

CONSEJO DE REDACCION

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 BRETÓN, 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 RUGGERI RODRÍGUEZ, Magdalena SALOMÓN DE PADRÓN, Nelson SOCORRO, Gustavo URDANETA

CONSEJO CONSULTIVO

Juan Carlos CASSAGNE, Julio R. COMADIRA, Alberto R. DALLA VIA, Agustín GORDILLO, Antonio María HERNÁNDEZ, Néstor Pedro SAGÜES (Argentina), José Mario SERRATE PAZ, (Bolivia), Romeo Felipe BACELLAR FILHO, Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, Marcelo FIGUEIREDO, (Brasil), Sandra MORELLI, Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Jaime Orlando SANTOFIMIO, Consuelo SARRIA, Jaime VIDAL PERDOMO (Colombia), Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, Rolando PANTOJA BAUZÁ (Chile), Rubén HERNÁNDEZ VALLE, Aldo MILANO, Enrique ROJAS FRANCO, (Costa Rica), Joffre CAMPAÑA, Javier ROBALINO ORELLANA (Ecuador), Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Luciano PAREJO ALFONSO, Jaime RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Santiago GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ (España), Hugo H. CALDERÓN MORALES, Jorge Mario GARCÍA LA GUARDIA, (Guatemala), Héctor M. CERRATO, Edmundo ORELLANA, (Honduras), Miguel CARBONELL, Jorge FERNÁNDEZ RUÍZ, Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Diego VALADES (México), Carlos Alberto VÁSQUEZ, (Panamá), Luis Enrique CHASE PLATE, (Paraguay), Jorge DANOS ORDONEZ, 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: feyv@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: DC2016000329
ISBN Obra Independiente: 978-980-365-350-7

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

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

revista
de
derecho
público

Nº 129

Enero -Marzo 2012

Director Fundador: Allan R. Brewer-Carías

Editorial Jurídica Venezolana

Fundación de Derecho Público

SUMARIO

ESTUDIOS

Artículos

La Denuncia de la Corte interamericana de Derechos Humanos o el Retiro de la Convención Americana de Derechos Humanos a la Luz de la Ética y del Derecho, por Alberto **BLANCO-URIBE BRICEÑO** 7

La integración energética en Suramérica: ¿Realidad o utopía? La construcción europea como referencia, por Henry **JIMENEZ GUANIPA** 27

Comentarios Monográficos

De la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales en el nuevo constitucionalismo bolivariano. Casos: Venezuela, Ecuador Bolivia, por Juan Carlos **SÁNCHEZ LORA** 55

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el primer trimestre de 2012, por Marianella **VILLEGAS SALAZAR** 95

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): primer trimestre de 2012, por Mary **RAMOS FERNÁNDEZ** y Marianella **VILLEGAS SALAZAR** 105

Comentarios Jurisprudenciales

<i>El Juez Constitucional vs. El derecho a la desobediencia civil, y de cómo dicho derecho fue ejercido contra el Juez Constitucional desacatando una decisión ilegítima (El Caso de los Cuadernos de Votación de las elecciones primarias de la oposición democrática de febrero de 2012)</i> , por Allan R. BREWER-CARIÁS	241
<i>Multa y procedimiento previo (a veces)</i> , por Antonio SILVA ARANGUREN	251
<i>Notas sobre algunos criterios recientes de la sala político-administrativa en la aplicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Parte final)</i> , por Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ	261
<i>Efectos de la sentencia de la Sala Constitucional N° 120 del 22 de febrero de 2012 (Caso: BANAVIH)</i> , por Carlos REVERON BOULTON	283
ÍNDICE	
<i>Alfabético de la jurisprudencia</i>	291

ESTUDIOS

Artículos

“La Denuncia de la Corte interamericana de Derechos Humanos o el Retiro de la Convención Americana de Derechos Humanos a la Luz de la Ética y del Derecho”

Alberto Blanco-Urbe Quintero¹
Abogado

Resumen: Desde hace algunos años la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ejerce un cuestionable control sobre la ejecutabilidad de las decisiones tomadas, dentro del marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictando sentencias que han declarado la inejecutabilidad de tales decisiones, contrariando el “self-executing”, sugiriendo al Poder Ejecutivo la denuncia del tratado. Haciéndose eco de ello, el Gobierno manifestó su interés en efectuar esa denuncia, fundado en arcaicas nociones de soberanía y en desconocimiento de la “lex universalis” de los derechos humanos, llegando a constituir por primera vez al Consejo de Estado, para su consideración. Se expresan argumentos demostrativos de la antijuridicidad e inmoralidad de la denuncia.

Palabras claves: Sala Constitucional, Comisión Interamericana Derechos Humanos, Convención Americana, Denuncia Inconstitucionalidad Ética.

Abstract: Since some years ago the Constitutional Tribunal of the Supreme Court have a questionable control of the enforceability of decisions taken within the framework of the American convention on human rights, by the commission and the Inter-American Court of Human Rights, down judgments declaring the unenforceability of such decisions, been contrary of the “self-executing, suggesting to the Executive denounce the treaty. Echoing this, the government manifest his interest in make this denounce, based on archaic notions of sovereignty and the unknowing of the universals laws “Lex universalis” of the human right, constituting for the first time a State Council for this considerations. Demonstrative arguments are expressed in illegality and immorality of the complaint.

Key words: Constitutional Tribunal, American commission Human Rights, Denounce, Unconstitutionality Ethics.

¹ Abogado, egresado Magna Cum Laude, de la Universidad Central de Venezuela (UCV), en 1983. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela (UCV), en 1987. D.E.S.S. en Derecho Ambiental, en 1988, y D.E.A. en Derecho Público, en 1989, de la Universidad Robert Schuman, Estrasburgo, Francia. Especialista en Justicia Constitucional, en 2006, y Especialista en Derechos Humanos y en Garantías Constitucionales, en 2007 y en 2008, de la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España. Doctorando en Derecho en la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor Agregado de Derecho Constitucional (pregrado) y de Contencioso Tributario y de Derechos Humanos (postgrados) de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor invitado en varias universidades dentro y fuera del país. Coordinador General de la Cátedra Libre y Voluntariado en Derechos Humanos UCV. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal establecido en 1950.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - 1. *Antecedentes*. 2. *Problema*. 3. *Objeto*. 4. *Objetivo*. 5. *Justificación*.
- II. DESARROLLO
 - 1. *Aspectos Jurídicos*. 2. *Aspectos Éticos*.
- III. CONCLUSIÓN
- IV. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

1. *Antecedentes*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su Sentencia N° 1.939 del 18 de diciembre de 2008², con ocasión a una “acción de conformidad constitucional” sobre la sentencia del 5 de agosto de 2008 dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³, que declaró la responsabilidad internacional del Estado Venezolano por violación a los derechos humanos de los ciudadanos venezolanos Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B., quienes fueron destituidos de sus cargos como magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, tras haber declarado la pretendida inejecutabilidad en el país de la citada decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴, se permitió “recomendar” al Poder Ejecutivo Nacional proceder a la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵.

Semejante situación ya se asomaba con anterioridad y se ha presentado en sentencias posteriores de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en las cuales se ha insistido en la supuesta inejecutabilidad de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, alegando la violación del derecho interno venezolano, como si los derechos humanos no estuviesen en situación de preeminencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico⁶.

² <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

³ <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁴ Con evidente desacato de los mandatos contenidos en los artículos 31 de la Constitución (“*El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo*”), y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“*Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*”).

⁵ “*Con fundamento en el principio de colaboración de poderes (artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión*”.

⁶ Artículo 2 de la Constitución: “*Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, ..., la preeminencia de los derechos humanos...*”.

En este orden de cosas, durante los años transcurridos desde entonces, el Presidente de la República y otros voceros del Gobierno Nacional, tales como el Vicepresidente Ejecutivo, el Ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores (llamado consuetudinariamente Canciller) y el Embajador de Venezuela ante la Organización de Estados Americanos (O.E.A.), entre otros, han venido advirtiendo acerca de la posible denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siendo que con trece años de retraso, desde que entró en vigencia la Constitución de la República en 1999, se procedió a la creación del Consejo de Estado previsto en los artículos 251⁷ y 252⁸ del Texto Fundamental, conformado exclusivamente por altos funcionarios gubernamentales o de otras ramas del poder público, o personalidades sin duda ligadas ideológicamente al partido de gobierno (habiendo formado parte del mismo), varias de las cuales ya se han pronunciado públicamente a favor de la denuncia (como son los casos, por ejemplo, del citado Embajador y de la Magistrada que preside al Tribunal Supremo de Justicia y a su Sala Constitucional, casualmente ponente en la sentencia citada), lo cual compromete su idoneidad pluralista, requerida como Consejo de Estado y no de Gobierno, y su imparcialidad, al cual se le ha asignado, como primer cometido, el estudio de la factibilidad y conveniencia de proceder a la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹.

Cabe destacar que las razones esgrimidas por los altos jerarcas gubernamentales y judiciales, para pretender justificar tal denuncia, radican en la supuesta injerencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los asuntos internos del país, con afectación de la soberanía del Estado Venezolano, y en lo que se ha dado en llamar “*extralimitación de atribuciones*” y “*usurpación de funciones*” (como si no se tratara de figuras jurídicas excluyentes entre sí) por parte de los indicados organismos interamericanos, en detrimento de las competencias que la Constitución y las leyes venezolanas, reconocen a los entes públicos del país.

2. *Problema*

Toda vez que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, tengan estos carácter universal, como ocurre con la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) y el denominado Examen Periódico Universal

⁷ “El Consejo de Estado es el órgano superior de consulta del Gobierno y la Administración Pública Nacional. Será de su competencia recomendar políticas de interés nacional en aquellos asuntos a los que el Presidente o Presidenta de la República reconozca de especial trascendencia y requiera su opinión. La ley respectiva determinará sus funciones y atribuciones”.

⁸ “El Consejo de Estado lo preside el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva y estará conformado, además, por cinco personas designadas por el Presidente o Presidenta de la República; un o una representante designado por la Asamblea Nacional; un o una representante designado por el Tribunal Supremo de Justicia y un gobernador designado o gobernadora designada por el conjunto de mandatarios estatales”.

⁹ Véanse por ejemplo las informaciones aparecidas en los siguientes sitios web:

<http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/120605/venezuela-estudia-denunciar-pacto-de-san-jose>.

<http://www.noticierodigital.com/2012/06/maduro-consejo-de-estado-venezolano-estudia-denunciar-pacto-de-san-jose/>

<http://www.elmundo.com.ve/noticias/actualidad/politica/consejo-de-estado-evalua-retiro-de-venezuela-del-p.aspx>

<http://www.elperiodiquito.com/article/62679/Consejo-de-Estado-venezolano-estudia-denunciar-Pacto-de-San-Jose> y <http://www.globovision.com/news.php?nid=228994>

(EPU), o alcance regional, como sucede con la Comisión y con la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, dentro del régimen institucional de la Organización de Estados Americanos (O.E.A.), han sido concebidos e implantados por los Estados del planeta, en el marco de un enfoque claramente humanista, pleno de humildad, sinceridad, honestidad y justicia, es decir, circunscrito dentro de lo que podría definirse como bueno o moral, que les permite auto reconocerse como los violadores potenciales y/o efectivos de los derechos humanos, admitiendo además la posible insuficiencia o ineficacia de los órdenes judiciales internos en cuanto concierne a la cabal tutela de los derechos humanos de las personas que los habitan, es evidente que el hecho de que el Estado Venezolano pretenda sustraerse del control supranacional y cuasi jurisdiccional interamericano supondría una disminución grave de las garantías destinadas a asegurar el goce real de los derechos humanos, en detrimento de la libertad en sentido amplio, aquella a la que se contrae el artículo 20 constitucional¹⁰.

3. *Objeto*

La realidad ética y jurídica que hemos tomado como ámbito de estudio, referida al problema planteado, obviamente con vista de los antecedentes previamente descritos, nos convida indefectiblemente a desentrañar sus caracteres identificadores, dentro de la concreción de la referida denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte del Estado Venezolano, por una parte, como un comportamiento moralmente inaceptable, y por otra parte, como una actuación estatal no solamente reñida con los principios del derecho internacional, sino además plenamente inconforme con los postulados humanistas¹¹ indubitadamente normados por la Constitución de la República, con carácter supremo¹².

4. *Objetivo*

La presente investigación, con apoyo en los conceptos éticos que constituyen el marco axiológico o valorativo de las normas jurídicas que nos rigen, y en la interpretación lógica y teleológica de los dispositivos de derecho que con rango constitucional han de imperar por sobre todo el ordenamiento jurídico venezolano, persigue demostrar con argumentos de carácter jurídico y también de naturaleza ética, axiológica, moral o valorativa, la inconstitucionalidad en la que incurriría el Estado Venezolano, y más que eso, el fraude al poder constituyente en el que se ubicaría como autor ilegítimo, en caso de que proceda a denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, desconociendo con ello la jurisdicción internacional de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, como si se asistiese a un tratado internacional ordinario, es decir, no regulatorio de derechos humanos.

5. *Justificación*

Resulta obvio, siendo el autor de la presente investigación un abogado especializado en derechos humanos, que aparte de su práctica profesional vinculada al tema, como defensor de derechos humanos, desarrolla actividad académica al respecto, como profesor universitario y como Coordinador General de la Cátedra Libre y Voluntariado en Derechos Humanos de la

¹⁰ “Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social”.

¹¹ Vistos éstos, siguiendo a Mauro Cappelletti (citado por Hitters: 2009), como dimensión supranacional del derecho del proceso y de la justicia. O, como el mismo Hitters: 2006: “que el respeto de las libertades humanas logre un nivel metanacional y uniforme (*lex universalis*)”.

¹² Artículo 7: “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”.

Universidad Central de Venezuela, que surja interés y gran motivación en despertar alarma acerca de una de las actuaciones estatales potencial y globalmente más amenazadoras del pleno goce de los derechos humanos, en detrimento de todos los habitantes del país, quienes al no disponer de la herramienta supranacional y cuasi jurisdiccional representada en la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, verían sus esferas libertarias sustancialmente reducidas, cuando no totalmente eclipsadas, al quedar exclusivamente a la merced de los entes públicos del Estado Venezolano, el cual resultaría juez y parte en los procesos judiciales acerca de la violación de los derechos humanos imputables a sus agentes, con las arbitrarias decisiones que serían lastimosamente esperables. Sabemos que el sistema llamado de reportes estatales a que se contrae el Examen Periódico Universal, no garantiza por sí solo el restablecimiento de situaciones de lesión efectiva y particular de derechos humanos, por carecer del carácter de cuasi jurisdicción supranacional la Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U.

Se trata pues, de un llamado bien argumentado de atención, para contribuir a evitar que se produzca tamaño despropósito. Por tanto, se presenta un escrito, que más que un desarrollo teórico con apoyo académico, sin perjuicio de la lectura de las fuentes bibliográficas, es una reflexión desde la óptica racional del autor.

II. DESARROLLO

1. Aspectos Jurídicos

Tal como fue destacado en la introducción, la escasa argumentación jurídica con la que se pretende justificar la posibilidad de que el Estado Venezolano denuncie la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³ descansa en aspectos de derecho internacional público y en alegatos de derecho interno, atinente todo ello a una trasnochada y decimonónica (por no decir medieval) noción de soberanía estatal, que desconoce el avance contenido en los principios rectores del derecho internacional de los derechos humanos.

En este orden de ideas, por un lado, en cuanto a la esfera internacional, se afirma pura y simplemente que el Estado Venezolano, en ejercicio de su soberanía, no puede ser compelido a permanecer en contra de su voluntad asociado a otros Estados, en un tratado internacional, pudiendo denunciarlo en cualquier momento, para retirarse de él. Para esto, traen en supuesto apoyo a su conclusión, que de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁴, de 1969, todo tratado internacional que prevea la denuncia como forma de terminación unilateral, podrá dejar de tener efecto y vigencia para el Estado que así proceda (suponiendo que se basarían en lo pautado en sus artículos 42.2¹⁵ y 54.a¹⁶), siendo que la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos, también de 1969 (ratificada en 1977), en su artículo 78.1, prevé la posibilidad de su denuncia¹⁷.

¹³ <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

¹⁴ <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>

¹⁵ “La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado”.

¹⁶ “La terminación de un tratado o el retiro de una parte podrán tener lugar: a) conforme a las disposiciones del tratado”.

¹⁷ “Los Estados partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes”.

Hasta aquí el análisis gubernamental parece impecable, desde esta perspectiva del derecho internacional público general, aunque en realidad es falaz, y lo es por cuanto acomodaticiamamente se deja de lado el hecho de que estamos en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, que como ocurre también en los dominios del derecho internacional humanitario y del derecho internacional ambiental, colocan la idea tradicional de soberanía en su justo lugar, de modo que jamás los intereses de un Estado (léase mejor de un gobierno o de un régimen político) se coloquen por encima de los derechos humanos, es decir, de las libertades de toda índole de las personas, de modo que en lugar de existir el ancestral deber de abstención o intromisión en asuntos internos de los otros Estados, en estos campos se asiste más bien a la obligación de inmiscuirse, claro que a través de los mecanismos institucionalizados del derecho internacional, en provecho de la supremacía de los más altos intereses de la humanidad.

No hay que olvidar que la propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ya desde 1969, en cuanto al tema de los derechos humanos, allí circunscritos por la moderna doctrina dentro de los principios universales del “*ius cogens*”, los posicionó a tan alto grado del orden jurídico internacional universal, que les dio rango mayor a los propios tratados internacionales, incluyendo ese mismo, en su artículo 53, bajo el apelativo “Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“*ius cogens*”)”¹⁸.

No es válido evocar una norma como la del artículo 78.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, negociada en 1969, haciendo caso omiso de la evolución conceptual experimentada en estos más de cuarenta años, que minimiza o disminuye la idea de soberanía estatal frente a la preeminencia de los derechos humanos, en donde incluso el concepto de poder es desplazado por el de obligación, en provecho del bienestar global o integral de la persona. Tan es esto así, que la propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 27, y referido a materia general y no solamente en cuanto a los derechos humanos, consagra la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, no pudiendo éste ser alegado para justificar el incumplimiento, o peor aún, el retiro, de un tratado internacional¹⁹.

Desde otro ángulo, pero siempre en cuanto al ámbito internacional, cabe destacar que mal podría denunciar el Estado Venezolano la Convención Americana sobre Derechos Humanos, so pretexto de la falta de imparcialidad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando ésta última es una institución internacional prevista en el artículo 106²⁰ de la Carta de la Organización de Estados Americanos²¹, de 1948, lo cual implicaría

¹⁸ “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

¹⁹ “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

²⁰ “Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia”.

tener que denunciar también a ese tratado internacional hemisférico, so pena de comprometer su responsabilidad internacional, y lo que sería aún más extravagante, con ello se denunciaría también, si es que ello es jurídicamente posible, la misma Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano²², de 1948, pues forma parte integrante e indivisible de la Carta de la Organización de Estados Americanos, como ha sido reiterada, pacífica y generalmente admitido por la doctrina comparada y las instituciones hemisféricas.

En definitiva, el Estado Venezolano tiene la obligación internacional de proteger los derechos humanos, en función por lo demás del principio de progresividad de los derechos humanos, por lo que mal puede desarrollar un proceder que implique, para sus habitantes, una desmejora en su situación libertaria y garantista, en cuanto a la satisfacción de dicha obligación, sin comprometer su responsabilidad internacional, dentro o fuera del mecanismo institucional especial interamericano, sino incluso por cuanto corresponde a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, sin perjuicio de otras jurisdicciones supranacionales como la de la Corte Penal Internacional.

B) Y, por el otro lado, por lo que concierne al derecho interno, concentrándonos en el nivel constitucional, es menester partir, ante todo, de la conexión entre el plano internacional en el espacio de los derechos humanos y el orden constitucional, cuando de manera por lo demás contundente, y siendo en ello Venezuela ejemplo del denominado nuevo constitucionalismo latinoamericano, el constituyente, es decir la gente (el soberano real), en el artículo 23 constitucional²³, le reconoce indubitablemente jerarquía constitucional a los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, tal como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estableciendo que prevalecen en el orden interno, siendo de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público, de cuyo deber no escapa, al menos legitimamente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia²⁴.

²¹ www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm

²² <http://www.cidh.org/basicos/Basicos1.htm>

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 la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.*

²⁴ Es de descollar que la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en ese vaivén que ha en mucho caracterizado su jurisprudencia, ha ubicado a los tratados internacionales dentro de un concepto defendido por el autor de estas líneas, pero sin asidero en nuestro derecho positivo ni plena aceptación doctrinaria, cual es el de “bloque de la constitucionalidad”, cuando en su sentencia N° 23 del 22 de enero de 2003, con ponencia del Magistrado José Manuel Delgado Ocando, caso recurso de interpretación del artículo 71 de la Constitución, referido al referendo consultivo (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/03-0017.htm>), expresó: *“Dicho proceso de profundización de la cultura democrática del pueblo venezolano, vía proceso constituyente y Constitución, se ve además reforzado en sus propósitos por el marco jurídico internacional, suscrito y ratificado por la República Bolivariana de Venezuela, en materia de derechos humanos, siendo ejemplo de ello lo dispuesto en los artículos 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombre, 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, integrantes todos ellos del llamado bloque de la constitucionalidad de acuerdo con el artículo 23 del Texto Fundamental”.*

Asimismo, el artículo 31 constitucional constitucionaliza por primera vez en la historia constituyente venezolana la figura jurídica del amparo internacional o derecho de petición internacional, cuando expresa, dentro de los derechos humanos, que toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, que es precisamente la situación de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos, debiendo el Estado adoptar, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de tales órganos internacionales.

Entonces, si olvidamos por un momento las conclusiones a las que arribamos al momento de tratar el tema desde la perspectiva del derecho internacional, y nos quedamos con la idea gubernamental simplista de que por razones de soberanía estatal el Estado Venezolano puede sin más denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no nos queda más remedio que admitir, siendo intelectualmente honestos y siguiendo el espíritu y letra constituyentes, que teniendo dicho tratado internacional jerarquía constitucional prevaleciente en el orden interno, mal podría el poder constituido, que no es otro que aquel sobre quien recae el control de estas instituciones supranacionales, servirse de semejante subterfugio para escapar al cumplimiento de sus obligaciones internacionales para el goce efectivo de los derechos humanos de las personas, sin afectar de ese modo el bloque de la constitucionalidad, impuesto por el pueblo en función constituyente, en resguardo de su libertad.

En otras palabras, lo que discutiblemente habría sido posible entre 1977, ratificación de la Convención, y 1999, aprobación vía referendo de la nueva Constitución, ya no es admisible, dada la mentada jerarquía constitucional reconocida a esta Convención.

Claro que tener jerarquía constitucional no significa que ese texto internacional y otros de la materia de derechos humanos formen parte o integren al texto constitucional o Constitución racional normativa, sólo que tienen ese rango jurídico por mandato de dicha Constitución. Es por esto que no asumimos que para denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos hubiese que emplear alguno de los mecanismos establecidos en la Constitución para su modificación o sustitución por otra, cuales son la enmienda (artículos 340 y 341), la reforma (artículos 342 a 347) o la convocatoria a una asamblea nacional constituyente (artículo 348), lo que sí sería menester en caso de querer alterar la letra del artículo 23, para quitarle esa jerarquía constitucional, o la del artículo 31, para eliminar la previsión del amparo internacional o derecho de petición internacional.

Empero, entendemos que ello no sería posible en razón del principio de progresividad de los derechos humanos, pues habiendo adquirido jerarquía constitucional y prevalencia sobre el orden interno los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y estando consagrado como uno de los derechos humanos el amparo internacional o derecho de petición internacional, mal podría retrocederse o volverse a estadios previos superados y menos libertarios, reduciendo el radio de protección normativa y la envergadura de la garantía constitucional de tutela alcanzados con semejantes dispositivos.

