “Autoridades Centrales” en cada Estado Parte para la asistencia y cooperación internacional previstas en el marco de la Convención; y en la mayoría de los países signatarios, entre ellos el nuestro, se designa como autoridad central a un órgano de naturaleza administrativa o no “jurisdiccional” como la Comisión de Control Cívico de la Corrupción (Ecuador); Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (Argentina); General Counsel and Director Department of Justice y Vice President Americas Branch Canadian International Agency (Canadá); Representante Permanente de los Estados Unidos ante la OEA y la Office of International Affairs of the Criminal Division of the United States Department of Justice (EEUU); Ministerio de Justicia (Perú); Tribunal Superior de Cuentas (Honduras); Comisión Nacional de Transparencia y contra la Corrupción (Guatemala); etc. En el caso de Venezuela, la autoridad central designada es el Consejo Moral Republicano constituido por la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la República y la Defensoría del Pueblo.

Igualmente, Venezuela es país signatario de la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, suscrito en el año 2003, cuyo objetivo es la introducción de un conjunto cabal de normas, medidas y reglamentos que puedan aplicar todos los países para reforzar sus regímenes jurídicos y reglamentarios destinados a la lucha contra la corrupción. En tal sentido, es digno de destacarse la protección de la soberanía de los Estados que expresamente se declara en el artículo 4 del tratado.

Así, se pauta que “1. *Los Estados Partes cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.* 2. *Nada de lo dispuesto en la presente Convención facultará a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades*”-

En el artículo 5 de la Convención, relativo a las “Políticas y prácticas de prevención de la corrupción”, se hace referencia a la necesidad de que los Estados fomenten políticas y prácticas eficaces contra la corrupción y, en concreto, en el cardinal 3 de la misma disposición se pauta que “*cada Estado Parte procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuadas para combatir la corrupción*” (subrayado de este fallo).

En relación a los órganos de prevención de la corrupción, el artículo 6 precisa que corresponde a cada Estado Parte, “*de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico*”, garantizar la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción, debiendo otorgársele a los mismos independencia para desempeñar sus funciones de manera eficaz. Podemos, en relación a esta disposición, inferir que puede ser más de un órgano el encargado de la lucha contra la corrupción y que no existe limitación alguna a que se trate exclusivamente de tribunales.

Dicha conclusión se afina aún más con la previsión contemplada en el artículo 8, cardinal 6, el cual contempla la posibilidad de aplicar “medidas disciplinarias o de otra índole” contra los funcionarios públicos que incurran en corrupción. Asimismo, en relación al sector privado se admite la aplicación de “sanciones civiles, administrativas o penales eficaces” (art. 121.1 *eiusdem*).

Por otra parte, de manera expresa, el artículo 30.7 establece la posibilidad de inhabilitar “por mandamiento judicial u otro medio apropiado y por un periodo determinado por su derecho interno” a los sujetos de corrupción (subrayado de este fallo).

Esta previsión de sanciones distintas a las judiciales se reitera en las Disposiciones Finales (Capítulo VIII, artículo 65) de la Convención, que textualmente pauta:

“1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención.

2. Cada Estado Parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la corrupción” (subrayado de este fallo).

En conclusión, aun si se pretendiera otorgar un sentido literal y restrictivo al artículo 23 de la Convención Interamericana, impidiendo la inhabilitación de un ciudadano para el ejercicio de cargos públicos por razones de corrupción, limitando la posibilidad de sanción a una sentencia judicial; podemos advertir que tal Tratado no es el único que forma parte integrante del sistema constitucional venezolano según el artículo 23 de nuestra Carta Fundamental. La prevalencia de las normas que privilegien el interés general y el bien común sobre los intereses particulares dentro de un Estado social de derecho y de justicia obligan al Estado venezolano y a sus instituciones a aplicar preferentemente las Convenciones Interamericana y de la ONU contra la corrupción y las propias normas constitucionales internas, que reconocen a la Contraloría general de la República como un órgano integrante de un Poder Público (Poder Ciudadano) competente para la aplicación de sanciones de naturaleza administrativa, como lo es la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por hechos de corrupción en perjuicio de los intereses colectivos y difusos del pueblo venezolano.

No se trata de interpretar el contenido y alcance de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de desconocer el tratado válidamente suscrito por la República que la sustenta o eludir el compromiso de ejecutar las decisiones según lo dispone el artículo 68 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sino de aplicar un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno, lo cual ha sucedido en otros casos y ejercer un “control de convencionalidad” respecto de normas consagradas en otros tratados internacionales válidamente ratificados por Venezuela, que no fueron analizados por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1 de septiembre de 2011, como lo son las consagradas en la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, lo que ha obligado a esta Sala a ponderar un conjunto de derechos situados en el mismo plano constitucional y concluir en que debe prevalecer la lucha contra la corrupción como mecanismo de respeto de la ética en el ejercicio de cargos públicos, enmarcada en los valores esenciales de un Estado democrático, social, de derecho y de justicia. Ese mecanismo de “control de convencionalidad” ha sido señalado por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el voto contenido en la sentencia del 24 de noviembre de 2004, caso: *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, donde 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”, entre los que se encuentran las Convenciones contra la corrupción, ratificadas por Venezuela, por lo que no puede ejercerse una interpretación aislada y exclusiva de la Convención Americana de Derechos Humanos sin que con ello se desconozca el “*corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”, a los que aluden también las Opiniones Consultivas de la CIDH N° OC-16/99 y N° OC-17/2002.

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos persiste en desviar la teología de la Convención Americana y sus propias competencias, emitiendo órdenes directas a órganos del Poder Público venezolano (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral), usurpando funciones cual si fuera una potencia colonial y pretendiendo imponer a un país soberano e independiente criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional.

En virtud de las consideraciones anteriores, esta Sala Constitucional declara inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 1 de septiembre de 2011, en el que se condenó al Estado Venezolano, a través “*de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE)*,” a asegurar “*que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales*”; anuló las Resoluciones del 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005, dictadas por el Contralor General de la República, por las que inhabilitaron al referido ciudadano al ejercicio de funciones públicas por el período de 3 y 6 años, respectivamente; se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de costas y a la adecuación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal.

Sin perjuicio de lo antes señalado, esta Sala advierte que la inhabilitación administrativa impuesta al ciudadano Leopoldo López Mendoza no le ha impedido, ni le impide ejercer los derechos políticos consagrados en la Constitución. En tal sentido, como todo ciudadano, goza del derecho de sufragio activo (artículo 63); del derecho a la rendición de cuentas (artículo 66); derecho de asociación política (el ciudadano López Mendoza no solo ha ejercido tal derecho, sino que ha sido promotor y/o fundador de asociaciones y partidos políticos); derecho de manifestación pacífica (el ciudadano López Mendoza ha ejercido ampliamente este derecho, incluyendo actos de proselitismo político); así como, el derecho a utilizar ampliamente los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía (artículo 70), incluyendo las distintas modalidades de participación “referendaria”, contempladas en los artículos 71 al 74 *eiusdem*, en su condición de elector.

Esto es así porque, se insiste, la inhabilitación administrativa difiere de la inhabilitación política, en tanto y en cuanto la primera de ellas sólo está dirigida a impedir temporalmente el ejercicio de la función pública, como un mecanismo de garantía de la ética pública y no le impide participar en cualquier evento político que se realice al interior de su partido o que convoque la llamada Mesa de la Unidad Democrática, en los términos aludidos en la sentencia de esta Sala N° 661 del 22 de junio de 2010, caso: Juan Pablo Torres Delgado, en la que se precisó que “*la participación política se ejerce mediante múltiples mecanismos democráticos en el que cada uno de los ciudadanos y ciudadanas y demás actores políticos que configuran la Sociedad venezolana hagan valer sus intereses bien sea mediante elecciones, alianzas, consensos y demás mecanismos políticos que son reconocidos por nuestro ordenamiento constitucional y legal en la medida en que se mantengan dentro del esquema constitucional*”. Así se decide.

2. *Acción de Inconstitucionalidad*

A. *Inaplicación de una norma como medida cautelar*

TSJ-SC (1487)

11-10-2011

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Procuradora General de La República vs. Artículos 94 y 95 la Ordenanza de Impuesto sobre Actividades Económicas, de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar del Municipio Libertador del Distrito Capital.

La Sala suspende la aplicación de los artículos 94 y 95 de la Ordenanza de Impuesto sobre Actividades Económicas, de industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar del Municipio Libertador del Distrito Capital, al regular la materia de apuestas en general que corresponde al Poder Legislativo Nacional

Finalmente, corresponde proveer sobre la solicitud cautelar formulada por el accionante al inicio de su escrito libelar.

Al respecto, el artículo 130 de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece lo siguiente:

“Artículo 130.- En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar, y la Sala Constitucional, podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes. La Sala Constitucional contará con los más amplios poderes cautelares como garantía de la tutela judicial efectiva, para cuyo ejercicio tendrá en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto”.

La norma transcrita viene a positivizar la doctrina pacífica y reiterada de esta Sala (*Vid.* Decisión N° 269/2000, caso: *ICAP*), según la cual, la tutela cautelar constituye un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, un supuesto fundamental del proceso que tiene por objeto, garantizar las resultas de un juicio o, en otras palabras, salvaguardar la situación jurídica de los justiciables, a los fines de impedir que sufran una lesión irreparable o de difícil reparación mientras se tramita la causa (*Vid.* Sentencia N° 2370 del 1° de agosto de 2005, caso: *Línea Santa Teresa C.A.*).

En términos estrictamente adjetivos, son providencias que persiguen un fin preventivo de modo explícito y directo (La Roche. H, 1983. *Medidas Cautelares*. Maracaibo, Venezuela. Colegio de Abogados del Estado Zulia), lo cual, las erige en garantías contra la materialización de una lesión a la situación jurídica ventilada en juicio.

Al mismo tiempo, son una parte consustancial de las potestades de los órganos jurisdiccionales que no se encuentra sujeta al principio dispositivo y, por tanto, opera incluso de oficio. Además, responden a circunstancias de necesidad y urgencia, con lo cual, se encuentran excluidas del principio de tempestividad de los actos procesales y, ello, determina que son procedentes en cualquier estado y grado de la causa, siempre que se requieran para la salvaguarda de la situación controvertida.

De lo expuesto, se deduce que las medidas cautelares presentan como rasgos esenciales, en primer lugar, su instrumentalidad, esto es, que no constituyen un fin por sí mismas, sino que están preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva. En segundo lugar, son provisionales y, en consecuencia, fenecen cuando se produce la sentencia que pone fin al proceso principal, sin menoscabo de la posibilidad que tiene el juez de modificarlas o revocarlas por razones sobrevenidas, aun cuando no haya finalizado el proceso principal. En

tercer lugar, se encuentra la idoneidad según la cual, deben servir para salvaguardar la efectividad de la tutela judicial invocada, pues si se conceden providencias que no garantizan los resultados del proceso, la tutela cautelar se verá frustrada en la medida en que no será idónea para la realización de esta. Por ello, Calamandrei (*Providencias Cautelares*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1984) afirmaba que, como un efecto del matiz servicial de las medidas cautelares, éstas deben ser idóneas y, por tanto, homogéneas al petitorio de fondo, ya que alcanzan su mayor eficacia en cuanto más similares sean a las medidas que habrán de adoptarse para la satisfacción de la pretensión definitiva, pues se reitera, constituyen la garantía de la ejecución del fallo definitivo.

De este modo, el proveimiento cautelar, si bien representa una aproximación al *thema decidendum* del juicio principal, resulta esencialmente distinto en cuanto a la declaración de certeza de la decisión de fondo, pues, como afirma Gordillo (*Tratado de Derecho Administrativo*. Fundación de Derecho Administrativo, Caracas 2001), no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido.

De allí que resulte suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor, en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el juicio principal se declarará la certeza de ese derecho, sin que ello importe prejuzgar sobre la existencia o no del derecho sustancial alegado.

Como puede observarse, se trata de un análisis probabilístico y no de una declaración de certeza y, por tanto, no implica un pronunciamiento anticipado sobre el mérito de la controversia, sino un análisis de verosimilitud, que podrá o no ser confirmado en la sentencia definitiva, cuando se reconozca con fuerza de cosa juzgada y sobre la base de todos los elementos de convicción. En otras palabras, se trata de una apreciación anticipada, pero somera del derecho controvertido, basada en la impresión *prima facie* de la pretensión.

Volviendo sobre los rasgos esenciales de las medidas cautelares, estas responden, tal como se afirmó supra, a condiciones de necesidad y urgencia, lo cual conlleva a que se concedan en aquellos casos en que se requiere de manera inmediata la prevención de perjuicios graves o de tal naturaleza que no pueden repararse por la sentencia que pongan fin al proceso principal. La urgencia es asimismo la razón de que las medidas cautelares del proceso se adopten inaudita parte, sin menoscabo del ulterior contradictorio.

Conforme a los rasgos enunciados y a la naturaleza garantista de la tutela cautelares, el legislador patrio reconoció en la nueva Ley que rige las funciones de este Máximo Tribunal, uno de los caracteres más novedosos y progresistas de estas medidas, a saber, su carácter innominado, el cual consiste, en que el poder de resguardo que tienen los jueces y, concretamente esta Sala, sobre las situaciones llevadas a juicio se extiende a cualquier medida positiva o negativa que sea necesaria para la protección efectiva de los justiciables.

De este modo, esta Máxima Instancia Jurisdiccional y en general, los tribunales, pueden adoptar cualquiera de las medidas cautelares expresamente recogidas en el ordenamiento jurídico, como ocurre con la suspensión de efectos, la prohibición de enajenar y gravar, etc., o dictar alguna providencia que sin estar expresamente mencionada en la ley, permita la protección a los intereses y derechos ventilados en juicio.

Ahora bien, esta Sala observa que las disposiciones cuya nulidad se pretende son del siguiente tenor:

“Artículo 94: Se entiende como máquina recreativa para adultos tipo ‘B’, aquellas con mando a distancia que a cambio de un precio, concede al jugador un tiempo de juego y eventualmente un premio que se presenta en puntos, créditos o metálico, que funciona con medios diferentes a monedas o fichas.

Parágrafo Único: Las máquinas recreativas para adultos tipo ‘B’ sólo podrán ser instaladas en locales establecidos, tales como loterías, tascas, restaurantes, billares y fuentes de soda, en un máximo de seis (6), al igual que las que sean instaladas en lugares abiertos, a la vista del público transeúnte.

Artículo 95: La operación de las máquinas traganiqueles u otros juegos programables deberá realizarse conjuntamente con la de un Casino o Sala de Bingo. En consecuencia, no se otorgarán licencias para el funcionamiento de locales donde sólo operen dichas máquinas”.

Respecto a las citadas normas, la abogada actora denuncia la usurpación de competencias normativas reservadas al Poder Nacional y, en tal sentido, esta Sala precisó en la sentencia 886, dictada el 13 de mayo de 2004, que la regulación en materia de apuestas en general, corresponde al Poder Legislativo Nacional, con lo cual, *prima facie*, se constata la presunción de buen derecho o *fumus boni iuris* a su favor, por cuanto la actividad económica que pretende regular el Municipio Bolivariano Libertador del Distrito Capital no es otra que la de juegos de invite y azar.

De igual modo, observa la Sala que en el presente asunto existe un fundado temor de ocurrencia de daños de difícil reparación que pudieran producirse hasta tanto se dicte la correspondiente decisión de fondo, pues la aplicación de la normativa atacada, podría suponer la usurpación de funciones del Poder Público Nacional y, con ella, viciar de nulidad absoluta los actos que se dicten en su ejecución, con la consecuente afectación al normal funcionamiento de la Administración Municipal y a los derechos e intereses de los administrados.

Ello así, luego de ponderar los intereses en conflicto en el caso sub iudice, esta Sala estima procedente la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, se suspende la aplicación de los artículos 94 y 95 de la Ordenanza de Impuesto sobre Actividades Económicas, de industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar del Municipio Libertador del Distrito Capital, publicada en la *Gaceta municipal* N° 3316, el 28 de septiembre de 2010. Así se decide.

Con ocasión a la medida acordada, de conformidad con el artículo 126 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y, atendiendo a que el contenido de la presente decisión reviste interés general, por cuanto se refiere a la suspensión de los efectos de las normas impugnadas, se considera necesaria la publicación de dicho fallo en la Gaceta Judicial de la República Bolivariana de Venezuela, así como en la Gaceta del Municipio Libertador del Distrito Capital.

TSJ-SC (1766)

22-11-2011

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Procuradores de los Estados Carabobo, Miranda, Zulia, Táchira y Lara vs. Decreto N° 8.163 del 18 de abril de 2011, con rango, valor y fuerza de Ley que Crea Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios Exorbitantes en el Mercado Internacional de Hidrocarburos

La Sala Constitucional declara improcedente la medida cautelar, además por no reunir los requisitos de procedencia de la tutela cautelar requerida debido a su argumentación genérica y ausencia de pruebas de la parte actora, porque las medidas cautelares peticionadas guardan plena identidad con la pretensión de fondo.

Determinada la competencia de esta Sala para conocer en el presente asunto, resulta pertinente reiterar lo sostenido en la sentencia número 1.795 del 19 de julio de 2005, caso: “*Inversiones M7441, C.A. y otras*”, en la cual se estableció respecto del procedimiento para tramitar los recursos de nulidad por inconstitucionalidad, lo siguiente:

“...Siendo que la preocupación principal, pero no la única, es la tutela judicial cautelar, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, establece los siguientes parámetros para la tramitación de las solicitudes cautelares conjuntamente con los recursos de nulidad por inconstitucionalidad:

i) *Ante la interposición conjunta del recurso de nulidad por inconstitucionalidad con alguna o varias solicitudes cautelares, se le dará entrada al mismo en la Secretaría de la Sala e inmediatamente se designará ponente, a quien se pasará el expediente para el pronunciamiento sobre la admisibilidad.*

En la misma decisión donde sea admitido el recurso, se emitirá el pronunciamiento relativo a la medida cautelar solicitada, sea que se trate de medida cautelar innominada o de amparo cautelar, para lo cual no sólo deberán tomarse en cuenta los alegatos y la debida argumentación relativa a los hechos y al derecho que se invocan para lograr la convicción de la Sala respecto a su procedencia, sino que también se tomará en cuenta todo instrumento que pueda ser aportado junto al escrito para tales efectos, siempre que ello sea posible. Claro está, en toda esta tramitación debe tenerse siempre presente que el estudio de la constitucionalidad de las normas y en general de los actos u omisiones estatales, no exige mucho de los hechos.

ii) *En caso de ser admitido el recurso, se ordenarán las citaciones y notificaciones respectivas, continuando así con la tramitación del mismo de conformidad con lo establecido en la sentencia N° 1.645 del 19 de agosto de 2004 (caso: ‘Constitución Federal del Estado Falcón’), remitiéndose para ello al Juzgado de Sustanciación (...).*

El legislador, por su parte, en el nuevo texto de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (*Gaceta Oficial* N° 39.522 de 1° de octubre de 2010), acogió los postulados sentados por la jurisprudencia de la Sala y, en el artículo 130, consagró la potestad cautelar general de esta Sala en los términos que siguen:

“**Artículo 130.** *En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar y la Sala Constitucional podrá acordar, aún de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes. La Sala Constitucional contará con los más amplios poderes cautelares como garantía de la tutela judicial efectiva, para cuyo ejercicio tendrá en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto*”.

De la norma que precede se deduce que, aunada a la exigencia de los requisitos tradicionales del *fumus boni iuris* y *periculum in mora* que resultan consustanciales al decreto de cualquier mandato cautelar, se suma la necesidad de ponderación de los intereses públicos en juego, dada la enorme relevancia colectiva de tal suerte de proveimientos, justamente, de cara a la mayor entidad jurídico política de las causas vinculadas al Derecho Público y, con mayor razón, ante esta Sala como máximo órgano de justicia constitucional.

Ahora bien, dado que en el presente caso se ha interpuesto recurso de nulidad conjuntamente con medida cautelar de amparo, subsidiariamente con medida cautelar innominada, la Sala luego de admitido el mismo, se pronunciará de seguidas sobre las referidas medidas. Así se decide.

Al respecto, esta Sala en su decisión N° 287 del 28 de febrero de 2008 (caso: *Morris Sierralta Peraza y Manuel Rojas Pérez*), estableció lo siguiente:

“...Como es jurisprudencia reiterada de esta Sala, la suspensión de los efectos de las normas, así se plantee como protección cautelar por medio del amparo constitucional o por la vía del Código de Procedimiento Civil, constituye una respuesta excepcional del juez frente a violaciones al derecho que no encuentran otra forma idónea de ser atendidas.

La situación normal debe ser la opuesta, en virtud de su presunción de constitucionalidad y legalidad, y debido a su carácter *erga omnes*, las normas deben mantener su aplicabilidad hasta que el tribunal competente, luego de un serio y detenido análisis, determine su invalidez. Actuar de otra forma puede ocasionar más perjuicios que ventajas, con lo que la tutela provisional puede convertirse, lejos de su verdadera justificación, en un mecanismo para desatender disposiciones sobre las que aún resta hacer el pronunciamiento definitivo.

En este caso, la complejidad del asunto en debate amerita un análisis profundo de constitucionalidad acerca de la posibilidad de que mediante decretos leyes se dicten normas de carácter penal, por lo que la opinión de la Sala sobre **la no aplicación de las normas cuya nulidad se solicita, mientras se resuelve el fondo de la demanda, conllevaría a un prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo**. En consecuencia, estima esta Sala que no debe concederse la medida solicitada respecto de los artículos cuya nulidad por inconstitucionalidad se demanda...” (negritas propias).

En el caso de autos se ha solicitado la suspensión de los efectos y paralización de cualquier acto de aplicación del Decreto N° 8.163 del 18 de abril de 2011 con rango, valor y fuerza de Ley que Crea Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios Exorbitantes en el Mercado Internacional de Hidrocarburo, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.022 Extraordinario del 18 de abril de 2011.

Al respecto, esta Sala advierte que el contenido de la referida solicitud, además de no reunir los requisitos de procedencia de la tutela cautelar requerida (*fumus boni iuris, periculum in mora* y ponderación de intereses en juegos) debido a su argumentación genérica y ausencia de pruebas de la parte actora, amerita una revisión que excede el simple análisis del Decreto Ley impugnado, como requisito esencial para acordar una medida cautelar, la cual se caracteriza por su provisionalidad o temporalidad y por su efecto preventivo para proteger los derechos de quien la solicita; en tal sentido, se aprecia que las medidas cautelares peticionadas guardan plena identidad con la pretensión de fondo, por lo que no resulta posible acordar su procedencia sin entrar a realizar un análisis sobre cuestiones que resultan propias del fallo de mérito de la causa debatida, como lo es la vigencia y aplicación del Decreto Ley impugnado, motivo por el cual, se niega la solicitud de amparo cautelar así como la medida innominada de suspensión de efectos, pues su otorgamiento implicaría ineludiblemente un prejuzgamiento sobre el fondo de lo debatido; y así se decide.