En todo caso, el aseguramiento jurídico positivo de esa imposibilidad, o reforzamiento de dicho principio de progresividad, vendría dado por el hecho normativo de que no es posible afectar la letra constitucional, bajo ninguna de las modalidades previstas, sin que el resultado sea a la final aprobado en referendo popular.

En un llamado al sentido común, sería inimaginable que el pueblo votara a favor de disminuir las garantías de protección de sus derechos humanos, eliminando las trabas o allanando el camino para que el poder constituido, el Estado, es decir, el vulnerador de sus libertades se encontrase a sus anchas, al margen del control supranacional.

Por otro lado, pero en la misma perspectiva, si ciertamente Venezuela fuese una democracia participativa y protagónica, que reconoce la trascendencia de la persona sobre el poder, es obvio que el gobierno, lejos de someter el tema de la eventual denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a ese parcializado Consejo de Estado, tratándose de una materia de evidente trascendencia nacional, tendría que haber sometido el asunto a un referendo consultivo, acorde con el artículo 71 constitucional²⁵, aunque una de las paradojas de esta pretendida democracia participativa, consagratoria del derecho humano a la participación, previsto en el artículo 62 constitucional²⁶, es que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ya estableció en algunos fallos que las resultas de un referendo consultivo no son vinculantes para el gobierno. ¿En quién reposa la soberanía entonces?

En definitiva, quede bien entendido que, si la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene jerarquía constitucional y prevalece en el orden interno, siendo el bloque de la constitucionalidad de obligatorio e indefectible cumplimiento para el poder constituido, vale decir, para el Estado, mal podrían las diversas ramas del poder público actuar como lo vienen haciendo, en detrimento del marco dogmático principista y humanista de la Constitución, cuando su artículo 7 consagra, sin lugar a dudas ni margen de error, el principio de supremacía de la Constitución, al estatuir que: *“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”*.

Siendo lo anterior reforzado por el artículo 137 constitucional: *“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”*.

La voluntad del constituyente es que la Convención Americana sobre Derechos Humanos tenga jerarquía constitucional y prevalezca en el orden interno, y el gobierno, como la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y demás entes públicos, han de someterse o sujetarse a esa normativa, sin más, máxime cuando estamos hablando de la que es garantía de la libertad humana.

En este orden de pensamiento, es curioso que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mencione el principio de colaboración de los poderes a la hora de sugerir al Poder Ejecutivo Nacional que denuncie la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

²⁵ *“Las materias de especial trascendencia nacional podrán ser sometidas a referendo consultivo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por acuerdo de la Asamblea Nacional, aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; o a solicitud de un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el registro civil y electoral”*.

²⁶ *“Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.*

La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica”.

cuando el artículo 136 constitucional, consagratorio de tal principio, condiciona tal colaboración a que ello se haga para el logro de los fines del Estado²⁷.

Y decimos que ello es curioso o llamativo, por sorprendentemente preocupante y alarmante, en razón de que el artículo 3 constitucional, al definir los fines del Estado, calificados por lo demás de esenciales, hace expresa mención a los derechos humanos. Veamos: *“El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución”*.

Cómo podría el Estado Venezolano perseguir el fin esencial de garantizar el cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, dentro de lo cual se encuentra precisamente su obligación nacional e internacional de proteger los derechos humanos, y ello defendiendo y desarrollando a la persona, con respeto de su dignidad, denunciando la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con jerarquía constitucional y prevalencia sobre el orden interno, eliminado con ello la garantía última y más poderosa, cual es el control supranacional cuasi jurisdiccional???

Tal proceder de la deslegitimada denuncia no sería más que una burla a la libertad de las personas.

Parece que el gobierno, no obstante haber sido promotor del cambio constitucional, no logra entender la trascendente magnitud libertaria del desiderátum constitucional. No volvamos sobre los dispositivos ya comentados, pero si hagamos mención del artículo 2 constitucional, en el cual, tras declarar a Venezuela como un Estado social y democrático de Derecho y de Justicia, expresa que ese Estado propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, una serie de derechos humanos, individualmente considerados, como lo son la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social (solidaridad o fraternidad), para terminar con una mención general a la preeminencia de los derechos humanos. Qué entenderán estas autoridades por preeminencia? Se darán cuenta que ello no tiene excepción, por lo que pasa por encima de la soberanía estatal²⁸ y el orden interno?

Coronemos esta enumeración de las principales normas constitucionales en materia de derechos humanos, para dejar suficientemente clara la posición que el constituyente quiso adjudicarles, con la mención de la previsión de la cláusula del número abierto (artículo 22²⁹),

²⁷ *“Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado”*.

²⁸ Seguramente vale la pena poner de manifiesto que he venido utilizando concienzudamente la expresión soberanía estatal, cuando he hecho referencia al argumento gubernamental, para escapar a la manipulación conceptual que pretende asimilarla a la de soberanía popular, a la cual sin duda el poder público (Estado) se encuentra sometido. Precisamente, si de soberanía popular se trata, es el pueblo en función constituyente quien fijó todos estos límites insuperables para el poder constituido. No en balde el artículo 5 constitucional dispone: *“La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.*

Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos”.

²⁹ *“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”*.

que no deja derecho humano alguno sin resguardo garantista; la sanción de nulidad que ineluctablemente ha de recaer sobre cualquier acto del poder público lesivo a los derechos humanos, con responsabilidad funcional penal, civil y administrativa (artículo 25³⁰); la obligación estatal de sancionar los delitos contra los derechos humanos (artículo 29³¹); y, la obligación estatal de indemnizar a las víctimas de violaciones a los derechos humanos (artículo 30³²).

Claro que dejamos de último, para su comentario especial, el dispositivo consagratorio del ya mencionado varias veces principio de progresividad de los derechos humanos, que es el artículo 19 constitucional, del tenor que sigue: *“El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen”*.

Sencillamente, cómo puede pensarse honestamente en la satisfacción de los requerimientos del principio de progresividad de los derechos humanos, si hoy, contando con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, que conduce a la instauración y funcionamiento de instituciones cuasi jurisdiccionales supranacionales, mañana, en lugar de abogar por la profundización de los mecanismos jurídicos que harían más eficazmente ejecutables las medidas cautelares y recomendaciones y las sentencias de la Comisión y de la Corte Interamericanas de los Derechos Humanos, o que deslastraran al sistema de las imperfecciones que puede venir presentando, por ejemplo, sencillamente ya no disponemos de un tal sistema, ni mejor ni peor. De nuevo apelando al sentido común: eso es avanzar? Es decir, progresar o desarrollar la progresividad? En consecuencia, existe claramente una obligación estatal, de rango constitucional, de proteger los derechos humanos, dentro de un marco normativo muy preciso, por lo que la posibilidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la luz del derecho interno, también resulta de suyo imposible, por antijurídica e inconstitucional.

³⁰ *“Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrirán en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores”*.

³¹ *“El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.*

Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía”.

³² *“El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables, y a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios.*

El Estado adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo.

El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados”.

2. Aspectos Éticos

Todas las normas previamente analizadas de nuestro derecho positivo constitucional descansan, necesariamente, sobre una serie de dogmas, valores y postulados metajurídicos, de los cuales los preceptos de derecho no son más que herramientas de aseguramiento de su cumplimiento en provecho de la sociedad, para quien los mismos resultan queridos, a manera de garantizar o tratar de garantizar unas condiciones o calidad de vida que permitan a las personas desarrollarse libremente, no solamente en cuanto a sus derechos civiles y políticos (individuales), sino también por lo que concierne a sus derechos económicos, sociales y culturales (colectivos) y sin olvidar los que les corresponden como integrantes de la humanidad, como derechos de los pueblos, como la paz y el ambiente sano.

Una primera aproximación al descubrimiento de esos valores fundamentales, dentro de los cuales obviamente destacan preponderantemente los derechos humanos, la podemos hacer desde el preámbulo y la exposición de motivos de la Constitución que nos rige desde 1999.

Así, en el preámbulo podemos leer la siguiente declaración, acerca del móvil de la actuación del poder constituyente (el pueblo venezolano): *“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”*.

Esta hermosa pieza literaria nos revela, tanto en menciones concretas, como en manifestaciones generales como esa de la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, el marco valorativo desde el cual hemos de interpretar y aplicar los mandatos constitucionales.

Lo mismo cabe decir desde la exposición de motivos, en donde dentro de un elenco extremadamente rico de referencias a los derechos humanos, a nuestros fines hemos elegido estas líneas: *“Inspirada por las principales tendencias que se han desarrollado en derecho comparado y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, la Constitución reconoce expresamente el principio de progresividad en la protección de tales derechos, conforme al cual el Estado garantizará a toda persona natural o jurídica, sin discriminación alguna, el respeto, el goce y el ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los mismos.*

Se reconocen como fuentes en la protección de los derechos humanos a la Constitución, a los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia, y a las leyes que los desarrollen. Al respecto, con el objeto de reforzar la protección de los referidos derechos se establece que los tratados, pactos y convenciones internacionales en esta materia, suscritos y ratificados por Venezuela, prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables a las contenidas en la Constitución y en las leyes, siendo sus disposiciones de aplicación directa e inmediata por los tribunales de la República y demás órganos que ejercen el Poder Público. Por ello, en el caso de que un tratado internacional suscrito y ratificado por Venezuela reconozca y garantice un determinado derecho humano, en forma más amplia y favo-

nable que la Constitución, prevalece en todo caso el instrumento internacional y debe ser aplicado en forma preferente, directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado”.

Esta es la esencia valorativa constitucional, por lo que estando incursionando en aspectos éticos, es decir, en poder evaluar el comportamiento o actuar de los órganos de las distintas ramas del poder público, a objeto de poder precisar si se han conformado o no a estos fines supremos, de modo de entender que obraron bien si así lo hicieron y mal de lo contrario, corresponde ahora, más que concluir en la antijuridicidad o en la inconformidad a derecho de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cosa que ya hicimos en cuanto al derecho internacional y al derecho interno, se trata de observar si tal denuncia implicaría una conducta moralmente reprochable o loable.

De plano aceptamos que un obrar contra derecho es o ha de ser moralmente reprochable, pero insistimos en que esa no es la perspectiva que encaramos ahora. Ensayamos de escapar un poco de los moldes del derecho positivo, para incursionar en un planteamiento con una pincelada filosófica.

Empero, visto el amplio enfoque humanista y iusnaturalista de nuestra Constitución, no debemos perder de vista, para comenzar por allí, que el texto fundamental hace explícitas menciones al tema de la ética, casualmente en dispositivos estrechamente ligados a los derechos humanos, como ocurre, ante todo, con el mismo artículo 2, en donde se propugna a la ética como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado.

Posteriormente, el artículo 227 prevé la existencia de un Código de Ética del Juez Venezolano por el que se regirán magistrados y jueces; el artículo 274 encarga a los órganos del poder ciudadano investigar y sancionar las acciones contrarias a la ética pública y la moral administrativa; y, el artículo 280 dispone que el Defensor del Pueblo deberá reunir condiciones de honorabilidad, ética y moral.

En consecuencia, en el plano jurídico, aunque ello no haya sido en forma alguna desarrollado a cabalidad, lo que se tiene claro es que los funcionarios de los distintos entes que componen las ramas del poder público han de conformar su actuación a los rigores de la ética, pero sin que se establezca una idea clara de lo que eso significa.

Entonces, saliendo ya de ese punto de partida, de carácter ius positivista, conviene explorar lo conceptual definitorio, de modo de asumir de la idea de que la ética es la rama de la filosofía que estudia la moral, vista ésta como la precisión acerca de si las conductas humanas pueden ser o no tildadas de buenas, a la luz de lo que sean relativamente los valores, pensamientos, sentires, costumbres y juicios generales de una sociedad determinada.

Si esto es así, y vimos que los valores esenciales o superiores del ordenamiento jurídico migran hacia la tutela de la plena satisfacción de los derechos humanos, como cometido central de los órganos del poder público, entonces podemos concluir que cualquier comportamiento o actuación de un funcionario público que atente contra alguno de los derechos humanos en particular, o peor aun, contra uno de los principios generales del derecho de los derechos humanos, cual es el consabido principio de progresividad de los derechos humanos, será contrario a la ética de la sociedad venezolana, plasmada en su marco valorativo normativo supremo, tachable de esa forma de inmoral, por tratarse de algo malo, reprochable.

Y la razón inmediata que explica el por qué podemos afirmar que semejante actuación sería inmoral, por mala, radica en que se afectaría de ese modo la dignidad de la persona humana, la cual, con independencia de su alcance definitorio relativo por la diversidad cultu-

ral planetaria, es el parámetro, al entenderla respetada o alterada, que nos permite aceptar que la conducta evaluada fue buena o mala, y con ello ética o antiética, y con independencia de si ese comportamiento aparece simultáneamente como jurídico o antijurídico. Aunque en esta materia de los derechos humanos, visto como se enlaza permanentemente lo ético con lo jurídico, es común que el quehacer moralmente cuestionable sea contrario a derecho.

En efecto, aunque sin interpretación auténtica por parte del constituyente, la idea de dignidad humana figura numerosas veces en la Constitución que nos rige, como puede apreciarse de sus artículos 3 (el respeto a la dignidad de la persona como fin del Estado), 46.2 (la dignidad inherente al ser humano de la persona privada de libertad), 47 (la inviolabilidad del hogar doméstico por la dignidad del ser humano), 55 (los cuerpos de seguridad del Estado deben respetar la dignidad de la persona), 80 (dignidad de los ancianos y ancianas), 81 (dignidad de las personas con discapacidad o necesidades especiales) y 91 (derecho de quien trabaja a un salario que le permita vivir con dignidad).

Llegados a este punto, sólo resta preguntarse si con la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el Estado Venezolano estaría irrespetando la dignidad humana, y con ello incurriendo en un comportamiento o actuación moralmente reprochable, por malo, o por el contrario, propendería a promover el apuntalamiento de esa dignidad del ser humano.

En otras palabras, estaría el Estado Venezolano haciendo lo correcto?

Imposible continuar adelante si no se plantea el motivo esbozado por autoridades venezolanas para explicar su propuesta de denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ahora bien, ya no se trata de analizar los alegatos ya revisados, en cuanto a lo jurídico, de si la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, con sus decisiones, violan la soberanía estatal o si lesionan el derecho interno, lo cual ya fue argumentativamente descartado, a la luz de consideraciones tanto del derecho internacional como del derecho interno.

Tampoco le damos importancia en este enfoque, por lo aclarado en párrafos anteriores, a si obrar de esa manera, denunciando la Convención indicada, implicaría para el Estado Venezolano un actuar claramente cuestionable en lo jurídico, que al lesionar, entre otros aspectos, el principio de progresividad de los derechos humanos, acarrearía lesiones al debido respeto de la dignidad de la persona humana, recayéndose con ello, también, en un situación por mucho moralmente reprochable.

En realidad, el meollo del discurso actual de nuestro estudio se encuentra en que los funcionarios gubernamentales han expresado que sería necesario denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos para poder, a su juicio, eludir ser objeto el Estado Venezolano de enjuiciamientos por parte, principalmente, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entidad a la cual tildan de parcializada con los intereses imperiales hemisféricos de los Estados Unidos de América, y en contra, por tanto, de los derechos del Estado.

En otras palabras, alegan que la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos no garantiza el derecho al debido proceso del Estado Venezolano, que implica el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial. Como apoyo a ese asunto, expresan que el presidente de dicha Comisión o uno de sus miembros mostró simpatías con el gobierno ilegítimo tildado de golpista que se instauró en Venezuela en 2002, sin brindar protección al presidente constitucional del país.

Lo cierto es, si dejamos de lado los aspectos políticos esbozados, y obviamente sin tomar partido a favor o en contra de lo dicho, puesto que asistimos a una investigación de carácter académico, es que las autoridades venezolanas tienen razón, totalmente, en cuanto al planteamiento teórico de que todos, incluido el Estado, debemos ser juzgados por entidades jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales, nacionales o supranacionales, que sean imparciales, como garantía de los derechos al debido proceso y a la tutela judicial o jurisdiccional o cuasi jurisdiccional efectiva.

Sobre eso no cabe ni puede haber duda alguna. Sin embargo, existe realmente la tal parcialidad de parte de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, que haría que todo asunto que le llegue, si es una denuncia de violación de derechos humanos en contra del Estado Venezolano sea, sin más, decidido en su contra?

Ante todo, habría que hacer un análisis estadístico sobre las decisiones de la Comisión y las sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, al menos desde 2002 hasta la actualidad, para saber si efectivamente se decide o se falla sistemáticamente en contra del Estado Venezolano, e incluso yendo un poco más al fondo de cada caso, para establecer si, a pesar de ello, hubo o no en la realidad la violación denunciada de derechos humanos.

Sin ese estudio no hay soporte alguno para semejante argumento de parcialidad, mientras que los principios de buena fe y de confianza legítima obligan a tener al organismo como imparcial, salvo prueba en contrario. Es decir, se debe probar la parcialidad o falta de imparcialidad por parte de quien la alega.

En este orden de ideas, si se sospecha, por no estar fehacientemente probada, que existe esa parcialidad del juzgador, lo que corresponde, lo correcto, aventurémonos a decir lo ético, no es ni puede ser que el legitimado procesal pasivo, quien podría ser culpable, opte por retirarse del ente juzgador, escapando de ese modo a la acción de la justicia, sino que su representante legal haga la denuncia formal de parcialidad, recusando al o a los miembros o a la totalidad de los integrantes del órgano juzgador colegiado, para que encontrándose probada plenamente esa parcialidad, se proceda a la sustitución del o de los miembros del ente, o a la constitución de un ente ad-hoc, encargado de ese juzgamiento o investigación, asegurándose de ese modo la imparcialidad del juzgador, sin que el denunciado escape a la acción de la justicia, sea al final tenido como culpable o como inocente.

No obstante, ninguna noticia ha podido hallarse acerca de si el Estado Venezolano procedió a recusar al o a los miembros o a la totalidad de los integrantes de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos a quienes acusa de parcialidad.

Esta situación la asumimos como reñida con un comportamiento bueno, calificable de moral o ético, más bien reprochable por deshonesto, a más de injusto para con las víctimas actuales y potenciales de derechos humanos por parte del Estado Venezolano, el cual estaría de ese modo irrespetando la dignidad de la persona humana.

A mayor abundamiento, se destaca que el tratamiento informativo del tema, por parte de los voceros gubernamentales, no incluye noticia acerca de que los integrantes de la Comisión y de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos no son designados por los Estados Unidos de América, ni por ningún otro Estado en particular, sino que, conforme a las previsiones al respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contenidas en los artículos 36 y 37³³ y 52 y 53³⁴, cada Estado miembro de la Organización de Estados America-

³³ “Artículo 36: 1. Los miembros de la Comisión serán elegidos a título personal por la Asamblea

nos (O.E.A.) presenta una terna a la Asamblea General del ente hemisférico, el cual está integrado por embajadores representantes de los mismos Estados miembros, quienes los eligen en votación secreta.

Esa es la situación institucional, no pudiendo los Estados Unidos de América (país que ni siquiera se parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), ni ningún otro Estado miembro de la O.E.A., imponer nombres para su elección. Así, El Estado Venezolano, que conoció antes de la elección todos los nombres propuestos, de haber encontrado alguno de quien sospechase animadversión, no solamente pudo no votar por ellos, sino que incluso pudo objetar argumentadamente su participación en la elección, antes de la votación. Y, obviamente, también ha podido, tras la elección y con vista de las actuaciones de cada quien, en un proceso concreto, recusar con las pruebas necesarias a quienes ya en el cargo no garanticen imparcialidad. La recusación no está expresamente prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero se encuentra presente en la teoría general del proceso, dentro del derecho procesal comparado, y es una garantía de la imparcialidad, como aseguramiento del goce pleno de los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

De este modo, no podemos más que asumir o suponer que el Estado Venezolano no recusó quienes pretende son parcializados en contra del país, o de su gobierno, y persigue, con ese pretexto y sin haber hecho uso de los mecanismos institucionales de respaldo al buen funcionamiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, simplemente irse, retirarse, en pos de la impunidad frente a la violación, en materia de libertades, no solamente de la Convención misma sino también de su propia Constitución, lo cual no es ni puede ser visto, honestamente hablando, como algo bueno o ético.

Y si a la idea de justicia vamos, que también se envuelve en estos temas, es obvio que, de haber tal parcialidad, no sería lo que corresponde a las víctimas actuales y potenciales de

General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros.

2. Cada uno de dichos gobiernos puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los proponga o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Artículo 37: 1. Los miembros de la Comisión serán elegidos por cuatro años y sólo podrán ser reelegidos una vez, pero el mandato de tres de los miembros designados en la primera elección expirará al cabo de dos años. Inmediatamente después de dicha elección se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres miembros.

2. No puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo Estado”.

³⁴ *“Artículo 52: 1. La Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.*

2. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad.

Artículo 53: 1. Los jueces de la Corte serán elegidos, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados partes en la Convención, en la Asamblea General de la Organización, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados.

2. Cada uno de los Estados partes puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente”.

violación a sus derechos humanos, quedar carentes de instituciones supranacionales de control sobre el respeto de la obligación nacional e internacional del Estado Venezolano de proteger los derechos humanos.

Finalmente, cuál es la reivindicada imparcialidad que se persigue supuestamente, si luego, al crearse al Consejo de Estado y asignarle como misión pronunciarse sobre si se debe denunciar o no la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se designan para integrarlo solamente a personeros del gobierno o ligados ideológicamente a él, incluso donde algunos de ellos ya han emitido criterio al fondo, como es el caso, resaltante, de la magistrada que preside al Tribunal Supremo de Justicia.

III. CONCLUSIONES

El análisis de las actuaciones gubernamentales y judiciales que fueron reseñadas, y su revisión a la luz de lo que son las normativas jurídicas internacionales y constitucionales a las cuales esas autoridades deberían estar irrevocablemente sujetas, para ser legítimas, y con consideración de elementos éticos acerca de lo que es el buen obrar humano, nos han permitido cumplir el objetivo trazado en la introducción, llegando a las siguientes conclusiones.

La concreción de la eventual decisión del Estado Venezolano, visto como poder público constituido, de denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, representaría una actuación nula, completamente antijurídica, tanto desde la perspectiva del derecho internacional público, por fraude a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, y vulneración de principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos, como en cuanto al ángulo de visión del derecho interno constitucional venezolano, por violación, fundamentalmente, del principio de progresividad de los derechos humanos.

Y, al configurarse tal denuncia, en la práctica, como una violación del deber de respetar la dignidad de la persona humana, derivada de comportamientos calificables como malos, que pretenden justificarse en argumentos falaces que solamente buscan que las autoridades gubernamentales escapen al control supranacional, sin haber hecho uso de los mecanismos institucionales que habrían podido corregir las irregularidades que esbozan, es obvio que también se asiste a actuaciones inmorales, de cuestionable ética.

En ambos casos, tanto en lo jurídico como en lo ético, el camino solamente conduce al descubrimiento de un Estado en desacato a su obligación nacional e internacional de proteger los derechos humanos, en perjuicio solamente de quien se estiman paradójicamente representar, que no es otro que el pueblo, el de hoy y el de mañana, en una suerte de inequidad intergeneracional.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Aguiar, Asdrúbal. *Los Derechos Humanos en la Convención Americana*, Editorial Funtrapet, Caracas, 2010.

Ayala Corao, Carlos. "La Sentencia 1.942 vs La Protección Internacional de los Derechos Humanos".

<http://infovenezuela.org/democracy/attachmentspanish/T2%20ST04%20N2%20Opinion%20de%20Ayala%20Corao%20sobre%20Sentencia%201942.pdf>

Badiou, Alain. "La Ética y la Cuestión de los Derechos Humanos". *Revista Acontecimiento*. N° 19-20. 2000. <http://www.grupoacontecimiento.com.ar/>

Bazán, Víctor. "Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales Latinoamericanos. El control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico". *Revista de Derecho Público* N° 127. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, julio-septiembre 2011.