3. *Recurso de Interpretación Constitucional*

TSJ -SC (1708)

16-11-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Instituto Nacional de Tierras

En este sentido, la discrecionalidad que se le atribuye a la facultad de revisión constitucional, no debe entenderse como una nueva instancia y, por lo tanto, la solicitud en cuestión se admitirá sólo a los fines de preservar la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales o cuando exista una deliberada violación de preceptos de ese rango, así como cuando se contraríen criterios de esta Sala, lo que será determinado en cada caso, siendo siempre facultativo de la Sala su procedencia.

La labor tuitiva del Texto Constitucional mediante la revisión extraordinaria de sentencias, no se cristaliza de forma similar al establecido para los recursos de gravamen o impugnación, diseñados para cuestionar la sentencia, para ese entonces, definitiva. Para la revisión extraordinaria el hecho configurador de la procedencia no es el mero perjuicio, sino que, además, debe ser producto de un desconocimiento absoluto de algún precedente dictado por esta Sala; de la indebida aplicación de una norma constitucional, de un error grotesco en su interpretación o, sencillamente, de su falta de aplicación, lo cual se justifica en el hecho de que en los recursos de gravamen o de impugnación existe una presunción de que los jueces de instancia o casación, de ser el caso, actúan como garantes primigenios de la Carta Magna. Sólo cuando esa presunción logra ser desvirtuada es que procede, en tales casos, la revisión constitucional de la sentencia.

No puede pretenderse que la revisión constitucional sustituya ningún medio ordinario o extraordinario, incluso el amparo, por cuanto, mediante esta facultad discrecional que tiene esta Sala, no procede de manera directa la protección y garantía de los derechos constitucionales que, supuestamente, hubieren sido infringidos en el caso concreto, sino que, por el contrario, busca de manera general, objetiva y abstracta, la obtención de criterios unificados de interpretación constitucional y no el resguardo de derechos e intereses subjetivos y particularizados del solicitante.

Comentarios Jurisprudenciales

LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO REFORMANDO LEYES COMO JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, AUTOPROCLAMÁNDOSE, SIN LÍMITES, COMO LEGISLADOR POSITIVO

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *Este Comentario analiza la sentencia N° 1683 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 4 de noviembre de 2008 en la cual se autoproclamó como “legislador positivo,” considerando “conservador” el principio de la separación de poderes.*

Palabras claves: *Jurisdicción Constitucional. Legislador negativo. Legislador positivo. Separación de poderes.*

Abstract: *This comment refers to the decisio N° 1683 of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice, o November 4, 2008 in which the Chamber proclaimed it self al “positive legislator” considering the principle of separation of Powers as “conservative.”*

Key words: *Judicial Review. Negative Legislator. Positive Legislator. Separation of Power.*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 1683 de 4 de noviembre de 2008 (Caso *Defensoría del Pueblo*),¹ con motivo de decidir una aclaratoria solicitada por la Defensora del Pueblo respecto del contenido de la sentencia N° 163 del 28 de febrero de 2008,² en la cual había declarado parcialmente con lugar la acción de nulidad por inconstitucionalidad que se había interpuesto contra el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública; para declarar sin lugar la mencionada solicitud de aclaratoria, procedió a establecer las bases de lo que consideró, primero, el supuesto carácter de “conservador” del principio de la separación de poderes; y segundo, el rol de la sala, abiertamente como Legislador positivo no previsto en la Constitución.

I

En efecto, en la sentencia N° 163 del 28 de febrero de 2008, la Sala Constitucional anuló parcialmente los ordinales 3 y 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, declarando que la Defensoría Pública estaría adscrita al Tribunal Supremo de Justicia, a cuyo efecto la Sala procedió a establecer la forma como entonces quedaban redactados dichos artículos.

¹ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 116, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 222 ss.

² Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/163-280208-07-0124.htm>

La Constitución de 1999 de 1999 hace referencia a la Defensa Pública en tres normas: *Primero*, en el artículo 253 donde se la enumera dentro de los órganos e instituciones integrantes del “sistema de justicia;” *segundo*, en el artículo 267 en el cual se indica que corresponde al Tribunal Supremo de Justicia “la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas”, y *tercero*, en el artículo 268, en el cual se indica que “la ley establecerá la autonomía y organización, funcionamiento, disciplina e idoneidad del servicio de defensa pública, con el objeto de asegurar la eficacia del servicio y de garantizar los beneficios de la carrera del defensor o defensora.”

Supuestamente conforme a estas normas, el Sistema Autónomo de la Defensa Pública fue creado transitoriamente en 2000³ por la ahora (desde 2010) extinta Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, como servicio adscrito a la misma, y solo fue regulado por la Asamblea Nacional en 2007, mediante la Ley Orgánica de la Defensa Pública.⁴

La Ley Orgánica reconoce la autonomía del Servicio, pero en su artículo 3, sin embargo, lo adscribió a la Defensoría del Pueblo, que es un órgano perteneciente al Poder Ciudadano. Esta circunstancia originó que dicha norma fuese impugnada por ante la Sala Constitucional, por un grupo de funcionarios de la Defensoría Pública, por considerarse que violaba los mencionados artículos 253 y 267 constitucionales, resultando la mencionada sentencia N° 163 del 28 de febrero de 2008 de la Sala Constitucional en la cual se consideró, que como la Defensoría del Pueblo no era parte del sistema judicial pues no está enumerada en el artículo 253, la adscripción de la Defensoría Pública, que si es parte integrante del sistema de justicia, a la misma, era inconstitucional. La Sala Constitucional, en definitiva, dado que la Defensa Pública está en la Constitución dentro del Poder Judicial, y sometida a la inspección y vigilancia del Tribunal Supremo de Justicia, consideró que “no puede estar adscrita a ningún Poder o ente que no pertenezca ha dicho sistema de justicia.”

De ello resultó la declaratoria de nulidad parcial del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, “pues al establecer la adscripción orgánica de la Defensa Pública a la Defensoría de Pueblo, órgano del Poder Ciudadano, desconoció la preeminencia –constitucionalmente conferida- al Tribunal Supremo de Justicia,” procediendo la Sala a indicar pura y simplemente, como “efecto de la nulidad parcial decretada,” que el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, a reformar la Ley indicando que la norma “queda redactado” en otra forma, indicando que la Defensoría Pública está “*adscrita al Tribunal Supremo de Justicia, al cual le corresponde su inspección y vigilancia*”.

En esta forma, la Sala Constitucional al anular la norma procedió a reformar el texto del artículo, dándole una nueva redacción, considerando igualmente inconstitucionales otras previsiones de la Ley “en virtud de la adscripción orgánica de la Defensa Pública al Tribunal Supremo de Justicia” que la propia Sala del Tribunal había “decretado,” procediendo entonces a declarar “la nulidad parcial” de los artículos 11, 12, 13 y 15, numerales 5 y 7 de la Ley.

En cuanto a los artículos 11, 12 y 13 de la Ley, en ellos la Asamblea Nacional había establecido que la designación y remoción del Director de la Defensoría Pública se debía “efectuar por la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional;” el procedimiento

³ Véase Resolución N° 1.191 del 16 de junio de 2000, publicada en *Gaceta Oficial* N° 37.024 del 29 de agosto de 2000

⁴ Véase *Gaceta Oficial* N° 38.595 del 2 de enero de 2007

para la designación y, además, que el mismo podía ser removido “por la Asamblea Nacional, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes, por iniciativa propia de ésta o a instancia del Defensor del Pueblo.” El texto de estas normas era el siguiente:

“Artículo 11. Autoridad que la dirige y duración en el cargo. El Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva ejercerá sus funciones por un período de cuatro años. Su designación y remoción se efectuará por la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional.

El Despacho del Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva tendrá su sede en la Capital de la República.

Artículo 12. Designación por elección. La Asamblea Nacional, sesenta días antes del vencimiento del período para el cual fue designado el Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensoría Pública y sus dos suplentes, convocará un Comité de Evaluación de Postulaciones, el cual estará presidido por el Defensor del Pueblo e integrado además, por representantes de diversos sectores de la sociedad. El mecanismo de selección de estos últimos estará a cargo de la Asamblea Nacional.

Este Comité adelantará un proceso público de cuyo resultado se obtendrá el listado de aspirantes que cumplan con los requisitos para el cargo de Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensoría Pública, para ser presentado a la Asamblea Nacional, dentro de los treinta días hábiles siguientes al inicio del respectivo proceso. La Asamblea Nacional, a partir de la fecha de recepción del listado de aspirantes, escogerá en un lapso no mayor de treinta días continuos, al o a la titular de la Defensoría Pública y sus dos suplentes, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes”.

“Artículo 13. Remoción. El Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensoría Pública podrá ser removido o removida por la Asamblea Nacional, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes, por iniciativa propia de ésta o a instancia del Defensor del Pueblo”.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo entonces argumentó que:

“como quiera que el Servicio de la Defensa Pública depende orgánicamente del Tribunal Supremo de Justicia, le corresponde a éste, como máximo órgano rector del Poder Judicial, en Sala Plena, por ser su órgano directivo, la designación por elección y remoción del Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensa Pública.”

Y en consecuencia procedió a “modificar el procedimiento establecido en los ya referidos artículos 11, 12 y 13 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública,” copiándolos íntegramente, cual Legislador, establecido que la designación y remoción del Director de la Defensoría Pública se debía “efectuar por la mayoría absoluta de los integrantes de la *Sala Plena del tribunal Supremo de Justicia*,” el procedimiento para la elección del Director, y además, que el mismo podía ser removido “*por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes*,” Como lo dijo el Magistrado que emitió el Voto disidente en el fallo, la sentencia “no se limitó a la modificación de la referencia al órgano con competencia para la designación y remoción del Director Ejecutivo de la Defensa Pública, sino que, además, modificó, sin mayor justificación, el modo en que ha de hacerse esa designación.” El Magistrado disidente destacó que con la sentencia se:

“modificó el mecanismo que preceptuaba el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública para la selección de quien deba ser designado Director Ejecutivo de ese Servicio, mecanismo que tenía, como fundamento, el ejercicio del derecho a la participación política de los ciudadanos que recogió el artículo 62 de la Constitución.”

Con esta violación al derecho a la participación política de los ciudadanos, el nuevo texto de las normas decretado por la Sala es el siguiente:

“**Artículo 11. Autoridad que la dirige y duración en el cargo.** El Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva ejercerá sus funciones por un período de cuatro años. Su designación y remoción se efectuará por la mayoría absoluta de los integrantes de la Sala Plena del tribunal Supremo de Justicia

El Despacho del Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva tendrá su sede en la Capital de la República.

Artículo 12. Designación por elección. El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, previo listado de aspirantes que cumplan con los requisitos para el cargo de Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensoría Pública, escogerá al o a la titular de la Defensoría Pública y sus dos suplentes, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes.

Artículo 13. Remoción. El Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensoría Pública podrá ser removido o removida por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes”.

La Sala Constitucional, además, procedió a modificar -reformar- los numerales 5 y 7 del artículo 15 de la Ley en lo relativo a la obligación por parte del Director Ejecutivo de la Defensoría Pública, de consignar el proyecto de presupuesto de la Defensa Pública y presentar el informe anual de su gestión ante la Defensoría del Pueblo; lo cual fue cambiado y en lugar de ante la Defensoría del Pueblo, la Sala dispuso que dicha presentación debe hacerse ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, copiando el texto íntegro del nuevo artículo 15 de la Ley.

Sin duda, la Sala Constitucional se excedió en su control de constitucionalidad, procediendo abiertamente a actuar como legislador, reformando varios artículos de la ley, dándoles una nueva redacción introduciendo modificaciones sustantivas sobre aspectos respecto de los cuales no había siquiera ningún cuestionamiento de constitucionalidad, y cercenando más bien un derecho ciudadano. La Sala Constitucional, por lo demás, no reformó la ley ni dictó las nuevas normas para garantizar derecho constitucional alguno.

II

Fue precisamente respecto de esta sentencia que sin duda también entra en los anales de la patología de la justicia constitucional, que la Defensora del Pueblo solicitó de la Sala Constitucional la aclaratoria de la misma, argumentando extensamente para fundamentar su solicitud de aclaratoria, sobre “*un pretendido y excesivo ejercicio de potestad normativa asumida por la Sala Constitucional, contraviniendo el Texto Constitucional, y su propia directriz de actuación, procedió a modificar el contenido original de la norma,*” denunciando que la Sala había extendido su pronunciamiento “*a la modificación de otros dispositivos de ley que estimó estrechamente vinculados a la nulidad*” y en un consecuente “*ejercicio legislativo*” modificó las normas relativas a “*la designación y remoción del Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensa Pública, contenidas en los artículos 11, 12 y 13 que establecen, conforme a la decisión de la Asamblea Nacional en el ejercicio de la potestad delegada por el Pueblo.*”

Después de proceder a realizar una interpretación amplia del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil que se refiere al lapso para solicitar aclaratorias de sentencias, la Sala se refirió a la aclaratoria en relación con las sentencias de efectos *erga omnes* como las relativas a las causas donde se ventilan derechos e intereses difusos o colectivos o las dictadas en juicios de nulidad de las leyes por inconstitucionalidad, y a las decisiones dictadas con ocasión de una interpretación de una norma constitucional. En cuanto a las sentencias anulatorias, la Sala consideró que por sus efectos *erga omnes*, “no recaen únicamente a favor o en

contra de los que realmente se constituyeron en partes en el proceso sino que pueden verse afectados ciudadanos que no actuaron en juicio y respecto de los cuales pudieran haber imprecisiones en el fallo objeto de aclaratoria en relación con su situación particular, debido a que sus argumentos no fueron debatidos en el proceso, justamente, por no ser partes.”

La Sala, sin embargo, frente a la solicitud de la Defensora del Pueblo, indicó que la aclaratoria de sentencias debe circunscribirse únicamente a la rectificación de los posibles errores materiales en que puede incurrir el juez previstos en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil (error o cálculo numérico, errores de copia o referencias, omisión o puntos oscuros), y en modo alguno “puede afectar la seguridad jurídica ni constituirse en un medio de impugnación tendente a efectuar un nuevo análisis de los argumentos expuestos por las partes en el juicio,” considerando que en el caso concreto, la Defensora del Pueblo lo que pretendía era “obtener un nuevo pronunciamiento por no compartir los argumentos expuestos por esta Sala en el fallo objeto de aclaratoria;” particularmente por el alegato de que la sentencia había sido producto de un “*pretendido y excesivo ejercicio de potestad normativa asumida por la Sala Constitucional, contraviniendo el Texto Constitucional, y su propia directriz de actuación.*”

Como consecuencia, la Sala declaró improcedente la aclaratoria solicitada, para lo cual, dado que la Defensora del Pueblo había “osado” cuestionar “la extralimitación -a su decir- en el ejercicio de la potestad normativa de esta Sala, ‘*contraviniendo el Texto Constitucional,*’ procedió a construir una doctrina sobre sus poderes “legislativos,” o de la legitimidad de su actuación en general, como “legislador positivo.”

Para ello, la Sala Constitucional comenzó rememorando el origen del sistema de control concentrado de constitucionalidad de las leyes, afirmando que en Venezuela, la jurisdicción constitucional resultante, conforme al artículo 215 de la Constitución de 1961, era ejercida:

“por la otrora Corte Suprema de Justicia en pleno, la cual se limitaba al ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad siguiendo el modelo de Kelsen, contenido por primera vez en la Constitución austríaca de 1920. Dicho modelo de control concentrado se caracterizaba principalmente, por constituir un sistema especializado, cuyas decisiones son de efectos *erga omnes, ex nunc* y tienen el valor de cosa juzgada.”

En efecto, el modelo de justicia constitucional austríaco se caracteriza por ser un sistema abstracto y principal, pues se realiza un examen genérico de compatibilidad lógica entre la Constitución y la ley en cuestión, sin detenerse en el conflicto material concreto subyacente. Otro rasgo característico de dicho sistema es la especialización respecto del órgano jurisdiccional -tribunal constitucional- que monopoliza el rechazo de la ley y su anulación por contravenir postulados constitucionales. Siendo ello así, no cabe duda de que el órgano jurisdiccional llamado a ejercer el control de la constitucionalidad de la ley en estos términos se convierte en un legislador negativo.”

III

En contraste con ese rol, la Sala Constitucional pasó a argumentar que en la Constitución de 1999, en cambio, dado lo “novedoso” del “órgano al cual corresponde el ejercicio de la jurisdicción constitucional, la competencia en materia de control concentrado de la constitucionalidad “se ve en gran modo ampliada” colocando a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia “con las atribuciones que anteriormente poseía la Corte en Pleno para el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad”, y además, otorgándole “novedosas competencias enmarcadas bajo el principio de supremacía y fuerza normativa de la Constitución” contenidas en los artículos 334 y 336 de la Constitución, que “ejerce de manera

exclusiva como máxima y última intérprete del Texto Fundamental.” Ello, por supuesto, no es cierto, ya que en sustancia, las potestades de control en la Constitución de 1999 son similares a las que existían en la Constitución de 1961.

En todo caso, a juicio de la Sala Constitucional, con la “ampliación” de sus competencias en la Constitución de 1999:

“la situación de ésta cambió radicalmente en lo que respecta a su competencia anulatoria como un simple legislador negativo, habida cuenta que no podría dicha Sala ejercer su rol como máxima garante del Texto Constitucional si se limita o circunscribe dicha labor únicamente a actuar como un legislador negativo; tampoco podría cumplir con el mandato constitucional de última intérprete de las normas fundamentales, bajo un esquema clásico de la absoluta separación de poderes, que no engrana, en modo alguno, con los valores superiores que propugna la Carta Magna de 1999.”

De esta afirmación, la Sala Constitucional pasó a constatar que el clásico principio de la separación de poderes ya aparecía matizado en la Constitución de 1961, resultando “más que una separación absoluta de poderes” una “colaboración” entre las distintas ramas del Poder Público, resultando ahora que dada la:

“existencia de una novedosa jurisdicción constitucional, la conservadora separación absoluta de poderes se plantea de una manera distinta, pues ante un Estado democrático, de Justicia y de Derecho, que propugna como valores superiores, entre otros, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y la preeminencia de los derechos humanos, no resulta acorde ni conveniente una concepción rígida y aislada respecto de la actividad ejercida por cada uno de los poderes públicos; antes por el contrario, no sólo se justifica sino que se hace necesaria la colaboración de los poderes entre sí, propugnando más bien una invasión de un poder sobre el otro, en aras de lograr la tutela efectiva y el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los justiciables.”

De lo anterior concluyó la Sala Constitucional afirmando que “con ocasión de las nuevas competencias” que le son atribuidas:

“en ejercicio de la jurisdicción constitucional, resulta evidente que la misma, más que un legislador negativo en los términos en que se concebía conforme al modelo clásico del control concentrado austríaco que tradicionalmente han ejercido los tribunales o cortes constitucionales, se erige como un legislador positivo, pues la declaratoria de nulidad de una norma por contravenir con la Constitución, ineluctablemente produce un vacío que lejos de garantizar la efectividad de las normas y principios constitucionales más bien haría nugatorio su ejercicio, habida cuenta que si bien se cumpliría con la obligación de los jueces de emitir respuesta a las pretensiones de los justiciables, sólo se aludiría a la eficacia de los órganos jurisdiccionales pero no a su efectividad, pues se consumiría una justicia formal mas no material.”

Es evidente que los Tribunales Constitucionales en el mundo contemporáneo, en muchas ocasiones, han actuado como legisladores positivos, particularmente en materia control de constitucionalidad para suplir temporalmente las omisiones del legislador cuando afectan derechos fundamentales, y en particular en materia de protección del derecho a la igualdad y a la no discriminación;⁵ pero de allí a afirmar que en general, los Tribunales Constitucionales se erigen en legisladores positivos, porque supuestamente el principio de la separación de poderes haya que desconocerlo por sea ahora algo “conservador,” hay una distancia muy grande en medio de la cual está la Constitución.

⁵ Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, 2011.

Incluso, la “ilustración” que la Sala aporta para argumentar sobre la necesidad de su labor en ejercicio de la jurisdicción constitucional “no solo como un legislador negativo sino también positivo,” se refiere exclusivamente a su competencia “para conocer de la inconstitucionalidad por omisión del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución o las haya dictado en forma incompleta, para “establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección” (cardinal 7 del citado artículo 336).

Competencia que a decir de la Sala, la autoriza para, en caso de que en el plazo fijado el órgano legislativo no cumpla con sus obligaciones, poder “ejercer competencias políticas o legislativas,” las cuales sin embargo considera de carácter temporal, “hasta tanto el órgano legislativo cumpla con el mandato constitucional” como la Sala dijo haberlo resuelto en la sentencia N° 1043 del 31 de mayo de 2004 (caso: “*Freddy Alberto Pérez, en su condición de legislador del Consejo Legislativo del Estado Lara*”).

La Sala Constitucional luego pasó a razonar que los vacíos legislativos no sólo se derivaban de la declaración de inconstitucionalidad de la omisión legislativa, sino también como consecuencia de la declaratoria de nulidad de una norma por inconstitucional, lo que igualmente resulta en “una ausencia de regulación de un postulado fundamental,” de lo que emana la necesidad de realizar una “labor integradora” para no dejar a la deriva “la efectividad de un derecho constitucional,” cubriendo entonces “la ausencia normativa cuando ésta sea imprescindible para dotar un derecho fundamental de eficacia y hacer posible su ejercicio;” “labor productora e integradora de Derecho” que la Sala misma calificó como “legítima,” derivada de su obligación de “hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos constitucionales.”

Todas esas competencias, a juicio de la Sala Constitucional, “la alejan de un simple legislador negativo bajo el sistema clásico austríaco del control concentrado de la constitucionalidad, al anular, luego de un examen abstracto, la compatibilidad de una disposición con el Texto Constitucional,” estimando en cambio “que su labor como legislador positivo”, queda “evidenciada en el ejercicio de sus competencias al declarar una inconstitucionalidad por omisión o en un recurso de interpretación,” lo cual a juicio de la Sala “también se extiende a la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad.”

Todo lo anterior le sirvió a la Sala Constitucional para afirmar, pura y simplemente que:

“resulta innegable el replanteamiento del rol de la jurisdicción constitucional en el proceso de producción del derecho, habida cuenta de la legitimidad de la Sala Constitucional en los términos antes referidos, no sólo para anular o rechazar una disposición por colidir con la Constitución sino también para determinar su interpretación vinculante y establecer los lineamientos para el funcionamiento del órgano al que se refiere la norma fundamental o para su aplicación inmediata.”

En esta forma, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia desconoció el principio de la separación de poderes garantizado en el artículo 136 de la Constitución; violó el artículo 187.1 de la Constitución que asigna a la Asamblea Nacional la potestad de “legislar en las materias de la competencia nacional,” y el artículo 218 que reserva a la Asamblea la potestad de reformar las leyes, usurpando en esa forma dichas competencias. De ello resultó, sin duda, que su sentencia quedó como ineficaz y nula conforme al artículo 138 de la Constitución. Con esta sentencia, por otra parte, al autoproclamarse la Sala como legislador positivo, reformó (mutó) ilegítimamente la Constitución, y todo ello, sin que pueda ejercerse un control sobre la misma.

Con sentencias como esta, por supuesto, como sucede en cualquier régimen autoritario, la pregunta de siempre frente al poder incontrolado: *Quis Custodiet Ipsos Custodes?*,⁶ queda sin respuesta.

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación”, en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27. Publicado en *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 47-79.

NOTAS SOBRE ALGUNOS CRITERIOS RECIENTES DE LA SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA EN LA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA (Primera parte)

Miguel Ángel Torrealba Sánchez
*Profesor Asistente de Derecho Administrativo
Universidad Central de Venezuela*

“La historia institucional demuestra que un buen sistema de normas puede tener éxito o fracasar según el espíritu que domine a los encargados de realizarlo”.¹

Resumen: *Se comentan algunos criterios recientes de la Sala Político-Administrativa vinculados con la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*

Palabras Clave: *Jurisprudencia - Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa - contencioso-administrativo- Sala Político-Administrativa*

Abstract: *This article analyzes some recent decisions from Contentious-Administrative Chamber of the Supreme Tribunal of Justice related with Contentious-Administrative Venezuelan Law.*

Key words: *Jurisprudence-Legal precedent-Contentious-Administrative Venezuelan Law-Judicial review of the Administration- Contentious-Administrative Chamber of the Supreme Tribunal of Justice.*

I. INTRODUCCIÓN

En las siguientes páginas se reseñarán las principales y más recientes tendencias de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la aplicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. A tal fin, el análisis se centró en el examen de los fallos dictados durante el año 2011 –y algunos previos- más directamente vinculados con los aspectos adjetivos regulados en el referido texto legal, prescindiendo del punto concerniente a las competencias de los tribunales contencioso-administrativos, toda vez que ese último ameritaría de un trabajo destinado únicamente a tal fin.

Es de señalar que, como en toda selección, podrá considerarse que se omitieron algunos fallos de relevancia. No obstante, en nuestro criterio los que aquí se examinan resultan ser lo suficientemente reveladores de las tendencias asumidas por la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa en la aplicación del instrumento legal que regula el proceso administrativo.

¹ García Oviedo, Carlos. *Derecho Administrativo*, Vol. I, 6º ed., EISA, Madrid, 1957, p. 277.

Igualmente conviene aclarar que, dado que el propósito que se persigue es el de exponer esos criterios, los comentarios que siguen prescinden del análisis profundo y detenido de las implicaciones de cada decisión o criterio que se exponga. De allí que más bien nos limitaremos a exponer algunos comentarios que juzgamos indispensables para entender la importancia de los mismos.

Aclarado el objeto de este trabajo, a continuación pasamos a comentar el criterio jurisprudencial o decisión correspondiente, pues en algunos casos sólo puede hacerse referencia a una decisión y no propiamente a jurisprudencia.

II. CRITERIOS DE LA SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN LA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Prerrogativas procesales. Hacia su aplicación indiscriminada y, en algunos casos, casuística*

Es de todos conocida la regla interpretativa que señala que, visto que las prerrogativas procesales de los entes públicos constituyen una situación de ventaja en su posición como parte en juicio, y por consiguiente generan desigualdad procesal, su interpretación debe ser restrictiva, por lo que no cabe la extensión de éstas, sino sólo su aplicación basándose en norma legal expresa.

No obstante, prescindiendo de la cuestionable constitucionalidad de algunas de las prerrogativas procesales previstas en el ordenamiento venezolano, dados los actuales criterios jurisprudenciales de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia², lo cierto es que la tendencia de la Sala Político-Administrativa apunta hacia su aplicación, no sólo analógica, sino indiscriminada y, en otros casos, hasta casuística³.

Así por ejemplo, al menos en una ocasión (Sentencia 1236 del 7 de diciembre de 2010), la referida Sala consideró procedente –en principio⁴ la notificación de una Procuraduría Estadal del inicio de un *procedimiento administrativo* incoado a instancia de un grupo de trabajadores ante el Ministerio del Trabajo contra un Instituto Autónomo Estadal, *como si se tratase de una demanda*, invocando el artículo 94 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2001⁵, obviando el hecho de que tal supuesto legal se refiere al ámbito del proceso judicial (el destinatario de la norma son los “*funcionarios judiciales*”, y la sección donde se encuentra el dispositivo se refiere a las actuaciones de la Procuraduría cuando *no es parte en juicio*), y no al procedimiento administrativo.

Más recientemente, el mismo órgano judicial ha extendido las prerrogativas procesales de los entes públicos a algunas empresas del Estado, como es el caso de la Compañía Anó-

² Véase sentencia 1582 del 21 de octubre de 2008.

³ La tendencia no es nueva, pero se ha acentuado en los últimos tiempos. Sobre el reciente tratamiento de las prerrogativas procesales de los entes públicos (y estatales) por la jurisprudencia contencioso-administrativa puede verse: Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: “Las demandas contra los entes públicos” en: *Manual de Práctica Forense Contencioso-Administrativo*. Colección Práctica Forense N° 1. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2009, pp. 68-79.

⁴ Aunque no acordó la solicitada reposición del procedimiento administrativo por razones que no viene al caso traer a colación.

⁵ Decreto Ley 1.556 13 de noviembre de 2001 publicado en *G.O.* 5.554 Extraordinario de fecha 13 de noviembre de 2001.

nima Venezolana de Industrias Militares (CAVIM)⁶, señalando como justificación que “...en consideración a los intereses fundamentales que representa (...), cuyos accionistas son sólo la República y organismos públicos y que, como se advirtiera en la líneas que anteceden, ejerce como actividad principal el desarrollo de las industrias militares, expresamente determinada como de utilidad pública, de importancia estratégica para la Nación y en definitiva, rigurosamente relacionada con su seguridad y defensa, estima que en este caso concreto, deben extenderse a dicha empresa las prerrogativas procesales de la República...” (Sentencia 977 del 20 de julio de 2011), contrariando expresamente además el criterio de la Sala Constitucional, contenido por ejemplo en la sentencia 1453 del 10 de agosto de 2011. Es evidente que la invocación genérica a la importancia estratégica de una entidad, o su vinculación con la seguridad y defensa, resulta impertinente para pretender aplicar analógicamente a una empresa del Estado las prerrogativas procesales propias de los entes públicos⁷. Ello se agrava dado que en el caso de otras empresas del Estado el mismo tribunal sigue sosteniendo la inaplicabilidad de tales prerrogativas, como puede verse por ejemplo en la sentencia 1104 del 10 de agosto de 2011.

Por último, la Sala Político-Administrativa ha entendido recientemente que le son aplicables a los *Municipios* las prerrogativas procesales de la República, y no solamente las previstas en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, como había sido el criterio tradicional. Tal tendencia puede evidenciarse por ejemplo en la decisión 1394 del 26 de octubre de 2011, y se afirma más categóricamente en el caso de una demanda contra un instituto autónomo municipal, a partir de la decisión 1403 de la misma fecha de la anterior. Ello, contrariando además el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que ha señalado expresamente que: “...las prerrogativas y privilegios establecidos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República a favor de la República, al ser de interpretación restrictiva y excepcional, no son extensibles a los municipios, salvo los que se les establezca por ley...” (Sentencia 1331 del 17 de diciembre de 2010).

2. *Amparo constitucional cautelar. Lo que sí es un adelanto de opinión sobre el mérito en el examen de procedencia de una medida cautelar*

Uno de los asuntos más deficientemente abordados desde el punto de vista tanto conceptual como práctico por la reciente jurisprudencia contencioso-administrativa, especialmente la de la Sala Político-Administrativa, es el examen de procedencia de las solicitudes de tutela cautelar. En ese sentido, la invocación de fórmulas rituales tales como el supuesto riesgo de emitir opinión anticipada sobre el fondo de la causa o el peligro de adelantar los efectos del fallo definitivo, son recurrentemente empleados por el referido órgano judicial para negar ese tipo de pretensiones, lo que en muchos casos constituye una verdadera denegación de justicia⁸. Ello toda vez que se soslaya lo que debería ser la regla, a saber, la necesaria verificación

⁶ Es también el caso de *Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA)*, como puede verse, entre otras, en decisiones 1083 del 3 de noviembre de 2010 y 1207 del 25 de noviembre de 2010, aunque la Sala Constitucional mantenga en la actualidad un criterio *distinto* (sentencia 1506 del 9 de noviembre de 2009) al invocado por la Sala Político-Administrativa en tales fallos.

⁷ Más allá de la confusión que en la naturaleza jurídica de las empresas del Estado fue introducida en su definición legal por el artículo 102 del Decreto-Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008 (Decreto 6.217 del 15 de julio de 2008 publicado en *G.O.* 5.890 Extraordinario del 31 de junio de 2008).

⁸ Esta tendencia no es del todo novedosa, *cfr.* entre otros: Hernández Mendible, Víctor R.: *La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*. Editores Vadell Hermanos. Valencia-Caracas, 1998, p. 131. Sobre la misma, luego de la entrada en vigencia del texto constitucional de 1999,

en todos los casos de los requisitos de procedencia de la cautela, teniendo como único límite general la irreversibilidad de los efectos que produzca la ejecución de la medida en cuestión.

De ahí que el abismo entre la doctrina nacional⁹ -plenamente soportada en los estudios generales sobre las medidas cautelares- y la actual jurisprudencia contencioso-administrativa es prácticamente insalvable. El resultado es que una de las manifestaciones fundamentales del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, como lo es el ejercicio de la tutela cautelar –instrumento necesario y a veces hasta indispensable de la providencia definitiva, como lo ha destacado la doctrina procesal clásica-¹⁰, resulta totalmente inefectivo en nuestro contencioso-administrativo, sobre todo, a la luz del examen de las estadísticas de la Sala Político-Administrativa¹¹.

La anterior afirmación es valedera en aquellas hipótesis en los que la medida cautelar la solicita el ciudadano contra la Administración, mas no viceversa, pues tanto la legislación como la jurisprudencia contencioso-administrativa, sobre todo la de la Sala Político-Administrativa, sí son proclives a acoger las pretensiones cautelares planteadas por los entes del sector público¹².

puede consultarse, entre otros, nuestros comentarios expuestos en: Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: *Manual de Contencioso administrativo*. Editorial Texto C.A. 2º edición, Caracas, 2007, pp. 291-297. Más recientemente, véanse entre otras, las sentencias de la Sala Político-Administrativa 1001 del 20 de octubre de 2010, 1132 del 11 de noviembre de 2010, 1211 y 1212 del 25 de noviembre de 2010, 23 del 13 de enero de 2011, 139 del 2 de febrero de 2011, 170 del 9 de febrero de 2011, 223 del 17 de febrero de 2011, 447 del 7 de abril de 2011, 715 del 1º de junio de 2011, 1094 del 10 de agosto de 2011, 1238 del 13 de octubre de 2011 y 39 del 13 de octubre de 2011.

⁹ Véase entre otros: Ortiz Álvarez, Luis: *La protección cautelar en el Contencioso-administrativo*. Colección tratados y estudios de Derecho Comparado N° 1. Editorial Sherwood. Caracas, 1999; Hernández Mendible, *op. cit. in totum*. Un resumen de los puntos básicos abordados por la doctrina nacional sobre la tutela cautelar en el contencioso-administrativo puede verse en: Torrealba Sánchez, *Manual de Contencioso...*, pp. 289-297 y 316-318. Más recientemente puede consultarse también: Herrera Orellana, Luis Alfonso: “La prueba en el contencioso-administrativo” en: *Manual de Práctica Forense Contencioso-Administrativo*. Colección Práctica Forense N° 1. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2009, pp. 139- y 144.

¹⁰ Calamandrei, Piero: *Providencias cautelares*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1984.

¹¹ Véase al respecto: Canova González, Antonio: “*Perspectivas del contencioso-administrativo venezolano*” en: *El contencioso-administrativo a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2009, pp. 17-60 y del mismo autor: *La realidad del contencioso-administrativo venezolano. Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político-Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2009. Más recientemente: Hernández G., José Ignacio: *La interpretación jurisprudencial del primer año de aplicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Ponencia presentada en el Seminario sobre la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa organizado por FUNEDA y realizado en la ciudad de Caracas el 10 de junio de 2011; así como: Urosa M., Daniela y José Ignacio Hernández G.: *El estado actual de la justicia administrativa en Venezuela*. Colección Estado de Derecho y Justicia. Tomo IV. Justicia Administrativa. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2011 (en prensa).

¹² Véanse los artículos 91 y 92 del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2008, G.O. 5.892 Extraordinario del 31 de julio de 2008. En el ámbito jurisprudencial, pueden verse entre otras, las recientes decisiones de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia: 587 del 23 de junio de 2010, 1058 del 28 de octubre de 2010, 1157 del 17 de noviembre de 2010, 222 del 13 de enero de 2011, 1060 del 9 de febrero de 2011, 766 del 8 de junio de 2011 y 1059 del 9 de agosto de 2011.

En todo caso, al contrario de la tendencia jurisprudencial evidenciada, cabe recordar que -en líneas generales- en el examen de procedencia de una solicitud de medida cautelar mal puede incurrirse en un indebido adelanto de opinión sobre el fondo de la controversia, toda vez que una cosa es el análisis preliminar que se realiza en sede cautelar sobre los alegatos y probanzas del solicitante, y otra muy distinta es el ulterior juicio que se hace, ya disponible todo el acervo probatorio, para determinar la procedencia de las pretensiones planteadas en el proceso.

No obstante, en fecha reciente la Sala Político-Administrativa ha dictado una sentencia interlocutoria pronunciándose sobre la procedencia de tutela cautelar que, vistos sus inusuales términos, puede sostenerse sin lugar a dudas que -contrariamente a la regla ya aludida- sí anticipó indebidamente el pronunciamiento sobre el mérito de la causa. Pero en el caso concreto, el adelanto no se produjo como consecuencia de haber acordado la medida solicitada, sino más bien, *en la motivación para denegarla*.

Se trató de la decisión 1528 del 22 de noviembre de 2011, dictada con ocasión de pronunciarse sobre la solicitud de medida cautelar en el marco de una pretensión anulatoria de un acto administrativo. En el caso bajo análisis, una emisora de radio pidió como tutela preventiva frente al acto en cuestión -a través del cual la Administración modificó los términos de la habilitación para la radiodifusión sonora de la misma en lo que se refiere a su zona de cobertura- el restablecimiento preventivo de su habilitación en los términos concedidos originalmente.

Ante tal pedimento, el referido órgano judicial, luego de hacer referencia a los requisitos de procedencia de las medidas cautelares y de reseñar la actividad probatoria llevada a cabo por la Administración en el procedimiento que culminó con la emisión del acto cuya declaratoria de nulidad se pide, concluye que, visto que la motivación del acto se sustenta en la inejecutabilidad de la concesión originalmente otorgada, dada la existencia de una serie de condicionamientos fácticos y técnicos, ha de negar la medida cautelar solicitada toda vez que: *“...la Administración debe velar por la óptima prestación del servicio público de la emisora de radio, y mal podría esta Sala ordenar en esta fase cautelar del proceso que la radio en cuestión operase contraviniendo las normas técnicas que regulan la materia...”*. Consecuencia de tal afirmación, consideró que: *“...en principio que en el presente caso no se configura el requisito del fumus boni iuris...”*.

Se trata, en esta extrema hipótesis concreta sí, de un indebido adelanto de opinión -totalmente innecesario además- habida cuenta de que la Sala Político-Administrativa señala textualmente que mal podría acordar la tutela cautelar, consistente en la operatividad de la habilitación en sus términos originales *“... contraviniendo las normas técnicas que regulan la materia...”*. Nótese que con ello el órgano judicial no señala que el accionante no demostró la presunción de vulneración a sus derechos, y ni siquiera que aparentemente la Administración no incurrió en contravención al ordenamiento jurídico, sino que palmariamente afirma que la tutela cautelar no puede acordarse porque sería contravenir a la legislación aplicable (dicho sea de paso, sin señalar a cuáles normas técnicas se está refiriendo).

En términos más simples pero igualmente precisos, el órgano señaló que la pretensión cautelar del demandante es ilegal (no simplemente improcedente), no porque no reúna los requisitos procesales requeridos para su acogida favorable, sino porque, visto que la Administración concluyó en el procedimiento administrativo que la habilitación original resultaba contraria a una serie de regulaciones, pretender enervar (aunque sea cautelarmente) tal decisión, sería contravenir la regulación aplicable (se insiste, sin señalar cuál).

Ante tan categórica conclusión que declara la ilegalidad del petitorio cautelar ¿queda algo para decidir en la oportunidad de pronunciarse sobre el mérito de la controversia? Pareciera que la respuesta debe ser negativa, porque ya en el pronunciamiento interlocutorio con ocasión de decidir la tutela preventiva, *claramente se señaló que cualquier decisión que resultara contraria al criterio de la Administración sería ilegal*. Ante un razonamiento de esta índole, no sólo la tutela cautelar, sino en general la tutela judicial en materia contencioso-administrativa parece estar demás, así como también parecen estarlo los artículos 2, 26, 137, 141 y 259 de la Carta Fundamental.

3. *Exigencias para la citación de los Ministros y otros altos funcionarios en el procedimiento breve*

La regulación de la citación en el procedimiento breve de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera diversas incertidumbres. Específicamente, la solicitud del informe sobre la causa del objeto de la pretensión interpuesta (actuación material, inactividad o abstención, o demora, omisión o deficiencia en la prestación del servicio público), que debe requerirse conjuntamente con la citación, y cuya falta de oportuna presentación es susceptible de sancionarse con la imposición de una multa, a tenor de lo dispuesto en el artículo 67.

Frente a ese requerimiento, cabe plantearse si el mismo está destinado a la representación judicial del ente demandado, es decir, a aquél órgano que por Ley ostenta la legitimidad para representar a la persona jurídica que funge de legitimada pasiva en la relación procesal, o bien, al titular del órgano o ente directamente generador de la actuación, omisión o defectuosa prestación, toda vez que se está creando una carga procesal cuyo incumplimiento no se limita a la posibilidad de que opere la confesión ficta (de muy limitado alcance en la mayoría de los casos, dadas las prerrogativas procesales previstas en la legislación venezolana y la interpretación que de ellas hace la Sala Político-Administrativa -véase epígrafe 1-), sino que implica la potencial imposición de una sanción personal al “*responsable*”, de acuerdo con la letra del precepto.

Ante ello, y aun cuando el dispositivo en cuestión se refiere en su encabezamiento al “*demandado*” indicándolo como destinatario tanto de la citación a los fines de su comparecencia a la audiencia oral regulada en el artículo 70 y siguientes, como del requerimiento para la presentación del informe a que hacemos referencia, bien podría sugerirse la hipótesis interpretativa referente la admisión de ocasiones en las cuales no tendrían por qué coincidir subjetivamente ambos destinatarios.

Es decir, que la representación judicial de la parte demandada la ejercería en la audiencia oral el órgano competente para ello conforme a la normativa aplicable¹³, mientras que el “*responsable*” de presentar el informe (y por tanto susceptible de ser sancionado con la multa

¹³ Para el caso de los entes político-territoriales, la Procuraduría General de la República, las Procuradurías Estadales y las Sindicaturas Municipales. Véase, en el contexto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: Pellegrino Pacera, Cosimina G.: “La representación de los Poderes Públicos Nacionales en el proceso administrativo y constitucional” en: *El Contencioso Administrativo y los procesos constitucionales*. Colección Estudios Jurídicos N° 92. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011, pp. 249-264.

ante el incumplimiento de su carga-obligación procesal) sería directamente el titular del órgano o ente demandado¹⁴.

Una segunda opción sería entender que, dada la propia naturaleza del procedimiento breve, la actuación en juicio de la parte demandada sería ejercida personalmente (por supuesto a través de representación o asistencia profesional en el juicio) por el titular del órgano o ente demandado, en forma análoga a cómo opera la citación en el proceso de amparo constitucional, dados los principios de celeridad e informalidad que lo informan, omitiendo en tal caso la citación de quien formalmente tiene la representación judicial en tales supuestos¹⁵. Esta segunda posición es quizá la que lleva a resolver el asunto de forma más expedita y simple, pero no da estricto cumplimiento a los requisitos formales de la citación, los cuales no son un formalismo susceptible de prescindirse sino una condición esencial para el cabal ejercicio de la garantía del debido proceso. Tan es así que para alguna doctrina, la adecuada citación del demandado se erige como un tipo de presupuesto procesal¹⁶.

La tercera posibilidad es entender que tanto en la hipótesis de la citación para la comparecencia a la audiencia oral como en lo que respecta al requerimiento del informe, el destinatario será siempre la representación judicial del demandado de acuerdo con la legislación aplicable, y que será obligación de éste (v.g. Procuraduría General, Procuradurías Estadales o Sindicaturas) coordinar con el titular del órgano del cual emanó la actuación o inactividad objeto de la pretensión interpuesta por la parte demandante, en caso de que no haya identidad subjetiva entre ambos que será el supuesto más común¹⁷, el cumplimiento de todas las cargas

¹⁴ A tal solución parece apuntar el siguiente extracto, aunque su redacción no es del todo concluyente: “En lo que respecta al procedimiento breve previsto en la ley aprobada, el auto de admisión deberá ordenar la citación del demandado con el requerimiento de presentar un informe en el lapso de cinco días hábiles. A lo que habrá que añadirse la citación del Procurador General de la República prevista en las disposiciones comunes” (Guevara Martínez, Ronarcy: “Entre la citación y notificación Recordatorio” en: *El Contencioso Administrativo y los procesos constitucionales*. Colección Estudios Jurídicos N° 92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 333-334). No obstante, en el párrafo siguiente se señala que debe advertirse en la propia citación la posibilidad de que opere la confesión ficta o de que se le sancione con multa (no queda claro a cuál de ambas hipótesis se refiere), con lo que implícitamente parece aceptarse que se produce una sola citación y no dos.

¹⁵ De tal manera que no se citaría a la Procuraduría General de la República, por ejemplo, aun cuando la parte demandada sea un órgano de la República. Esa solución parece ser la propuesta por Kiriakidis, Jorge: “Notas en torno al procedimiento breve de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” en: *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Vol. II. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2011, p. 187. Véase en similar sentido del mismo autor: *El contencioso administrativo venezolano a la luz de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2012, p. 100.

¹⁶ Son los llamados “presupuestos del procedimiento”, por Devis Echandía, Hernando: *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad. 3° edición (reimpresión). Buenos Aires, 2004, p. 276; “presupuestos de validez del procedimiento”, por Couture, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981, pp. 106-107; y “presupuestos relativos al proceso” por Véscovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Editorial Temis, Bogotá, 1984, pp. 94.

¹⁷ Esta afirmación debe matizarse al menos en el supuesto de los órganos de la Administración Pública Nacional Central (Ministerios), ante la práctica de que los Consultores Jurídicos sean delegatarios de las funciones de la Procuraduría General de la República. No obstante, aún aquí persiste el problema, pues en la mayoría de los supuestos tampoco habrá identidad subjetiva con el titular del órgano concreto del cual emanó la actuación u omisión objeto de la pretensión interpuesta.

y obligaciones procesales que dimanen del contenido del artículo 67 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Esa nos parece la solución más adecuada a la concepción del proceso conforme a los lineamientos constitucionales, aunque reconocemos que puede generar dificultades prácticas en lo que se refiere a determinar quién es el funcionario susceptible de ser sancionado en caso de la falta de presentación oportuna del informe¹⁸, y que no se aviene a la “brevedad” de este procedimiento.