Bidart Campos, Germán. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I-A. Ediar. Buenos Aires, 2000.

Bolívar, Ligia. "Venezuela y la CIDH". <http://www.conflictive.org.ve/analisis-y-opinion/venezuela-y-la-cidh-analisis-de-ligia-bolivar-centro-de-derechos-humanos-ucab.html>

Buergethal, Thomas, Grossman, Claudio y Nikken, Pedro. *Manual Internacional de Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos humanos. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas/San José, 1990.

Cançado Trindade, Antonio. "A Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos". Editora Saravia. Sao Paulo, 1991.

Duque Corredor, Román. *Temario de Derecho Constitucional y Derecho Público*. Legis. Caracas, 2009.

Fellous, Gérard. *Les Droits de l'Homme, une Universalité Menacée*. La Documentation Française. Paris, 2010.

Geraldes Falcao, David José. "Derechos Humanos y Dignidad: Fundamentos de la Protección de las Diversas Identidades Culturales". *Revista Internacional de Direito e Cidadania* N° 4. Brasil, junio 2009.

González, Fortunato. *Valores y Principios de la Constitución*. Universidad de Los Andes (ULA). Mérida, 2006.

González Placencia, Luis A. "La Investigación en Derechos Humanos como Imperativo Ético de Nuestro Tiempo".

<http://revistametodhos.cdhsf.org.mx/index.php/publicaciones>

Hitters, Juan Carlos. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Ediar, Buenos Aires, 2006.

_____ "Son Vinculantes los Pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (Control de Constitucionalidad y Convencionalidad)?" *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* N° 13, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2009.

Mari Lois, Juan. "Derechos Humanos. Una Aspiración de Todos y Todas. Ensayo para Estudiar Derechos Humanos". Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos. La Paz, Bolivia. 2009.

Nieto Navia, Rafael. *Introducción al Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos*. Temis. Bogotá, 1993.

Nikken, Pedro. *La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Su Desarrollo Progresivo*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Editorial Civitas. Madrid, 1987.

Palacios, Leonardo. "Es Inconstitucional la Salida de la CIDH". file:

http://volumes/hp%20v210w/Dossier33%20%C2%BB%20Leonardo%20Palacios_%20%E2%80%9CEs%20inconstitucional%20la%20salida%20de%20la%20CIDH%E2%80%9D.html

Programa de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA). *Los Derechos Humanos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Segunda Edición. Serie “Tener Derechos No Basta”. Nro. 2. Caracas, 2008.

Programa de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA). “Conceptos y Características de los Derechos Humanos”. Segunda Edición. Serie “Tener Derechos No Basta”, N° 5, Caracas, 2008.

Programa de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA). “Historia de los Derechos Humanos”. Serie “Tener Derechos No Basta”. Segunda Edición. Serie “Tener Derechos No Basta”, N° 8, Caracas, 2008.

Sudre, Frédéric. “Droit International et Européen des Droits de l’Homme”. Presses Universitaires de France. Paris, 1989.

Tejeda, Eddy. “Ética y Derechos Humanos en América Latina: Entre Espinas y Rosas”. Eikasía. *Revista de Filosofía*. Año III. N° 13, septiembre 2007.
<http://www.revistadefilosofia.org>

Vanegas García, José Hoover. “Ética y Derechos Humanos en el Marco de la Constitución Política de Colombia de 1991”. *Jurid. Manizales*. 7(1): 74-92, Colombia, enero-junio 2010.

Zalaquett Daher, José. “Derechos Humanos y Ética Política”. *Revista Futuros* N° 19. 2007.
http://www.revistafuturos.info/futuros19/der_hum_etica_pol.htm

La integración energética en Suramérica: ¿Realidad o utopía? La construcción europea como referencia

Henry Jiménez Guanipa*
Abogado

Resumen: *En el presente trabajo se analizan el contexto y las medidas que la Unión Europea, ha adoptado a lo largo de su evolución como comunidad sui generis para construir un mercado único de la energía que garantice a los Estados miembros el abastecimiento seguro, la competitividad y la sostenibilidad. Bajo un enfoque retrospectivo y teniendo como trasfondo la experiencia europea, se ofrece una sistematización de las diversas iniciativas de integración energética impulsadas en Suramérica. El propósito es identificar los rasgos básicos y las acciones principales adoptadas en el marco de los proyectos de integración en estudio, perfilando alguno de los factores que han incidido en su poco avance y desarrollo.*

Palabras Clave: Energía, mercado energético, Unión Europea, integración energética, Suramérica, integración suramericana.

Abstract: *This paper examines the context and the measures the EU has adopted throughout its evolution as a sui generis community to build a single energy market to ensure Member States' security of supply, competitiveness and sustainability. Under a retrospective approach and focusing the European experience, the article provides a systematization of various initiatives driven in the field of South American energy integration. The purpose of this paper is to identify the basic features and the main actions taken in the context of integration projects. It underlines some of the factors that have influenced the lack of progress and development of the integration initiatives.*

Key words: Energy, energy market, European Union, Energy integration, South America, South American Integration.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA INTEGRACIÓN EUROPEA Y LA CONSTRUCCIÓN DE UN MERCADO ÚNICO DE LA ENERGÍA
- III. INFLUENCIA DE LA “CRISIS DEL PETRÓLEO” EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN MERCADO ÚNICO DE LA ENERGÍA Y LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR LA COMISIÓN Y EL CONSEJO EUROPEO

* Abogado y Especialista, Universidades Santa María y Católica Andrés Bello de Venezuela. Master en Derecho y Doctor en Derecho, Universidades de Heidelberg y Ruhr-Bochum de Alemania. Profesor de Derecho de la Energía.

- IV. DESARROLLO NORMATIVO PARA LA INTEGRACIÓN DEL MERCADO DE LA ENERGÍA EUROPEO
 - 1. *Directiva sobre transparencia de precios de julio 1990.* 2. *Directivas sobre el tránsito de la electricidad (1990) y el gas natural a través de las grandes redes (1991).*
- V. LIBERALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL MERCADO INTERIOR DE LA ENERGÍA EUROPEO
 - 1. *Primer paquete de directivas sobre los mercados interiores de electricidad y gas natural de 1996 y 1998.* 2. *Segundo paquete de directivas sobre normas comunes para los mercados interiores de electricidad y de gas natural de 2003.* 3. *Tercer paquete de directivas sobre normas comunes para los mercados interiores de electricidad y de gas natural de 2009.*
- VI. LA INTEGRACIÓN DE LOS MERCADOS DE LA ENERGÍA EN SURAMÉRICA. EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL
- VII. UNA MIRADA AL PROCESO DE INTEGRACIÓN EN SURAMÉRICA DESDE SUS INICIOS
- VIII. INICIATIVAS BILATERALES DE INTEGRACIÓN ENERGÉTICAS
- IX. INICIATIVAS MULTILATERALES DE INTEGRACIÓN ENERGÉTICA
 - 1. *Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC).* 2. *Comunidad Andina de Naciones (CAN).* 3. *Organización Latinoamericana de Energía (OLADE).* 4. *Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).* 5. *Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA).* 6. *Mercado Común del Sur (MERCOSUR).* 7. *Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA).*
- X. NUEVOS PROYECTOS DE INTEGRACIÓN ENERGÉTICA
 - 1. *Alianza Bolivariana para los Pueblos de América (ALBA).* 2. *Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN).* 3. *Unión Suramericana de Naciones (Unasur) y la I Cumbre Energética Suramericana*
- XI. CONCLUSIONES
- XII. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Ilustrar cómo se ha construido el mercado único para la energía en Europa, mostrando las principales causas y los momentos claves que han influido para llegar a tener hoy día un mercado completamente abierto a la libre competencia, representa un relevante desafío académico, en particular si se pretende, a partir de ese análisis, establecer las convergencias y divergencias con las experiencias que han tenido lugar en la región suramericana. Plasmar cómo ha mejorado la seguridad energética de la región europea, qué significado se constata en cuanto a la mejora de los precios, en la calidad del servicio, en el libre acceso y elección de proveedor, bajo el hilo conductor de los objetivos y esfuerzos comunes, son parámetros de gran valor para revisar los intentos de integración energética en América del Sur. Esta contribución presenta en la primera parte la perspectiva europea y en su segunda parte la evolución suramericana y al final, una vez confrontados ambos modelos, se ofrecen algunas reflexiones a título de conclusión, fundamentalmente orientadas a contribuir en el debate para superar el déficit de la integración energética en América del Sur.

II. LA INTEGRACIÓN EUROPEA Y LA CONSTRUCCIÓN DE UN MERCADO ÚNICO DE LA ENERGÍA

El Tratado de París firmado el 18 de abril de 1951 entre Francia, Alemania Occidental, Italia, y los Países Bajos por medio del cual se constituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)¹, es sin duda el gran acontecimiento del siglo XX orientado a la paz y al

¹ Ver en detalles, Historia de la Unión Europea en: Sitio web de la Unión Europea. http://europa.eu/about-eu/eu-history/index_es.htm

progreso, que abrió la posibilidad de que Europa no volviera a sufrir una nueva guerra y se asegurara una paz duradera. Esta organización internacional en el ámbito europeo para regular los sectores del carbón y del acero se convirtió en el antecedente más importante de la integración europea². Por ello es necesario destacar la visión de sus promotores³, en el sentido de que Europa sólo podría levantarse de la miseria y la destrucción mediante un compromiso destinado a sustituir las rivalidades acaecidas, especialmente a lo largo de la frontera francoalemana. Justamente en ese lugar los ejércitos se habían enfrentado por el control de la industria del carbón y del acero en la cuenca del Ruhr⁴. Al fusionarse sus intereses esenciales en torno al aspecto económico, se sentaron las bases y las instituciones de una comunidad más amplia y profunda hacia un destino en adelante compartido.⁵

El éxito económico de la Comunidad del Carbón y del Acero pronto se hizo patente. Entre 1952 y 1960 la producción de carbón y acero aumentó en un 75% en los países de la CECA⁶ y la producción industrial aumentó en un 58%⁷.

Posteriormente, el 25 de marzo de 1957, se produce el gran impulso para la unión de Estados europeos a través de los Tratados de Roma. Los mismos países creadores de la CECA, constituyeron la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa o Euratom), esta última para combatir el déficit generalizado de energía tradicional de los años cincuenta⁸, e impulsar la nueva Europa a partir del 1 de enero de 1958. Con su adhesión a la CEE, los Estados miembros debían sustituir sus mercados nacionales por un territorio donde se aplicaría una política comercial común, en el cual las mercancías, las personas y los capitales tendrían libertad de circulación, renunciado a su soberanía en un conjunto de materias⁹.

A pesar de la importancia de la energía para la reconstrucción económica de Europa, los Tratados no desarrollaron un marco legal específico para este sector. Las iniciativas de la

² Rodríguez Martín, José Antonio, El papel de la Unión Europea ante la crisis actual: fortalezas y debilidades. Del Tratado de Roma al de Lisboa. Medio siglo de integración constante, p. 7. Revista de Derecho Comunitario Europeo del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

³ Llamados también Padres fundadores. Ver más en: Sitio web de la Unión Europea. http://europa.eu/about-eu/eu-history/1945-1959/index_es.htm

⁴ Torres Espinoza, Eduardo, La Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Un exitoso y aún inacabado experimento institucional. Anuario mexicano de Derecho Internacional. Vol. VIII, 2008, pp. 713-742. www.juridicas.unam.mx

⁵ Véase Los Considerandos en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. París, 18 de Abril de 1951.

⁶ Tratado CECA para el carbón y el acero, artículos 3 (objetivos generales) y 57 a 64 (producción y precios). Tratado EURATOM para la energía nuclear, art. 40 a 76 (inversiones, empresas comunes y abastecimiento) y art. 92 a 100 (mercado común nuclear). Tratado CEE para los hidrocarburos y energías renovables, art. 103 apartado 4 sobre dificultades de abastecimiento y art. 235. Ver en: Tratados de la EU. http://europa.eu/about-eu/basic-information/decision-making/treaties/index_es.htm

⁷ Véase, Expiración del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA): resumen de la situación. MEMO 02/145. Bruselas, 19-06-2002. Ver el mismo contenido en: Boletín de la Real Sociedad Geográfica, Tomo CXXXIX-CXL p. 16, 2003-2004. www.realsociedadgeografica.com/es/pdf/BG_2004.pdf

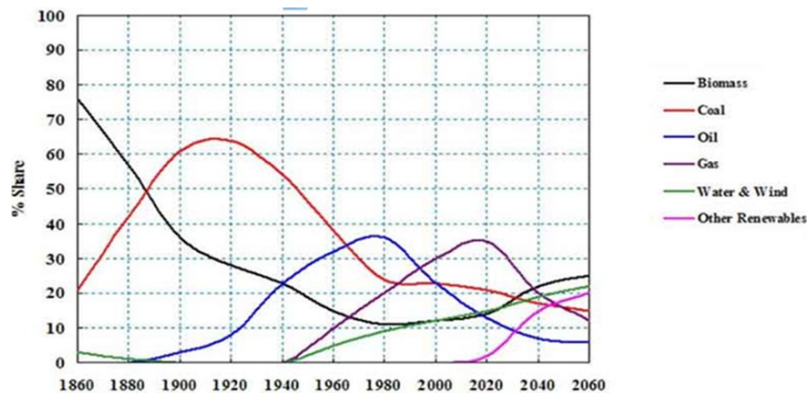
⁸ Sierra José, Una Historia Atormentada: La Energía en Europa. Las Políticas Comunitarias: Una Visión Interna Julio-Agosto 2006. p. 286. N.º 831 ICE

⁹ Rodríguez Martín José Antonio, Idem, p. 8.

Comunidad Europea se basaron en la cooperación entre Estados miembros y en los principios y objetivos generales de los Tratados y de las políticas sectoriales comunitarias¹⁰. El marco jurídico para el sector de la energía se desarrolló fuera de los Tratados en función del cambio en la matrix energética europea, que supuso el desplazamiento del carbón como principal fuente de energía primaria¹¹ por parte del petróleo y la incorporación del gas natural en la generación de electricidad a raíz de los descubrimientos de reservas en el mar de norte¹². Estos hechos, aunado a la vulnerabilidad de Europa debido a la rápida dependencia del petróleo evidenciada en la gran crisis en 1973, constituyeron los principales factores para que Europa diera marcha a la construcción de un mercado único de la energía.

En la gráfica (N° 1)¹³ se muestran tres momentos claves en la evolución del uso de las fuentes de energía: primero el desplazamiento de la leña por el carbón a fines del siglo XIX, segundo, la decadencia del carbón a mediados de los años 50 frente al petróleo y tercero la caída del consumo de petróleo luego de la crisis de 1973 cuando había alcanzado su máximo histórico. En este momento la Unión Europea daba impulso a su plan de promover la energía nuclear y otras fuentes alternativas y la eficiencia energética.

Gráfico No. 1. Consumo mundial de Energía 1860-2060



¹⁰ Correljé Aad; Riechmann Christoph y Lutz Wolfgang, Integración de los mercados de la energía en la Unión Europea. Historia, política y economía de la formación del mercado interior de la energía. Informe Unión Europea. Resumen ejecutivo. <http://www.energy-strategies.org/publication/files/IntegracionUEesp.pdf>

¹¹ Buitrago Moraleda, Antonio, La Política Energética de La Comunidad Económica Europea, p. 3. http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/5/RIE_012_001_083.pdf

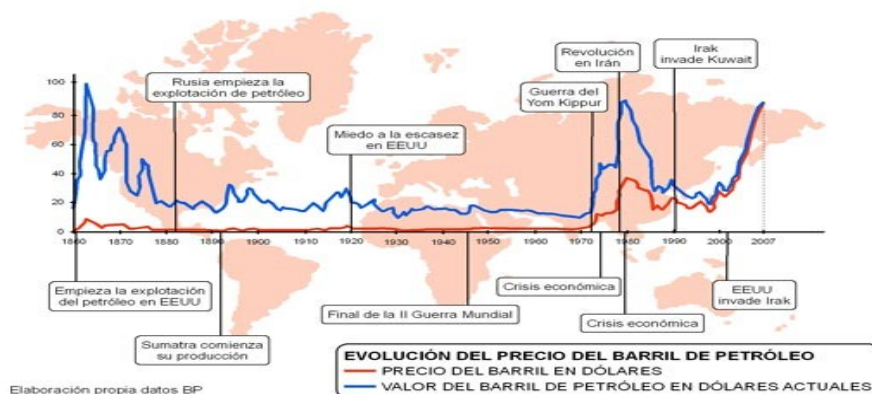
¹² Escribano, Gonzalo, El contexto económico y político del futuro energético del Mediterráneo, p. 1. www.uned.es/deahe/doctorado/gescribano/energia%20med.pdf

¹³ Véase, Staudt Larry, Assisting the World's Transition to a Sustainable Energy Future. 13th International Conference of the International Environment Forum Washington, D.C., USA, 13-16 August 2009 Centre for Renewable Energy, Dundalk Institute of Technology, Ireland.

III. INFLUENCIA DE LA “CRISIS DEL PETRÓLEO” EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN MERCADO ÚNICO DE LA ENERGÍA Y LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR LA COMISIÓN Y EL CONSEJO EUROPEO

La “crisis del petróleo” entre los años 1973-1979 puso fin al crecimiento económico del que habían disfrutado durante casi tres décadas los países europeos debido fundamentalmente a la disposición de carbón y petróleo barato (gráfico No. 2).

Gráfico No. 2. Precios del Petróleo 1860-2007



Esta crisis puso de manifiesto, por una parte, la fragilidad y dependencia exterior del mercado energético europeo y, por la otra, la necesidad de una estrategia energética para minimizar el impacto de posibles interrupciones futuras del abastecimiento¹⁴. Es por ello que el Consejo Europeo de 17 de septiembre de 1974 se pronunció en favor de una nueva estrategia de política energética para la Comunidad. Entre otros aspectos, hace referencia a las características mundiales de los problemas energéticos y la necesaria cooperación entre países consumidores y países productores. En tal sentido adopta importantes orientaciones referidas al ahorro de energía y al reforzamiento de la seguridad en el abastecimiento, promoviendo el desarrollo de la energía nuclear, de hidrocarburos y combustibles sólidos en la Comunidad, un abastecimiento exterior diversificado y seguro, la investigación tecnológica para garantizar la disponibilidad futura de diferentes fuentes de energía y la protección del medio ambiente¹⁵.

Asimismo, antes de finalizar el año 1974, el Consejo decidió mantener una sesión dedicada a los problemas energéticos durante la cual se pronunció sobre los objetivos numéricos para la producción y el consumo de la Comunidad hasta 1985. En esta nueva oportunidad el Consejo estableció las metas de la reducción del consumo interno de energía y ratificó la

¹⁴ Navarro Susino, Consuelo, El Nuevo Reto de las Energías Alternativas Consulta efectuada el 11 de Agosto de 2008 disponible en: http://www.cica.es/aliens/gimadus/05/reto_energias_alternativas.htm

¹⁵ Resolución del Consejo de 17-09-1974, relativa a la nueva estrategia de política energética para la Comunidad. Diario Oficial N° C 153. Edición especial en español: Capítulo 12 Tomo 2 p. 0045

necesidad de la diversificación de las fuentes energéticas y su uso racional para asegurar el abastecimiento a la Comunidad.¹⁶

El 13 de febrero de 1975 el Consejo, en una nueva resolución relativa a los medios que deben aplicarse para alcanzar los objetivos de la política energética comunitaria adoptados por el Consejo el 17 de diciembre de 1974, enfatiza la relevancia de lograr significativos ahorros de energía mediante acciones comunitarias en materia de investigación y desarrollo y/o de innovación tecnológica, a través de la reducción del consumo de hidrocarburos en la generación de electricidad al promover el uso de la energía nuclear¹⁷.

La aprobación del Acta Única Europea en febrero de 1986 dio un impulso mayor y representó un paso asertivo para la progresiva consecución de un mercado único europeo. Se fijó el objetivo de alcanzar el 1 de enero de 1993 la instauración de un “mercado único” en la Comunidad Económica Europea. Basándose en esta meta, la Comisión elaboró un documento sobre el Mercado Interior de la Energía en 1988, que tuvo repercusiones favorables. Dicho documento detalla las diferentes barreras que debía enfrentar el mercado interior de la energía, así como los instrumentos apropiados para superarlas¹⁸. En 1988, tras la aprobación del Libro Blanco sobre el Mercado Interior Comunitario¹⁹, la Comisión publicó el 3 de junio de 1988 un documento de trabajo sobre el Mercado interior de la energía²⁰.

En 1995, la Comisión europea aprobó el “Libro verde por una política energética de la Unión Europea” (11/1/1995) y el Libro Blanco “Una política energética para la Unión Europea” (COM(95). El primero reúne, por una parte, los elementos necesarios para que las instituciones europeas evalúen la necesidad de una mayor intervención de la Comunidad en el sector de la energía y, por la otra, se convirtió en la base para la posterior realización del Libro Blanco. Éste se convirtió en el texto fundamental de la política comunitaria de energía que sugiere orientaciones concretas para la convergencia de las políticas de energía nacionales de los Estados miembros, con tres objetivos principales: seguridad de abastecimiento, competitividad económica y protección del medio ambiente²¹.

¹⁶ Resolución del Consejo de 17-12-1974, relativa a los objetivos comunitarios de política energética para 1985 Diario Oficial Nº C 153. Edición especial en español: Capítulo 12 Tomo 2 p. 0047. Véase también Resolución del Consejo de 17-12-1974, relativa al programa de acción comunitaria en el ámbito del uso racional de la energía Diario Oficial Nº C 153. Edición especial en español: Capítulo 12 Tomo 2 p. 0050

¹⁷ Resolución del Consejo de 13-02-1975, relativa a los medios que deben aplicarse para alcanzar los objetivos de la política energética comunitaria adoptados por el Consejo el 17 de diciembre de 1974. Diario Oficial Nº C 153 de 09/07/1975 p. 0006 – 0008. Edición especial en español: Capítulo 12 Tomo 2 p. 0051

¹⁸ Moreno Blesa Lidia, *La Liberalización del Sector Eléctrico en La Comunidad Europea: El Caso Rendo y su Proyección en España* (Comentario a las Sentencias del TPI y del TJCE de 18 de noviembre de 1992, de 19 de octubre de 1995 y de 12 de diciembre de 1996, asunto Rendo NVy otros contra Comisión de las Comunidades Europeas), p. 4.

¹⁹ Véase: *Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council* (Milan, 28-29-1985), (85) 310 final, en: http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com1985_0310_f_en.pdf

²⁰ Véase: *La Política Energética de la Unión Comisión de las Comunidades Europeas* (1988): *El Mercado Interior de la Energía*, COM (88) 238 final. 2 de mayo.

²¹ Véase: *Libro Blanco-Una política energética para la Unión Europea*, COM(95) 682, diciembre de 1995, en: http://europa.eu/documentation/official-docs/white-papers/pdf/energy_white_paper.com95682.pdf

IV. DESARROLLO NORMATIVO PARA LA INTEGRACIÓN DEL MERCADO DE LA ENERGÍA EUROPEO

1. *Directiva sobre Transparencia de Precios de julio 1990*

La “Directiva sobre la Transparencia de Precios”, dictada en julio de 1990, constituye el primer instrumento jurídico concreto dirigido a promover el mercado interior de la energía, centrado en la transparencia de los precios para los grandes consumidores industriales, como herramienta para impedir que se falseara la competencia en el mercado común. A través de esta directiva se buscó eliminar las discriminaciones hacia los consumidores, posibilitando que éstos pudieran optar libremente entre fuentes de energía y proveedores y entendiéndose que el grado de transparencia no era igual para todas las fuentes de energía ni en todos los países y regiones de la Comunidad. Era imperativo enfrentar este peligro que amenazaba la realización del mercado interior de la energía en Europa. Para asegurar el cumplimiento de la directiva, el Artículo 8 estableció que una vez al año, la Comisión remitirá al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social un informe sobre su aplicación. En cuanto a la electricidad, el Artículo 9 concedió a los Estados miembros la facultad de adoptar las medidas administrativas necesarias para dar cumplimiento a la directiva durante el año siguiente a su promulgación (1 de julio de 1991). En relación al gas natural, sería puesta en aplicación por los Estados miembros cinco años después de la introducción de dicha energía en el mercado nacional²².