Al respecto la Sala Político-Administrativa ya ha adoptado criterio sobre el particular, aparentemente optando por la segunda hipótesis aquí enunciada, es decir, por entender que en el procedimiento breve la citación debe hacerse al titular del órgano demandado a los fines de su comparecencia a la audiencia oral, así como a la vez se le requerirá la presentación del informe correspondiente sobre las causas de la actuación material, inactividad o deficiente prestación del servicio público (Sentencias 1205 del 5 de octubre, 1379 del 20 de octubre y 1770 del 15 de diciembre, todas de 2011).

En efecto, aunque las interrogantes aquí planteadas no ha sido abordadas de forma amplia, lo cierto es que en tales decisiones el máximo tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa ha ordenado la citación del Ministro correspondiente, con la mención de que en caso del procedimiento breve, la citación debe hacerse a “...*los funcionarios responsables de los órganos superiores de dirección de la Administración Pública Central (Presidente o Presidenta de la República, Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, Ministros o Ministras y Viceministros o Viceministras), así como a las máximas autoridades de los demás órganos de rango constitucional, o a los Gobernadores y a los Alcaldes...*”. No obstante, aclara la Sala que el lapso para la presentación del informe transcurre una vez operada la notificación de la Procuraduría General de la República (realizada conforme al artículo 86 del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República)¹⁹ y consignadas las respectivas resultas en autos, lo cual no deja de resultar paradójico, pues se supedita el efecto principal de la citación del demandado a que opere una notificación adicional prevista para un supuesto distinto, a saber, poner en conocimiento de la República las sentencias interlocutorias o definitivas²⁰.

¹⁸ Esta dificultad, que obedece a la escasa precisión del término “*responsable*”, sin mayores añadidos, ya fue advertida por Hernández Mendible, Víctor Rafael: “El proceso administrativo por audiencias” en: *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Colección textos legislativos N° 47, 1° Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010, pp. 208-209.

¹⁹ No deja de llamar la atención que la norma invocada regula las *notificaciones* en los procesos judiciales en los que la República sea *parte* una vez que ésta ha sido citada para la contestación de la demanda, siendo que si tal entidad político-territorial es parte, antes que *notificarla* habría más bien que *citarla* para el caso de la comparecencia a la audiencia oral del procedimiento breve (véanse los artículos 63 y 81 del Decreto Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República). Sin embargo, en el caso del procedimiento breve, la Sala Político-Administrativa *no cita* a la Procuraduría General de la República sino al órgano del cual emana la actuación u omisión objeto de la pretensión procesal interpuesta.

²⁰ La contradicción viene dada a nuestro entender por lo señalado en la previa nota al pie. ¿Cómo puede considerarse *parte* a la República, y a la vez citarse para la comparecencia a la audiencia oral a un órgano de ésta (un Ministerio) o a su titular (un Ministro) y no a su representación legal y judicial, a saber, la Procuraduría General de la República? Sólo una delegación previa podría justificar tal proceder a la luz de la regulación de la actuación judicial de la República (Capítulo II del Título IV, de la actuación de la Procuraduría General de la República en juicio, del referido Decreto Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República).

En todo caso, agrega la decisión en cuestión, que la citación de los titulares de tales órganos debe hacerse de forma personal²¹, en atención a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, sin tomar en consideración las obvias diferencias entre la práctica de la citación de un particular y la que se destina a un funcionario público de alta jerarquía²². El resultado es que, de acuerdo con tal criterio, la citación en tales casos debe ser entregada *directamente al titular del órgano correspondiente, o bien a* "... la persona que se desempeñe como él o la asistente, el adjunto o la adjunta o la secretaria o secretario de dichos funcionarios, en la oficina del Despacho de los mismos, el cual deberá ser identificado debidamente por el Alguacil, con su nombre y apellido, número de cédula de identidad y cargo que ocupa, así como el lugar, fecha y hora de la citación..."

De forma casi irónica, podría decirse, ante una exigencia de tan difícil cumplimiento práctico²³, la Sala Político-Administrativa concluye señalando que el "flexibilizar" las exigencias de la citación personal "...se justifica dado el conocimiento que posee este Máximo Tribunal de la dificultad a la que cotidianamente se enfrentan sus Alguaciles para obtener acceso a los Despachos de los altos funcionarios del Estado, dadas las altas responsabilidades y funciones que éstos cumplen, lo cual muchas veces imposibilita la práctica de sus citaciones personales".

4. *¿Regreso a la obligatoriedad de agotar gestiones en vía administrativa en el procedimiento breve respecto a pretensiones frente a la inactividad o de reclamo por servicios públicos?*

El artículo 66 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa agrega a los requisitos formales que debe contener todo libelo de demanda contentivo de una pretensión procesal administrativa, para el caso de aquellas caracterizadas como de "reclamo por la prestación de servicios públicos" o "por abstención" (entiéndase pretensión de condena a actuación frente a la inactividad administrativa)²⁴, la consignación por parte del demandante

²¹ En el supuesto concreto de la sentencia 1205 del 5 de octubre de 2011, se desestimó la petición de la parte demandante de que se sancionara al ciudadano Ministro de la Defensa conforme al artículo 67 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dada la falta de presentación oportuna del informe correspondiente, bajo el argumento atinente a que la entrega de la compulsión se había realizado ante la Oficina de Correspondencia y no personalmente al Ministro respectivo, por lo que faltaba dar cumplimiento a la notificación adicional a que se refiere el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil.

²² También en este caso los efectos de tal criterio obedecen a haber prescindido de sujetar la comparecencia de la República al régimen procesal previsto al efecto, a saber, el destinado a la citación de la Procuraduría General de la República. De hecho, el asunto le fue planteado expresamente a la Sala Político-Administrativa por la representación de la Procuraduría General de la República (véase sentencia 1379 del 20 de octubre de 2011), aunque entendemos de manera errada, puesto que el alegato se refería únicamente a la aplicación del plazo previsto en el artículo 82 del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República para la contestación de la demanda *por parte del Ministro* correspondiente, siendo que tal plazo se refiere a la contestación que corresponde hacer a la *Procuraduría General de la República*, en atención a lo dispuesto en los artículos 81 al 85 del referido instrumento legal.

²³ Cualquier ciudadano venezolano conoce perfectamente la enorme dificultad para acceder físicamente, no sólo a la presencia de un Ministro u otro alto funcionario de cualquiera de los órganos del Estado, especialmente en el ámbito nacional, sino siquiera para llegar a la antesala del Despacho del mismo. Incluso a los propios funcionarios públicos que prestan sus servicios en tales órganos no les resulta fácil tal acceso, dadas las múltiples "alcabalas" que hay que sortear.

²⁴ Cfr. Urosa Maggi, Daniela: *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho Español y Venezolano*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2003. Más re-

de “*los documentos que acrediten los trámites efectuados*”. Si bien esta norma en principio puede verse como una exigencia lógica en tales casos, a los fines de evidenciar que antes de acudir a la vía jurisdiccional el interesado ha realizado las actuaciones mínimas destinadas a lograr el restablecimiento de su situación jurídica ante la propia Administración (o ente prestador del servicio público de que se trate)²⁵, un sector de la doctrina tempranamente advirtió los riesgos de que tal disposición fuera considerada como la reinstauración de la obligatoriedad de agotar una suerte de procedimiento administrativo previo en el caso de este tipo de pretensiones, de forma análoga a como se había planteado durante la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia con los recursos administrativos²⁶.

En ese sentido, consideramos innecesaria la inclusión de tal exigencia como requisito expreso adicional en el caso de la pretensión de condena frente a la inactividad administrativa (tradicionalmente el llamado recurso por abstención o carencia), toda vez que tal inactividad se produce justamente ante la falta de respuesta oportuna (y esa tempestividad de la respuesta se determinará conforme a los plazos que a tal efecto establezca el ordenamiento jurídico para cada caso concreto, salvo que éste disponga otra cosa). Por lo tanto, parece lógico concluir que en la relación de los hechos que se hagan en el escrito libelar (artículo 33.4 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), el demandante habrá de señalar cómo operó la inactividad o falta de respuesta en el caso particular, lo que implica que el legitimado activo habrá de detallar la forma en que solicitó la actuación de la Administración conforme a los requisitos de Ley a los fines de evidenciar la ocurrencia del supuesto fáctico exigible para que pueda considerarse consumada (*ope legis*) la inactividad material o formal de que se trate. El tema de la prueba de tales supuestos, por tanto, luce más como un asunto de procedencia de la pretensión, y por tanto atinente al examen de mérito del asunto, y no como un requisito exigible para la admisión de la demanda.

En el supuesto del reclamo por la prestación de los servicios públicos, el asunto de la acreditación de las gestiones previas no luce tan innecesario, aunque es obvio que para demostrar la procedencia de la pretensión de que se trate (constitutiva o de condena, esta última en la mayoría de los casos), el demandante habrá de demostrar de qué manera la Administración o el ente prestador del servicio público no realiza su actividad conforme a las exigencias legales correspondientes, lo que implicará que antes de acudir a la vía jurisdiccional, el reclamante seguramente habrá tratado primero de obtener respuesta favorable frente a su petición ante el ente demandado. Así por ejemplo, si hay una inexistente prestación del servicio público, es lógico que el demandante tendrá que acreditar que exigió la prestación del mismo, o su restablecimiento o mejora de ser el caso. En la hipótesis contraria, la parte demandada podría alegar como defensa la falta de interés procesal entendida como “...*la necesidad del proceso como único medio para obtener la satisfacción de la pretensión hecha valer en la demanda y que se supone incumplida por aquel contra el cual aquella es planteada...*” (Véase entre otras, sentencia de la Sala Político-Administrativa 840 del 29 de junio de 2011).

cientemente de la misma autora, puede verse entre otros: *Breves comentarios al proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. En: *Anuario de Derecho Público* Nº 3. Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila. Caracas, 2011, pp. 191-193.

²⁵ Así lo entiende Kiriakidis Longhi, Jorge: *El contencioso administrativo venezolano...*, pp. 85-86, al calificar de razonable tal exigencia adicional para poner en mora a la Administración en el caso de la pretensión frente a la inactividad, mas no así en el supuesto del reclamo frente a la defectuosa prestación del servicio público, en cuya hipótesis debe bastar la acreditación de una simple solicitud o reclamo.

²⁶ Hernández G., *La interpretación jurisprudencial...* (ponencia).

Ahora bien, la Sala Político-Administrativa ha interpretado tal dispositivo legal como si se tratase de una causal de inadmisibilidad adicional, con el agravante de que ha entendido que ello implica, por ejemplo, que no basta el transcurso del plazo establecido por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos para la resolución de un recurso jerárquico a los fines de considerar demostrada la inactividad u omisión, sino que adicionalmente el demandante debe acompañar al libelo el medio de prueba que acredite “...los trámites realizados ante la autoridad competente”, en este caso “...las gestiones que haya realizado ante la Administración para obtener respuesta” (Sentencia 640 del 18 de mayo de 2011). Ante tal criterio la interrogante obvia que surge es si no es precisamente la interposición del correspondiente recurso jerárquico *el único trámite que tenía que cumplir el demandante para que en caso de falta de oportuna respuesta operara la omisión o inactividad*. De la lectura del fallo parece que la Sala Político-Administrativa condiciona la consumación de tal omisión a un requisito adicional legalmente no previsto, a saber, que el demandante haga saber a la Administración, transcurrido el plazo para decidir, que estaba –y sigue estando– en la obligación de darle respuesta, lo cual además de ilegal es manifiestamente absurdo en el caso de nuestro ordenamiento.

Esa misma orientación jurisprudencial se evidencia en las sentencias 1311 y 1353 del 19 de octubre de 2011, en las cuales, ante la acreditación de haber interpuesto la parte demandante un recurso administrativo de revisión, el órgano judicial considera inadmisibile la pretensión contra la inactividad administrativa consistente en no pronunciarse respecto a tal medio de impugnación, en virtud de que no se acompañó al escrito libelar “... prueba alguna que acredite las gestiones realizadas ante la Administración para obtener respuesta al aludido recurso”. En otros términos, el órgano judicial consideró que no basta la interposición de un recurso administrativo y el consiguiente vencimiento del correspondiente plazo para su decisión a los fines de que se entienda consumada la inactividad en lo atinente a los efectos de su tutela jurisdiccional, sino que, –adicionalmente a lo previsto en la Ley– el recurrente debe instar la Administración para obtener respuesta.

Huelgan mayores comentarios sobre esta cuestionable conclusión que no parte de premisa alguna que la sustente, y que por el contrario, atenta contra la regla general que postula que todo órgano del Poder Público, en ejercicio de sus competencias debe dar adecuada y oportuna respuesta a cualquier solicitud, mucho más, tratándose de un recurso administrativo cuya resolución a dictarse dentro de plazos preclusivos previstos en la Ley, sin que ello obste para la emanación de decisiones tardías pero igualmente válidas. Valga simplemente acotar que con tal posición la Sala Político-Administrativa tiende a desvirtuar la ampliación jurisprudencial de la tutela judicial contra la inactividad administrativa en el proceso administrativo que había establecido la Sala Constitucional, colocando trabas innecesarias e injustificadas –y por ello inconstitucionales–, para la admisión de pretensiones de condena a actuación respecto a los diversos tipos de inactividad administrativa²⁷.

²⁷ Comentamos esa ampliación jurisprudencial en: Torrealba Sánchez, *Manual de Contencioso...*, pp. 348-257. Con mayor detalle, puede verse, entre otros, de Urosa Maggi, Daniela: “El recurso por abstención o carencia” en: *Manual de Práctica Forense. Contencioso-administrativo*. Colección Práctica Forense N° 1. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2009, pp. 88-91; y de la misma autora: “Avances recientes y situación actual de la tutela judicial frente a la inactividad administrativa en Venezuela” en: *El contencioso-administrativo a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2009, pp. 199-212; pp. 733-741; de Urosa Maggi, Daniela y José Ignacio Hernández G. “Vicisitudes del silencio administrativo de efectos negativos en el Derecho Venezolano” en: *Temas de Derecho Constitucional y Administrativo. Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*. Fundación Es-

Por otra parte, cabe preguntarse cuántas veces habrá que instar a la Administración para que ejerza sus competencias (lo cual es de por sí contradictorio dada la naturaleza irrenunciable de éstas) y a la vez satisfaga el derecho constitucional de petición y oportuna respuesta, con el fin de que pueda considerarse cumplida la exigencia ya referida en criterio del máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Más recientemente, la Sala Político-Administrativa parece responder alguna de las interrogantes planteadas en el párrafo anterior, en el sentido de que ha entendido como no cumplida la exigencia ya referida inclusive mediando tanto una solicitud original planteada en fecha 22 de junio de 2009 ante un órgano Ministerial por quien presuntamente actúa en representación del demandante (se trata también en este caso de un “*recurso por abstención*”, motivado a la falta de respuesta por parte del Ministerio correspondiente frente a la solicitud de realización del traslado de un recluso al territorio nacional), como una solicitud emitida por el propio accionante y dirigida a la representación oficial del Estado Venezolano en el territorio extranjero donde éste cumple su pena corporal. En ese sentido, aun cuando cursan en autos dos (2) solicitudes, concluye el órgano judicial que, al no apreciarse diligencias posteriores dirigidas a obtener respuesta frente a tal petición, no constan “...*las actuaciones presuntamente practicadas por el recurrente, tendientes a obtener de la Administración respuesta a su solicitud de traslado al país para el cumplimiento de la pena...*”, con la consiguiente declaratoria de inadmisibilidad de la demanda (Sentencia 1504 del 16 de noviembre de 2011)²⁸. De tal forma que, al menos en ese caso, dos (2) requerimientos no fueron considerados suficientes gestiones a los efectos de dar por cumplida la exigencia ya referida. Quizá con tres haya mejor suerte en una próxima oportunidad.

5. *De cómo según la Sala Político-Administrativa el Presidente de la República está por encima del artículo 51 de la Constitución. Hacia la eliminación virtual de la garantía judicial del derecho de petición*

Tramitada una pretensión de condena a actuación frente a la inactividad del Jefe de Estado en dar respuesta a una solicitud presentada por una organización de defensa de los Derechos Humanos, mediante la cual se planteaban interrogantes respecto a las políticas del ejecutivo nacional en materia de vivienda y los efectos de los continuos cambios en el Ministro competente en tal materia, la Sala Político-Administrativa, aunque constatada la existencia de

tudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas 2010, pp. 736-741; de Hernández G., José Ignacio: Pasado, presente y futuro de la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en: *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Volumen I. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2010, pp. 104-105; y del mismo autor: “El cambio de paradigma: Las pretensiones procesales administrativas” en: *El Contencioso Administrativo y los procesos constitucionales*. Colección Estudios Jurídicos N° 92. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011, p. 127.

²⁸ Paradójicamente, en ese caso el órgano judicial declara también inadmisibile la pretensión de condena a actuación invocando otra causal de inadmisibilidad, a saber, la caducidad de la acción (artículo 33.2), siendo que el plazo de ésta inicia, en el caso del “*recurso por abstención*”, desde el momento en el cual la Administración incurrió en ésta, con lo cual, aunque constata la falta de respuesta de la Administración dentro de la oportunidad legalmente prevista (aunque no cita el plazo ni tampoco explicita el cómputo del mismo), expresa a su vez que el demandante debió insistir en su solicitud. Esta misma contradicción (declarar inadmisibile una demanda contentiva de una pretensión de condena a actuación frente a la inactividad invocando tanto la caducidad como la falta de demostración de las gestiones destinadas a obtener respuesta a la solicitud correspondiente), se evidencia en la sentencia de la Sala Político-Administrativa 1601 del 29 de noviembre de 2011.

la solicitud y su falta de respuesta adecuada y oportuna, es decir, verificada la violación del derecho constitucional consagrado en el artículo 51 de la Carta Fundamental, declaró Sin Lugar el “recurso por abstención o carencia”, sobre la base de que “...someter a los altos funcionarios a contestar peticiones de este estilo (en las que tenga que justificar y explicar las razones por las que toma cada decisión y si ha medido o no las consecuencias de sus actos) los distrae de lo verdaderamente importante que es dirigir las políticas públicas protegiendo los intereses del colectivo, lo cual atenta contra el principio de eficiencia que es uno de los principios rectores de la Administración Pública...”, así como que: “... en aplicación del principio de igualdad, al que tanto alude la accionante en su escrito recursivo, no puede tratarse igual a los desiguales. En este sentido, se observa que las múltiples atribuciones asignadas al ciudadano Presidente de la República y la envergadura de éstas, impide que a dicho funcionario público se le dé un tratamiento igual al de cualquier otro funcionario que no dé respuesta –dentro de los lapsos establecidos- a las peticiones que se le realicen” (Sentencia 393 del 31 de marzo de 2011).

La conclusión de la lectura de los dos párrafos es obligada. El Tribunal de más alta jerarquía del orden competencial que ostenta como atribución constitucional la de proteger los derechos e intereses del ciudadano frente a la actividad –o inactividad- de la Administración, considera que al Presidente de la República no lo obliga el artículo 51 de la Constitución a dar adecuada y oportuna respuesta al ciudadano, toda vez que ello lo distraería del ejercicio de sus verdaderamente importantes competencias constitucionales, amén de que al referido funcionario público debe tratarse de forma distinta al resto de los servidores públicos, dadas sus múltiples e importantes atribuciones.

Al margen de lo jurídicamente difícil que resulta sostener que un funcionario público, aún de la mayor1 jerarquía y con las más trascendentes funciones, no está sometido a la Constitución en cuanto a que no está obligado a dar cumplimiento a una obligación que deriva directamente del ejercicio de un derecho constitucional, toda vez que tal afirmación resulta palmariamente contraria –entre otros muchos principios jurídicos- a la supremacía constitucional establecida en el artículo 7 de la Carta Magna, hay una consecuencia procesal ineludible: Con esta decisión la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa elimina la garantía judicial del derecho constitucional de petición en el caso de que el obligado a dar respuesta sea el Jefe del Estado. De trasladarse tal criterio a otros supuestos –lo cual no luce tan descabellado si se considera la índole genérica de la motivación de la sentencia, habida cuenta de que todas las atribuciones que ejercen los funcionarios públicos son trascendentes y que dar adecuada y oportuna respuesta a las solicitudes de los ciudadanos siempre les restará tiempo para dedicarse a otros menesteres-, el resultado sería entonces la eliminación de esta garantía judicial en otros ámbitos. Consideramos que abundar en consideraciones sobre la gravedad de este desafortunado fallo resulta innecesario²⁹.

²⁹ La sentencia añade otros razonamientos (¿?), a saber: 1) “...los cambios efectuados en la máxima jefatura del Ministerio del Poder Popular de Vivienda y Hábitat, lejos de perseguir retrasar la actividad desplegada por ese despacho, ha (sic) buscado optimizar la política integral del Estado en materia de vivienda y hábitat, tratando de encontrar titulares cada vez más idóneos para el cargo y aplicando -cuando ha sido necesario- los correctivos correspondientes”, afirmación mediante la cual Sala Político-Administrativa abandona su rol de juez (tercero imparcial) y asume la defensa jurídica (y también política) de la Administración, usurpando funciones constitucionales que le corresponden, en el primer caso, a la Procuraduría General de la República, y en el segundo, al Ejecutivo Nacional o en todo caso a los partidos políticos; y 2) “... el hecho de que la redacción de la comunicación del 13 de agosto de 2008 denote que más que perseguir la obtención de una información la recurrente pretende cuestionar las políticas del gobierno, cuestión que no se puede di-

6. *El lapso probatorio en las demandas de contenido patrimonial*

Uno de los aspectos que genera más incertidumbre en el diseño del procedimiento de las demandas de contenido patrimonial es la reiterada superposición de lapsos que establecen los artículos 57 al 62 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. El asunto adquiere mayor trascendencia si se considera que es éste el procedimiento ordinario de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo que es propicio reiterar esta afirmación que hicimos en anterior oportunidad³⁰, para dar respuesta a una reciente objeción a nuestra tesis contenida en una obra que habrá de constituirse en una referencia obligada para el estudio del referido texto legal, no sólo por el valor teórico y práctico de los comentarios allí contenidos, sino porque el autor tiene el mérito adicional de contrastar sus opiniones con las de otros, asunto que lamentablemente no es tan común –como debiera– en nuestra doctrina³¹.

El desacuerdo de KIRIAKIDIS LONGHI, quien afirma que el procedimiento común a las demandas de nulidad, interpretación de textos legales y controversias administrativas es el procedimiento ordinario del contencioso-administrativo (y no el de las demandas de contenido patrimonial), luego de entender que la base de mi razonamiento para sostener otra opinión se funda en la amplitud de las pretensiones que pueden encauzarse mediante el primer procedimiento que regula la Ley, dada la ambigüedad del término “*contenido patrimonial*”, se sostiene en tres argumentos, a saber: *Primero*: Que la referencia a “*contenido patrimonial*” se refiere a pretensiones de condena al pago de cantidades de dinero; *Segundo*: Que este procedimiento es el menos felizmente regulado y por tanto el más inviable; y *Tercero*: La tradición en el contencioso-administrativo venezolano en cuanto a entender que es el contencioso de las nulidades el procedimiento ordinario³².