2. *Directivas sobre el Tránsito de la Electricidad (1990) y el gas natural a través de las grandes redes (1991)*

Las directivas de tránsito de la electricidad²³ y el gas natural²⁴ establecieron el principio de acceso y utilización de las redes europeas por agentes compradores y vendedores de energía, ajenos a la propiedad de éstas, lo que significó el fin de un derecho exclusivo para sus titulares y la consideración de la red como soporte físico de transacciones comerciales²⁵. Sin duda fue una medida de gran impacto orientada a establecer progresivamente el mercado interior de la energía que posteriormente fue reforzado en el Tratado de Maastricht de 1992. Este Tratado impuso a la Unión la tarea de contribuir a la creación y al desarrollo de redes transeuropeas de infraestructuras (RTE) de transporte, telecomunicaciones y energía, con el propósito de contribuir al desarrollo del mercado interior, reforzar la cohesión económica y social y establecer enlaces entre las regiones. Las llamadas “directivas de tránsito” se concibieron como una fase preparatoria esencial en el proceso de liberalización, desde el punto de vista de la abolición de los derechos exclusivos para comercializar y distribuir electricidad y gas en particular así como para la apertura gradual de los respectivos mercados.

²² Directiva del Consejo de 29 de junio de 1990 relativa a un procedimiento comunitario que garantiza la transparencia de los precios aplicables a los consumidores industriales finales de gas y de electricidad (90/377/CEE)

²³ Directiva 90/547/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1990, relativa al tránsito de electricidad por las grandes redes Diario Oficial N° L 313 de 13/11/1990 p. 0030 - 0033

²⁴ Directiva 91/296/CEE del Consejo, de 31 de mayo de 1991, relativa al tránsito de gas natural a través de las grandes redes Diario Oficial N° L 147 de 12/06/1991 p. 0037 - 0040

²⁵ Riquelme María Alvarado, Lavilla María José, Muro Laura, Relevancia del sector eléctrico en el área económica europea. Revista Partida Doble, N° 208, Sección Artículos, 01 de Marzo de 2009, p. 88.

Las pautas para el desarrollo de las RTE se introdujeron en las Decisiones del Consejo y del Parlamento Europeo de 1996 y 1997 con el objetivo de proporcionar la infraestructura requerida para el funcionamiento eficaz del Mercado Interior de la Energía, la cohesión económica y social, reduciendo el aislamiento de regiones desfavorecidas y la promoción de la seguridad del suministro de energía. Teniendo como plataforma estos objetivos, se definieron las prioridades para las interconexiones en el sector de la electricidad y del gas²⁶.

V. LIBERALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL MERCADO INTERIOR DE LA ENERGÍA EUROPEO

1. *Primer paquete de directivas sobre los mercados interiores de electricidad y gas natural de 1996 y 1998*

Después de un proceso de casi diez años de arduos debates entre los Estados miembros y las empresas de energía, la creación del Mercado Interior Europeo de la Energía se materializó con la adopción de las directivas sobre normas comunes para los Mercados Interiores de Electricidad y de Gas Natural de 1996 y 1998, respectivamente. Ambas directivas reflejan el principio de la apertura hacia un mercado competitivo en todas las áreas: generación/producción, transporte, distribución y comercialización y constituyeron un punto de inflexión en la regulación, organización y estructura del sector eléctrico y del gas en la Europa de los quince²⁷, así como una mayor eficacia, reducción de precios, mejora en la calidad del servicio y mayor competitividad. Los principios básicos de ambas directivas se pueden resumir así: libre competencia en generación, apertura gradual para consumidores finales, separación de contabilidad de empresas integradas verticalmente, transparencia de precios para acceso a las redes, obligaciones de servicio público, eliminación gradual o renegociación de contratos de largo plazo.

Ambas directivas establecieron un plazo para su entrada en vigor: En el caso de la electricidad, el 19 de febrero de 1997, aunque los Estados miembros establecieron un plazo de dos años para adaptar su legislación a la directiva, Bélgica e Irlanda tuvieron una prórroga de un año más y Grecia de dos años²⁸. En cuanto al gas natural, la directiva entró en vigor en 1998 y otorgó un período de dos años para que los Estados adaptaran su legislación. Esta directiva reguló además un calendario de apertura progresiva del mercado del gas y la introducción de la competencia²⁹.

2. *Segundo paquete de directivas sobre normas comunes para los mercados interiores de electricidad y de gas natural de 2003*

En virtud de que se detectaron importantes deficiencias en el funcionamiento tanto del mercado interior de la electricidad como del gas natural referidas a la garantía de condiciones equitativas en el ámbito de la producción/generación, el Parlamento y el Consejo aprobaron el segundo paquete de directivas para la implantación de un auténtico mercado único, que

²⁶ Ver detalles en: Decisión no 1254/96/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 1996 y Decisión N° 1047/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de mayo de 1997

²⁷ García Mezquita, Yolanda, El mercado de energía en la Unión Europea. Revista de la Facultad de Economía de la UNAM 2006, Vol. 3, Núm. 9, p. 95. Septiembre - Diciembre 2006.

²⁸ Directiva 96/92/CE, del parlamento europeo y del consejo, de 19 de Diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de La electricidad

²⁹ Directiva 98/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

asegurase condiciones más favorables para una competencia real y equitativa. El propósito era impedir que aparecieran posiciones dominantes y prácticas abusivas, garantizando de esta manera tarifas de transporte y distribución no discriminatorias mediante un acceso a la red basado en tarifas publicadas antes de su entrada en vigor, y velando por la protección de los derechos de los pequeños clientes y de los clientes vulnerables³⁰. Los principios rectores de este paquete de directivas se sintetizan así: protección de consumidores vulnerables, cohesión económica y social, normas comunes de generación, transmisión y distribución, regulación de procedimientos de licitaciones y autorizaciones y acceso a las redes, apertura total a la competencia en los mercados nacionales, consolidación del mercado interior del gas en la UE, aumento de la competitividad y mejora de la calidad del servicio, garantía a los consumidores de precios equitativos, establecimiento de normas sobre las obligaciones de servicio público, la mejora en las interconexiones y el reforzamiento de la seguridad del abastecimiento. De acuerdo con las directivas, a partir del 1 de julio de 2004, los clientes de la industria y, a partir del 1 de julio de 2007, los clientes domésticos pudieron elegir libremente a sus proveedores de gas y electricidad³¹, conforme a los Artículos 23 y 21, respectivamente.

3. *Tercer paquete de directivas sobre normas comunes para los mercados interiores de electricidad y de gas natural de 2009*

La Unión Europea determinó, a través de sus órganos especializados, que aún no se había alcanzado a plenitud el objetivo de contar con un auténtico mercado interior en el que los consumidores no sólo tengan el derecho a elegir libremente a su proveedor de gas y electricidad, sino que ese derecho pueda ejercerse en la práctica de manera fácil y efectiva. En tal virtud, la Comisión consideró forzoso adoptar un tercer paquete de directivas que aseguraran una competencia leal y el suministro de energía al precio más competitivo posible³². Este nuevo paquete de directivas para el mercado interior de la electricidad y el gas natural, que entraron en vigencia a partir de marzo de 2011, insisten en el ansiado propósito de la Unión Europea: la consecución de un mercado de la energía competitivo, seguro y sostenible desde el punto de vista medioambiental. En este orden de ideas, contemplan la posibilidad de imponer a las empresas obligaciones de servicio público en relación con la seguridad en general, incluida la seguridad del suministro, la regularidad, la calidad y el mejor precio posible, así como la protección del medio ambiente, incluida la eficiencia energética. Por otra parte, se persigue garantizar a todo usuario o cliente el derecho a elegir su proveedor y a cambiarlo fácilmente, con ayuda de su operador, en un plazo máximo de tres semanas³³.

³⁰ Ver en detalle: Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE. Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE

³¹ Art. 23 de la Directiva de 2003 sobre el gas natural y 21 de la Directiva 2003 sobre la electricidad

³² Véase en detalle sobre el tercer paquete de directivas: Perspectivas del mercado interior del gas y la electricidad en: http://europa.eu/legislation_summaries/energy/internal_energy_market/127_075_es.htm. Ver también en: Investigación sectorial en los mercados del gas y la electricidad. http://europa.eu/legislation_summaries/energy/internal_energy_market/127076_es.htm

³³ Art. 3 de las Directivas de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y de la electricidad.

VI. LA INTEGRACIÓN DE LOS MERCADOS DE LA ENERGÍA EN SURAMÉRICA. EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL

En América del Sur se observa un escenario distinto al europeo cuando se examina la integración regional en materia energética. Llama la atención el mosaico de iniciativas que desde la década de los 60 del siglo pasado se han ido fomentando, que dan un amplio espectro, casi inabarcable, de intentos por alcanzar esta integración bajo el paradigma de apalancar las economías, el desarrollo y la erradicación de la pobreza. Estos procesos se han desarrollado en diferentes escenarios políticos tanto regionales como internacionales, en regímenes militares, democráticos y bajo situaciones de alta conflictividad, lo que ha polarizado los enfoques político-económicos sobre la integración. Valorando el peso de estas variables se hace posible una mejor comprensión de las razones que han influido en el mayor o menor éxito de los proyectos de integración energética en Suramérica, sean estos bilaterales o multilaterales, como se expone a continuación. Dada su diversidad y complejidad, este estudio se centra en una aproximación cronológica de las iniciativas de mayor relieve.

VII. UNA MIRADA AL PROCESO DE INTEGRACIÓN EN SURAMÉRICA DESDE SUS INICIOS

Tanto el desarrollo exitoso de la CECA y la CEE a partir de 1951 y 1957 –que tuvo su expresión más diáfana en la recuperación económica de Europa– como los acuerdos de Bretton Woods³⁴, –que institucionalizaron el nuevo orden internacional mediante el establecimiento de organizaciones de carácter multilateral para regular la economía y el comercio internacional y el establecimiento del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)³⁵ –, influyeron como factores determinantes en la construcción de los primeros proyectos integracionistas en Latinoamérica, reivindicando el anhelado sueño del Libertador Simón Bolívar acerca de una Unión Latinoamericana³⁶. Este hecho marca una gran diferencia con Europa, que trazó una hoja de ruta para evitar una nueva guerra y asegurarse una paz duradera.

³⁴ A finales de la Segunda Guerra Mundial, en 1944 se dieron los acuerdos de Bretton Woods, que instituyeron el Fondo Monetario Internacional (FMI), encargado de promover y preservar la convertibilidad y estabilidad monetaria, y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), posteriormente denominado Banco Mundial (BM), como mecanismo de financiamiento para la rehabilitación de las economías occidentales. Véase en detalle en: Solares Gaité Alberto, Integración. Teoría y procesos, Bolivia y la integración, p. 81, 2010, La Paz Bolivia. Biblioteca virtual. <http://www.eumed.net/libros/2010e/814/index.htm>

³⁵ Al final de la década de los años cuarenta (1947) se establece el GATT, cuya cláusula de oro fue la institucionalización universal de la Cláusula de la Nación Más Favorecida (CNMF) para lograr un comercio internacional despojado de toda discriminación. Sin embargo el Acuerdo creó algunas excepciones al principio de la Cláusula, entre las que se destaca la contenida en su Artículo XXIV, referida a las zonas de libre comercio y uniones aduaneras, respecto a las cuales puede funcionar una suspensión internacionalmente aceptada de la CNMF. Este es un factor decisivo, que viabiliza la conformación y desarrollo de los primeros procesos de integración y que se mantiene, hasta hoy en día, como el marco que sustenta la viabilidad jurídica de la Integración. Véase en: 2. La Integración en las Relaciones Internacionales. Solares Gaité Alberto, Integración. Teoría y procesos, Bolivia y la integración, p. 81, 2010, La Paz Bolivia. Biblioteca virtual. <http://www.eumed.net/libros/2010e/814/index.htm>

³⁶ Grote Rainer, Los esfuerzos integradores en el contexto histórico. En: Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal, p. 3-5. Eds. Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y César Landa Arroyo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, Madrid, 2009.

En América Latina la integración surge para favorecer no sólo el desarrollo económico-social³⁷, sino también ante el apremio de insertar la región en el sistema económico internacional, que después de la pos-guerra mostraban las fuerzas dominantes de las décadas por venir: por un lado EEUU y Europa, consolidando una alianza económica, y por el otro la Unión Soviética, que se distanciaba extendiendo su influencia en el mundo y también en América Latina. En una primera fase, entre las décadas 60 y 70, la opción para el desarrollo se centró en promover un “modelo de sustitución de importaciones” o “cerrado”, que protegía a la industria nacional imponiendo aranceles altos a los productos que venían del exterior.

En este período, las empresas energéticas suramericanas cumplieron un rol relevante en el desarrollo de las redes de transmisión y transporte tanto de electricidad como de gas, como sucedió en Europa antes de iniciarse formalmente el proceso de integración energética. En este sentido surgieron en 1964 organizaciones como la Comisión de Integración Eléctrica Regional (CIER) y la Asociación de Asistencia Recíproca Petrolera Estatal Latinoamericana” (ARPEL)³⁸. La CIER emerge como una organización internacional sin fines de lucro que agrupa a empresas e instituciones del área de la energía eléctrica, cuyo objetivo principal es promover la integración del sector energético de América del Sur, América Central y El Caribe, mientras que la ARPEL procura estudiar y recomendar a sus miembros acuerdos de colaboración mutua en apoyo de los intereses comunes, con vistas a la integración económica y técnica latinoamericana³⁹.

A partir de la década de los noventa se dió paso a un modelo abierto de integración, conocido como el regionalismo abierto.⁴⁰ El comercio y el mercado adquirieron prioridad y en el campo energético se dió mayor impulso a la integración regional, la extensión del uso del gas natural y el ingreso de compañías privadas en todas las áreas del negocio energético. Este fenómeno no fue casual, sino que respondió a las nuevas condiciones establecidas por la banca multilateral que era la encargada de suministrar los fondos para los grandes macro-proyectos del sector energético, en el marco surgido a partir del consenso de Washington⁴¹.

Ya a comienzos del nuevo milenio se da un giro diferente al proceso integrador, esta vez por causa de la ola de populismo desatada por el denominado “socialismo del siglo XXI” y la

³⁷ Fischer Thomas, Las iniciativas de integración en la segunda mitad del siglo XX. En: Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal, p. 27. Eds. Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y César Landa Arroyo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, Madrid, 2009.

³⁸ La Asociación entre muchos logros, contribuyó al proceso del Acuerdo de San José, suscrito en Costa Rica en 1980 por varias naciones de la región. El hasta ese entonces inédito marco de complementación regional estableció que los dos principales productores de América Latina (México y Venezuela) garantizaban a los seis países del Istmo Centroamericano (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá) el abastecimiento de petróleo a precios preferenciales y en condiciones blandas de financiamiento. Este acuerdo fue históricamente uno de los instrumentos más importantes de integración petrolera intrarregional en América Latina. Arpel 40 años de integración y transformación, p. 26. portal.arpel.org/docs/LIBRO40/esp/arpel.pdf

³⁹ www.iadb.org/intal/intalcdi/integracion_latinoamericana/documentos/006-Notas_Comentarios_1.pdf

⁴⁰ Sangmeister Harmut, La perspectiva económica de la integración en América del Sur, en: Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal. Eds. Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y César Landa Arroyo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, Madrid, 2009.

⁴¹ Casilda Béjar Ramón, América Latina y el Consenso de Washington. Boletín Económico de Ice N° 2803 de 26 de abril al 2 de mayo de 2004, pp. 1-4.

revolución bolivariana impulsada desde Venezuela. La propuesta venezolana pretende ir cooptando y polarizando a los países más pobres y pequeños de Latinoamérica y el Caribe para afiliarlos a un nuevo proceso de integración ideológica, utilizando para ello su poder financiero derivado de sus ingentes ingresos petroleros que provienen, irónicamente, de las ventas que realiza al mercado norteamericano⁴².

VIII. INICIATIVAS BILATERALES DE INTEGRACIÓN ENERGÉTICAS

Dentro del abanico de acuerdos bilaterales, suscritos sin formar parte de un sistema de integración propiamente dicho, se ubican las hidroeléctricas Itaipú (Paraguay – Brasil)⁴³, Yacyretá⁴⁴ (Argentina –Paraguay) y Salto Grande⁴⁵ (Argentina – Uruguay). No obstante, estos acuerdos permitieron configurar el Anillo Hidroeléctrico del Cono Sur de América, cuyo antecedente se remonta a 1969 a la firma del Tratado de la Cuenca de la Plata⁴⁶. Dicho Tratado se celebró entre Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay a fin de propiciar obras para la utilización racional de los recursos naturales de la cuenca, especialmente el agua para la generación de electricidad.

En 1991 Bolivia y Brasil firman la Carta de Intenciones sobre el proceso de integración energética que sirvió de base para el desarrollo del gasoducto Bolivia – Brasil convertido en el mayor proyecto de transporte de gas construido en América Latina⁴⁷.

En 1996 se suscribe el Protocolo de Entendimiento entre Brasil y Argentina para viabilizar las transacciones de energía eléctrica y gas libremente contratadas entre empresas de los dos países, así como promover emprendimientos hidroeléctricos para atender las necesidades de ambos países⁴⁸.

En 1998 Argentina y Bolivia firman el Acuerdo de alcance parcial sobre integración energética que se refiere particularmente a la importancia de promover un proceso de integración bilateral, *agregando*, que pueda converger en un proceso de integración regional en el sector energético. El acuerdo incentiva el intercambio comercial y el transporte energético libre de restricciones que impidan la exportación e importación de hidrocarburos líquidos o

⁴² Solares Gaité Alberto, Integración. Teoría y procesos, Bolivia y la integración, p. 178, 2010, La Paz Bolivia. Biblioteca virtual. <http://www.eumed.net/libros/2010e/814/index.htm>

⁴³ El 26 de abril de 1973, Paraguay y Brasil firmaron el Tratado de Itaipú, instrumento legal para el aprovechamiento hidroeléctrico del Río Paraná por los dos países. <http://www.itaipu.gov.py>

⁴⁴ El protocolo inicial para determinar el uso de los saltos del río Paraná se firmó el 1 de febrero de 1925, en Estados Unidos. Posteriormente en de 1958 que se creó la Comisión Mixta Técnica Argentino-Paraguaya, a cargo del estudio técnico de aprovechamiento del río. La Comisión Mixta Técnica Argentino-Paraguaya, a cargo del estudio técnico de aprovechamiento del río Paraná, se creó en 1958.

⁴⁵ Muñoz Ramos Alfredo, Fundamentos para la constitución de un mercado de la electricidad. Serie Recursos Naturales e Infraestructura, p. 20. Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2004

⁴⁶ Suscrito en la I Reunión Extraordinaria de Cancilleres de los Países de la Cuenca del Plata. Brasilia, Brasil, 23 de abril de 1969.

⁴⁷ Villega Quirogas, Carlos, Exportación del gas natural al mercado brasilero, p. 44 en: Relaciones energéticas Bolivia-Brasil. Publicado por Foro Boliviano sobre Medio Ambiente. www.foboma.de.org.bo/documentos/libros/energ_bol_bras.pdf

⁴⁸ Véase, Protocolo de Entendimiento entre La Republica Federativa del Brasil y La Republica Argentina sobre Integracion en materia energetica. Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios. <http://energia3.mecon.gov.ar/contenidos/verpagina.php?idpagina=2475>

gaseosos, respetando el principio de acceso abierto a la capacidad remanente de sus respectivas instalaciones de transporte de energéticos⁴⁹.

En 2006 Bolivia y Argentina aprueban el Convenio Marco para la venta de gas natural y la realización de proyectos de integración energética⁵⁰ por un período de 20 años. El acuerdo prevé la exportación de gas desde el sudeste boliviano al noreste argentino, cuadruplicando la actual compraventa y casi igualando el volumen que Bolivia bombea a Brasil. Prevé además el compromiso de Argentina de destinar el gas boliviano a su demanda interna y en ninguna caso a la exportación. Un año y medio después del convenio, el gobierno boliviano solicitó su renegociación, en virtud de verse imposibilitado de cumplir los compromisos que había asumido para el suministro de gas a Argentina⁵¹.

Otros convenios bilaterales ha sido suscrito por países suramericanos o latinoamericanos, pero que no corresponden a esquemas tradicionales de integración, sino que tienen como norte la cooperación a través de la venta de petróleo en condiciones preferenciales. Tal es el caso del Acuerdo de San José (1980)⁵², mediante el cual Venezuela y México se comprometen a suplir en partes iguales, 80 mil barriles diarios de petróleo cada uno a los países beneficiarios y el Acuerdo de Cooperación de Caracas (2000)⁵³, con similares características. No obstante es común que se les asocie con la idea de la integración energética regional, pero como hemos dicho, a nuestro juicio sus objetivos no trascienden más allá de dar soporte a naciones que carecen de petróleo y/o productos refinados para suplir sus mercados y que estos reciben con facilidades de pago.

IX. INICIATIVAS MULTILATERALES DE INTEGRACIÓN ENERGÉTICA

1. *Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC)*

El 18 de febrero de 1960 se firmó el Tratado de Montevideo que asumía el modelo de integración europeo a través de la constitución de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), con el propósito de crear una zona de libre comercio, unión aduanera y

⁴⁹ Véase para más detalles el Acuerdo de alcance parcial sobre integración Energética firmado entre la República Argentina y la República de Bolivia, publicado por el Ministerio de Planificación Federal de Bolivia. http://energia3.mecon.gov.ar/contenidos/archivos/mercosur/informes/Tarifas/Electricidad/compromisos/acuerdo_bolivia.pdf

⁵⁰ Véase el Convenio en: Observatorio Boliviano de Industrias Extractivas. <http://plataforma energetica.org/obie/content/238>

⁵¹ Heredia García, Hilton, Gas: Bolivia y Argentina renegocian contrato. <http://www.eldeber.com.bo/2008/2008-01-29/vernotaeconomia.php?id=080128214601>

⁵² Cuotas asignadas de conformidad con el acuerdo: Barbados 1,5 MBD (sólo Venezuela); Belice 1,5 MBD (sólo México); Costa Rica 11,0 MBD Ven. y 7,0 MBD Mex.; El Salvador 1,0 MBD Ven. y 8,0 MBD Mex.; Guatemala 12,0 MBD Ven. y 9,0 MBD Mex.; Haití 6,5 MBD Ven. y 3,1 MBD Mex.; Honduras 5,0 MBD Ven. y 5,0 MBD Mex.; Jamaica 7,0 MBD Ven. y 14,0 MBD Mex.; Nicaragua 7,1 MBD Ven. y 10,0 MBD Mex.; Panamá 4,0 MBD Ven. y 3,9 MBD Mex. y República Dominicana 24,8 MBD Ven. y 18,4 MBD Mex. Véase más en: Rafael Quiroz S., Convenio Petrolero con Cuba publicado el 11.09.03 en Soberanía. http://www.soberania.org/Opinion/opinion_005.htm

⁵³ El “Acuerdo de Cooperación Energética de Caracas”, suscrito sólo por Venezuela, compromete a nuestro país a suministrar petróleo por una cantidad total de 32,0 MBD a los siguientes países con las respectivas cuotas asignadas: Barbados 1,6 MBD; Dominica 0,5 MBD; Grenada 0,5 MBD; Guyana 10,0 MBD; Haití 6,5 MBD; Honduras 5,0 MBD; Jamaica 7,4 MBD y San Vicente y las Granadinas 1,0 MBD.

mercado común⁵⁴. Este intento integracionista aprupó a 10 países de América latina: Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay, adhiriéndose posteriormente Colombia (1961), Ecuador (1961), Venezuela (1966) y Bolivia (1967). En el ámbito de la energía, la ALALC no hizo referencia alguna a la integración energética. A pesar de ello, al pretender crear un mercado común latinoamericano⁵⁵, podía interpretarse que era posible la edificación de un mercado de la energía regional⁵⁶ bajo el manto de la ALAC. Sin embargo, su fracaso sobrevino en el corto plazo. En gran medida se debió al alto desnivel en el grado de desarrollo entre los países miembros, pues se pretendió integrar mercados con economías con un grado relativo de industrialización, con otros países caracterizados por economías primarias, agrarias y mineras.

2. Comunidad Andina de Naciones (CAN)

El 26 de mayo de 1969 se suscribe el Acuerdo de Cartagena mediante el cual Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Chile crean el Pacto Andino. Venezuela ingresa el 13 de febrero de 1973⁵⁷ y Chile se retira el 30 de octubre de 1976⁵⁸. El Pacto Andino fue reemplazado por la Comunidad Andina (CAN) y en su texto vigente, dentro del capítulo relativo a la integración física, se contempla la energía como uno de los campos en los que los Países Miembros desarrollarán una acción conjunta para lograr un mejor aprovechamiento del espacio físico, con miras al avance del proceso de integración económica de la Subregión. Si bien la CAN cuenta con el más avanzado marco legal e institucional de carácter supranacional en los modelos

⁵⁴ Vega-Alvear, Integración comercial para una Comunidad Económica Sudamericana. Presidente de la Cámara Binacional de Comercio e Integración Perú-Brasil, CAPEBRAS. Palestra, portal de asuntos públicos de la PUCP, p. 1. octubre 2005. <http://palestra.pucp.edu.pe/portal/pdf/167.pdf>

⁵⁵ Brasil, Chile, Argentina y Uruguay habían sido socios comerciales y durante la segunda guerra mundial su interdependencia aumentó. Durante la década del 50 el comercio recíproco de las cuatro naciones fomentado por 16 acuerdos bilaterales representaba 90% del comercio intralatinamericano. Luego de agravarse los problemas con las balanzas de pago, la CEPAL sugirió que el medio era una zona de libre comercio que condujo a la firma del Tratado de Montevideo. Ver en detalles: Slown, Jhon W., la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio: una evaluación de sus logros y fracasos, p. 1-2. Departamento de Ciencias Políticas de la Universidad de Huston USA. www.iadb.org/intal/intalcdi/integracion_latinoamericana/documentos/042-estudios_Economicos_2.pdf

⁵⁶ Art. 54 del Tratado de Montevideo: Las Partes Contratantes empeñaran sus máximos esfuerzos en orientar sus políticas hacia la creación de condiciones favorables al establecimiento de un mercado común latinoamericano. A tal efecto, el Comité procederá a realizar estudios y a considerar proyectos y planes tendientes a la consecución de dicho objetivo, procurando coordinar sus trabajos con los que realizan otros organismos internacionales.

⁵⁷ En 1968 el General Velasco encabeza un golpe de Estado en el Perú que es rechazado por el gobierno de Venezuela, quién no acepta reconocerlo diplomáticamente ofreciendo incluso apoyo político a los opositores del régimen. Esta situación indudablemente impidió que Venezuela suscribiera el acuerdo de Cartagena manteniendo una firme y categórica posición en contra de los regímenes militares no democráticos. El advenimiento de un nuevo gobierno en Venezuela que matizó su rechazo a la dictadura peruana permitió la incorporación de este país al Pacto Andino a partir de 1973. Ver en detalles, Hugo Vallenás Málaga, Nacimiento y caída del Pacto Andino: teoría y práctica de las teorías de la CEPAL

⁵⁸ Ciertamente la política económica de Chile era completamente contraria a los principios por los que se regía el Pacto Andino, pues concedía facilidades al capital extranjero prácticamente en todas las ramas industriales sin restricciones. La posición tomada por la junta militar sobre el Decreto-ley 600 referente al tratamiento del capital foráneo violaba todas las disposiciones del Pacto Andino establecidas en la Decisión 24. Ver en detalles en: Berrios, Rubén, La experiencia del Pacto Andino en regular la inversión extranjera y los flujos de tecnología: un paso adelante, dos atrás. Estudios Latinoamericanos p. 10, 1981. www.ikl.org.pl/Estudios/EL8/EL8_5.pdf.

de integración regional en Suramérica, la inestabilidad política y económica, en particular la década perdida de los años ochenta y la crisis de la deuda, se identifican como factores que han generado un estancamiento de la integración durante un largo período⁵⁹. Sólo es a partir del nuevo siglo que este proyecto de integración desarrolla en el área energética un marco normativo propio. En este contexto, en febrero de 2002 se dicta la decisión 536 sobre “El Marco General para la interconexión subregional de sistemas eléctricos e intercambio intracomunitario de electricidad”⁶⁰, la cual ha facilitado los intercambios de energía eléctrica, sobre todo entre Colombia y Ecuador⁶¹. Como fundamento se invoca el Acuerdo de Cartagena que estipula como mecanismo para alcanzar los objetivos de la organización precisamente la integración física entre los países miembros de la Comunidad Andina. La Decisión 536 promueve un mercado que garantice una competencia leal, con precios y tarifas que reflejen costos económicos eficientes, evitando prácticas discriminatorias y abusos de posición dominante. En enero de 2004, la CAN estipuló las bases de la Alianza Energética Andina (AEA), quedando proyectada en 5 ejes temáticos: Construcción de mercados integrados de energía (electricidad y gas), a través de redes físicas y marcos regulatorios armonizados; inserción en los mercados internacionales de hidrocarburos, en un contexto estratégico de seguridad energética; promoción del desarrollo empresarial en los países andinos, en “clusters energéticos”⁶²; marco de negociación y clasificación de los servicios de energía en la OMC y otras instancias internacionales; y el desarrollo de la temática de las energías renovables y su vinculación con la temática ambiental y con el Plan Integrado de Desarrollo Social (PIDS)⁶³.

Desde 2006, con la salida de Venezuela de la CAN a raíz de las negociaciones de sus pares andinos del Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos de Norteamérica⁶⁴, el impacto de la integración andina ha mermado significativamente. Este hecho parece describir un destino lleno de inconsistencias e inestabilidades desde su fundación, que ha dañado de manera casi letal sus propósitos. Aún cuando la Comunidad Andina es una de las regiones con mayor potencial en recursos naturales, que bien podría mostrar hoy día mejores resultados en el sector energético, se nota sin embargo un escaso aprovechamiento de este potencial y una integración con niveles mínimos en relación a los esfuerzos integradores con una tradición de más de cuarenta años.

⁵⁹ Reseña histórica de la Comunidad Andina en: www.comunidadandina.org/quienes/resena.htm

⁶⁰ La Decisión 536 si bien no es aplicable a Bolivia que no firmó el acuerdo, sin embargo, para la incorporación de Bolivia no se requerirá modificar la Decisión, sino bastará con que ese país notifique formalmente su intención a la Comisión de la Comunidad Andina. (artículo 24 de la Decisión 536)

⁶¹ <http://www.comunidadandina.org/quienes/resena.htm>

⁶² Los Clusters Energéticos son conjuntos de empresas productivas y de entidades relacionadas que conectan a actividades de las “cadenas centrales de procesamiento de energía” con muchas otras actividades, multiplicando así los efectos que puede generar el comercio de energéticos en términos de empleos y de demandas inducidas para otras empresas del resto de la economía. Estos clúster crean economías de escala y externalidades positivas que otros sectores pueden disfrutar, las cuales habrían sido originalmente generadas en el sector energéticos habrían sido originalmente generadas en el sector energético. Véase en: Los clusters energéticos, los servicios de energía y las negociaciones comerciales internacionales en una estrategia boliviana de desarrollo económico apoyada en El Gas Natural. Corrales Leal, Werner. Junio de 2004. [www.globalprogramme.com/_energy/Bolivia ClustersEnergeticos.pdf](http://www.globalprogramme.com/_energy/Bolivia%20ClustersEnergeticos.pdf)

⁶³ <http://www.comunidadandina.org/energia/alianza.htm>

⁶⁴ Véase Texto de la carta donde Venezuela denuncia acuerdo de Cartagena y se retira de la CAN. 22 de abril de 2006. <http://colombia.indymedia.org/news/2006/04/41038.php>

3. *Organización Latinoamericana de Energía (OLADE)*

En el año 1973, en medio de la crisis petrolera, se crea la “Organización Latinoamericana de Energía” (OLADE)⁶⁵, como una entidad interministerial dedicada a promover la integración, desarrollo, conservación, uso racional y comercialización de los recursos energéticos de la región⁶⁶. OLADE tiene su origen en el reconocimiento del vacío existente en cuanto a políticas energéticas para enfrentar adecuadamente los efectos de dicha crisis. El Convenio de Lima, instrumento constitutivo de la Organización, ha sido ratificado por 27 países de América Latina y el Caribe⁶⁷. A modo evaluativo puede sostenerse que, desde su fundación y a lo largo de más de tres décadas, es una de las organizaciones que se han mantenido más activas en el plano de la investigación, asesoría y soporte a los Estados en materia de energía.

4. *Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)*

En 1980, la fracasada ALALC se transforma en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), integrada por los mismos países miembros que su antecesora. Aunque el Tratado constitutivo de ALADI tampoco dispone una mención concreta sobre la energía, sí contempla en el Artículo 50 la referencia a las medidas destinadas al desarrollo y aprovechamiento de la energía nuclear⁶⁸. El artículo 1, que regula de manera general los cimientos para una integración y conformación a largo plazo en forma gradual y progresiva de un mercado común latinoamericano, sirve de marco para incluir la integración en el área de energía.

En efecto, una importante acción en esa dirección se materializó en la resolución 59 (XIII)⁶⁹ aprobada por el Consejo de Ministros, que asigna al organismo las tareas de potenciar acciones comunes en materia de integración física energética. ALADI ha promovido el Acuerdo Marco sobre Complementación Energética Regional entre los Estados partes del Mercosur y Estados asociados, con el objeto de contribuir a avanzar en la integración energética regional en materia de los sistemas de producción, transporte, distribución y comercialización de energéticos, en procura de asegurar los suministros energéticos y establecer las condiciones para minimizar los costos de las transacciones de intercambio energético entre dichos Estados⁷⁰.

Como se trata de un acuerdo marco⁷¹, el instrumento adolece de las pertinentes precisiones respecto a los propios objetivos de la integración, la manera de alcanzarla, los pasos que deben darse, las metas que han de superarse, la fijación de plazos, métodos y otras orienta-

⁶⁵ Véase, Nohlen, Dieter, OLADE, en: Nohlen, Dieter (ed.), *Lexikon Dritte Welt*, (2002), p. 634.

⁶⁶ Cefri, Integración Regional. www.cefir.org.uy

⁶⁷ www.olade.org.ec

⁶⁸ Art. 50. Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la: Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear. Tratado de Montevideo de 1960

⁶⁹ ALADI/CM/Resolución 59 (XIII) de 18 de octubre de 2004, Bases de un programa para la conformación progresiva de un espacio de libre comercio en la aladi en la perspectiva de alcanzar el objetivo previsto en el tratado de Montevideo 1980. www.aladi.org.

⁷⁰ Véase el Acuerdo Marco sobre Complementación Energética Regional entre el Mercosur y los Estados Asociados: www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/acuerdos/acue18012.htm

⁷¹ Beltrán Susana y Zapter Esther, Energía y desarrollo en Suramérica: Opciones para Bolivia y Venezuela. Universidad Autónoma de Barcelona. <http://www.pensamientoiberoamericano.org/articulos/0/30/0/energia-y-desarrollo-en-sudamerica-opciones-para-bolivia-y-venezuela.html>

ciones incluso de tipo organizacional e institucional. Su aporte a la integración suramericana energética se limita a ofrecer unos parámetros para que las partes profundicen mediante la celebración entre ellos de acuerdos regionales, subregionales o bilaterales sobre intercambios comerciales de hidrocarburos, interconexión de redes de transmisión eléctrica, interconexión de redes de gasoducto y otros ductos hidrocarburíferos, cooperación en la prospección, explotación, explotación e industrialización de los hidrocarburos y fuentes de energía renovables y energías alternativas. Con esta estrategia se tiende más bien a favorecer la integración bilateral, mostrando el debilitamiento en torno a lineamientos comunes. Esta vía sugiere una deconstrucción y no una construcción de una integración energética en Suramérica de gran alcance, en gran parte debido a la carencia de una voluntad política para lograr tal fin.

5. *Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA)*

En 1990, el Presidente de los Estados Unidos de América George Bush presentó su iniciativa para las Américas, que consistió en una propuesta de integración económica y comercial interhemisférica, orientada hacia tres objetivos básicos: creación de un Área de Libre Comercio hemisférica ALCA; desregulación acompañada de garantías para atraer la inversión extranjera y reducción del endeudamiento externo⁷². En el marco de un capítulo del ALCA referido a la Integración Energética Hemisférica (IEH) en diciembre de 1994, 34 Jefes de Estado de las Américas impulsaron en Miami un plan de acción para que los Ministros de Energía de los países reunidos promovieran la cooperación energética regional y el desarrollo de políticas y marcos regulatorios que facilitaran la inversión privada en el sector energético. En el mismo orden de ideas, se resaltó la necesidad de la cooperación para promover inversiones y el fomento del uso de mecanismos financieros para incrementar las inversiones en el sector energético⁷³. Dicho plan adoptó como temas la “Cooperación Energética” y la “Asociación para el Uso Sustentable de la Energía”, que fueron reafirmados en la Segunda Cumbre de las Américas realizada en Santiago de Chile en abril de 1998.

Las divergencias con este proyecto de integración no se hicieron esperar. Entre muchas críticas se dijo que el ALCA podría entorpecer los esfuerzos para ampliar los mercados internos y el desarrollo científico y tecnológico de la región, así como el acceso a los mercados internacionales. Además, se cuestionó que los esfuerzos de integración regional y subregional podrían verse neutralizados, propendiendo a una subordinación estructural de la región a la monoexportación de productos y bienes sin mayor valor agregado con el consecuente debilitamiento de los vínculos creados con otras regiones del mundo. La propuesta ALCA no mostró que traería para América latina y el Caribe una política de mayor compromiso por parte de EE.UU. a favor del desarrollo social y el combate contra la pobreza⁷⁴. Pero la crisis del ALCA tuvo un momento de inflexión en lo político a partir de la radicalización del conflicto político en Venezuela entre 2002 y 2004, y las denuncias de apoyo de Estados Unidos a

⁷² La “Iniciativa para las Américas”, constituye el llamado del entonces presidente norteamericano George Bush encaminado, según expresa el comunicado, a reforzar el crecimiento y la estabilidad política de América Latina. Véase, Llairó, María de Monserrat y Siepe, Raimundo. “Globalización e integración en América Latina- La Iniciativa de las Américas a principios de los noventa”. En: Observatorio de la Economía Latinoamericana, número 58. Texto completo en www.eumed.net/cur/secon/ecolat/la/

⁷³ Plan de Acción suscrito por los Jefes de Estado y de Gobierno asistentes a la Primera Cumbre de las Américas. Miami, Florida, 9 al 11 de diciembre de 1994. Sistema de Información de la Cumbre de las Américas. <http://summit-americas.org>

⁷⁴ Moreno, Carlos, Integración Latinoamericana: ALCA vs. ALBA. Presente y Pasado. Revista de Historia. ISSN: 1316-1369. Año 12. N° 23. pp. 155-178

la oposición venezolana⁷⁵. Esta situación facilitó el avance de otro proyecto de integración y que se decretara sino la muerte del ALCA, sí al menos su enfriamiento indefinido. En noviembre de 2005, durante la celebración de la Cumbre de las Américas de Mar del Plata, se evidenció que el ALCA había fracasado y por lo tanto todas sus propuestas⁷⁶, incluido el relieve concedido a los proyectos energéticos.

6. *Mercado Común del Sur (Mercosur)*

En la fase inicial del Mercosur a comienzos de los noventa, el tema de la integración a través de la infraestructura física no fue incorporado en la agenda del bloque. Ni el Tratado de Asunción ni el Protocolo de Ouro Preto contemplaron disposiciones que hicieran alusión a la energía, a pesar de ser uno de los asuntos de mayor importancia en la dinámica comercial de la región. Ha sido por la vía de las Cumbres de Presidentes que se ha venido proponiendo como eje estratégico para la profundización de la integración la urgencia de desarrollar proyectos de integración física como medio para consolidar la integración regional. En un primer término abarcando sólo a los miembros del Mercosur y sus Asociados, y en un segundo término dentro de un proyecto más amplio en el ámbito completo de la región suramericana. Concretamente, esta integración comprende la promoción del intercambio comercial, el transporte, las comunicaciones y la energía, tendiente a lograr una mayor cohesión e inclusión social, atendiendo a las asimetrías que se presentan en la región⁷⁷.

Entre los instrumentos jurídicos que el Mercosur ha desarrollado para promover la integración energética se cuentan los siguientes: Directrices Políticas Energéticas en el Mercosur 57/93; Decisión 10/98/Memorandum de Entendimiento relativo a los intercambios eléctricos e integración eléctrica en el Mercosur; Decisión CMC N° 49/07 denominada Plan de Acción del Mercosur para la Cooperación en Materia de Biocombustibles, Carta de intención de integración energética entre Bolivia- Brasil, que dio impulso a la construcción del gasoducto Bolivia-Brasil⁷⁸ y el Acuerdo Marco de Complementación Energética (2005), cuyo objetivo es profundizar la integración entre los países miembros del Mercosur y los Estados asociados, promovido por ALADI⁷⁹.

⁷⁵ Briceño Ruiz, José, El ALBA como propuesta de integración regional. En: Josette Altm, Ann Borbón (editora), América Latina y el Caribe: ALBA. p. 25. 1ª ed. – Buenos Aires, Fundación Carolina, OIRLA, 2011.

⁷⁶ Muchos países pensaban que el libre comercio con Estados Unidos podía ser para sus economías más dañino que beneficioso. Además, daba la coincidencia de que en Argentina, Brasil, Uruguay y Venezuela gobernaban políticos de centroizquierda o de izquierda, quienes tenían serias dudas respecto a los beneficios del ALCA. Es así como en esa reunión un grupo de países –entre los que se encontraban Brasil, Argentina, Uruguay, Paraguay (el MERCOSUR completo) más Venezuela– señaló que “no están dadas las condiciones necesarias para lograr un acuerdo de libre comercio equilibrado y equitativo”, ver más detalles en: Obando Enrique, El factor energético y las perspectivas de integración en América del Sur. Instituto Latinoamericano de Estudios Sociales ILDI, p. 120. Caracas Venezuela 2008.

⁷⁷ Maira Bono, Laura & Bogado Bordazar Laura Lucia, Los nuevos proyectos de infraestructura física en el ámbito sudamericano. Rio de Janeiro: Revista Electrónica Boletín do TEMPO, Ano 3, N°33, Rio, 2008

⁷⁸ El gasoducto Bolivia – Brasil hoy en operación tuvo su punto de partida en la carta de Intenciones sobre el Protocolo de integración Energética entre Bolivia y Brasil de noviembre de 1991, firmada entre Petrobras y yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB). Cisneros Gárate, Pablo, LA Integración Energética de Latinoamérica. www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/10087.IntegracionEnergetica.pdf

⁷⁹ Véase en este mismo estudio en el punto D. ALADI.

Estos instrumentos que procuran la integración energética constituyen en la mayor parte de los casos lineamientos generales y no obedecen a un plan que deba cumplirse en un tiempo determinado, ni están regidos por una hoja de ruta ni cronograma de implementación. Bajo el esquema mercosureño de integración energética regional, no se observa una planificación de mediano y largo plazo que facilite el desarrollo de los marcos regulatorios tanto para la construcción de las infraestructuras físicas como para la regulación de los mercados. La consecuencia inevitable es una lenta evolución, apalancando más bien los intercambios bilaterales (incluso alguno preexistentes al nacimiento del bloque), y no la política energética integradora.

7. *Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA)*

En el año 2000 se pone en marcha la iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA), con el objeto de promover el desarrollo de la infraestructura de transporte, energía y comunicaciones a través de la integración física de los doce países suramericanos, que por su geografía y extensión, representa una barrera a superar para el acercamiento de los mercados y el logro de un patrón de desarrollo territorial equitativo y sustentable⁸⁰. En el marco de IIRSA, se han conformado una cartera consensuada de 524 proyectos de infraestructura de transporte, energía y comunicaciones, representando una inversión estimada de US\$ 96.119,2 millones a junio de 2010. De la Agenda de Implementación Consensuada 2005 -2010 constituida por 31 proyectos, según las estadísticas del propio ente, sólo el 10,1% de los proyectos han sido concluidos, el 33,4% se encuentran en fase de ejecución y el 30,2% permanecen en fase de pre-ejecución⁸¹.

Al analizar estas cifras se infieren dos críticas principales: las implicaciones medioambientales y la falta de cumplimiento de las metas fijadas. Por una parte es de destacar que estos grandes emprendimientos de infraestructura han motivado la preocupación creciente de organizaciones sociales de la región, y un monitoreo al proceso IIRSA, tendientes a introducir en el debate los potenciales impactos ambientales y sociales que tienen o podrían tener los proyectos de desarrollo de infraestructura, tema esencial dentro de la integración energética pues uno de los “actores” principales a tener en consideración es el medio ambiente, que en definitiva es quien representa el recurso que debe cuidarse en su ecosistema, para asegurar su disfrute a las generaciones presentes y futuras. Por otra parte, es notorio que no se está cumpliendo con los calendarios preestablecidos y en consecuencia atrasando el proceso de integración física de la región previsto. Así, es posible afirmar que a pesar de las luces que arroja esta iniciativa, también existen sombras y penumbras.

X. NUEVOS PROYECTOS DE INTEGRACIÓN ENERGÉTICA

1. *Alianza Bolivariana para los Pueblos de América (ALBA)*

La propuesta de la Alianza Bolivariana para la América (ALBA) fue formulada por primera vez por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela Hugo Chávez Frías, en el marco de la III Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Asociación de Estados

⁸⁰ La Iniciativa surgió de la Reunión de Presidentes de América del Sur realizada en Agosto del año 2000 en la ciudad de Brasilia, en la que los mandatarios de la región acordaron realizar acciones conjuntas para impulsar el proceso de integración política, social y económica suramericana, incluyendo la modernización de la infraestructura regional y acciones específicas para estimular la integración y desarrollo de subregiones aisladas. IIRSA: <http://www.iirsa.org/Institucional.asp?CodIdioma=ESP>

⁸¹ Ver en detalles en: IIRSA, <http://www.iirsa.org/Cartera.asp?CodIdioma=ESP>

del Caribe, celebrada en la isla de Margarita en diciembre de 2001, como una reacción a los esfuerzos de los Estados Unidos por establecer el ALCA⁸². No obstante, el germen de ALBA se encuentra en la alianza estratégica Cuba-Venezuela que se remonta al año 2000 en el denominado del Acuerdo Energético de Caracas⁸³. Este Acuerdo junto a la idea lanzada en la Cumbre de Margarita sirvieron de plataforma para formalizar la fundación del ALBA en el año 2004⁸⁴.

En primera línea la cooperación entre Venezuela y Cuba, así como el resto de cooperaciones entre los Estados miembros, se basa en un intercambio de bienes: petróleo venezolano y transferencia de servicios, (especialmente de Cuba) en materia de educación y salud. El petróleo venezolano es el instrumento clave en la política de integración que promueve el ALBA, precisamente apoyado en las inmensas reservas probadas de petróleo que han convertido a Venezuela en el país con las mayores concentraciones de hidrocarburos del planeta⁸⁵. La mayor parte del proceso de integración tiene lugar en el campo energético como eje central para todos los Estados miembros. PetroAmérica se perfila como de los soportes de esta integración propuesta desde ALBA. Se sustenta en principios de complementariedad y el uso solidario de los recursos naturales para obtener finalmente la soberanía y la seguridad energética y el desarrollo social y económico en América Latina (PDVSA 2011)⁸⁶. PetroAmérica abarca también los países que no son precisamente parte de ALBA, pero que pueden beneficiarse de la infraestructura energética, consistente en una venta preferencial y a bajo costo de petróleo venezolano.