Al respecto debo señalar, en primer lugar, que no creo haber sostenido que el procedimiento de las demandas de contenido patrimonial deba ser el procedimiento ordinario basándome en la amplitud de las pretensiones susceptibles de tramitación por el mismo dada la vaguedad o amplitud del término “*contenido patrimonial*”. Al contrario, luego de cuestionar la escasa precisión del mismo, sostengo (de forma similar a como hace KIRIAKIDIS LONGHI), en que

*lucidar a través de esta especial acción contencioso administrativa por lo que esta Sala estima que en el presente caso, no puede prosperar el recurso por abstención o carencia presentado... ”. Esta última afirmación es quizá la única que medianamente pudiera considerarse un razonamiento pertinente para desestimar la pretensión, quizá acudiendo a la tesis de la distinción entre peticiones políticas y administrativas, pero al margen de que ello sea discutible, queda totalmente invalidada con la respuesta previa de la sentencia mediante la cual justamente se asumió la defensa de las políticas gubernamentales. En todo caso, ya la doctrina ha comentado este insólito fallo. Véase: Silva Aranguren, Antonio: *Los ciudadanos no tienen quien les escriba (sobre la obligación de respuesta a cargo del Presidente de la República y el control judicial a la omisión)*. En: *Revista de Derecho Público* N° 125. Enero-marzo 2011. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011.*

³⁰ Cfr. Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: “Las demandas de contenido patrimonial en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” en: *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Volumen II. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2011, pp. 305-306.

³¹ Kiriakidis Longhi, Jorge C.: *El contencioso administrativo venezolano..., in totum*.

³² Cfr. *Ibidem*, pp. 49-50.

“...hay que concluir entonces que las “demandas de contenido patrimonial” a que se refiere la LOJCA, comprenden aquellas contentivas de pretensiones de condena al pago de cantidades de dinero, por responsabilidad patrimonial, contractual o extracontractual...”³³.

Los argumentos en que baso mi posición son otros³⁴, a saber:

En primer lugar: Que el procedimiento de las demandas de contenido patrimonial es el que tiene *el más completo diseño procesal de toda la Ley*. Basta compararlo con el *iter* procesal del procedimiento breve, similar este último al trámite jurisprudencial del amparo constitucional y que hasta por su propio nombre es evidente que no puede tomarse como procedimiento ordinario (sobre el tercer procedimiento de la Ley, el común, haremos referencia más adelante).

Insistimos en tal afirmación, con independencia de las deficiencias técnicas que presenta la regulación del procedimiento de las demandas de contenido patrimonial y que ya habíamos advertido, por lo que no nos parece que la objeción sea pertinente. De hecho, con la interpretación jurisprudencial a que haremos referencia más adelante se evidencia que el procedimiento de las demandas de contenido patrimonial resulta en su aplicación bastante similar a la estructura al juicio ordinario contenido en los artículos 338 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, salvo en lo que respecta a la audiencia preliminar que se constituye en una suerte de incidencia oral de las cuestiones previas. De modo que no negamos que el procedimiento sea *deficiente*, lo que afirmamos es que es el *más completo*.

En segundo lugar: Conforme al artículo 56, único aparte, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la regulación del procedimiento de las demandas de contenido patrimonial es supletorio de los otros dos, lo cual es una característica típica de todo procedimiento ordinario con relación a los especiales.

A estas dos argumentaciones añado ahora a continuación dos más:

En tercer lugar: uno de tipo topográfico o de localización. El procedimiento de las demandas de contenido patrimonial es el primero de los tres procedimientos contenidos en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo que su ubicación evidencia también su naturaleza de procedimiento ordinario.

Y en *cuarto y último lugar:* Si el procedimiento común (a las pretensiones de nulidad de actos administrativos, interpretación de textos legales de contenido administrativo y de controversias administrativas), dada su inspiración en el diseño procedimental del recurso contencioso-administrativo de nulidad de actos administrativos regulado en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y en su lamentable continuación, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, es un proceso con marcados rasgos “*objetivos*”, anclado en la superada concepción impugnatoria y revisora del contencioso-administrativo (lo cual es admitido expresamente por KIRIAKIDIS LONGHI³⁵), en el cual, no hay ni citación propiamente dicha ni emplazamiento para la contestación de la demanda. ¿Cómo puede ser este procedimiento común entonces, el procedimiento ordinario de una Ley que, pese a todas sus deficiencias, pretende superar tales esquemas? ¿Tiene sentido continuar con las nociones superadas, simplemente porque sean las más usuales o las más conocidas?

³³ Cfr. Torrealba Sánchez, *Las demandas de contenido patrimonial...*, p. 304.

³⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 304-305.

³⁵ Cfr. *El contencioso administrativo venezolano...*, p. 48.

De ser así, poco se habrá avanzado en los postulados generales del contencioso-administrativo venezolano desde la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia³⁶.

En todo caso, la incertidumbre respecto a la determinación de los lapsos, y especialmente de la fase probatoria en las demandas de contenido patrimonial obedece a la deficiente regulación de la oralidad en este procedimiento, al haberse incluido primeramente una audiencia preliminar o previa, propia de los procesos predominantemente orales, así como luego otras fases más cónsonas con los procesos prevalentemente escritos, a saber: una contestación de la demanda con posterior fase escrita de pruebas.

Resultado de tan incongruente mixtura es que de la redacción literal de los correspondientes preceptos parece que debe interpretarse que existen dos oportunidades para plantear alegatos sobre el mérito de la controversia (una en la audiencia preliminar y otra en la contestación de la demanda) y tres fases de pruebas (la primera en la audiencia preliminar, la segunda limitada a las documentales con la contestación de la demanda y la tercera en la fase estrictamente probatoria)³⁷.

Ante la poca fortuna del diseño procedimental en cuestión, en anterior oportunidad señalamos que la jurisprudencia habría de solucionar tales contradicciones, bien dando preeminencia a la audiencia preliminar (acogiendo en todo su alcance el modelo oral) y obviando la referencia a la contestación de la demanda por escrito, o bien limitando el alcance que la propia Ley le otorga a la audiencia preliminar y manteniendo la significación de la contestación de la demanda y la ulterior fase probatoria³⁸. De forma similar, sería la jurisprudencia la que en última instancia tendría que aclarar cuál era el lapso probatorio aplicable en el proce-

³⁶ Hay que señalar que la posición de Kiriakidis Longhi en cuanto a que el procedimiento común a las demandas de nulidad de actos administrativos, interpretación de textos legales y controversias administrativas es el procedimiento ordinario de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa parecen compartirla otros autores, aunque se trata de afirmaciones meramente incidentales (Cfr. Urosa Maggi, "Las pretensiones procesales en la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa" en: *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Vol. I. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2010, p. 222; o de forma más bien implícita, al acotarse que a falta de otro procedimiento para la tramitación de una pretensión se aplica éste: Cfr. Brewer Carías, Allan R.: "Introducción general al régimen de la jurisdicción contencioso-administrativa" en: *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Colección textos legislativos N° 47, 1° Edición, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2010, pp. 139-1140). En todo caso, este debate doctrinario se está dando con independencia de la realidad jurisprudencial actual, de la cual no cabe esperar una solución respecto al punto aquí controvertido, más allá de que la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y su Juzgado de Sustanciación estén admitiendo pretensiones acumuladas de nulidad de actos administrativos y de condena al pago de sumas de dinero en un mismo libelo por el procedimiento común, sobre todo en materia de demandas intentadas por jueces suspendidos, removidos o destituidos, más por inercia que producto de un necesario razonamiento al respecto. Cabe preguntarse qué pasará respecto a la acumulación de pretensiones de condena a hacer o dejar de hacer acumuladas a otra de condena al pago de cantidades de dinero por indemnización frente a la inactividad o actividad material de la Administración, en cuya hipótesis –insisto– la solución más plausible y acorde con la Ley vigente es su tramitación por el procedimiento de las demandas de contenido patrimonial, a reserva del eventual control de constitucionalidad que corresponde respecto a la limitación contenida en el artículo 65 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

³⁷ Recientemente, la doctrina ha puesto especial atención a tales incongruencias, calificando al proceso de las demandas de contenido patrimonial como un "proceso desastre" (*Ibidem*, p. 135). Se trata de una calificación dura pero que no deja de tener cierta verdad.

³⁸ Torrealba Sánchez: *Las demandas de contenido patrimonial...*, pp. 324-326.

dimiento de las demandas de contenido patrimonial. Se trataría en todo caso de soluciones discutibles, pues habrían de ser *contra legem*, dadas las insuperables contradicciones de los respectivos dispositivos legales.

Pues bien, parece que la solución que hasta ahora ha acogido la Sala Político-Administrativa ha sido preferir al modelo escrito, con lo que la audiencia preliminar que regula el artículo 57 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa pierde buena parte de la significación y objetivos que le otorga la Ley (y que son propios de las audiencias previas en los procesos orales) y se limita a ser la oportunidad para dar cumplimiento a los fines de conciliación o mediación y saneamiento del proceso. Evidencia de ello lo es que ese órgano judicial se ha referido a la finalidad de la audiencia preliminar como saneadora (sentencia 7 del 12 de enero de 2011), obviando todas las demás. De forma más categórica, más recientemente, el mismo tribunal ha señalado que “...*el lapso de promoción de pruebas aplicable al presente procedimiento* (demandas de contenido patrimonial), *es de cinco (5) días de despacho contados a partir de la contestación de la demanda...*” (texto entre paréntesis añadido), en decisión 1618 del 29 de noviembre de 2011.

La resolución de tales casos, de llegar a convertirse en jurisprudencia, acentúa más la preeminencia del modelo escrito en el proceso de las demandas de contenido patrimonial, limitando las audiencias a ser actos formalmente orales pero con finalidades similares a las fases del proceso escrito³⁹. No obstante, dadas las antinomias legales que presenta la regulación del procedimiento de las demandas de contenido patrimonial, en nuestro criterio cualquier solución jurisprudencial sobre esos aspectos tendría sus ventajas y defectos. En todo caso, algo de seguridad jurídica aporta este criterio a un asunto tan problemático debido al descuido legislativo y con tantas implicaciones prácticas.

7. *Limitaciones a la intervención de terceros en pretensiones de nulidad de actos administrativos y de interpretación de leyes*

En líneas generales, a pesar de los sucesivos cambios legislativos (que han ido eliminando ciertos dispositivos específicos en la materia), poco ha cambiado el tratamiento jurisprudencial de la intervención de los terceros en el contencioso-administrativo en los últimos veinte años, por lo que se mantienen los criterios tradicionales asentados a partir de la decisión de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 26 de septiembre de 1991 en el caso Rómulo Villavicencio⁴⁰. Ejemplo de ello, es la decisión de la Sala Político-Administrativa 1097 del 10 de agosto de 2011.

Sin embargo, también se han producido algunos fallos aislados que se apartan de los criterios tradicionales, en el sentido de negar de plano la intervención de terceros en ciertas causas, sobre la base de argumentos más que discutibles. Un ejemplo es la decisión 1113 del 10 de agosto de 2011, en la cual la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa declaró inadmisibles la intervención de terceros en una pretensión de nulidad

³⁹ Se trata del proceso *con* audiencias y no *por* audiencias, como acertadamente señaló Hernández Mendible, *El proceso administrativo...*, p. 219.

⁴⁰ El texto de la decisión puede verse en Brewer Carías, Allan R. y Luis Ortiz Álvarez: *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso-administrativa (1961-1996)*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1996, pp. 696-699. Véase también Torrealba Sánchez, *Manual de Contencioso...*, pp. 149-166, así como la bibliografía allí citada. Más recientemente véase entre otros: Duque Co-reedor, Román: “Los sujetos procesales del contencioso administrativo” en: *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Vol. II. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2011, pp. 160-166.

de un acto administrativo por la supuesta incompatibilidad de la naturaleza del procedimiento destinado a la tramitación de este tipo de pretensiones (la Sala insiste en emplear la tradicional denominación “recurso contencioso-administrativo de nulidad”) con la pretensión planteada por los terceros. En el caso concreto, se trataba de que estos últimos no perseguían coadyuvar con las pretensiones de las partes, sino que planteaban una verdadera tercería de dominio respecto a los bienes objeto de comiso por parte de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Para llegar a tal conclusión, la Sala Político-Administrativa parte de una serie de consideraciones sobre la naturaleza objetiva del “*contencioso administrativo de nulidad de actos administrativos*” (respecto de las cuales algunos comentarios se harán en la segunda parte de este trabajo), por lo que cualquier discusión sobre la propiedad de los bienes objeto de la medida administrativa impugnada (no sobre la procedencia de la medida en sí, sino en cuanto a su materialización sobre bienes de supuestos terceros), determina la interposición de una pretensión cuya naturaleza es incompatible con la índole “*revisora*” de la demanda de nulidad.

De tal premisa se partió para concluir que no es la intervención por vía de tercería de dominio en el proceso administrativo, sino la acción reivindicatoria autónoma, el medio idóneo para la tramitación de las pretensiones de los terceros destinadas a lograr la devolución de los bienes objeto de una sanción administrativa previo el reconocimiento de su propiedad sobre los mismos.

Con este fallo, el referido órgano judicial limita injustificadamente el derecho a la tutela judicial efectiva de los terceros, obligándolos a interponer una pretensión por demanda autónoma, en lugar de aceptar una tercería de dominio (tercería excluyente) sobre los bienes incautados por la Administración demandada, aplicando analógicamente las previsiones que respecto a la tercería de dominio prevén los ordinales primero y segundo del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, o bien, de considerar improcedente la analogía, aceptar igualmente la pretensión sobrevenida acumulada valiéndose del principio general atinente a que sólo la incompatibilidad *real* de las pretensiones determina su improcedente acumulación inicial o sucesiva.

Y es que, más allá de la genérica invocación de la naturaleza objetiva y revisora de la pretensión de nulidad de un acto administrativo (plenamente discutible, como veremos), la sentencia no fundamenta por qué razón la Sala Político-Administrativa no puede pronunciarse en esa misma causa sobre la procedencia de las peticiones de los terceros, incluso siendo contrapuestas a las de las partes originales (lo cual no parecía ser así en el caso concreto según se evidencia de los alegatos de los demandantes y de los terceros), en lo atinente a su titularidad sobre los bienes objeto de comiso y su consiguiente devolución, de ser el caso, dada la evidente conexidad entre la causa principal y la planteada por los terceros⁴¹.

⁴¹ La sentencia señala que “...*el hecho que la recurrente y los terceros en el presente procedimiento afirmen de manera individual un derecho de propiedad sobre los bienes objeto de comiso, plantea en el plano jurídico y desde una perspectiva objetiva, un contradictorio acerca de a quien corresponde la titularidad de tal derecho sobre dichos bienes, lo que eventualmente pudiera dar lugar a una acción reivindicatoria de naturaleza civil (Art. 548 del Código Civil), entendida ésta como la defensa más eficaz del derecho de propiedad, a objeto de determinar cuál de las partes en conflicto presente mejor título, lo que por otra parte, supone una prueba documental importante, amén de otras circunstancias que pudiesen ser traídas a juicio a los fines de probar dicha titularidad...*”. Cabe preguntarse si el juez contencioso-administrativo no tiene competencia para pronunciarse sobre la titularidad de un derecho real controvertido, de ser necesario para la resolución de

No es ésta –pensamos- la concepción del derecho de acceso a la jurisdicción y del proceso judicial que se deriva de los artículos 26 y 257 constitucionales, ni la que mejor se acomoda con las garantías y principios de todo proceso.

Un segundo ejemplo de limitación a la intervención de terceros se evidencia del contenido de la decisión de la Sala Político-Administrativa 796 del 8 de julio de 2011. En este caso, la decisión, que se planteó en una causa contentiva de una pretensión de interpretación de un texto legal, es de una gravedad mucho mayor, ya que la inadmisión de la intervención del tercero no se derivó del análisis del caso concreto, sino de sostener como premisa que la misma no puede plantearse en este tipo de causas, habida cuenta de su naturaleza no contenciosa. En otros términos, el aludido órgano judicial afirma que en este tipo de pretensiones (de interpretación de normas), no hay proceso propiamente dicho, y por lo tanto, al no haber controversia ni conflicto de intereses, no es admisible ninguna modalidad de intervención de terceros⁴².

No viene al caso referir la controversia acerca de la naturaleza de los llamados procedimientos de jurisdicción voluntaria en esta oportunidad. En cambio, sí parece necesario cuestionar que una pretensión de interpretación de un texto legal para determinar el sentido y alcance de uno o varios preceptos de éste, *pretensión vinculada con un caso concreto*⁴³, no

las pretensiones planteadas en una causa principal que tiene competencia para conocer, o si el mismo ostenta limitaciones para la valoración de pruebas documentales que sólo corresponde hacer al juez civil. La respuesta a ambas interrogantes evidencia en nuestro criterio la falta de justificación del razonamiento de la Sala Político-Administrativa.

⁴² Señala textualmente el fallo: “...no es cónsono con la naturaleza jurídica del recurso de interpretación, la intervención de terceros en ninguna de sus modalidades previstas en el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil (adhesivo, opositor etc.), puesto que como ha indicado también la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal: “...la intervención adhesiva sólo es posible en los procesos litigiosos, los cuales, tienen como finalidad el componer una litis, un conflicto de intereses entre particulares, donde el tercero adhesivo debe tomar posición con respecto a la parte a quien coadyuva a vencer en el juicio, por lo que éste se convierte en un litisconsorte auxiliar, que la contraparte debe aceptar como contradictor agregado. Situación jurídica procesal que no es dable en los casos de procesos judiciales no contenciosos, tales como aquellos en los que se pretende procurar la determinación del contenido y alcance de un precepto legal o constitucional del que se desprende dudas interpretativas...”. Para más adelante agregar que: “...Por consiguiente, siendo que como se ha indicado, al conocer y decidir el órgano jurisdiccional sobre una pretensión de interpretación, la finalidad no es la de componer un conflicto de intereses entre partes, pues no existe una controversia sino la necesidad de que se declare el contenido y alcance de la norma objeto de interpretación, no es posible en este proceso, la participación de terceros en los términos previstos en el artículo 370 del Código Adjetivo, tal y como fue solicitado en el presente caso, toda vez que cualquier interesado puede intervenir en el curso de la causa en virtud que los efectos de la sentencia acerca del contenido y alcance de la norma objeto de interpretación será erga omnes. Así se declara”.

⁴³ Requisito delineado por la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia como límite frente a la interposición de pretensiones meramente teóricas e innecesarias (véanse las consideraciones que formulamos al respecto en nuestro *Manual de Contencioso...*, pp. 513-518, así como la bibliografía allí citada), y recogido en el Derecho Positivo a partir del artículo 5.52 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, y actualmente en el artículo 31.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, precepto que establece que la demanda de interpretación no debe significar una sustitución del mecanismo, medio o recurso legalmente previsto para dirimir la situación de que se trate (véase sentencia de la Sala Político-Administrativa 1126 del 11 de agosto de 2011, mediante la cual se entiende que este requisito es una causal de inadmisibilidad adicional a las previstas en el artículo 35 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

sea un asunto contencioso, más allá de la ciertamente discutible naturaleza, límites y fines de este medio procesal, a lo cual nos hemos referido brevemente en anterior oportunidad⁴⁴. De allí que, en nuestro criterio, a lo que más se asemeja esta vía adjetiva es a una pretensión mero-declarativa (sobre todo a la luz del tratamiento procesal que se le da a este medio en el Derecho Positivo a partir de 2010)⁴⁵, aunque con una serie de peculiaridades, pretensión que la doctrina procesal encuadra dentro de aquellas plenamente contenciosas, en las que hay partes y controversia⁴⁶.

⁴⁴ Véase Torrealba Sánchez, *Manual de Contencioso...*, pp. 505-512, y la bibliografía allí citada. Más recientemente, cuestionando el recurso de interpretación constitucional pero con consideraciones aplicables a la demanda de interpretación de textos legales, véase: Herrera Orellana, Luis Alfonso: “El “recurso” de interpretación de la Constitución: reflexiones críticas desde la argumentación jurídica y la teoría del discurso” en: *Revista de Derecho Público* Nº 113. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008.

⁴⁵ En similar sentido véase entre otros Urosa Maggi, *Las pretensiones procesales...*, p. 222. Por su parte, en igual orientación parece pronunciarse Rondón De Sansó, Hildegard: *Ab imis fundamentis (II). Garantías y deberes en la Constitución Venezolana de 1999*. Gráficas Lauki. Caracas, 2011, p. 522-524, al caracterizar, sobre la base de la doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional, a la decisión del “recurso de interpretación constitucional”, como una sentencia mero declarativa capaz de producir cosa juzgada.

⁴⁶ Por ello discrepamos del criterio de la Sala Constitucional, invocado ahora por la Sala Político-Administrativa, respecto de la siguiente afirmación: “... la solicitud de interpretación no pretende que se declare un derecho a favor del peticionante, sino que se dicte una sentencia mero declarativa, en la cual se dilucide la duda planteada mediante la determinación del verdadero sentido y alcance de la disposición objeto del ejercicio hermenéutico. Ello así, la función jurisdiccional que esta Sala ejerce cuando conoce y decide sobre una pretensión de interpretación, constituye un proceso de mera declaración, por lo que su fin no es el de componer un conflicto de intereses entre partes, en virtud de que en éstos no existe una pretensión controvertida. De esta manera, cuando la Sala resuelve la duda planteada, no provee frente a dos partes cuyos intereses se hallan en pugna para obtener la composición de los mismos, sino, por el contrario, actúa frente al interés general, cuya tutela reclama la labor interpretativa de la Sala” (Sentencia de la Sala Constitucional 723 del 23 de abril de 2007). ¿Es posible sostener que una pretensión mero declarativa en la cual se solicita al órgano judicial la declaración o reconocimiento de un derecho o situación jurídica individualizada constituye una “pretensión no controvertida”? De ser así no sería una verdadera pretensión procesal. (Cfr. Guasp Delgado, Jaime: *La pretensión procesal*. Cuadernos Civitas. Segunda Edición. 1985, Madrid, pp. 77-78 y 100-101, véase también en la doctrina venezolana, entre otros: Rengel Romberg, Aristides: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano (según el nuevo Código de Procedimiento Civil de 1987)*. Volumen I. Teoría general del proceso. Editorial Arte, Caracas, 1992, pp. 114-121 –en lo atinente a la jurisdicción voluntaria- y Volumen II, pp. 115-119 –en lo atinente a las clases de pretensiones procesales). De allí que, o bien la Sala Constitucional yerra al sostener que la solicitud de interpretación es una pretensión mero declarativa no contenciosa, pues ello es una *contradictio in terminis*, o bien ese tipo de pretensiones no lo son en realidad, sino más bien solicitudes no contenciosas, lo cual no se aviene ni con la caracterización como demandas ni con el trámite procesal que les asignan la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, así como tampoco con los efectos que se les da a las sentencias que se dictan en tales procedimientos. Por su parte, Rondón De Sansó, *op. cit.*, p. 517, aunque de forma no demasiado diáfana comienza señalando que el “recurso de interpretación legislativa” “...no implica un contencioso verdadero y propio, sino que se refiere al contenido y alcance de los textos legales...”, afirma más adelante respecto al “recurso de interpretación constitucional” que: “Es posible que no haya formalmente demandado, lo cual hace que se ponga en duda el carácter contencioso del recurso. A pesar de lo anterior, la formación de nuevas situaciones jurídicas y el desarrollo de las existentes no son de jurisdicción voluntaria, porque se trata de procesos que implican potencialmente una controversia entre el actor y los otros integrantes de la sociedad. La jurisdicción constitucional no excluye sentencias con efecto de cosa juzgada, cuyos efectos pueden ser absolutos o relativos. Los órga-

Adicionalmente, la tesis interpretativa de la Sala Político-Administrativa respecto a la naturaleza no contenciosa del “*recurso de interpretación*”, en la actualidad resulta manifiestamente *contra legem*, toda vez la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa le asigna a este medio procesal el trámite del procedimiento común a las demandas de nulidad, interpretación y controversias administrativas (Sección Tercera, Capítulo II, Título IV) en el cual hay partes, notificaciones y controversia, con audiencia de juicio y pruebas⁴⁷. De hecho, el artículo 80 ordena la publicación de un cartel destinado a la notificación de los *interesados*, así como el artículo 82 se refiere a la comparecencia a la audiencia de juicio, tanto de las partes como de los *interesados*, al igual que el artículo 83 *eiusdem*.