Igualmente y conforme a la declaración conjunta suscrita en el encuentro Ministros de energía de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, a través de “PetroAmérica” se coordinarían los tres proyectos subregionales “PetroSur” (Argentina, Brasil, Uruguay y Venezuela), “PetroCaribe”⁸⁷ (14 estados caribeños) y “PetroAndina”⁸⁸ (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela), con el fin de facilitar una coordinación política y reducir las asimetrías existentes entre los países⁸⁹. Otro

⁸² Briceño Ruiz, José, El ALBA como propuesta de integración regional. En: Josette Altm, Ann Borbón (editora), América Latina y el Caribe: ALBA. 1ª ed.–Buenos Aires, Fundación Carolina, OIRLA, 2011, p. 2.

⁸³ Este acuerdo establece que Venezuela suministra crudo y productos refinados a las naciones firmantes con un financiamiento de 25% de la factura petrolera, con plazo de hasta 15 años para amortización de capital, un período de gracia de hasta un año y una tasa de interés anual de 2%. El convenio tiene establecida una duración de un año automáticamente renovable por períodos iguales y sucesivos. Las condiciones fueron las mismas para todos los firmantes.

⁸⁴ El 14 de diciembre de 2004 se realiza en La Habana la Primera Cumbre del ALBA. El Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez, y el Presidente del Consejo de Estado de Cuba, Fidel Castro, firman la Declaración Conjunta para la creación del ALBA y el Acuerdo de aplicación del ALBA. <http://www.alianzabolivariana.org>

⁸⁵ Véase, Statistical Bolletin 2010-2011, World proven crude oil reserves by country (m b), p. 24. Opec. www.opec.org

⁸⁶ Sitio www.pdvsa.com/index.php?tpl=interface.sp/design/readmenuprinc.tpl.html&newsid_te_mas=46

⁸⁷ Ver en detalles, Acuerdo de cooperación energética Petrocaribe en: Sitio web: pdvsa.com

⁸⁸ La iniciativa de integración energética PetroAndina fue pactada por el XVI Consejo Presidencial Andino realizado el 18 de julio de 2005 en Lima, como plataforma común o “alianza estratégica” de entes estatales petroleros y energéticos de los 5 países de la CAN (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) “para impulsar la interconexión eléctrica y gasífera, la provisión mutua de recursos energéticos y la inversión conjunta en proyectos”. Sitio web: www.pdvsa.com

⁸⁹ Fuente: Sitio web: www.pdvsa.com

instrumento que utiliza el ALBA para promover la integración lo constituyen los TPC o Tratados de Comercio de los Pueblos (TCP) que surgieron para enfrentar a los TLC, Tratados de Libre Comercio de los Estados Unidos⁹⁰. ALBA como proceso de integración carece a nuestro juicio de legitimidad y sustentabilidad, que más pronto que tarde formará parte de un nuevo intento de integración fracasado. Desde su nacimiento, agrupa a países con gobiernos afines en lo ideológico y político con una duración determinada, de modo que al producirse un cambio de gobierno en alguno de sus Estados miembros, lo que ocurre con certeza en regímenes democráticos, es muy probable que esto conlleve al retiro de ese país de la organización generando seguramente una crisis. Esta situación se ha constatado con el retiro de Chile de la CAN en 1976 y de Venezuela de la CAN en 2008, así como la condición de “limbo jurídico” en la que se encuentra Venezuela respecto a su ingreso al Mercosur.

En cuanto al nivel de institucionalización, ALBA representa un proyecto centralista que cuenta con pocos canales de participación y toma de decisiones, sin un instrumento constitutivo con reglas claras que favorezcan una efectiva integración. Países como Argentina, Brasil, Perú, Chile, Colombia, sólo por mencionar algunos, no comparten la ideología revolucionaria del ALBA, lo que tiene severas implicaciones al momento de convertirse en Estados miembros de ese modelo. Del mismo modo parece negativo que este elemento ideológico se presente como motor de una integración en el ámbito energético, por cuanto deja de lado esas naciones de Suramérica, que representan mercados fundamentales por sus dimensiones e influencias a nivel global. En los tiempos actuales, una iniciativa centralista y de corte ideológico está, sin duda, destinada al fracaso.

2. Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN)

El 8 de diciembre de 2004, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela crean la Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN) a través de la Declaración del Cusco, que comprende tres ámbitos: la conformación de la CSN, el desarrollo del espacio sudamericano integrado y la Acción de la CSN. Un aspecto fundamental que se expone en la declaración es la profundización de la convergencia entre Mercosur, la Comunidad Andina y Chile a través del perfeccionamiento de la zona de libre comercio y la integración física-energética pero además, la interacción entre empresas y sociedad civil, teniendo en consideración la responsabilidad social empresarial. En la declaración de la I reunión de la CSN se ratifica que la integración energética representa una de las áreas prioritarias de la Comunidad⁹¹. En la II reunión de la CSN, en su declaración de Cochabamba se afirma expresamente entre los objetivos principales de la organización la integración energética para el bienestar de todos y la articulación de las estrategias y políticas nacionales a fin del máximo aprovechamiento de los recursos energéticos de la región. Así mismo se contempla una convocatoria para la I Cumbre de Presidentes sobre Integración Energética que tendría lugar en Venezuela en 2007⁹². Precisamente en esta Cumbre deja de existir la CSN para convertirse en Unión Suramericana de Naciones que tendrá su propio acuerdo fundacional.

⁹⁰ Véase en detalles en sitio web del ALBA. www.alternativabolivariana.org

⁹¹ Declaración de Brasilia de la Comunidad Sudamericana 30 de septiembre de 2005. http://www.comunidadandina.org/documentos/decint/casa_2005_4.htm

⁹² Declaración de Cochabamba Colocando la Piedra Fundamental para una Unión Sudamericana. http://www.comunidadandina.org/documentos/dec_int/declaracion_cochabamba.htm

3. *Unión Suramericana de Naciones (UNASUR) y la I Cumbre Energética Suramericana*

El 16 de abril del 2007 tienen lugar en Venezuela tanto el Diálogo Político de los Jefes de Estado y de Gobierno de la CSN como la I Cumbre Energética de los países de América del Sur. En este encuentro, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela deciden adoptar el nombre de Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) para el proceso sudamericano de integración.

Los países firmantes de la declaración final, tal como ocurrió con su antecesora la CSN, ratifican entre sus objetivos esenciales la integración energética para el aprovechamiento integral, sostenible y solidario de los recursos de la región y el desarrollo de una infraestructura para la interconexión de la región. Subrayando la relevancia del impulso a la infraestructura energética de los países como elemento de apoyo a la sustentabilidad de la integración suramericana, en la referida Cumbre Energética de Margarita se creó el Consejo Energético Suramericano formando parte de UNASUR⁹³. Dicho Consejo hasta la fecha ha aprobado los Lineamientos de la Estrategia Energética Suramericana y los Lineamientos del Plan de Acción para la Integración Energética Regional y la Estructura del Tratado Energético Suramericano, basado en cuatro líneas estratégicas: petróleo, gas natural, energías alternativas y ahorro energético⁹⁴.

Si bien UNASUR en su documento constitutivo hace mención a la inclusión de todos los logros y progresos de los procesos de Mercosur y la CAN, así como pretende incorporar la experiencia de Chile, Guyana y Suriname, no hace referencia, sin embargo, a otras organizaciones regionales que han intentado promover la integración energética y que se han esbozado en las líneas precedentes. Esta cierta institucionalidad y configuración normativa alcanzada hasta el presente debe tenerse en consideración, ya que se dispone no sólo de información clasificada sobre el tema, sino también de un personal adiestrado en las labores de investigación, todo lo cual contribuiría a evitar un nuevo fracaso. Resulta de gran utilidad aprender de los aciertos y los errores por ejemplo de la iniciativa de Integración de la Infraestructura Regional Suramericana IIRSA, la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), la Asociación Regional de Empresas de Petróleo y Gas Natural en Latinoamérica y el Caribe (ARPEL)⁹⁵, la Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL)⁹⁶, la Comisión de Integración Energética Regional (CIER)⁹⁷ y la Organización Latinoamericana de

⁹³ Véase: Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, artículo 5 Desarrollo de la Institucionalidad. www.comunidadandina.org/unasur/tratado_constitutivo.htm

⁹⁴ Avilés Martín, Pablo. Reunión Preparatoria a la IX Asamblea Ordinaria del Consejo Sudamericano del Deporte (CONSUDE), Quito, 23 de febrero de 2011.

⁹⁵ El 02 de octubre de 1965 se aprueban los estatutos de la "Asociación de Asistencia Recíproca Petrolera Estatal Latinoamericana" (ARPEL), con la finalidad de estudiar y recomendar a sus miembros acuerdos de colaboración mutua en apoyo de sus intereses comunes, con vistas a la integración económica y técnica latinoamericana. www.iadb.org/intal/intalcdi/integracion_latinoamericana/documentos/006-Notas_Comentarios_1.pdf

⁹⁶ Comisión Económica para América Latina (CEPAL) fue establecida por la resolución 106 (VI) del Consejo Económico y Social, del 25 de febrero de 1948, y comenzó a funcionar ese mismo año. En su resolución 1984/67, del 27 de julio de 1984, el Consejo decidió que la Comisión pasara a llamarse Comisión Económica para América Latina y el Caribe. <http://www.eclac.org/>

⁹⁷ El 10 de julio de 1964 se crea la Comisión de Integración Eléctrica Regional (CIER) como una organización internacional sin fines de lucro que agrupa a empresas e instituciones del área de la energía eléctrica, cuyo objetivo principal es promover la integración del sector energético de Amé-

Energía (OLADE). Incluso, ya han surgido mecanismos de cooperación horizontal entre estas organizaciones, como es el caso la creación en 2005 de la Coordinación de Organismos Regionales de Integración Energética⁹⁸, que tienden a la confluencia de objetivos y metas.

De ninguna manera sería suficiente aprovechar el camino andado por Mercosur y CAN. En nuestra opinión debería producirse una fusión completa entre los dos bloques regionales y la naciente UNASUR,⁹⁹ siendo ésta última la encargada de asumir los aspectos claves como la institucionalización, la supranacionalidad y los marcos normativos desarrollados para avanzar con mayor rapidez y firmeza, sirviéndose de la infraestructura de ambas instituciones, de sus recursos humanos¹⁰⁰ y en general, de una larga experiencia para no perecer en el intento. En efecto, lo ocurrido con la CSN debe servir de experiencia, ya que la sustitución de la CSN por UNASUR constituye la tercera refundación del mismo propósito en siete años: la coordinación sudamericana se lanzó en Brasilia en 2000 como un área continental de libre comercio, luego en 2004 en Cusco se la renombró como Comunidad Sudamericana de Naciones y en 2007 se le bautiza en Margarita como Unión Suramericana de Naciones¹⁰¹. Las sucesivas “refundaciones” no son una señal de evolución, sino de regresión, como enseña el sucinto enfoque retrospectivo presentado. En la mayoría de las iniciativas analizadas, el período que transcurre entre el discurso político de lanzamiento del proyecto y su efectiva implementación sobrepasa los tiempos mínimos exigidos para que en la *praxis* beneficien a los pueblos suramericanos. Ante las crisis y los pocos logros, surge una nueva propuesta y así van pasando los años sin hacer realidad la ansiada integración energética, vital para el desarrollo de la región.

XI. CONCLUSIONES

Hace más de cincuenta años que Suramérica comenzó a transitar el camino hacia la integración de los mercados energéticos, creando diversas organizaciones, instituciones, asociaciones e instrumentos de variada índole; unas de corte bilateral y otras de corte multilateral. Sin embargo, el resultado de todo ese esfuerzo arroja dudas sobre la eficacia de los procedimientos y métodos, de la consistencia de las propuestas, de la fuerza de sus objetivos y, en definitiva, de la capacidad y voluntad política de asignarle sostenibilidad a los proyectos

rica del Sur, América Central y El Caribe mediante la promoción y realización de estudios que identifican el gran potencial de optimización de los recursos que se producirían gracias a la interconexión de los sistemas eléctricos de los países andinos y a la integración de sus mercados de energía. Los países que componen la CIER son Chile, Argentina, Colombia, Brasil, Uruguay, Paraguay, Perú, Ecuador, Bolivia y Venezuela. www.cier.org.uy/index.htm

⁹⁸ OLADE firma acuerdo de cooperación conjunta con ALADI, ARPEL, CEPAL Y CIER. La suscripción del acuerdo para la ejecución del proyecto mencionado se realizó el 10 de septiembre en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay y tiene como objetivo principal obtener una visión del estado actual y futuro del sector energético en la región de América Latina y el Caribe. <http://temp2.olade.org/noticia69.html>

⁹⁹ Algunos autores son de la opinión contraria y sostiene la tesis de la convergencia. Véase Félix Pena, ¿En qué se diferenciaría unasur de un mercosur ampliado? Un debate que se torna cada vez más conveniente, 2008 en su sitio web <http://www.felixpena.com.ar/index.php?contenido=negociaciones&neagno=informes/2008-06-unasur-mercosur-ampliado>

¹⁰⁰ Nogueira, Uziel, Unión Sudamericana de Naciones: Desafíos y oportunidades. Publicado en: Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe. 12 de junio de 2008. www.iadb.org/intal/articulo_carta.asp?tid=5&idioma=esp&aid=521&cid=23

¹⁰¹ Gudyna, Eduardo, Pequeños avances en la Integración Energética, Dudas sobre la Integración Suramericana. Artículo publicado en el semanario Peripecias N° 44 el 18 de abril de 2007

integracionistas. Celebrando el bicentenario de las independencias, animados por la idea de una América unida, y transcurridas décadas de empeño en el pretendido objetivo de integración energética, todavía no terminan de cosecharse los frutos esperados. En Europa, el proceso de integración ha transitado también por etapas difíciles. No obstante los resultados son diametralmente opuestos. Suramérica ha mirado a Europa intentado asimilar sus progresos hacia la integración descuidando sus propias realidades, mientras que Europa se ha mirado así misma en sus afinidades y diferencias, en su realidad histórica, superando muchas diferencias que la han llevado de 6 países fundadores a los 27 que conforman la actual Unión Europea.

El modelo de integración económica y, en particular, la integración y construcción de un mercado único de la energía en Europa, constituye un paradigma para las iniciativas de integración regional en otros Continentes. Su trascendencia, sin precedentes, se debe en gran medida a la convicción por parte de los Estados miembros respecto a los beneficios de la integración y a la clara persecución de los objetivos propuestos. Para Europa, evitar un nuevo conflicto bélico regional o mundial significó prácticamente salvar la civilización europea. Sin embargo, otros factores esenciales para salvaguardar la creación de un mercado común fueron; la creación de instituciones supranacionales, el método paso a paso y el constante estudio, investigación y amplio debate multidisciplinarios (economía, política, tecnología) para comprender regional y globalmente las debilidades y fortalezas de la comunidad para enfrentar la volatilidad del mercado energético.

En el ámbito de la energía, Europa asignó prioridad a la constitución del mercado único debido a su altísima dependencia de fuentes primarias de energía de países que no forman parte de la Unión. En consecuencia, promovió la eficiencia energética, el ahorro de energía y el desarrollo de energías alternativas para asegurar el abastecimiento. Sobre esta base, se fueron estableciendo los nuevos objetivos y desafíos, que al día de hoy muestran como logro, un mercado abierto y competitivo que garantiza el suministro de energía a todos los Estados Miembros de la Unión.

América Latina, especialmente América del Sur, inspirada en el éxito de la integración europea, ha intentado desde mediados de la década de los 60 del siglo pasado construir un mercado común. No obstante, la proliferación y fragmentación de las iniciativas integracionistas, entre ellas ALALC, ALADI, CAN, OLADE, IIRSA, MERCOSUR, CSN y UNASUR, cada una con objetivos propios, no han permitido el alcance de los mismos, a pesar del enorme esfuerzo tanto de recursos humanos como materiales invertidos. Después de 50 años no existe aún un mercado de la energía integrado y menos aún, un mercado único. Entre los factores que han conspirado contra la concretización del proceso de integración regional pueden mencionarse; las diferencias en los niveles de desarrollo económico y las recurrentes crisis, endeudamiento, conflictos políticos-ideológicos derivados de la propia guerra fría no superados del todo en la región, sistemas de gobiernos militares y democracias poco consolidadas, dispersión en los objetivos y la falta de un plan de acción concreto sobre el cual avanzar guiado por instituciones soberanas, depositarias de los grandes intereses de los pueblos suramericanos.

Tal como fue y sigue siendo en la Unión Europea, la voluntad y el compromiso político constituye uno de los aspectos más importantes para animar y hacer avanzar el proceso de integración, que en Europa han quedado plasmados en el alto grado de institucionalidad supranacional que muestra la Unión. Si bien en América del Sur desde la génesis hasta los últimos años se constatan manifestaciones de voluntad política, ésta permanece a nivel de discursos y firma de acuerdos. A la luz de la experiencia europea parece que es *condicio sine qua non* de una integración efectiva la conformación de instituciones supranacionales, el

respeto de las reglas impuestas por dichas instituciones, contar con árbitros imparciales que guíen el proceso. Sin embargo, la realidad suramericana no cumple con este requerimiento. Basta citar como ejemplo que la recién creada UNASUR, que nace con casi 50 años de experiencia acumulada, mantiene una organización intergubernamental y la toma de decisiones recae sobre un Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno. De este modo, los factores políticos continúan marcando la agenda de la integración. Resulta aconsejable insistir en la conveniencia de contar con un sistema jurídico e institucional fuerte como factor clave para la integración. En el ámbito energético la cesión de soberanía y el fortalecimiento institucional adquiere una mayor dimensión por cuanto no sólo es indispensable superar las asimetrías y armonizar los marcos legales que eliminen las barreras existentes, sino especialmente en función de concebir los recursos desde la perspectiva regional y no como instrumentos de poder. Bajo esta visión y guiados por órganos soberanos dotados de legitimidad, confianza y poder de decisión, América del Sur tendría suficientes fuentes energéticas para construir un mercado de la energía integrado capaz de abastecer a todos los países miembros.

XII. BIBLIOGRAFÍA

Beltrán Susana y Zapter Esther, *Energía y desarrollo en Suramérica: Opciones para Bolivia y Venezuela*. Universidad Autónoma de Barcelona. www.pensamientoiberoamericano.org/articulos/0/30/0/energia-y-desarrollo-en-sudamerica-opciones-para-bolivia-y-venezuela.html

Briceño Ruiz, José, *El ALBA como propuesta de integración regional*. En: Josette Altm, Ann Borbón (editora), *América Latina y el Caribe: ALBA*. ed. – Buenos Aires, Fundación Carolina, OIRLA, 2011.

Buitrago Moraleda, Antonio, *La Política Energética de La Comunidad Económica Europea*. http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/5/RIE_012_001_083.pdf

Casilda Béjar Ramón, *América Latina y el Consenso de Washington*. Boletín Económico de Ice N° 2803 de 26 de abril al 2 de mayo de 2004.

Cisneros Gárate, Pablo, *LA Integración Energética de Latinoamérica*. www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/10087.IntegracionEnergetica.pdf

Correljé Aad; Riechmann Christoph y Lutz Wolfgang, *Integración de los mercados de la energía en la Unión Europea. Historia, política y economía de la formación del mercado interior de la energía*. Informe Unión Europea (módulo 2). Resumen ejecutivo. <http://www.energy-strategies.org/publicationfiles/IntegracionUEesp.pdf>

Escribano, Gonzalo, *El contexto económico y político del futuro energético del Mediterráneo*. www.uned.es/deahe/doctorado/gescribano/energia%20med.pdf

Fischer Thomas, *Las iniciativas de integración en la segunda mitad del siglo XX*. En: *Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*. Eds. Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y César Landa Arroyo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, Madrid, 2009.

García Mezquita, Yolanda, *El mercado de energía en la Unión Europea*. Revista de la Facultad de Economía de la UNAM 2006, Vol. 3, Núm. 9. Septiembre - Diciembre 2006.

Grote Rainer, *Los esfuerzos integradores en el contexto histórico*. En: *Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Eds. Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y César Landa Arroyo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, Madrid, 2009.

Gudyna, Eduardo, Pequeños avances en la Integración Energética, Dudas sobre la Integración Suramericana. Artículo publicado en el semanario Peripecias N° 44 el 18 de abril de 2007. <http://www.energiasur.com/integracion/GudynasCumbreMargaritaVz.htm>

Jiménez Guanipa Henry, Der venezolanische Energiemarkt zwischen Liberalisierung und Verstadtlichung. Eine Untersuchung vor dem Hintergrund der Energierechtsreformen in Südamerika und Europa, insbesondere in Deutschland. Alemania 2009. <http://www-brs.ub.ruhr-uni-bochum.de/netahtml/HSS/Diss/JimenezGuanipaHenryJose/diss.pdf>.

Jiménez Guanipa, Henry, El Derecho de la Energía en Venezuela. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

Maira Bono, Laura & Bogado Bordazar Laura Lucia, Los nuevos proyectos de infraestructura física en el ámbito sudamericano. Rio de Janeiro: Revista Electrónica Boletín do TEMPO, Ano 3, N° 33, Rio, 2008.

Moreno Blesa Lidia, La Liberalización del Sector Eléctrico en La Comunidad Europea: El Caso Rendo y su Proyección en España (Comentario a las Sentencias del TPI y del TJCE de 18 de noviembre de 1992, de 19 de octubre de 1995 y de 12 de diciembre de 1996, asunto Rendo NVy otros contra Comisión de las Comunidades Europeas). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid España. 1997.

Moreno, Carlos, Integración Latinoamericana: ALCA vs. ALBA. Presente y Pasado. Revista de Historia. ISSN: 1316-1369. Año 12. N° 23. pp. 155-178

Muñoz Ramos, Alfredo, Fundamentos para la constitución de un mercado de la electricidad. Serie Recursos Naturales e Infraestructura, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2004. <http://www.prien.cl/documentos/lc12159e.pdf>

Navarro Susino, Consuelo, El Nuevo Reto de las Energías Alternativas. http://www.ci.ca.es/aliens/gimadus/05/reto_energias_alternativas.htm

Nogueira, Uziel, Unión Sudamericana de Naciones: Desafíos y oportunidades. Publicado en: Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe. 12 de junio de 2008.

Nohlen, Dieter, OLADE, en: Nohlen, Dieter (ed.), Lexikon Dritte Welt, (2002).

Obando, Enrique, El factor energético y las perspectivas de integración en América del Sur. Instituto Latinoamericano de Estudios Sociales ILDI, Caracas Venezuela 2008.