Visto el empleo de tal vocablo, que no puede ser interpretado de forma distinta a que se trata de la comparecencia de las partes y de los terceros adhesivos o terceros propiamente dichos, no luce posible sostener, ateniéndose a una interpretación meramente gramatical de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que en las demandas de interpretación de textos legales sólo se admiten partes principales y no terceros (de hecho, la referencia a las partes confirma que no se puede concebir ese trámite para una procedimiento de jurisdicción voluntaria).

El resultado de tal criterio tiende, una vez más, a limitar injustificadamente la garantía del debido proceso de las partes, así como el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

8. *La jurisprudencia ¿es un medio de prueba?*

Esta interrogante parece absurda, pues su respuesta en sentido negativo es unánime en la doctrina procesal y en la propia jurisprudencia, y de hecho, luce como una malintencionada pregunta de un examen de pregrado de Derecho Procesal.

No obstante, en reciente ocasión la Sala Político-Administrativa ha sostenido que la jurisprudencia es un medio de prueba admisible a tenor de la libertad de medios probatorios establecida en el Derecho Adjetivo venezolano. Ello se produjo al desestimar la apelación planteada en un caso en el cual el Juzgado de Sustanciación de la misma –de forma errada– había admitido la promoción (pretendiendo hacerlas valer a título de “jurisprudencia”) como documentales, de sentencias dictadas por la Sala Constitucional, por parte de la Procuraduría General de la República (Sentencia de la Sala Político-Administrativa 1122 del 11 de agosto de 2011)⁴⁸.

A nuestro modo de ver, más que de un criterio jurisprudencial, se trata de una manifestación adicional de la denodada tendencia de la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa en dar la razón a la Administración, incluso a costa de contrariar reglas

nos constitucionales (sic) pueden dictar sentencias declarativas de certeza (merodeclarativas) capaces de producir cosa juzgada” (Ibidem, p. 522).

⁴⁷ Prescindiendo de que este procedimiento es bastante similar en su trámite al que preveían la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 para el “recurso contencioso-administrativo de nulidad”, por lo que ciertamente hay vestigios en el procedimiento común actual de la concepción objetiva y revisora del contencioso-administrativo en el diseño procesal que orientó la elaboración de la primera de esas leyes y que por mera inercia continuó la segunda. No obstante, eso no justifica afirmar que se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Véase también la anterior nota al pie.

⁴⁸ Como dato anecdótico, el error difícilmente podía pasar inadvertido dado que los apoderados de las contrapartes de la República fueron dos Profesores de Derecho Procesal Civil de la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

elementales del Derecho Procesal y sin considerar que, en casos como el aquí reseñado, el efecto resulta marcadamente inocuo (más allá del desafortunado tratamiento jurídico del punto), pues con tal admisión, salvo por el hecho de haberse dado formalmente la razón a la representación judicial de la República, nada puede probarse, toda vez que, como es bien sabido, el objeto de la prueba lo son los hechos afirmados o debatidos y no los criterios judiciales de interpretación de normas.

En próxima oportunidad continuaremos el tema aquí tratado.

**EL ILEGÍTIMO “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD” DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS POR PARTE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA:
CASO: LEOPOLDO LÓPEZ vs. VENEZUELA
Septiembre 2011**

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *Este Comentario busca analizar la sentencia N° 1547 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 17 de octubre de 2011 (Caso Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos), en la cual procedió al conocer de una “acción innominada de control de constitucionalidad” de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el 1° de septiembre de 2011 (caso Leopoldo López vs. Estado de Venezuela), concluyendo en que la misma es “inejecutable” en Venezuela, negándole al Sr. López la protección internacional de su derecho a ser electo.*

Palabras claves: *Jurisdicción Constitucional. Derechos Humanos, Protección Internacional. Derecho a ser electo. Corte Interamericana de derechos Humanos.*

Abstract: *This Comment is intended to analyze the decision N° 1547 of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice of October 17, 2011 (Case: Estado Venezolano v. Corte Interamericana de Derechos Humanos), in which the Chamber decide an “in nominated action of judicial review” of the decision of the Inter American Court of Human Rights dated September 1, 2011 (Case: Leopoldo López v. Estado de Venezuela), concluding that it was “non enforceable” in Venezuela, denying Mr. López constitutional protection of his political right to be elected.*

Key words: *Judicial Review. Human Rights, International Protection. Right to be elected. Inter American Court of Human Rights*

I. INTRODUCCIÓN

Una de las características fundamentales de la Justicia Constitucional, o del derecho procesal constitucional contemporáneo, es que los Tribunales, como garantes de la Constitución, no sólo tienen que estar sometidos, como todos los órganos del Estado, a las propias previsiones de la Constitución, sino que deben ejercer sus competencias ceñidos a las competencias establecidas en la misma o en las leyes, cuando a ellas remita la Constitución para la determinación de la competencia.

En particular, la competencia de la Jurisdicción Constitucional en materia de control concentrado de la constitucionalidad siempre ha sido considerada como de derecho estricto que tiene que estar establecida expresamente en la Constitución, y no puede ser deducida por vía de interpretación. Es decir, la Jurisdicción Constitucional no puede ser creadora de su propia competencia, pues ello desquiciaría los cimientos del Estado de derecho, convirtiendo al juez constitucional en poder constituyente.¹

En el caso de Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como Jurisdicción Constitucional, tiene asignadas las competencias que se enumeran en el artículo 336 de la Constitución y en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, no estando prevista en ninguna de esas normas una supuesta competencia para someter a control de constitucionalidad, mediante el ejercicio ante ella de una acción e incluso de oficio, de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aparte de que ello sería contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos, que es de obligatorio cumplimiento mientras el Estado no la denuncie, es contrario al propio texto de la Constitución venezolana que en su artículo 31 prevé como obligación del propio Estado el adoptar, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución y en la ley, “las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales” de protección de derechos humanos.

Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 1547 de fecha 17 de octubre de 2011 (*Caso Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*),² procedió al conocer de una “acción innominada de control de constitucionalidad” de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el 1° de septiembre de 2011 (*caso Leopoldo López vs. Estado de Venezuela*), que no existe en el ordenamiento constitucional venezolano, ejercida por el Procurador General de la república condenado en la sentencia.

Dicha sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo demás, había decidido, conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 32.2), que la restricción al derecho pasivo al sufragio (derecho a ser elegido) que se le había impuesto al Sr. Leopoldo López por la Contraloría General de la República de Venezuela mediante una decisión administrativa, no judicial, era contraria a la Convención, pues dichas restricciones a derechos políticos sólo puede establecerse mediante imposición de una condena dictada mediante sentencia judicial, con las debidas garantías del debido proceso.

En efecto, el derecho político a ser electo del Sr. Leopoldo López le había sido violado por la Contraloría General de la República, al esta dictar autos de responsabilidad administrativa contra el mismo aplicando el artículo 105 de la ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, imponiéndole mediante actos administrativos la “pena” de inhabilitación política como ex funcionario que es, sancionándolo de manera de restringirle su derecho político al sufragio pasivo que, al contrario, sólo puede ser restringido, acorde con la Constitución (art. 65) y a la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 32.2), mediante sentencia judicial que imponga una condena penal.

En tal virtud, el Sr. López recurrió mediante denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, denunciando

¹ Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law*, Cambridge University Press, New York 2011.

² Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>

su derecho, resultando la decisión de ésta última condenando al Estado venezolano por violación de dicho derecho al ejercicio pasivo al sufragio en perjuicio del Sr. Leopoldo López, ordenando la revocatoria de las decisiones de la Contraloría General de la República y de otros órganos del Estado que le impedían ejercer su derecho político a ser electo por la inhabilitación política que le había sido impuesta administrativamente.

Debe decirse que ya la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, con anterioridad, y en franca violación de la Constitución, ya había resuelto en su sentencia N° 1265 de 5 de agosto de 2008³ (caso *Ziomara del Socorro Lucena Guédez vs. Contralor General de la República*), que el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República no era violatorio de la Constitución ni de la Convención Americana de Derechos Humanos, admitiendo que mediante ley se podían establecer sanciones administrativas de inhabilitación política contra ex funcionarios, impidiéndoles ejercer su derecho político a ser electos, como era el caso de las decisiones dictadas por la Contraloría General de la República.

En todo caso, frente a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de condena al Estado Venezolano por violación del derecho político del Sr. Leopoldo López, el Procurador General de la República, como abogado del propio Estado condenado, recurrió ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo solicitándole la revisión judicial por control de constitucionalidad de la misma, de lo cual resultó la sentencia mencionada N° 1547 de 17 de octubre de 2011 de la Sala Constitucional mediante la cual decidió conocer de una “acción innominada de control de la constitucionalidad” de la sentencia de la Corte Interamericana, y declarar que la sentencia dictada por la misma en protección del Sr. López era “inejecutable” en Venezuela, ratificando así la violación de su derecho constitucional a ser electo, y que le impedía ejercer su derecho a ser electo y ejercer funciones públicas representativas.

Todo esto ha originado una bizarra situación de violación de derechos políticos por parte de los órganos del Estado venezolano, incluyendo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, y de formal desconocimiento de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado, a requerimiento del abogado del propio Estado condenado, y al declararlas como “inejecutables” en el país.

II. LA PROTECCIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO POLÍTICO AL SUFRAGIO PASIVO POR PARTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En efecto, la Contraloría General de la República de Venezuela, con ocasión de diversas averiguaciones administrativas abiertas contra el Sr. Leopoldo López Mendoza, quien había sido Alcalde de uno de los Municipios de la capital de la República (Chacao), de conformidad con el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría le impuso diversas sanciones administrativas, y entre ellas, la de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, afectándole en esa forma su derecho constitucional a ser electo para cargos de elección popular.

El Sr. López presentó denuncia de violación de diversos de sus derechos fundamentales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y esta posteriormente presentó formal demanda contra el Estado Venezolano, denunciando la violación, entre otros, del derecho de ser elegido del Sr. Leopoldo López, que estimó le había sido inflingido por la Contraloría General de la República al imponerle sanciones de inhabilitación en aplicación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría, y con ocasión de un procedimiento administrativo

³ Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/Agosto/1265-050808-05-1853.htm>

de averiguaciones administrativas, las cuales le habían impedido a dicho ciudadano registrar su candidatura para cargos de elección popular.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 1 de septiembre de 2011 dictó sentencia (caso *López Mendoza vs. Venezuela*) (Fondo, Reparaciones y Costas), en la cual, entre las múltiples violaciones denunciadas, se refirió específicamente a la violación del derecho político a ser electo, para lo cual pasó a determinar

“si las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo y la consiguiente imposibilidad de que registrara su candidatura para cargos de elección popular” eran o no compatibles con la Convención Americana de derechos Humanos” (Párr. 104).

A tal efecto, la Corte Interamericana constató que el artículo 23.1 de la Convención establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad:

- “i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos;
- ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y
- iii) a acceder a las funciones públicas de su país” (Párr. 106).

Estos derechos, como todos los que consagra la Convención, es bueno recordarlo, al decir de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, conforman:

“una declaración de principios, derechos y deberes de corte clásico que da preeminencia a los derechos individuales, civiles y políticos dentro de un régimen de democracia formal. Obviamente, como tal, es un texto que contiene una enumeración de libertades de corte liberal que son valiosas para garantizar un régimen que se oponga a las dictaduras que han azotado nuestros países iberoamericanos desde su independencia.”⁴

Por otra parte, la Corte Interamericana precisó que en artículo 23.2 de la Convención es el que determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos antes indicados reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción.

Ahora bien, en el caso sometido a su consideración, que se refería “a una restricción impuesta por vía de sanción,” la CIDH consideró que debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal,” estimando que en el caso:

“ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal,” en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana” (Párr. 107).

⁴ Véase sentencia N° 1265/2008 dictada el 5 de agosto de 2008, en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/Agosto/1265-050808-05-1853.htm>. La Sala, sin embargo, en la misma sentencia se lamentaba que en la Convención no había “norma alguna sobre derechos sociales (solo hay una declaración de principios acerca de su desarrollo progresivo en el artículo 26), ni tampoco tiene previsión sobre un modelo distinto al demócrata liberal, como lo es la democracia participativa, ni contempla un tipo de Estado que en lugar de construir sus instituciones en torno al individuo, privilegie la sociedad en su conjunto, dando lugar a un Estado social de derecho y de justicia.” *Idem*

La Corte Interamericana, en su decisión, reiteró su criterio de que “el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades;” término este último que implica, al decir de la Corte Interamericana, “la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos.” En el caso decidido en la sentencia, la Corte Interamericana precisamente consideró que “si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos, está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido” (Párr. 108).

Fue en virtud de los anteriores argumentos que la Corte Interamericana determinó que el Estado venezolano violó los artículos 23.1.b y 23.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Leopoldo López Mendoza (Párr. 109), concluyendo que:

“el Estado es responsable por la violación del derecho a ser elegido, establecido en los artículos 23.1.b y 23.2, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza, en los términos del párrafo 109 de la presente Sentencia” (Párr. 249).

Por otra parte, la Comisión Interamericana había solicitado la Corte Interamericana que se ordenase al Estado el adoptar las medidas necesarias para restablecer los derechos políticos del señor Leopoldo López Mendoza (Párr. 214), sobre lo cual, sus representantes solicitaron la restitución plena en el ejercicio de su “derecho político a ser electo” según el artículo 23 de la Convención, a fin de poder presentarse “como candidato en las elecciones que se celebren en la República Bolivariana de Venezuela,” solicitando además, que se dejasen sin efecto “las decisiones de inhabilitación dictadas por la Contraloría General de la República y por las distintas ramas del Poder Público Nacional “en el marco de las inhabilitaciones políticas administrativas;” y que se requiriera al Estado que el Consejo Nacional Electoral permitiera la su inscripción y postulación electoral para cualquier proceso de elecciones a celebrarse en Venezuela (Párr. 214).

Sobre esto, y en virtud de considerar que en el caso se habían violado los artículos 23.1.b, 23.2 y 8.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana (*supra* párrs. 109, 149, 205 y 206), la CIDH declaró que:

“el Estado, a través de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE), debe asegurar que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales a celebrarse con posterioridad a la emisión de la presente Sentencia (Párr. 217).

Consecuencialmente, la CIDH declaró que el Estado debía “dejar sin efecto las Resoluciones Nos. 01-00-000206 de 24 de agosto de 2005 y 01-00-000235 de 26 de septiembre de 2005 emitidas por el Contralor General de la República (*supra* párrs. 58 y 81), mediante las cuales se declaró la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas del señor López Mendoza por un período de 3 y 6 años, respectivamente” (Párr. 218), concluyendo en la parte final del fallo, con las siguientes dos disposiciones:

“2. El Estado, a través de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE), debe asegurar que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales a celebrarse con posterioridad a la emisión de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 217 del presente Fallo;”

“3. El Estado debe dejar sin efecto las Resoluciones Nº 01-00-000206 de 24 de agosto de 2005 y 01-00-000235 de 26 de septiembre de 2005 emitidas por el Contralor General de la República, en los términos del párrafo 218 del presente Fallo.”

II. SOBRE LA “ACCIÓN INNOMINADA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD” DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU TRÁMITE

Contra la antes mencionada sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 1 de septiembre de 2011, algo más de tres semanas después, el día 26 de septiembre de 2011, el Procurador General de la República, actuando en representación del Estado Venezolano, interpuso ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia lo que denominó como una “acción innominada de control de constitucionalidad,” la cual la Sala, sin competencia alguna para ello y en franca violación de la Constitución, pasó a conocer de inmediato, decidiéndola en sólo veinte días mediante sentencia Nº 1547 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*) de fecha 17 de octubre de 2011.⁵

El Procurador General de la República, al intentar la acción, justificó la supuesta competencia de la Sala Constitucional en su carácter de “garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales” (Arts. 266.1, 334, 335 y 336 de la Constitución, el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), considerando básicamente que la República, ante una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podía dejar de realizar “el examen de constitucionalidad en cuanto a la aplicación de los fallos dictados por esa Corte y sus efectos en el país,” considerando en general que las decisiones de dicha Corte Interamericana sólo pueden tener “ejecutoriedad en Venezuela,” en la medida “el contenido de las mismas cumplan el examen de constitucionalidad y no menoscaben en forma alguna directa o indirectamente el Texto Constitucional;” es decir, que dichas decisiones “para tener ejecución en Venezuela deben estar conformes con el Texto Fundamental.”

Luego de analizar la sentencia de la Corte Interamericana, y referirse al carácter de los derechos políticos como limitables; y a la competencia de la Contraloría General de la República, conforme al artículo 105 de su Ley Orgánica para garantizar una “Administración recta, honesta, transparente en el manejo de los asuntos públicos, dotada de eficiencia y eficacia en la actividad administrativa en general, y especialmente en los servicios públicos” y para imponer “la sanción de suspensión, destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas;” considerar que lo que le Contraloría le había impuesto al Sr. Leopoldo López había sido una “inhabilitación administrativa” y no una inhabilitación política que se “corresponde con las sanciones que pueden ser impuestas por un juez penal, como pena accesoria a la de presidio (artículo 13 del Código Penal;)” que las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana con ordenes dirigidas a órganos del Estado “se traduce en una injerencia en las funciones propias de los poderes públicos,” estimando que la Corte Interamericana

⁵ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>

no puede “valerse o considerarse instancias superiores ni magnánimas a las autoridades nacionales, con lo cual pretendan obviar y desconocer el ordenamiento jurídico interno, todo ello en razón de supuestamente ser los garantes plenos y omnipotentes de los derechos humanos en el hemisferio americano”; y en fin, estimar que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desconocía “la lucha del Estado venezolano contra la corrupción y la aplicación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por Venezuela el 2 de junio de 1997 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificada el 2 de febrero de 2009;” el Procurador General de la República consideró que la mencionada sentencia de la Corte Interamericana transgredía el ordenamiento jurídico venezolano, pues desconocía

“la supremacía de la Constitución y su obligatoria sujeción, violentando el principio de autonomía de los poderes públicos, dado que la misma desconoce abiertamente los procedimientos y actos legalmente dictados por órganos legítimamente constituidos, para el establecimiento de medidas y sanciones contra aquellas actuaciones desplegadas por la Contraloría General de la República que contraríen el principio y postulado esencial de su deber como órgano contralor, que tienen como fin último garantizar la ética como principio fundamental en el ejercicio de las funciones públicas.”

Como consecuencia de ello, el Procurador General de la República solicitó de la Sala Constitucional que admitiera lo que llamó la “acción innominada de control de constitucionalidad”, a los efectos de que la Sala declarase “inejecutable e inconstitucional la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1 de septiembre de 2011.”

Sobre esta “nueva” acción propuesta por el Procurador para el control de constitucionalidad de sentencias dictadas en contra del Estado por la Corte Interamericana, la Sala Constitucional aclaró en su sentencia que el Procurador no pretendía que se declarase “la nulidad” ni de la Convención Americana de Derechos Humanos ni del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aclarando por ello, la propia Sala que, por tanto, la “acción innominada intentada” no era un “recurso de nulidad como mecanismo de control concentrado de la constitucionalidad” el cual consideró la Sala que no resultaba el idóneo.

La Sala, por otra parte, también descartó que se tratase de una acción de “colisión de leyes,”

“pues de lo que se trata es de una presunta controversia entre la Constitución y la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional fundamentada en normas contenidas en una Convención de rango constitucional, lo que excede los límites de ese especial recurso, pues la presunta colisión estaría situada en el plano de dos normas de rango constitucional.”

Luego de descartar esas hipótesis de acciones de nulidad o de colisión de leyes, y precisar que de lo que se trataba con la acción intentada era determinar la “controversia entre la Constitución y la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional,” concluyó, en definitiva, que de lo que se trataba era de una acción mediante la cual se pretendía:

“ejercer un “control innominado de constitucionalidad”, por existir una aparente antinomia entre la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Americana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, producto de la pretendida ejecución del fallo dictado el 1 de septiembre de 2011, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que condenó a la República Bolivariana de Venezuela a la habilitación para ejercer cargos públicos al ciudadano Leopoldo López Mendoza.”

Es bien sabido en el mundo de la justicia constitucional, que el juez constitucional como todo órgano del Estado está, ante todo, sometido a la Constitución, por lo que debe ceñirse a

ella no sólo en la emisión de sus sentencias, sino en el ejercicio de sus propias competencias. Para que el juez constitucional sea garante de la Constitución tiene que ejercer las competencias que la Constitución le atribuye, pues de lo contrario si ejerciera competencias distintas estaría actuando como Poder Constituyente, modificando la propia Constitución, en violación a la misma. Eso es precisamente lo que ha ocurrido en este caso, al “inventar” la Sala Constitucional una nueva acción para el control de constitucionalidad, siguiendo la orientación que ya ha sentado en otros casos, como cuando “inventó” la acción autónoma y directa de interpretación abstracta de la Constitución mediante sentencia N° 1077 de 22 de septiembre de 2000 (Caso: *Servio Tulio León*)⁶ que por lo demás cita con frecuencia en su sentencia. En aquella ocasión y en esta la Sala Constitucional actuó como poder constituyente al margen de la Constitución.⁷

Ahora bien, en el caso concreto, identificado el objeto de la acción “innominada” que intentó el Estado Venezolano ante la Sala Constitucional, la misma consideró que le correspondía en “su condición de último interprete de la Constitución,” realizar “el debido control de esas normas de rango constitucional” y ponderar “si con la ejecución del fallo de la CIDH se verifica tal confrontación.”

Para determinar el “alcance” de esta “acción de control constitucional” la Sala Constitucional recordó, por otra parte, que ya lo había hecho en anterior oportunidad, al “conocer sobre la conformidad constitucional” del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en sentencia N° 1939 de 18 de diciembre de 2008 (caso: *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de derechos Humanos, caso Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*),⁸ mediante la cual “asumió la competencia con base en la sentencia 1077/2000 y según lo dispuesto en el cardinal 23 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004.”⁹

Ahora bien, en virtud de que esta previsión legal atributiva de competencia desapareció de la nueva ley orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, lo que significaba que “la argumentación de la Sala Constitucional para asumir la competencia para conocer de la conformidad constitucional de un fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,” había “sufrido un cambio” al no estar incluido en contenido de dicha previsión atributiva de competencia en el artículo 25 de la nueva Ley Orgánica, la Sala, en ausencia de una previsión legal expresa que contemplase “esta modalidad de control concentrado de la constitucionalidad,” la Sala pasó a

⁶ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ss.