Riquelme María Alvarado, Lavilla María José, Muro Laura, Relevancia del sector eléctrico en el área económica europea. Revista Partida Doble, N° 208, Sección Artículos, 01 de Marzo de 2009. <http://partidadoble.wke.es/articulos/relevancia-del-sector-el%C3%A9ctrico-en-el-%C3%A1rea-econ%C3%B3mica-europea>

Rodríguez Martín José Antonio, El papel de la Unión Europea ante la crisis actual: fortalezas y debilidades. Del Tratado de Roma al de Lisboa. Medio siglo de integración constante. Revista de Derecho Comunitario Europeo del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

Sierra José, Una Historia Atormentada: La Energía en Europa. Las Políticas Comunitarias: Una Visión Interna Julio-Agosto 2006. N° 831 ICE. http://www.revistasi.ce.com/CachePDF/ICE_831_285-296__CDAFF13F6C3FEE788B6A0A1CBDC_86332.pdf

Slown, Jhon W., la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio: una evaluación de sus logros y fracasos. Departamento de Ciencias Políticas de la Universidad de Huston USA.

http://www.iadb.org/intal/intalcdi/integracion_latinoamericana/documentos/042-Estudios_Economicos_2.pdf

Solares Gaité Alberto, Integración. Teoría y procesos, Bolivia y la integración, 2010, La Paz Bolivia. Biblioteca virtual. <http://www.eumed.net/libros/2010e/814/index.htm>

Torres Espinoza, Eduardo, La Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Un exitoso y aún inacabado experimento institucional. Anuario mexicano de Derecho Internacional. Vol. VIII, 2008. pp. 713-742. www.juridicas.unam.mx

Vega-Alvear, Integración comercial para una Comunidad Económica Sudamericana. Presidente de la Cámara Binacional de Comercio e Integración Perú-Brasil, CAPEBRAS. Palestra, PUCP, 2005. <http://palestra.pucp.edu.pe/portal/pdf/167.pdf>

Werner Corrales Leal, Los clusters energéticos, los servicios de energía y las negociaciones comerciales internacionales en una estrategia boliviana de desarrollo económico apoyada en El Gas Natural. Junio de 2004. [www.globalprogramme.com /_energy/Bolivia Clusters Energeticos.pdf](http://www.globalprogramme.com/_energy/Bolivia_Clusters_Energeticos.pdf)

Comentarios Monográficos

DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO BOLIVARIANO. CASOS: VENEZUELA, ECUADOR Y BOLIVIA*

Juan Carlos Sánchez Lora

Abogado

Resumen: *El presente artículo analiza el nuevo modelo constitucional que se presenta actualmente en Latinoamérica y de cómo es que a través de sus postulados democráticos, busca contrarrestar o suprimir la presunta tensión en la que se han podido ver sometidos los Tribunales Constitucionales tras su supuesta falta de legitimidad democrática al anular y expulsar del ámbito jurídico, una ley aprobada por el Parlamento.*

Palabras clave: *Justicia Constitucional. Jurisdicción Constitucional. Control de constitucionalidad. Tribunal Constitucional, Venezuela, Ecuador, Bolivia.*

Abstract: *This article discusses the new constitutional model in Latin America. The tension that results from the tendency of constitutional courts to nullify democratic laws passed by congress is an issue that should be analyzed. Through democratic proposals, the model counteracts or suppresses the presumed tensions that result from the perceived lack of legitimacy of constitutional courts present in the new model.*

Key words: *Judicial Review. Constitutional Justice. Constitutional Jurisdiction. Constitutional Tribunal, Constitucional, Venezuela, Ecuador, Bolivia.*

I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Los Tribunales Constitucionales, desde sus orígenes han sido los comisionados por el poder constituyente para garantizar la supremacía normativa de la Constitución, controlar los poderes del Estado y proteger los derechos y libertades de toda persona como institución esencial de los sistemas políticos democráticos. Su sistema judicial, ha sido acogido por la mayoría de los países del mundo dada la instrumentalidad y eficacia demostrada por más de dos siglos.

* Magíster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Universidad Complutense de Madrid; Master en Ciencias Políticas y Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid; Master en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla. Trabajo presentado para el Master en Derecho Constitucional (2011-2012), Universidad de Sevilla. Sevilla, mayo 2012.

A pesar de la consagración del sistema de justicia constitucional, muchos autores han mantenido su oposición a la función realizada por los Tribunales Constitucionales, arguyendo en su contra la falta de legitimidad democrática de éstos al anular y expulsar del ámbito jurídico una ley aprobada por el Parlamento como representante del pueblo electos a través del sufragio universal. Ante las incesantes críticas, los sistemas constitucionales han buscado disminuir y en su caso contrarrestar las tensiones a la que se pueden ver sometidas las jurisdicciones constitucionales.

En este sentido, a finales del siglo XX se va a gestar en Latinoamérica el llamado constitucionalismo bolivariano que con el argumento de ajustarse a las realidades y necesidades de la sociedad actual, configura una nueva visión de Estado de la mano de un sistema político en el que se busca una profundización democrática con la inclusión de la ciudadanía en la toma de decisiones esenciales del Estado. Este nuevo modelo constitucional es acogido por Venezuela, Ecuador y Bolivia; y para paliar la presunta tensión a la que han estado sujetas las jurisdicciones constitucionales por su falta de legitimidad democrática, proponen un método de participación ciudadana para imponer controles a la justicia constitucional y erradicar dicha tensión.

Bajo este mismo orden de ideas, el presente trabajo de investigación incide fundamentalmente sobre esos aspectos en donde se busca analizar ampliamente el sistema de justicia constitucional tradicional y el sistema de justicia constitucional del modelo bolivariano para determinar aquellas circunstancias que pueden evocar la falta de legitimidad democrática a la que pueden estar sometidos los jueces constitucionales y así poder responder a la siguiente interrogante: ¿Es el constitucionalismo bolivariano un instrumento innovador que en base a sus postulados de democracia participativa suprime la tensión a la que pueden estar sujetas las jurisdicciones constitucionales tras su falta de legitimidad? o ¿Realmente puede concebirse la falta de legitimidad de las jurisdicciones constitucionales al actuar y anular leyes adoptadas por un Parlamento que funge como la mayor representación soberana del pueblo?.

Se plantea entonces como Objetivo General:

- Analizar el sistema de justicia constitucional dentro del pretendido constitucionalismo bolivariano así como también los procesos que prevén sus constituciones para dotar de legitimidad democrática a las jurisdicciones constitucionales.

Y como Objetivos Específicos:

- Identificar si existe o no la supuesta tensión a la que están sujetos los Tribunales Constitucionales tras su falta de legitimidad democrática al anular leyes u otros actos que emanan de los Parlamentos.
- Examinar si los mecanismos propuestos por las constituciones bolivarianas para dotar de legitimidad democrática a los Tribunales Constitucionales en base al modelo democrático que los caracteriza, suprime la supuesta tensión a la que pudieren estar sujetos los jueces constitucionales.
- Señalar de qué forma influyen los mecanismos de democracia participativa en la función jurisdiccional que llevan a cabo los Tribunales Constitucionales.

II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU PAPEL DENTRO DE LA DEMOCRACIA

1. *Orígenes de los Tribunales Constitucionales*

Tras la concepción de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico, siempre se planteó el dilema de cómo garantizar su supremacía normativa y de cómo hacer efectivo su contenido jurídico. Sin embargo, pese a los diversos postulados que fueron

esgrimidos a lo largo de la historia conforme a corrientes ideológicas o doctrinales, la institución que se instauró con mayor cabida por su configuración efectiva fue otorgar el control de constitucionalidad de las leyes a los jueces, quienes vinculados a la Constitución han sabido procurar su supremacía frente al resto del ordenamiento jurídico.

La justicia constitucional como base del sistema democrático, puede ser entendida en su sentido lato como la función que tiene todo juez de salvaguardar la superioridad de la Constitución al desaplicar una ley u otro acto emanado de algún poder público que sea contrario al propio texto constitucional. Dicha función, puede reducirse orgánicamente en un sistema concentrado en donde un órgano especializado, comúnmente llamado Tribunal Constitucional, tendrá el monopolio de anular y expulsar del espacio jurídico aquellas leyes que fueren inconstitucionales.

En este mismo sentido, el origen de la justicia constitucional ha sido un tema ampliamente debatido por la doctrina. El primer antecedente conocido históricamente de la justicia constitucional data del siglo XVII, con la opinión esgrimida por el juez inglés Edward Coke en el caso “*The College of Physicians v. Dr. Thomas Bonham*” en el año 1610, quien determinó la idea de un derecho común -*common law*- superior a las leyes -*statutes*- emanadas del Parlamento, señalando que:

“And it appears in our books, that in many cases, the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void; for when an act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such an Act to be void”¹

Atendiendo a la anterior opinión, ante la necesidad de controlar las arbitrariedades del Soberano –el Rey- y del Parlamento con la finalidad de garantizar la supremacía del *common law*, Coke arguye que aquel control debía ser tarea de los jueces. Por otro lado, a pesar de los intentos expuestos por el juez inglés, la doctrina de Lord Coke producto del caso Bonham’s fue trastornada en Inglaterra con la revolución de 1688, que proclamó la vigente doctrina en donde la supremacía corresponde al Parlamento y no al *common law*.²

Ahora bien, tomado este precedente histórico de la justicia constitucional, la mayor parte de la doctrina ha expresado que su origen deviene del constitucionalismo americano con el control judicial o *judicial review*, que respondió efectivamente a la racionalidad de un sistema de *check and balances* o frenos y contrapesos entre los poderes públicos, quienes parcialmente separados pudieron ser capaces de limitarse entre ellos, haciendo énfasis en la especial función asignada a los jueces para controlar al poder legislativo cuando dictare leyes contrarias al texto constitucional.

La Constitución de los Estados Unidos de 1787, en la sección segunda del artículo VI, formuló el principio de que la Constitución es el supremo derecho de la tierra que vincula a los jueces y en el caso de que cualquier disposición de las constituciones o de las leyes de los Estados miembros contradijera a la Constitución Federal, debía dársele prevalencia a esta última por ser considerada como la *supremacy clause*. Posteriormente a ello, en el año 1789 es dictada la primera enmienda constitucional, *bill of rights* o Carta de Derechos, que en otras

¹ Josiah Quincy, J. “*Reports of cases Argued and adjudged in the Superior Court of Judicature of de Province of Massachusetts Bay, between 1761 and 1772*”, Little, Brown and Company, Boston, 1865, p.522.

² Cappelletti, M. “*La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*”, Editado por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, Distrito Federal, 1987, p.55.

palabras impone explícitamente un límite al Congreso como poder legislativo, al no poder dictar ninguna ley que fuere contraria a los derechos y libertades que han sido expresamente reconocidos.³

Pese a los grandes avances que demostró el sistema americano a finales del siglo XVIII, el control judicial de la constitucionalidad no estaba expresamente establecido en la Constitución de los Estados Unidos y no fue sino hasta el año 1803, en el caso *Marbury vs. Madison*, cuando se va poner de manifiesto la doctrina del control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema sobre el Congreso, al momento en que el juez John Marshall anula por ser inconstitucional una ley federal -*Judiciary act*-⁴ que ampliaba la función original contrariamente a la definición establecida en la propia Constitución. Para llegar a tal solución, Marshall argumentó que en el supuesto de que una ley se encontrara en contradicción con la Constitución, existen dos alternativas: o se aplica la ley en cuyo caso se inaplica la Constitución, o se aplica la Constitución que de manera directa obliga a inaplicar la ley. Entre estas opciones, dio validez a la segunda consagrando la supremacía de la Constitución sobre el resto de las leyes.

A partir de la formidable sentencia proferida por el Juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*, el control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes a través del método del *judicial review* se expandió alrededor del mundo. Sin embargo, dicho método se reformula en el sistema europeo después de la Primera Guerra Mundial, con el modelo de jurisdicción constitucional o *Verfassungsgerichtsbarkeit*, surgido en la Constitución austríaca del 1 de octubre de 1920 tras el planteamiento formulado por el jurista Hans Kelsen, según se dispone en el artículo 140 de la Ley Constitucional-Federal por la que Austria se erige en Estado Federal, y establece:

El Tribunal Constitucional conoce de la inconstitucionalidad de las leyes de land a instancia del Gobierno federal, de la inconstitucionalidad de las leyes federales a instancia de un Gobierno de land, así como de oficio en la medida en que una de estas leyes sea presupuesto de una sentencia del Tribunal Constitucional.

El recurso mencionado en el apartado 1 puede ser presentado en cualquier momento; el recurso debe ponerlo inmediatamente en conocimiento del correspondiente Gobierno de land o federal.

La sentencia del Tribunal Constitucional por la que una ley es derogada por inconstitucional obliga al Canciller federal o al correspondiente Presidente (Landeshauptmann) de land a la inmediata publicación de la derogación; la derogación entra en vigor el día de la publicación, a menos que el Tribunal Constitucional fije un plazo para la misma. Este plazo no puede exceder los seis meses.

Lo dispuesto en el artículo 79, apartado 1, no es de aplicación al control de constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional.

El sistema de control de constitucionalidad europeo se caracteriza, fundamentalmente por presentarse como un proceso autónomo tramitado ante un órgano único e independiente

³ García de Enterría, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, en especial pp. 125-126.

⁴ La *Judiciary act* fue la ley aprobada el 24 de septiembre de **1789** en primera sesión por el Primer Congreso de los Estados Unidos que crea el poder judicial federal de EE.UU, que según el artículo III, sección 1 de la **Constitución** se dispuso que sería ejercido por la Corte Suprema, y los tribunales inferiores que el Congreso haya establecido para tal fin.

como lo es el Tribunal Constitucional o Corte Constitucional, a requerimiento de terceros estrictamente legitimados para interponer el recurso –Jefes de gobierno, minorías parlamentarias, organismos de protección de los Derechos Fundamentales, entre otros- en el cual la constitucionalidad la norma se va a decidir en un proceso específico, cuyo contenido se agota en la obtención de un pronunciamiento acerca de la validez o constitucionalidad de la norma sometida a control con efectos generales o *erga omnes*.⁵

Al hilo de las ideas anteriores el modelo europeo de *Verfassungsgerichtsbarkeit*, se diferencia del sistema americano, en que éste último tiene lugar cuando cualquier juez, en el transcurso de un proceso, resuelve de manera incidental la posible inconstitucionalidad de una norma aplicable al caso en concreto, dictando el fallo -en caso de que la norma sea inconstitucional- como si la norma en cuestión no hubiere existido con efectos *inter partes*; mientras que el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional, se va a concentrar en un órgano especializado denominado Tribunal Constitucional o Corte Constitucional, la función de decidir con efectos *erga omnes* todas las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes y demás actos emanados del Poder Público en ejecución directa de la Constitución con efectos *ex nunc* o excepcionalmente con efectos *ex tunc* de manera retroactiva.

Por otra parte, con mucha antelación al modelo europeo de control de constitucionalidad, desde mediados del siglo XIX se desarrolló en algunos países latinoamericanos el recuso de inconstitucionalidad de las leyes y el recurso de amparo para garantizar los derechos fundamentales frente a cualquier acto estatal, tal como se consagró en el artículo 113.8 de la Constitución Venezolana de 1858 al prever la acción popular de inconstitucionalidad que sería competencia de la antigua Corte Suprema y la Constitución del Estado de Yucatán en México de 1841 que dispuso el recurso de amparo, que posteriormente sería de aplicación federal con el acta de reforma constitucional de 1847.

Ahora bien, actualmente el modelo de justicia constitucional como defensa de la supremacía normativa de la Constitución que ha sido recogido en gran parte en las constituciones latinoamericanas, se presenta como una mixtura entre el método americano y el europeo en lo que respecta a la entidad que ejercerá el control de constitucionalidad, las competencias de la jurisdicción constitucional, el momento en que se puede llevar a cabo el control, los sujetos legitimadamente activos para solicitar el control, entre otros aspectos, lo que a todas luces se presenta como una evolución al sistema de control de constitucionalidad.

En orden a lo anterior, haciendo alusión a las características que han sido señaladas por el jurista Humberto Noguera Alcalá⁶ para explicar la hibridación latinoamericana del control de constitucionalidad, resulta necesario precisar una serie de elementos que van a distinguirlo tangencialmente al modelo americano del *judicial review* y el modelo europeo de *Verfassungsgerichtsbarkeit*, como pueden ser los siguientes:

a) La tipología en cuanto a la existencia o no de una jurisdicción constitucional centralizada especializada o si el control es descentralizado y desarrollado por los órganos jurisdiccionales ordinarios.

⁵ Cruz Villalón, P.: “La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p.31-32.

⁶ Nogueira A. H. “La jurisdicción constitucional y los Tribunales Constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI”, Editorial Porrúa, México, 2004, pp. 61-65; véase también Brewer-Carías, A. “*Judicial Review in Comparative Law*”, Cambridge University Press, Cambridge 1989.

En el primero de los casos, es el que se presenta en aquellos países en donde el control de constitucionalidad es ejercido exclusivamente por una jurisdicción especializada con independencia funcional como lo puede ser en un Tribunal Constitucional (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia a tenor de lo previsto en el artículo 196.I de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia) o en Salas Constitucionales de Cortes Supremas de Justicia (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución Política de la República de Costa Rica en concordancia con el artículo 4 de la Ley de la jurisdicción constitucional costarricense).

En el otro vértice encontramos el control de constitucionalidad ejercido por todos los jueces ordinarios de una forma similar a la presentada en el sistema americano de *judicial review*, como se dispone en el caso argentino según lo previsto en los artículos 43 y 116 de la Constitución Nacional de la República de Argentina.

Por otro lado, el control de constitucionalidad se puede desarrollar complementariamente por órganos jurisdiccionales ordinarios como también por una jurisdicción constitucional especializada centralizada en un Tribunal Constitucional. Este mecanismo de justicia constitucional puede subclasificarse en los conocidos modelos dual o paralelo y mixto o integral. En el primero de ellos –sistema dual o paralelo- existe un control que se ejerce por los tribunales ordinarios con efectos *inter partes* y paralelamente un control concentrado que lleva a cabo un Tribunal Constitucional con efectos *erga omnes* en donde no existirá vinculación en ningún momento entre un sistema y otro (ejm.: caso peruano según se dispone en los artículos 138 y 201 de la Constitución Política del Perú en donde hay un control que ejerce todos los jueces ordinarios en un caso concreto y por otro lado un control abstracto ejercido por el Tribunal Constitucional). En lo que respecta al segundo supuesto –sistema mixto o integral- igual que el sistema dual o paralelo, hay un control ejercido por los tribunales ordinarios con efectos *inter partes* y un control concentrado que lleva a cabo una jurisdicción constitucional especializada, sin embargo, se distinguen en que dentro de este sistema podrá existir una vinculación entre ambos sistemas al momento en que la jurisdicción especializada podrá intervenir –una vez proferida la sentencia del juez ordinario- a revisar y en su caso transformar los efectos de la misma (ejm.: caso venezolano según se dispone en el artículo 334 en concordancia con el artículo 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

En un sentido opuesto a lo anterior, existe otro modelo en el que el control de constitucionalidad puede encontrarse concentrado en un órgano jurisdiccional no especializado como las Cortes Supremas, que conocerán aquellas materias correspondientes a las jurisdicciones constitucionales tal como se presenta en el caso mexicano en donde la Suprema Corte de Justicia de conformidad con lo establecido en el artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

b) Las competencias que se establecen a favor del órgano u órganos que realizan el control de constitucionalidad que suelen distinguirse en:

- Un control total, en donde el órgano de jurisdicción constitucional controlará todos los actos con valor y rango de ley, así como también los actos u omisiones inconstitucionales.

- Un control parcial, el cual puede ser restringido o amplio. El primero de ellos tiene lugar cuando el control es realizado solamente sobre normas jurídicas, mientras que el segundo cuando la jurisdicción constitucional además de lo anterior, conocerá de algunos actos u omisiones consideradas inconstitucionales.

- Un control limitado, en donde la jurisdicción constitucional sólo realizará el control de constitucionalidad de las leyes así como también los conflictos de competencia entre los Poderes Públicos o entre los órganos descentralizados.

c) En cuanto al momento en que se llevará a cabo el control de constitucionalidad ya que el mismo puede ser preventivo, represivo o mixto. El control preventivo tendrá lugar antes de que la norma forme parte del ordenamiento jurídico; el control represivo al momento en que la norma ya forma parte del ordenamiento jurídico; y el control mixto en el que se incluyen tanto el preventivo como el represivo.

d) Uno de los elementos esenciales que van distinguir de manera enfática el sistema de control de constitucionalidad latinoamericano con el modelo americano y europeo, se va configurar desde la legitimidad activa para ejercer el control de constitucionalidad.

En muchos países latinoamericanos existe una legitimación activa amplísima al admitir la acción popular de constitucionalidad, en donde cualquier persona puede solicitar ante la jurisdicción constitucional la nulidad de una norma por considerar que la misma es inconstitucional. Del mismo modo la jurisdicción constitucional podrá conocer de ciertos asuntos actuando de oficio para proteger los intereses generales del Estado o los derechos fundamentales de las personas. (ejm. Venezuela y Colombia)

Por otro lado, en otros países latinoamericanos existe una legitimación activa amplia, al momento en que la jurisdicción constitucional puede pronunciarse a solicitud de personas o grupos que tengan un interés legítimo o un derecho comprometido. Asimismo las jurisdicciones constitucionales podrán conocer de oficio en aquellas competencias específicas que le han sido atribuidas, e igualmente tendrá la facultad de pronunciarse a requerimiento de determinados órganos o autoridades del estado.

En último lugar tenemos la legitimación restringida que se presenta en el sistema europeo, donde la jurisdicción constitucional sólo podrá pronunciarse a requerimiento de determinados órganos constitucionales como lo son el gobierno, minorías parlamentarias, defensor del pueblo, entre otros.

e) Según el parámetro de control de constitucionalidad utilizado por las jurisdicciones constitucionales puede calcificarse en único o plural. Es único cuando el control viene dado exclusivamente bajo el parámetro de la Constitución; y plural cuando el bloque de constitucionalidad para llevar a cabo el control de constitucionalidad, viene consustanciado entre la Constitución y los tratados internacionales atinentes a los derechos humanos.

En síntesis a todas las características previamente descritas, el sistema de control de constitucionalidad que se presenta actualmente en Latinoamérica conforme a los elementos antes mencionados, es un sistema que en acogida a los modelos americano y europeo, los ha adoptado y revolucionado conforme a las situaciones fácticas del Estado constitucional contemporáneo para así garantizar la supremacía normativa de la Constitución y la protección efectiva de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos precisamente como consecuencia a los cambios globales que sucesivamente se han presentado en la sociedad.

Al hilo de las anteriores consideraciones, lo importante de todo ello es que a partir del sistema americano del *judicial review* y del método europeo de control concentrado de la constitucionalidad se ha podido explicar el origen del Tribunal Constitucional, quien en palabras de Pedro de Vega ha emergido históricamente como un instrumento de defensa de la

Constitución consecuente a la supremacía normativa que ostenta la misma y se ha consolidado por la mayoría de las constituciones de diversos países mundo.⁷

2. Competencias fundamentales de los Tribunales Constitucionales

Los Tribunales Constitucionales son configurados como la piedra angular de todo sistema democrático cuya función primordial ha sido salvaguardar la supremacía normativa de la Constitución. Para llevar a cabo tal función, las constituciones le han atribuido el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes y otros actos con rango de ley, siendo que las decisiones que sean proferidas por estos Tribunales deberán ser acatadas por los poderes públicos y los particulares, dada la influencia incisiva que tendrán dichos fallos sobre el ordenamiento jurídico.

Como ha sido previamente destacado, los Tribunales Constitucionales fueron creados para conocer de manera exclusiva e independiente de la justicia ordinaria y el resto de los poderes públicos, lo que es la materia contencioso constitucional al aplicar el control concentrado de la constitucionalidad,⁸ así como también tutelar los derechos fundamentales para controlar a los poderes del Estado cuando estos se excedieren de los límites que han sido previstos en la Constitución al reconocer los derechos y libertades de todas las personas.

En otro orden de ideas, los textos constitucionales -mayormente los europeos- han añadido sucesivamente competencias a las jurisdicciones constitucionales en otras materias que guardan relación con el proceso político y los derechos fundamentales, que singularmente varían según el ordenamiento jurídico de cada país y conforme al derecho comparado pueden destacarse las siguientes: el control previo de la constitucionalidad sobre los tratados internacionales, el control de los actos emanados de los poderes públicos dictados en ejecución directa de la Constitución, el recurso de revisión constitucional contra las sentencias definitivamente firmes de amparo y control de constitucionalidad por parte de los Tribunales ordinarios que han aplicado el método difuso o *judicial review*, interpretar la Constitución pues "...una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte..."⁹ resolver los conflictos de competencias constitucionales o políticos planteados entre los órganos o poderes secundarios, tutelar los derechos y libertades de toda persona a través del recurso general de amparo o los llamados recursos sectoriales -*habeas corpus*, recursos electorales, acciones populares, etc.- que dependerán del tipo de derecho lesionado, entre otras competencias.