⁷ Véase Daniela Urosa M, Maggi, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como Legislador Positivo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 96, Caracas 2011. Véase nuestro “Prólogo” a dicho libro, “Los tribunales constitucionales como legisladores positivos. Una aproximación comparativa,” pp. 9-70.

⁸ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 116, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 88 ss.

⁹ En dicha norma de la Ley de 2004 se disponía como competencia de la Sala: “Conocer de las controversias que pudieran suscitarse con motivo de la interpretación y ejecución de los Tratados, Convenios o Acuerdos Internacionales suscritos y ratificados por la República. La sentencia dictada deberá ajustarse a los principios de justicia internacionalmente reconocidos y será de obligatorio cumplimiento por parte del Estado venezolano”.

“invocar la sentencia N° 1077/2000, la cual sí prevé esta razón de procedencia de interpretación constitucional, a los efectos de determinar el alcance e inteligencia de la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional con base en un tratado de jerarquía constitucional, ante la presunta antinomia entre la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Constitución Nacional.”

Debe recordarse que la mencionada sentencia “invocada” N° 1077/2000, fue la dictada en 22 de septiembre de 2000 (Caso *Servio Tulio León Briceño*) en la cual, la Sala, sin competencia constitucional ni legal alguna, y sólo como resultado de la función interpretativa que el artículo 335 de la Constitución le atribuye, “inventó” la existencia de un recurso autónomo de interpretación abstracta de la Constitución.¹⁰

Por ello, la Sala ahora hace la “invocación” a dicha sentencia, pasando luego comentar la competencia establecida en el artículo 335 de la Constitución, la cual en realidad, es una competencia que se atribuye al todo el Tribunal Supremo de Justicia, en todas sus Salas -y no sólo a la Sala Constitucional-, que es la competencia general de garantizar “la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales,” para lo cual el Tribunal Supremo en su totalidad -y no sólo la Sala Constitucional- se lo define como “el máximo y último intérprete de la Constitución” correspondiéndole velar “por su uniforme interpretación y aplicación.”

De manera que recordando la “invención” de ese recurso autónomo de interpretación abstracta de la Constitución, la Sala pasó a constatar, sin embargo, que el Legislador había eliminado la previsión antes indicada establecida en el artículo 5.23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 que la Sala también había “invocado” para decidir el caso mencionado de la inexecución de la sentencia de la Corte Interamericana condenando al Estado por violación de los derechos de los magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo; y desconocido esa expresa voluntad del Legislador de eliminar dicha norma del ordenamiento jurídico, pasó a constatar que el propio Legislador no había “dictado las normas adjetivas que permitan la adecuada implementación de las *“decisiones emanadas de los órganos internacionales”* de conformidad con lo previsto en el artículo 31 constitucional (en su único aparte),” afirmando entonces *de oficio*, que:

“el Estado (y, en concreto, la Asamblea Nacional) ha incurrido en una omisión *“de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución...”*, a tenor de lo previsto en el artículo 336.7 *eiusdem* en concordancia con lo pautado en la Disposición Transitoria Sexta del mismo texto fundamental.”

¹⁰ Véase sobre esta sentencia los comentarios en Marianella Villegas Salazar, “Comentarios sobre el recurso de interpretación constitucional en la jurisprudencia de la Sala Constitucional,” en *Revista de Derecho Público*, N° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 417 ss.; y Allan R. Brewer-Carías, “Le recours d’interprétation abstrait de la Constitution au Vénézuéla”, en *Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 61-70, y “*Quis Custodiet Ipsos Custodes*: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación,” en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27, y en *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional, Perú*, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, septiembre 2005, pp. 463-489. Este último trabajo fue también recogido en el libro Allan R. Brewer-Carías, *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 47-79.

Es decir, la Sala Constitucional, no sólo desconoció la voluntad del Legislador en eliminar una norma del ordenamiento jurídico, sino que calificó dicha decisión como una “omisión de la Asamblea Nacional de dictar las normas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones de los organismos internacionales y/o para resolver las controversias que podrían presentarse en su ejecución,” siendo la consecuencia de ello, la declaratoria de la Sala de asumir la competencia, que ni la Constitución ni la ley le atribuyen:

“para verificar la conformidad constitucional del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control constitucional que implica lógicamente un “control de convencionalidad” (o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano), lo cual debe realizar en esta oportunidad esta Sala Constitucional, incluso de oficio; y así se decide.”

En esta forma quedó formalizada por voluntad de la Sala, la “invención” de una modalidad de control de constitucionalidad, la cual puede tener su origen en una acción pero que la Sala declaró que también podría ejercer *de oficio*. No es esta, sin embargo, la primera vez que la Sala Constitucional muta la Constitución específicamente en materia de justicia constitucional.¹¹

En cuanto a la “acción” intentada por el Procurador en este caso, la Sala Constitucional la admitió pura y simplemente, pasando a disponer que como no se trataba de una “demanda” de interpretación de normas o principios del sistema constitucional (artículo 25.17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), “sino de una modalidad innominada de control concentrado que requiere de la interpretación para determinar la conformidad constitucional de un fallo”, la Sala, con fundamento en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con el párrafo primero del artículo 145 *eiusdem*, determinó que “al tratarse de una cuestión de mero derecho,” la causa no requería de sustanciación, ignorando incluso el escrito presentado por el Sr. López, entrando a decidir la causa “sin trámite y sin fijar audiencia oral para escuchar a los interesados ya que no requiere el examen de ningún hecho,” incluso, “omitiéndose asimismo la notificación a la Fiscalía General de la República, la Defensoría del Pueblo y los terceros interesados,” todo ello, a juicio de la Sala, “en razón de la necesidad de impartir celeridad al pronunciamiento por la inminencia de procesos de naturaleza electoral, los cuales podrían ser afectados por la exigencia de ejecución de la sentencia objeto de análisis.” La violación al debido proceso y a la necesaria contradicción del proceso constitucional fue evidente, sólo explicable por la urgencia de decidir y complacer al poder.

Quedó en esta forma “formalizada” en la jurisprudencia de la Sala Constitucional en Venezuela, actuando como Jurisdicción Constitucional, y sin tener competencia constitucional alguna para ello, la existencia de una “acción innominada de control de constitucionalidad” destinada a revisar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es decir, el Estado venezolano, con esta sentencia, estableció un control de las sentencias que la Corte Interamericana pueda dictar contra el mismo Estado condenándolo por violación de derechos humanos, cuya ejecución en relación con el Estado condenado, queda a su sola

¹¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La ilegítima mutación de la constitución por el juez constitucional: la inconstitucional ampliación y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad. Trabajo elaborado para el *Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2009, pp. 319-362; “La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional y la demolición del Estado de derecho en Venezuela,” en *Revista de Derecho Político*, N° 75-76, Homenaje a Manuel García Pelayo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2009, pp. 291-325.

voluntad, determinada por su Tribunal Supremo de Justicia a su propia solicitud (del Estado condenado) a través del Procurador General de la República. Se trata, en definitiva, de un absurdo sistema de justicia en el cual el condenado en una decisión judicial es quien determina si la condena que se le ha impuesto es o no ejecutable. Eso es la antítesis de la justicia.

III. EL TEMA DE LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS, LA NEGACIÓN DEL PODER DE LOS JUECES A DECIDIR SU APLICACIÓN PREFERENTE, Y EL MONOPOLIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ASUMIDO POR LA SALA RESPECTO DE LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo en fecha 17 de octubre de 2011, en franca violación de la Constitución, pasó a conocer de inmediato la “acción innominada intentada por el Procurador General de la República en nombre del Estado condenado, la cual fue decidida en sólo veinte días mediante sentencia N° 1547 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*),¹² en la cual entre las “motivaciones para decidir,” la sala pasó a analizar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2011, en la cual, como se dijo, la Corte Interamericana declaró responsable internacionalmente al Estado “por haber presuntamente vulnerado el derecho político a ser elegido (sufragio pasivo) del ciudadano Leopoldo López Mendoza con base en unas sanciones de inhabilitación de tres (3) y seis (6) años para el ejercicio de funciones públicas que le fueron impuestas por el Contralor General de la República;” y en la cual la Corte Interamericana resolvió el caso “mediante la aplicación de lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención Americana, porque se trata de sanciones que impusieron una restricción al derecho a ser elegido, sin ajustarse a los requisitos aplicables de conformidad con el párrafo 2 del mismo, relacionado con “una condena, por juez competente, en proceso penal” (destacado de la Sala).

Entre los primeros párrafos de la sentencia de la Corte Interamericana que se sometió a revisión judicial, la Sala Constitucional destacó el siguiente sobre el rango constitucional y la fuerza obligatoria de los Convenios internacionales en materia de derechos humanos el derecho interno, como lo indica el artículo 23 de la Constitución,¹³ y la obligación de los jueces de ejercer el control de convencionalidad para asegurar su aplicación, en el cual la Corte Interamericana dijo:

“Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’, entre las

¹² Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>

¹³ *Artículo 23.* Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. Véase sobre esta norma Allan R. Brewer-Carías, “Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos,” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 13^{er} año, Tomo I, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo 2007, pp. 63 a 119.

normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, **los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben 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.**” (destacado nuestro)

Esta última afirmación de la Corte Interamericana, que copió la Sala Constitucional en su sentencia, sin embargo, en la misma fue abiertamente contradicha cuestionando la Sala cualquier valor o jerarquía constitucional que conforme al artículo 23 de la Constitución puedan tener las propias sentencias de la Corte Interamericana.

En efecto, sobre el tema de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos conforme a la mencionada norma del artículo 23 de la Constitución, la Sala Constitucional acudió a lo que ya había decidido anteriormente en su sentencia N° 1942 de 15 de julio de 2003 (Caso: *Impugnación artículos del Código Penal sobre leyes de desacato*),¹⁴ en la cual había precisado que el artículo 23 constitucional, “se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, (destacado de la Sala) sino sólo a normas creativas de derechos humanos,” es decir,

“que se trata de una prevalencia de las normas que conforman los Tratados, Pactos y Convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales, ya que el artículo 23 constitucional es claro: la jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara. (...)

De lo anterior resulta entonces la afirmación de la Sala de que es ella la que tiene el monopolio en la materia de aplicación en el derecho interno de los tratados internacionales mencionados, contradiciendo el texto del artículo 23 de la Constitución que dispone que dichos tratados “son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público,” afirmando, al contrario, que ella es la única instancia judicial llamada a determinar “cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno;” competencia esta última que supuestamente emanaría “de la Carta Fundamental” –sin decir de cuál norma– afirmando que la misma “no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en Tratados ni en otros textos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el país” (destacados de la Sala).

De lo contrario, llegó a afirmar la Sala en dicha sentencia, “se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes.”

En definitiva, la Sala Constitucional decidió que las sentencias de los tribunales internacionales sobre derechos humanos no eran de aplicación inmediata en Venezuela, sino que a sus decisiones sólo “se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la

¹⁴ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 ss.

vigente Constitución,” concluyendo que “a pesar del respeto del Poder Judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, éstos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como no pueden infringir la normativa de los Tratados y Convenios, que rigen esos amparos u otras decisiones”; es decir, que si la Corte Interamericana, por ejemplo, “amparara a alguien violando derechos humanos de grupos o personas dentro del país, tal decisión tendría que ser rechazada aunque emane de organismos internacionales protectores de los derechos humanos” (subrayados de la Sala).

Por tanto, no existe órgano jurisdiccional alguno por encima del Tribunal Supremo de Justicia, y si existiera, por ejemplo, en materia de integración económica regional o de derechos humanos, sus decisiones “no pueden menoscabar la soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República” (subrayados de la Sala), es decir, en forma alguna pueden contradecir las normas constitucionales venezolanas, pues de lo contrario “carecen de aplicación en el país” Así lo declaró la Sala.

IV. LA REITERACIÓN DE LA NEGACIÓN DEL CARÁCTER SUPRA-CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS AÚN CUANDO CONTENGAN NORMAS SOBRE SU GOCE Y EJERCICIO MÁS FAVORABLES A LAS ESTABLECIDAS EN LA CONSTITUCIÓN

Ahora, sobre la prevalencia en el orden interno de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como tratado multilateral que tiene jerarquía constitucional, afirmó la Sala que ello es solo, conforme al artículo 23 de nuestro texto fundamental, “en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables” a las establecidas en la Constitución; pasando entonces a juzgar sobre la constitucionalidad de la sentencia de la Corte Interamericana, comenzando por “determinar el alcance” del fallo “y su obligatoriedad.”

Observó para ello la Sala que en dicho fallo se consideró como su “punto central”:

“la presunta violación del derecho a ser elegido del ciudadano Leopoldo López, infringiendo el artículo 23 de la Convención Americana, en vista de que esta disposición exige en su párrafo 2 que la sanción de inhabilitación solo puede fundarse en una condena dictada por un juez competente, en un proceso penal.”

Para analizar esta decisión, la Sala Constitucional comenzó por reiterar lo que antes había decidido en la sentencia N° 1939 de 18 de diciembre de 2008 (caso: *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de derechos Humanos, caso Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*)¹⁵ en el sentido de que la protección internacional que deriva de la Convención Americana es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos,” es decir, que la Corte Interamericana “no puede pretender excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno” que goza de supremacía.

¹⁵ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 116, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2008, pp. 88 ss. Véase sobre esa sentencia Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional vs. La justicia internacional en materia de derechos humanos,” en *Revista de Derecho Público*, N° 116, (julio-septiembre 2008), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 249-260; y “La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela,” en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coodinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integraçao Jurídica na América do Sul*, umen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-701

La Sala, además, indicó que el artículo 23 de la Constitución antes citado, contrariando su expreso contenido según el cual “prevalecen en el orden interno” –incluyendo la Constitución–, “en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución,” indicó que:

“no otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango ‘*supraconstitucional*,’ por lo que, en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable, tomando en consideración tanto lo dispuesto en la citada norma como en la jurisprudencia de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, atendiendo al contenido de los artículos 7, 266.6, 334, 335, 336.11 *eiusdem* y el fallo número 1077/2000 de esta Sala.”¹⁶

V. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN CONFORME AL PROYECTO POLÍTICO DEL GOBIERNO Y EL RECHAZO A LOS VALORES UNIVERSALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Adicionalmente la Sala se refirió a otro fallo anterior, N° 1309/2001, en el cual había considerado que “el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución,” de manera que la interpretación constitucional debe comprometerse “con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*).” Por supuesto, dicha “política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución” o la “teoría política que subyace” tras el sistema que le sirve de “base axiológica,” no es la que resulta de la Constitución propia del “Estado democrático social de derecho y de justicia,” que está montado sobre un sistema político de separación de poderes, democracia representativa y libertad económica, sino el que ha venido definiendo el gobierno contra la Constitución y que ha encontrado eco en las decisiones de la propia Sala, como propia de un Estado centralizado, que niega la representatividad, montado sobre una supuesta democracia participativa controlada y de carácter socialista,¹⁷ declarando la Sala que los estándares que se adopten para tal interpretación constitucional “deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución”- que la Sala no deja de llamar como el del “Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia,” precisando que:

¹⁶ Se refiere de nuevo la Sala a la sentencia de 22 de septiembre de 2000 (Caso *Servio Tulio León Briceño*), en *Revista de Derecho Público*, No. 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ss.

¹⁷ En los últimos años puede decirse que es la doctrina política socialista, la cual, por supuesto, no está en ninguna parte de la Constitución, y cuya inclusión en la Constitución fue rechazada por el pueblo en la rechazada reforma constitucional de 2007 (Véase Allan R. Brewer-Carías, “La reforma constitucional en Venezuela de 2007 y su rechazo por el poder constituyente originario,” en José Ma. Serna de la Garza (Coordinador), *Procesos Constituyentes contemporáneos en América latina. Tendencias y perspectivas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, pp. 407-449). La Sala Constitucional, incluso, ha construido la tesis de que la Constitución de 1999 ahora “privilegia los intereses colectivos sobre los particulares o individuales,” habiendo supuestamente cambiado “el modelo de Estado liberal por un Estado social de derecho y de justicia” (sentencia de 5 de agosto de 2008, N° 1265/2008, <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scom/Agosto/1265-050808-05-1853.htm>) cuando ello no es cierto, pues el Estado social de derecho ya estaba en la Constitución de 1961.

“no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado.” (subrayados de la Sala)

Concluyó así, la sentencia, que “*no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico por encima de la Constitución,*” siendo inaceptables las teorías que pretenden limitar “*so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional*” (Subrayados de la Sala).

De allí concluyó la Sala reiterando lo que ya había ya decidido en la sentencia de 5 de agosto de 2008, N° 1265/2008¹⁸ en el sentido de que en caso de evidenciarse una contradicción entre la Constitución y una convención o tratado internacional, “*deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos...(...) sobre los intereses particulares...*”

En el fallo de la Sala Constitucional, la misma también hizo referencia al antes indicado fallo anterior N° 1309/2001, donde se había referido al mismo tema de la interpretación constitucional condicionada “ideológicamente” que debe realizarse conforme a “mejor teoría política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución” ya que la misma, como derecho, está “puesta al servicio de una política,” no debiendo la interpretación verse afectada por “*elecciones interpretativas ideológicas que privilegian los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el Derecho Nacional en detrimento de la soberanía del Estado.*” De ello concluyó la Sala que “*la opción por la primacía del Derecho Internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista*” siendo “la nueva teoría” el “combate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución;” afirmando que en todo caso, “el carácter dominante de la Constitución en el *proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en los cuales descansa el Estado Constitucional venezolano*” (Subrayados de la Sala).

En la sentencia N° 1309/2001 la Sala también había afirmado que “el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, en consecuencia, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto que ella encarna por voluntad del pueblo,” procediendo a rechazar todo “sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución,” y que la interpretación pueda llegar “a contrariar la teoría política propia que sustenta.” Por ello, la Sala negó la validez universal de los derechos humanos, es decir, negó “cualquier teoría propia que postule derechos o fines absolutos,” o cualquier “*vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional*” (Subrayado de la Sala).

¹⁸ Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/Agosto/1265-050808-05-1853.htm>

VI. EL ANÁLISIS DEL TEMA DE FONDO SOBRE LAS INHABILITACIONES POLÍTICAS IMPUESTAS POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS Y EL RECHAZO AL PRINCIPIO DE QUE LAS MISMAS SÓLO PUEDEN SER IMPUESTAS POR DECISIÓN JUDICIAL

Con base en lo anterior, al entrar a considerar el “punto central” de la sentencia de la Corte Interamericana sobre la violación del derecho a ser elegido del ciudadano Leopoldo López, por la inhabilitación administrativa dictada en su contra conforme al artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, la Sala pasó a referirse a su propia sentencia antes mencionada, la N° 1265/2008 dictada el 5 de agosto de 2008,¹⁹ cuando al decidir sobre una denuncia de inconstitucionalidad de dicha norma por violentar precisamente lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Convención Americana, observó que conforme a dicha norma, se admite la “reglamentación” de los derechos políticos mediante ley, incluso en atención a razones de “condena, por juez competente, en proceso penal,” no aludiendo la misma “a restricción en el ejercicio de estos derechos, sino a su reglamentación,” destacando, sin embargo, que de una manera general, el artículo 30 de la Convención Americana “admite la posibilidad de restricción, siempre que se haga conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.” Concluyó la Sala que es posible, de conformidad con la Convención Americana “restringir derechos y libertades, siempre que sea mediante ley, en atención a razones de interés general, seguridad de todos y a las justas exigencias del bien común.”

Ahora, al resolver la posible antinomia entre el artículo 23.2 de la Convención Interamericana y la Constitución, la Sala señaló que “la prevalencia del tratado internacional no es absoluta ni automática” siendo sólo posible si el mismo cuando se refiere a derechos humanos, contenga “normas más favorables a las de la Constitución,” pasando a preguntarse la propia Sala sobre cuál debían ser los valores que debían tener presente “para determinar cuándo debe considerarse que esa disposición convencional es más favorable que la normativa constitucional interna,” siendo su respuesta los supuestos valores derivados del proyecto político subyacente en la Constitución antes mencionado.

De ello concluyó sobre el fondo del tema resuelto por la Corte Interamericana que “la restricción de los derechos humanos puede hacerse conforme a las leyes que se dicten por razones de interés general, por la seguridad de los demás integrantes de la sociedad y por las justas exigencias del bien común,” no pudiendo el artículo 23.2 de la Convención Americana “ser invocado aisladamente, con base en el artículo 23 de la Constitución Nacional, contra las competencias y atribuciones de un Poder Público Nacional, como lo es el Poder Ciudadano o Moral.” En la citada sentencia N° 1265/2008 dictada el 5 de agosto de 2008, la Sala entonces concluyó que:

“En concreto, es inadmisibles la pretensión de aplicación absoluta y descontextualizada, con carácter suprahistórico, de una norma integrante de una Convención Internacional contra la prevención, investigación y sanción de hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (artículo 271 constitucional) y las atribuciones expresamente atribuidas por el Constituyente a la Contraloría General de la República de ejercer la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos (art. 289.1 *eiusdem*); y de fiscalizar órganos del sector público, practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, e imponer los reparos y aplicar las sanciones administrati-

¹⁹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/Agosto/1265-050808-05-1853.htm>

vas a que haya lugar de conformidad con la ley` (art. 289.3 *eiusdem*). En tal sentido, deben prevalecer las normas constitucionales que privilegian el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegian los intereses colectivos involucrados en la lucha contra la corrupción sobre los intereses particulares de los involucrados en los ilícitos administrativos; y así se decide”.

Finalmente, después de copiar in extenso el Voto concurrente del Magistrado Diego García-Sayán a la sentencia de la Corte Interamericana, la Sala Constitucional indicó pura y simplemente que “aunque coincide casi en su totalidad con el enfoque alternativo del Magistrado García-Sayán, no puede compartir, por los argumentos vertidos en los fallos referidos *supra*, la conclusión de que la sanción de inhabilitación solo puede ser impuesta por una “autoridad judicial.”

Sobre este punto, que es precisamente, el tema *decidendum* en la sentencia de la Corte Interamericana, la Sala Constitucional se refirió de nuevo a su sentencia N° 1265/2008, en la cual resolvió que en Venezuela, “en atención a la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (art. 274 Constitución), el Poder Ciudadano está autorizado para ejercer un poder **sancionador sustancialmente análogo al derecho penal**, incluyendo sanciones como las accesorias del artículo 105, cuyo objetivo es la protección del orden social general,” (destacado nuestro); llegando a afirmar que “la ‘incapacitación para ejercer diversos empleos’, lo cual podría jurídicamente derivarse de una sentencia, pero también de una sanción administrativa” (subrayado de la Sala), concluyendo entonces con su afirmación infundada y falsa de que el artículo 65 del Constitución al señalar que

“no podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones, [...] no excluye la posibilidad de que tal inhabilitación pueda ser establecida, bien por un órgano administrativo *stricto sensu* o por un órgano con autonomía funcional, como es, en este caso, la Contraloría General de la República.”

Ello, por supuesto, es totalmente errado, pues la restricción constitucional al ejercicio de derechos políticos es de interpretación estricta. Es por tanto errado señalar como lo hizo la Sala para llegar a esta conclusión que como la norma “plantea que la prohibición de optar a un cargo público surge como consecuencia de una condena judicial por la comisión de un delito,” supuestamente ello no “impide que tal prohibición pueda tener un origen distinto.” Ello es errado, pues de lo contrario no habría sido necesario establecer la restricción en la norma constitucional, siendo también errada la conclusión de que la norma sólo habría planteado “una hipótesis,” y por tanto “no niega otros supuestos análogos.” Esto es contrario al principio de que las restricciones a los derechos políticos establecidas en la Constitución, son sólo las establecidas en la Constitución, cuando es la propia Constitución la que **no ha dejado** la materia a la regulación del legislador.

Por tanto, es errada la conclusión de la Sala en el sentido de que supuestamente tratándose de un asunto de “política legislativa,” sea al legislador al cual correspondería asignarle orientación al *ius puniendi* del Estado, de manera que “negar esta posibilidad significaría limitar al órgano legislativo en su poder autonómico de legislar en las materias de interés nacional, según lo prescribe el artículo 187, cardinal 1, en concordancia con el 152, cardinal 32 del Texto Fundamental.”²⁰

²⁰ La Sala adicionalmente citó en su sentencia N° 1260 del 11 de junio de 2002 (caso: Víctor Manuel Hernández y otro contra el artículo 38, párrafo Segundo, 52, y 54 de la Ley para Promover y

Al contrario, la política legislativa para el desarrollo del *ius puniendi* tiene que estar enmarcada en la Constitución, cuando sea la Constitución la que remita al legislador para ello.

Sin embargo, cuando la Constitución establece que la restricción al ejercicio de un derecho político como el derecho al sufragio pasivo sólo puede limitarse por condena penal mediante decisión judicial ello implica sólo eso, no pudiendo el legislador establecer otras restricciones que sean impuestas por autoridades administrativas.

VII. LA PONDERACIÓN ENTRE LA CONVENCIÓN AMERICANA Y OTROS TRATADOS INTERNACIONALES COMO LOS RELATIVOS A LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Por otra parte, la Sala destacó que la Convención Americana no es el único tratado suscrito por Venezuela relativo a derechos humanos y, en consecuencia, de rango constitucional a tenor de lo previsto en el artículo 23 de la Constitución Nacional, que debe ser tomado en consideración para resolver sobre la ejecución del fallo de la Corte Interamericana, haciendo alusión específicamente a la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996, que obliga a los Estados Americanos a tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio, **“sin exigir que tales medidas sean necesariamente jurisdiccionales.”** (destacado nuestro), concluyendo de las normas de esta Convención, que los **“mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas”** (subrayado de la Sala) que deben desarrollar los Estados, a juicio de la Sala, **“deben ser entendidos como aquellos que se apartan y diferencian de los tradicionales, que exigen una sentencia penal firme por la comisión de un delito,”** “sin que se pueda concluir del contenido de dicha disposición que las conductas cuestionadas deban ser **necesariamente objeto de condena judicial**” (destacados nuestro). La Sala enumeró, así en su sentencia los órganos encargados en los diversos países de la ejecución de la Convención, generalmente de orden administrativos, siendo ello atribuido en Venezuela, como “autoridad central,” al Consejo Moral Republicano constituido por la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la República y la Defensoría del Pueblo.

En la sentencia la Sala también hizo referencia a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” suscrita en 2003, donde se hace referencia a la obligación de los Estados de **“procurar evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuadas para combatir la corrupción”** (subrayado de la sala). Concluyendo que “no existe limitación alguna a que se trate **exclusivamente de tribunales,**” destacando que conforme al artículo 30.7 de dicha Convención se establece **“la posibilidad de inhabilitar “por mandamiento judicial u otro medio apropiado y por un periodo determinado por su derecho interno”** a los sujetos de corrupción” (subrayado del fallo); y que la previsión de sanciones distintas a las judiciales se reitera en las Disposiciones Finales de la misma Convención (Capítulo VIII, artículo 65).

Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia) en relación con el jus puniendi y la supuesta diferencia entre el derecho administrativo sancionador y el derecho pena, concluyendo que entre ambos “no existen diferencias de tipo material, sino que la gran diferencia es relativa al ámbito normativo.”

De todo ello, la Sala Constitucional en su sentencia N° 1547 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*) de fecha 17 de octubre de 2011, concluyó que:

“aun si se pretendiera otorgar un sentido literal y restrictivo al artículo 23 de la Convención Interamericana, impidiendo la inhabilitación de un ciudadano para el ejercicio de cargos públicos por razones de corrupción, limitando la posibilidad de sanción a una sentencia judicial; podemos advertir que tal Tratado no es el único que forma parte integrante del sistema constitucional venezolano según el artículo 23 de nuestra Carta Fundamental. La prevalencia de las normas que privilegien el interés general y el bien común sobre los intereses particulares dentro de un Estado social de derecho y de justicia obligan al Estado venezolano y a sus instituciones a aplicar preferentemente las Convenciones Interamericana y de la ONU contra la corrupción y las propias normas constitucionales internas, que reconocen a la Contraloría general de la República como un órgano integrante de un Poder Público (Poder Ciudadano) competente para la aplicación de sanciones de naturaleza administrativa, como lo es la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por hechos de corrupción en perjuicio de los intereses colectivos y difusos del pueblo venezolano.”

Sin embargo, ante este pronunciamiento dictado con motivo de ejercer el control de constitucionalidad de la sentencia de la Corte Interamericana, la Sala Constitucional se apresuró a afirmar, que

“no se trata de interpretar el contenido y alcance de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de desconocer el tratado válidamente suscrito por la República que la sustenta o eludir el compromiso de ejecutar las decisiones según lo dispone el artículo 68 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.”

No, de eso no se trata, sino que de lo que se trata es:

“de aplicar un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno, lo cual ha sucedido en otros casos y ejercer un “control de convencionalidad” respecto de normas consagradas en otros tratados internacionales válidamente ratificados por Venezuela, que no fueron analizados por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1 de septiembre de 2011, como lo son las consagradas en la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”

Y ha sido precisamente ello, lo que supuestamente habría “obligado” a la Sala Constitucional “a ponderar un conjunto de derechos situados en el mismo plano constitucional y concluir en que debe prevalecer la lucha contra la corrupción como mecanismo de respeto de la ética en el ejercicio de cargos públicos, enmarcada en los valores esenciales de un Estado democrático, social, de derecho y de justicia,” y decidir indicando que “no puede ejercerse una interpretación aislada y exclusiva de la Convención Americana de Derechos Humanos sin que con ello se desconozca el “*corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*,” a los que ha aludido la propia Corte Interamericana en la sentencia del 24 de noviembre de 2004, caso: *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, sus Opiniones Consultivas de la CIDH N° OC-16/99 y N° OC-17/2002.

VIII. LA DENUNCIA DE USURPACIÓN CONTRA LA CORTE INTERAMERICANA Y LA DECLARACIÓN DE “INEJECUCIÓN” DE SU SENTENCIA

Finalmente la Sala Constitucional acusó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de persistir

“en desviar la teleología de la Convención Americana y sus propias competencias, emitiendo órdenes directas a órganos del Poder Público venezolano (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral), usurpando funciones cual si fuera una potencia colonial y pretendiendo imponer a un país soberano e independiente criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional.”

De lo cual concluyó declarando

“inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 1 de septiembre de 2011, en el que se condenó al Estado Venezolano, a través “*de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE)*,” a asegurar “*que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales*”; anuló las Resoluciones del 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005, dictadas por el Contralor General de la República, por las que inhabilitaron al referido ciudadano al ejercicio de funciones públicas por el período de 3 y 6 años, respectivamente; se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de costas y a las adecuación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal.”

Es decir, la Sala resolvió que la sentencia de la Corte Interamericana en su conjunto, es inejecutable en Venezuela, con la advertencia –cínica, por lo demás-, de que, sin embargo:

“la inhabilitación administrativa impuesta al ciudadano Leopoldo López Mendoza no le ha impedido, ni le impide ejercer los derechos políticos consagrados en la Constitución. En tal sentido, como todo ciudadano, goza del derecho de sufragio activo (artículo 63); del derecho a la rendición de cuentas (artículo 66); derecho de asociación política (el ciudadano López Mendoza no solo ha ejercido tal derecho, sino que ha sido promotor y/o fundador de asociaciones y partidos políticos); derecho de manifestación pacífica (el ciudadano López Mendoza ha ejercido ampliamente este derecho, incluyendo actos de proselitismo político); así como, el derecho a utilizar ampliamente los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía (artículo 70), incluyendo las distintas modalidades de participación “referendaria”, contempladas en los artículos 71 al 74 *eiusdem*, en su condición de elector.”

Se destaca, sin embargo, que la Sala Constitucional no mencionó en esta enumeración de “los derechos políticos consagrados en la Constitución” ni el derecho pasivo al sufragio (el derecho a ser electo para cargos públicos), ni el derecho a ejercer cargos públicos, que son precisamente los que le impide ejercer la decisión de la Contraloría General de la república violando lo previsto en la Convención Americana y en la propia Constitución, procedió a “aclarar” lo que no requería aclaratoria, en el sentido de que:

“la inhabilitación administrativa difiere de la inhabilitación política, en tanto y en cuanto la primera de ellas sólo está dirigida a impedir temporalmente el ejercicio de la función pública, como un mecanismo de garantía de la ética pública y no le impide participar en cualquier evento político que se realice al interior de su partido o que convoque la llamada Mesa de la Unidad Democrática.”

Ello no requería “aclararse” pues es bien evidente que las decisiones de la Contraloría o del Estado a través de cualquiera de sus órganos no le puede impedir a un ciudadano poder participar en los eventos políticos internos de las asociaciones políticas o a las cuales pertenezca o en eventos por estas convocados, de manera que la “aclaratoria” no es más que una deliberada expresión de confusión por parte de la Sala; y más aún con la frase final de la decisión que adoptó (dispositivo N° 2), luego de declarar inejecutable la sentencia de la Corte Interamericana en el sentido decidir qué:

“2) La Sala declara que el ciudadano Leopoldo López Mendoza goza de los derechos políticos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por tratarse solo de una inhabilitación administrativa y no política.”

Sin embargo, como se dijo, antes había enumerado la Sala en forma expresa cuáles eran los derechos políticos que el Sr. López podía ejercer estando vigente la inhabilitación política que le había impuesto la Contraloría, refiriéndose la Sala expresamente sólo a el “derecho de sufragio activo (artículo 63); del derecho a la rendición de cuentas (artículo 66); derecho de asociación política [...]; derecho de manifestación pacífica [...]; derecho a utilizar ampliamente los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía (artículo 70),” y derecho “de participación “referendaria” (artículos 71 al 74) “en su condición de elector.” La Sala, por tanto se cuidó de no indicar que el Sr. López podía ejercer su derecho político al sufragio pasivo, derecho a ser electo y a ejercer cargos públicos electivos, que fueron precisamente los restringidos inconstitucionalmente por la Contraloría General de la República.

IX. LA INTERPRETACIÓN Y ACLARACIÓN DE LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN FORMA *EX POST FACTO* Y EXTRA PROCESO, MEDIANTE “COMUNICADO DE PRENSA” POR PARTE DE LA PRESIDENTA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Sin embargo, el mismo día en el cual se publicó la sentencia de la sala Constitucional, la presidenta del Tribunal Supremo de Justicia y de dicha Sala, expresó mediante un “Comunicado de Prensa”²¹ un criterio distinto al que se había expuesto en la sentencia, agregando mayor confusión sobre sus efectos, y en particular sobre los derechos políticos que supuestamente podía ejercer el Sr. López.

Dicha Presidente del Tribunal Supremo, en efecto, comenzó por expresar al referirse a la sentencia de la Sala Constitucional “que declaró inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” que había condenado al Estado venezolano, primero, que “los convenios suscritos por la República Bolivariana de Venezuela no pueden tener carácter supra constitucional, pues sus disposiciones deben ajustarse y enmarcarse en los postulados de la Carta Magna;” y que “Venezuela no puede retroceder en los avances que ha logrado en la lucha contra la corrupción,” asegurando entre otras cosas, “que **las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación de Leopoldo López Mendoza en eventos electorales**” (destacado nuestro).

Ahora bien, frente a esta afirmación de que las sanciones de inhabilitación “no constituyan impedimento para la postulación en eventos electorales,” la pregunta elemental es cómo puede, en efecto, pensarse que alguien pueda tener derecho a postularse para la elección de un cargo electivo de representación popular, sin tener derecho a poder ejercer dicho cargo porque se lo impide la Contraloría General de la República? Lo que ha dicho la Sra. Presidenta de la Sala Constitucional, ni más ni menos es como decir, que una persona inhabilitada para ejercer cargos públicos, sin embargo, puede postularse para ser electo para un cargo público, pero una vez electo no puede ejercer dicho cargo para el cual fue electo!!

²¹ Véase Nota de Prensa del Tribunal Supremo: “Es inejecutable que Venezuela retroceda en sus avances en la lucha contra la corrupción” Afirmó la presidenta del TSJ; magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, Autor: Redacción TSJ, Fecha de publicación: 17-10-2011. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=8848>

La postulación a un cargo de elección popular no es sino la primera fase del ejercicio del derecho pasivo al sufragio que implica además de la postulación, el derecho a ser elegido, y en caso de que así ocurra, el derecho a ejercer el cargo para el cual fue elegido. De esto, no es más que una cómica situación la informa la Sra. Presidenta del Tribunal Supremo: que una persona inhabilitada para ejercer cargos públicos por la Contraloría, puede postularse para cargos de elección popular, y por tanto, con la posibilidad de salir electo, pero para nada, pues no puede ejercer el cargo porque ha sido inhabilitado.

Expresó en efecto, la Sra. Presidenta del Tribunal Supremo que:

“del análisis realizado por la Sala Constitucional el ciudadano López Mendoza goza **de todos** sus derechos políticos, por lo que puede elegir y **ser elegido** en los eventos electorales en los que decida participar.”

Y reiteró que “la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es profundamente garantista, y que salvaguarda los derechos políticos de la ciudadanía” precisando que “Leopoldo López Mendoza **sí goza de todos sus derechos políticos**, tal como lo expresa el dictamen (*sic*).”

Ello es por supuesto, totalmente falso, y lo que pone en evidencia, para ser benevolentes, es que, por lo visto, la Presidenta no leyó lo que efectivamente dijo en la sentencia que firmó, pues la misma no incluyó -inconstitucionalmente por lo demás- en su contenido y enumeración de los derechos políticos que podía ejercer el Sr. López, al derecho a ser elegido (derecho pasivo al sufragio); es decir, se cuidó de decidir que el Sr. López **no gozaba de todos sus derechos políticos**.

Sin embargo, teniendo en cuenta la “interpretación” que hace la Sra. Presidenta del Tribunal Supremo de la sentencia, la conclusión es que se trata de una modificación, *ex post facto*, introducida mediante un “Comunicado de Prensa” a la sentencia dictada, indicando que el Sr. López **si puede ejercer su derecho pasivo al sufragio y si puede “ser elegido,”** pero aclarando a renglón seguido que una vez que resultare electo, si fuese el caso, respecto al ejercicio del cargo para el cual resultare electo, ello sería una “situación futura derivada de tal participación” que “no estuvo en el análisis de la Sala, ya que no puede pronunciarse sobre hechos que no han ocurrido.” Por lo que, si todo ello sucede, ya está “avisado” el Sr. López de lo que le va a pasar. Más clara no puede ser esta modificación al fallo dictada por la Presidencia del Tribunal Supremo en el “Comunicado de Prensa;” y como la Sala se atribuye el poder de ejercer de oficio este control de constitucionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana, nadie le tendrá que requerir su futura y anunciada acción.

Crear mayor y deliberada confusión, es realmente imposible,²² al punto de que en el diario *El Mundo* de España del día 18 de octubre de 2011, la noticia se titula así: “El Supremo

²² Según se reseña en **la patilla.com**, la Contralora General de la República, en medio de la confusión, declaró el día 18 de octubre de 2011, que “el líder opositor Leopoldo López, uno de los aspirantes a ser candidato en las elecciones presidenciales del 7 de octubre del próximo año, no puede desempeñar ningún cargo público hasta 2014. No puede desempeñar cargos públicos, ni por elección, nombramiento, contrato ni designación. ¿El cargo de alcalde, de concejal, de presidente, de gobernador es un cargo público o no? Sí lo es, entonces (López) no puede desempeñar esos cargos públicos dijo Adelina González, Contralora General en funciones. En declaraciones a la televisión estatal, González descartó el supuesto “limbo” en el que quedó López luego de que la presidenta del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), Luisa Estella Morales, indicara que López se podía postular a las elecciones aunque evitando pronunciarse sobre qué ocurriría en caso de ser elegido. Véase “Según la Contralora si López se postula sería “un fraude a la Ley,” en <http://www.lapatilla.com/site/2011/10/18/segun-la-contralora-si-lopez-se-postula-seria-un-fraude-a-la-ley/>

venezolano permite que Leopoldo López sea candidato en 2012,” precisándose sin embargo, en los subtítulos que: “El Tribunal aclara que el opositor sí puede presentarse a las elecciones; Lo que se ha rechazado es el fallo de la Corte Interamericana que condenaba al Estado por la ‘inhabilitación’ para ejercer cargos públicos de López; Por lo tanto, López puede ser candidato pero no se sabe si podrá ejercer; El Tribunal dijo que aplicar aquel fallo infringiría las leyes nacionales.”²³ En la nota de prensa publicada en este Diario se afirma que

“El Tribunal Supremo venezolano (TSJ) **aclaró** este lunes que la decisión de la Sala Constitucional de declarar no ejecutable un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a favor de Leopoldo López no impide al político opositor presentar su candidatura a las elecciones presidenciales.”

La presidenta del TSJ de Venezuela, Luisa Estella Morales, señaló que López se puede postular, pero el fallo de Corte Interamericana (Corte IDH), que obliga a suspender la inhabilitación administrativa del político para ejercer cargo público, es “inejecutable” porque no se pueden anular las decisiones de la Contraloría.

“Leopoldo López tiene pleno derecho a elegir y ser electo, puede concurrir ante el Consejo Nacional Electoral inscribirse y participar en cualquier elección que se realice (...) libremente puede hacerlo”, aclaró Estella en una conferencia de prensa.

No obstante, subrayó que “son inejecutables en primer lugar la nulidad de las resoluciones administrativas de la Contraloría y también “la nulidad de los actos administrativos por los cuales se inhabilitó administrativamente al ciudadano Leopoldo López.”

Preguntada sobre la posibilidad de que López fuera elegido en los comicios para la Presidencia, convocados para el 7 de octubre de 2012, Morales se excusó de pronunciarse “acerca de situaciones futuras.”

“Llegará el momento de que si eso ocurriese tendríamos que pronunciarnos, pero en este momento es ciertamente una posición incierta y futura sobre la cual la Sala no podría pronunciarse,” señaló”

Con esta “aclaratoria” a la decisión adoptada mediante declaraciones públicas dadas por la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, lo que ha hecho el Tribunal Supremo es consolidar la incertidumbre y el desconcierto político en el país, dejando vigente la sanción de inhabilitación política que dictó la Contraloría General de la República contra el Sr. Leopoldo López y en lo que resulta una especie de crónica de una inhabilitación política anunciada, para lo cual ha impuesto el siguiente itinerario a desarrollarse en este caso entre 2011 y 2012:

Primero, en el texto de la sentencia, declara que entre los derechos políticos que enumera expresamente como los que puede ejercer el Sr. López **no está el derecho pasivo al sufragio, es decir, el derecho a ser electo**;

Segundo, sin embargo, en la “aclaratoria” a la sentencia que ha sido “dictada” por la Presidenta del Tribunal Supremo, la misma declara que el Sr. López **sí se puede postular para cargos electivos y tiene derecho a ser electo**, lo que por sí genera incertidumbre sobre si efectivamente goza o no tal derecho conforme a la sentencia de la Sala;

²³ Véase en <http://www.elmundo.es/america/2011/10/17/venezuela/1318884331.html>

Tercero, lo anterior le plantea al Sr. López la **disyuntiva de participar o no en el proceso –elecciones primarias– para la selección del candidato presidencial** de oposición, pero con la certeza de que si no lo hace ello sería por su propia voluntad y no porque se lo hubiese “impuesto” la Sala;

Cuarto, si llegase a salir electo en las elecciones primarias, ello le plantearía una **nueva disyuntiva de postularse o no como candidato presidencial en la elección presidencial**, pero si no lo hace ello también sería por su propia voluntad y no porque se lo hubiese impuesto la Sala; y

Quinto, si llegase a ganar la elección presidencial, la posibilidad de que pudiera ejercer el cargo para el cual fue electo quedaría entonces en manos del Tribunal Supremo de Justicia, el cual, en ese momento, y sólo en ese momento se pronunciaría sobre lo que al dictar su sentencia consideró como una “situación incierta y futura.”

Es decir, el futuro político del gobierno del país no dependería en este caso de la voluntad del pueblo soberano, sino de la decisión de un Tribunal Supremo que además de usurpar el poder constituyente y rebelarse contra las decisiones del tribunal internacional encargado de la protección de los derechos humanos en América, se reserva el derecho de anular o no la voluntad popular de acuerdo con las circunstancias que se presenten en el futuro.

Nueva York, Octubre 2011

ÍNDICE

ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

-A-

- Acción de Inconstitucionalidad. 191
- Inaplicación de una norma como medida cautelar. 191

-C-

- Contencioso Administrativo. 157
- Competencia. 157
- Juzgados Superiores Contencioso Administrativo. 157
- Juzgados Agrarios. 159
- Órganos. 157
- Contencioso Administrativo especial. 168
- Contencioso Administrativo especial Agrario. Emplazamiento (Cartel). 168
- Contencioso administrativo especial tributario. 174
- Control innominado de la constitucionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 174

-D-

- Derechos individuales. 109
- Derecho a la igualdad. 109
- Seguridad personal: Desaparición forzada de personas, violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad. 114
- Derechos sociales y de las familias. 120
- Derecho a la vivienda. 120
- Derechos laborales: Estabilidad absoluta. 120

-G-

- Garantías Constitucionales. 106
- Garantías del debido proceso: Derecho a la Defensa. 106

-L-

- Leyes orgánicas Control Constitucional. 106

-O-

- Ordenamiento jurídico. 106
- Leyes orgánicas Control Constitucional. 106

-P-

- Poder Judicial. 143
- Administración de Justicia. Lapsos procesales. 143
- Poder Nacional. 126
- Competencias: Régimen de las telecomunicaciones. 126

-R-

- Recurso de Interpretación Constitucional. 195

-S-

- Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control innominado de la constitucionalidad. 174

-T-

- Tributos: Contribuciones parafiscales. 145