Sobre este particular, es importante destacar que como consecuencia del cúmulo de competencias que han sido asignadas sucesivamente a las jurisdicciones constitucionales, indudablemente les han convertido a nivel Estatal como la institución más poderosa dentro de los sistemas democráticos tal como lo demuestra en la actualidad el Tribunal Constitucional español, en donde el juez constitucional se ha convertido en la base del consenso frente a la incapacidad del sistema político para estructurar la propia política y a la sociedad a través de

⁷ De Vega, P. "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos*, N° 7, 1979, p. 96.

⁸ García de Enterría, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 13.

⁹ *Ibidem*, p. 186.

acuerdos básicos que se acoplan a la tesis del “Derecho Dúctil” propuesta por el jurista italiano Gustavo Zagrebelsky.¹⁰

3. *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional.*

Desde la creación de la jurisdicción constitucional como guardián de la supremacía normativa de la Constitución, se ha formulado un incesante debate en determinar la verdadera naturaleza de los Tribunales Constitucionales precisamente a la vinculación que mantienen dichas instituciones entre lo político y lo jurídico, es decir, si su función ha de corresponder a una institución política o realmente a un verdadero Tribunal con funciones jurisdiccionales.

La polémica surgió en los últimos tiempos de la República de Weimar durante los años 1929 a 1933, tras el enfrentamiento producido entre dos grandes juristas como lo fueron Hans Kelsen y Carl Schmitt. Esta disputa giró en torno a la institución a la que se le debía atribuir la obligación de defender a la Constitución ante las violaciones que pudieran poner en peligro su contenido y efectividad. Ambos juristas coincidieron en la necesidad de reconocer una figura que pudiese defender el texto constitucional, pero difirieron en la institución que debía cumplir con dicha función, pues para Kelsen -*garante* de la Constitución- debía otorgársele a un órgano *ad hoc* denominado *Verfassungsgerichtsbarkeit* o Tribunal Constitucional, mientras que para Schmitt tal función debía recaer en la figura del *Reichspräsident* o Jefe de Estado.

El fundamento del enfrentamiento entre estos juristas viene motivado en que por un lado, para el primero de ellos -Kelsen- el Estado propiamente dicho es el derecho y la Constitución en abstracto es concebida como una norma jurídica axiológicamente pura y desprovista de cualquier componente no estrictamente normativo; a diferencia del planteamiento de Schmitt en donde la Constitución venía a expresar una serie de decisiones políticas que podían verse amenazadas por un pluralismo destructivo y sobre la cual coexisten dos principios diferentes como lo son la representación y la identidad. En otras palabras la motivación que configuró el debate vino resumido en la concepción disímil que tenían estos juristas de lo que era la Constitución y el Estado.

Tras el planteamiento esgrimido por el jurista austríaco Kelsen en que la Constitución posee un carácter normativo y que su contenido y rigidez debe ser salvaguardado por un Tribunal Constitucional, surge entonces el contraargumento del jurista alemán Schmitt señalado en sus obras *Der Hüter der Verfassung* en *Archiv des öffentlichen Rechts* (1929) y *Das Reichsgericht als Hüter Verfassung* (1929), a través de las cuales defiende la naturaleza política de los Tribunales Constitucionales al argüir que éstos no pueden garantizar el cumplimiento de la Constitución y a su vez asegurar la efectividad jurídica de la misma en aquellos casos en que la ley y el texto fundamental quedan plenamente alejados de la subsunción de la norma, ya que la compatibilidad entre dos normas de derecho no corresponde a un verdadero litigio y nada tiene que ver con el sentido procesal y técnico de lo que es la función jurisdiccional al aplicar la ley al supuesto concreto de hecho.¹¹

A pesar de los argumentos de Schmitt a través de los cuales alertaba el peligro que implicaba la imposibilidad que tenían los jueces constitucionales de garantizar ciertas segurida-

¹⁰ Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 1997.

¹¹ Lombardi, G.: *La polémica Shmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Editorial Tecnos, Madrid, 2009, en especial pp. LXII.

des mediante una operación de subsunción de una norma en otra norma constitucionalmente opuesta, lo cierto del caso es que en la actualidad la concentración del control de constitucionalidad en un organismo que aplica métodos y criterios jurisdiccionales -Tribunales Constitucionales-, se ha difundido en todos los Estados tras la aceptación irrefutable del contenido normativo de la Constitución, así como también la posibilidad que tienen estas instituciones de colmar a través de la capacidad integradora del ordenamiento jurídico, las lagunas que puedan producirse tras la imprecisión y amplitud que demuestran las normas constitucionales, pues como lo ha reseñado la hermenéutica moderna la aplicación del derecho es más que su aplicación, ya que conlleva actos de creación y en cierta medida de libre decisión.¹²

En último extremo, debe entonces distinguirse que la naturaleza de los Tribunales Constitucionales corresponde a una función jurisdiccional en donde la sustancia política que pesa sobre estas instituciones se convierte en una situación secundaria propia de la controversia que debe resolverse. Aunado a ello, resulta preciso apuntar que los jueces constitucionales al igual que el resto de los poderes públicos se encuentran sometidos a la Constitución; no obstante, la función que se les atribuye como garantes máximos de la supremacía normativa de la Constitución al enjuiciar las leyes en aplicación de los parámetros dispuestos en los textos fundamentales y los principios jurídicos que inspiraron a los constituyentes, ha resultado ser históricamente conforme al derecho comparado, la institución más eficaz que permite mantener la estabilidad democrática en aquellos países que les han reconocido y adoptado dentro sus sistemas constitucionales.

4. *Tensión en la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional como poder contramayoritario sobre el parlamento electo a través del sufragio universal.*

El juez constitucional *per se* es una autoridad a la cual el constituyente le ha atribuido la función protectora de la supremacía normativa de la Constitución, al expulsar del ámbito jurídico una ley o alguna norma que contraría el contenido y espíritu del texto constitucional. Por otro lado, desde que se atribuyó esta función a la jurisdicción constitucional, gran parte de la doctrina ha expresado su enorme rechazo a que los jueces declaren la inconstitucionalidad y anulen una ley que proviene de un Parlamento que ha sido electo democráticamente por un período determinado a través del sufragio universal, situación esta que ha planteado en la práctica grandes problemas políticos y a su vez diatribas teórico-dogmáticas en contra de las jurisdicciones constitucionales, las cuales a continuación pasan a formularse.

A. *Problemas políticos suscitados en la práctica contra los Tribunales Constitucionales*

En primer lugar, en contra de la consagración y establecimiento de la justicia constitucional en gran parte de los sistemas democráticos alrededor del mundo, uno de los países que ha manifestado históricamente su rechazo al control judicial ha sido Francia desde el siglo XVIII, sustentando a los efectos el principio asambleario jacobino basado en el carácter representativo absoluto de la voluntad general que alimenta la soberanía parlamentaria, en donde no puede existir ningún otro poder que la supedita y en caso de algún conflicto de inconstitucionalidad, será la propia Asamblea quien controlará tal controversia a través de la

¹² Zagrebelsky, G. *La giustizia costituzionale*, Editorial Il Mulino, Bolonia, 1998, en especial pp. 39-72; y Sospedra, M. *El Tribunal Constitucional como órgano político*, Obra colectiva del Tribunal Constitucional, vol. II, Madrid, 1984, en especial pp. 1785-1814.

técnica del *référé législatif*, que particularmente obliga al juez a consultar a la Asamblea cuando encontrare dudas respecto a la interpretación de una ley.¹³

En contraposición al sistema francés, los Estados Unidos de América quien se presenta como el país con mayor tradición y consolidación en lo que respecta al sistema de justicia constitucional caracterizado por su realismo y pragmatismo en comparación con el sistema europeo, pese a su larga trayectoria de más de doscientos años, la crítica contramayoritaria de los jueces constitucionales ha sido constante por parte de juristas, académicos e incluso presidentes de dicho país.

Thomas Jefferson, el tercer presidente de los Estados Unidos de América (1801-1809) siempre negó que el control judicial ratificado en la espectacular sentencia *Marbury vs. Madison*, significare que la Corte Suprema tiene la última palabra, pues aducía que cuando los poderes deben actuar en sus respectivos ámbitos, pueden legítimamente interpretar la Constitución de una forma distinta. De manera similar, el presidente Abraham Lincoln (1861-1865) tras la posición asumida por la Corte Suprema en la sentencia *Scott vs. Sandford* del año 1857,¹⁴ criticó el respectivo fallo arguyendo que la esclavitud no era una cuestión jurídica sino política y en el discurso de toma de posesión de su mandato en el año 1861, negó que la Corte Suprema tuviese la última palabra en cuestiones constitucionales.¹⁵

Estas inquietudes respecto al control judicial de la constitucionalidad de las leyes persistieron en ciertos grupos sociales y para inicios del siglo XX se gesta la tesis del llamado “gobierno de jueces” formulada por el jurista francés Edouard Lambert en su obra *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois* y acogida por el expresidente Theodore Roosevelt (1901-1904) al replicar en el año 1912 ciertas sentencias de la Corte Suprema en las que condenó la intervención legislativa en materia económica.

En el año 1937, el entonces presidente Franklin D. Roosevelt durante su segundo mandato materializa una pugna frontal en contra de la Corte Suprema, quien a través de sus sentencias *Carter vs. Carter Coal Company* (1936), *West Coast Hotel vs. Parrish* (1937) y *National Labor Relations Board vs. Jones & Laughlin Steel Corporation* (1937), revertía la legislación del *New Deal*¹⁶, aprobado por el Congreso de los Estados Unidos cuyo fin era paliar los destellos producidos en el país tras la crisis de 1929.

Ante tal confrontación, el Presidente Franklin D. Roosevelt va a retrotraer el viejo argumento contramayoritario de los jueces, quienes a través de sus fallos echaban abajo un programa económico nacional que contaba con el apoyo de más de cien millones de ciudada-

¹³ García de Enterría, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, op. cit., pp.164-165.

¹⁴ El caso *Scott vs. Sandford* fue una sentencia muy controvertida en gran parte de la sociedad estadounidense, ya que la Corte Suprema declaró que todos los negros -fueren esclavos o no-, no son y nunca podrían llegar a ser ciudadanos de los Estados Unidos. Asimismo, declaró inconstitucional el Compromiso de Missouri de 1820, motivo por el cual se permitió la esclavitud en todo el territorio del país norteamericano.

¹⁵ Beltrán de Felipe, M. y González, J. V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2005, en especial pp. 18-49.

¹⁶ El *New Deal* es conocido como el programa de política económica keynesiana, presentado por el Presidente Franklin D. Roosevelt tras la crisis de 1929, que consistía en aplicar políticas de gasto, regulación del proceso productivo con la participación activa del Estado dentro del mercado.

nos. Es por ello que Roosevelt en el año 1937, opta por poner en práctica el llamado *Court packing plan*, que correspondía a una ley que autorizaba al Presidente a adoptar ciertas medidas atinentes a la organización jurisdiccional donde se le facultaba a nombrar a una especie de jueces adjuntos a los jueces que venían conformando la Corte Suprema y a su vez permitiría adelantar la edad de jubilación y ampliar la plantilla de jueces de la Corte de nueve a quince miembros. Tras la conmoción política, social y constitucional que produjo el *Court packing plan*, finalmente fue rechazado por el Senado.

A pesar de esto, desde que se sometió el proyecto de ley de reforma jurisdiccional a la aprobación del Congreso, el *Court packing plan* produjo efectos amedrentadores a los jueces de la Corte Suprema, quienes de manera sistemática cambiaron la línea jurisprudencial en respaldo de las medidas económicas nacionales, tal como se dispuso en la mencionada sentencia *West Coast Hotel vs. Parrish (1937)*,¹⁷ a través de la cual se refrendó la constitucionalidad de la *Ley de Washington* del año 1932, que establecía un salario mínimo para las mujeres, ya que la libertad contractual¹⁸ no estaba prevista de manera expresa en la Constitución y a razón de ello tal libertad no podía considerarse ilimitada.

Del mismo modo en la destacada sentencia *National Labor Relations Board vs. Jones & Laughlin Steel Corporation (1937)* la Corte Suprema confirma la constitucionalidad de la *National Labor Relations Act* del año 1935,¹⁹ que garantizaba la libertad sindical en empresas de ámbito comercial interestatal y en empresas cuya actividad afectase a dicho comercio. Tal sentencia dio un giro de ciento ochenta grados a lo que fuere establecido en el asunto *Carter vs. Carter Coal Company*, puesto que en el caso de marras se permitió que la Federación regulara aspectos que abarcan las relaciones laborales. Años posteriores al *Court packing plan* de Roosevelt y a los cambios jurisprudenciales realizados por la Corte Suprema de los Estados Unidos durante sus períodos presidenciales -conocido como revolución constitucional-, presidentes como Richard Nixon (1969-1974) y Ronald W. Reagan (1981-1989), mantuvieron su posición en contra de la Corte, haciendo eco a los efectos del argumento contramayoritario de los jueces.

Es conveniente traer a colación las críticas a la las que estuvo sometida la Corte Suprema de los Estados Unidos durante el período en la que fue presidida por el jurista Earl Warren (1953-1960). Esta fase fue reconocida como la Corte Warren y se caracterizó fundamentalmente por mantener un fuerte activismo social en la preservación de los derechos fundamentales pues a través de sentencias como *Cooper vs. Aaron (1958)*, *Brown vs. Board of Education*, *Mapp vs. Ohio (1961)*, *Baker vs. Carr (1962)*, *New York Time vs. Sullivan (1964)*, entre otras, que erradicaron la segregación en las escuelas y en los espacios públicos, consagraron efectivamente el derecho a la defensa y el debido proceso, reordenaron y redefinición de los distritos electorales y garantizaron el derecho a la libertad de expresión sin que existiere ningún tipo de activismo por parte del Congreso o de las Asambleas estatales.²⁰

¹⁷ Beltrán de Felipe, M. y González, J. V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, op. cit., pp. 229-233.

¹⁸ La libertad contractual venía siendo protegida según la doctrina configurada en la sentencia *Lochner vs. New York* del año 1905, por el derecho al proceso debido en el sentido de que el patrono y trabajador tenían derecho a negociar y a determinar las condiciones del trabajo sin injerencias del gobierno.

¹⁹ Beltrán de Felipe, M. y González, J. V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, op. cit., pp. 233-239.

²⁰ Newton, J. *Justice for all: Earl Warren and the Nation he made*, Riverhead Books, USA, 2006, en especial p. 405.

Por otra parte, en lo que respecta al ámbito europeo resulta preciso hacer mención al Tribunal Constitucional español, quien en la actualidad ha sido objeto de críticas tanto en sede política como académica tras haber enjuiciado la constitucionalidad del Estatuto de Cataluña en su sentencia 31/2010 a través de la cual interpretó y anuló una serie de artículos por ser inconstitucionales. Al Alto Tribunal se le reprochó su falta de legitimidad al haber sido capaz de anular una serie de artículos e incluso disposiciones del preámbulo -a las que reconoce su valor normativo- de un Estatuto que además de contar con la aprobación del Parlamento Autonómico de Cataluña y de las Cortes Generales, se encontraba refrendado por el electorado de dicha Comunidad.²¹

Asimismo, los debates en contra de los Tribunales Constitucionales se han presentado en países latinoamericanos como por ejemplo puede aludirse a un caso que en el año 2007 generó grandes controversias en la República Bolivariana de Venezuela. Me refiero al enfrentamiento suscitado entre la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la Asamblea Nacional venezolana producto de la sentencia Nro. 301 de fecha 27 de febrero de 2007 (*caso: Adriana Vigilanza y Carlos A. Vecchio*), en la que mencionada Sala al conocer de una acción popular de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Impuesto sobre la Renta se extralimitó en sus funciones, ya que inadmite la respectiva acción y posteriormente pasó de oficio a reformar artículos de dicha ley que en ningún momento habían sido impugnados.²²

En vista de tal situación, la Asamblea Nacional confrontó a la Sala Constitucional rechazando el fallo de marras por considerarla inconstitucional al tratarse de una usurpación de poderes tras haber asumido funciones que exclusivamente correspondían al poder legislativo y consecuentemente a ello exhortó al pueblo a inaplicar el dispositivo del fallo atinente a la reforma que habría hecho sobre la citada ley e inició una investigación para determinar las responsabilidades a las que hubiere lugar.

B. *Problemas teórico-dogmáticos de la presunta falta de legitimidad democrática de los Tribunales Constitucionales*

Los problemas coyunturales producidos en contra de las jurisdicciones constitucionales, han estado sustentados en corrientes teóricas que ponen en cuestionamiento la falta de legitimidad democrática de los jueces constitucionales para garantizar la supremacía de la Constitución.

Estas teorías parten del fundamento en que la ley desde el punto de vista democrático emana de una autoridad (Parlamento) que representa fundamentalmente al pueblo y por el mero hecho de que sus miembros sean electos a través del sufragio universal, todo acto que

²¹ En Italia se ha presentado una polémica entre el Primer Ministro italiano Silvio Berlusconi y la Corte Costituzionale, quien mediante sentencia Nro. 262/2009 de fecha 07 de octubre de 2009, declaró la inconstitucionalidad de la Ley de inmunidad Nro. 124 en la que se disponía dentro de su articulado la suspensión del proceso penal respecto de altos cargo del Estado. La Corte Costituzionale anuló dicha ley, arguyendo que la misma contrariaba ciertas disposiciones constitucionales como lo es el principio de igualdad y que la inmunidad de los Altos Cargos del Estado no debían legislares mediante ley ordinaria sino mediante ley constitucional. Ante tal situación, el Primer Ministro Berlusconi (plenamente beneficiado por la citada ley ante las controversias a las que ha estado sometido en estos últimos años y los procesos penales que se siguen en su contra) cuestiona el respectivo fallo tachándolo como político y poniendo en entredicho la legitimidad de la Corte al anular una ley emanada del Parlamento.

²² Brewer-Carías, A. "El juez constitucional en Venezuela como legislador positivo de oficio en materia tributaria", *Revista de Derecho Público*, N° 109, 2007, pp. 193-198.

sea dictado bajo su autoridad se encuentra revestido de legitimidad democrática. Cuando la jurisdicción constitucional en aplicación de criterios jurídicos controla la constitucionalidad de una ley, surge entonces la cuestión de cómo un juez que carece de legitimidad democrática al no ser designado ni electo conforme a criterios democráticos por un período determinado a través del sufragio universal, puede ser capaz de declarar la inconstitucionalidad y anular una ley que se encuentra dotada de un amplio margen de legitimidad democrática, imponiéndose contrariamente a una decisión adoptada por la mayoría de la ciudadanía.

La primera de estas teorías fue formulada en el año 1921, cuando el mencionado jurista francés Edouard Lambert realizó un examen crítico al control judicial implementado en el constitucionalismo americano tras el excesivo protagonismo que se concede a los jueces constitucionales en el sistema institucional estadounidense. Dicha crítica, denominada “gobierno de los jueces” que coincidió con la posibilidad de que el control judicial americano fuese acogido en su país durante la Tercera República, motivó a éste a prevenir los posibles riesgos que acarrearía la concepción del *judicial review* a la hora de irrumpir justamente en el principio de separación de poderes, ya que los jueces alteran su equilibrio al usurpar funciones que corresponden exclusivamente a otros poderes e indirectamente someten al pueblo a una Constitución que es erigida por los propios jueces.

Sin embargo, Lambert hace suyas las soluciones que venían siendo propuestas por los progresista norteamericanos para remediar el activismo judicial, destacando que se debían: a) Ampliar el ámbito de participación del pueblo en la selección de los jueces como respuesta a la firme vocación democrática del sistema estadounidense; y b) Potenciar la aplicación administrativa del derecho, en donde el control judicial no fuere casuístico sino que el mismo se aplicara en interés general como categoría dotada de sustantividad propia, cuya definición correspondía insoslayablemente al legislador y no como bifurcación de las decisiones judiciales atributivas de derechos y obligaciones a las partes.²³

Posteriormente en la década de los sesenta, el jurista Alexander M. Bickel -conocido por su manifiesta oposición al *judicial review*- en su obra *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, denomina como “*The Counter-Majoritarian Difficulty*” la facultad que poseen los jueces de controlar la constitucionalidad de las leyes. En dicha obra señala que el juez Marshall al resolver el caso *Marbury vs. Madison* erró al argumentar que la Constitución era la expresión máxima del pueblo sobre la cual debían regirse los jueces ante la colisión que pudiese presentar alguna norma, de modo que cuando la Corte Suprema anulaba una ley o algún acto del poder ejecutivo, amenaza la voluntad de representación del pueblo actual pues el control no lo realizaba en nombre de la mayoría imperante, sino en contra de ella.²⁴ Como consecuencia de tales apreciaciones, Bickel enfatiza que el sistema de control judicial de las leyes constituía un acto antidemocrático.

Precisadas las críticas a las que ha estado sujeta la justicia constitucional desde su formulación respecto a la falta de legitimidad democrática de los jueces constitucionales, Víctor Ferreres Comella en su libro *Justicia Constitucional y Democracia*, analiza la función que ejercen los Tribunales Constitucionales al controlar que las leyes emanadas del Parlamento respeten los derechos y libertades que han sido reconocidos y garantizados por la Constitu-

²³ Lambert, E. *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos. La experiencia americana de la constitucionalidad de las leyes*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, en especial pp. XV-XXI.

²⁴ Bickel, A. *The Least Dangerous Branch*, Boobs-Merrill Educational Publishing, Indianapolis, 1962, en especial pp.16-17.

ción. Bajo este punto de partida, Ferreres señala que el juez constitucional al determinar la compatibilidad entre el contenido de una ley u otro acto emanado de algún poder público y las disposiciones que integran el propio texto fundamental, debe imperiosamente llevar a cabo una labor interpretativa sobre dichos textos lo que en ciertas ocasiones puede resultar incompatible con los principios democráticos.²⁵

A su juicio, el control judicial de las leyes tiene dos peculiaridades a las cuales debe prestárseles gran atención. Por un lado, la indeterminación que envuelve a la mayoría de las disposiciones que forman parte del ordenamiento jurídico, en especial las que componen el texto constitucional que suelen ser enunciativas y muy genéricas, a diferencia de lo que ocurre con el resto de las leyes cuyas normas están estructuradas bajo un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica; y por el otro, la apreciación que deben tener los jueces constitucionales al ejercer el control sobre una ley que se encuentra revestida de legitimidad democrática por el hecho de haber sido aprobada por un Parlamento electo democráticamente.

En alusión a tales características, destaca tres circunstancias que podrían provocar la aparición de una objeción democrática en contra de los jueces constitucionales, que precisamente corresponden al argumento contramayoritario en contra de la justicia constitucional que se ha generado desde su gestación. Estas circunstancias responden efectivamente a las siguientes precisiones:

a) La menor legitimidad democrática que pueden tener los jueces constitucionales al enjuiciar una ley que emana de un Parlamento que ha sido electo periódicamente por la ciudadanía a través del sufragio universal en contraposición a los jueces constitucionales en donde su elección y designación se mantiene alejada de la participación ciudadana.

b) La rigidez que posee la Constitución sobre la cual el Parlamento no puede contrarrestar fácilmente los efectos producidos en la decisión proferida por juez constitucional al declarar la nulidad de una ley, pues en este caso la única solución que podría plantearse de manera democrática es la tramitación de una reforma constitucional, que singularmente corresponde a un procedimiento tedioso a la hora de que el Parlamento lo instruyera por cualquier decisión que emane de la jurisdicción constitucional.

c) La controvertibilidad interpretativa de la Constitución, pues la interpretación del texto constitucional es conflictiva dada la amplitud de conceptos controvertidos y de colisiones entre las diversas disposiciones.²⁶

En síntesis, enfatizando las circunstancias que pueden evocar la falta de legitimidad democrática de la justicia constitucional según lo señala Víctor Ferreres, en la actualidad se ha venido gestando una nueva corriente constitucional al que califico en el presente trabajo como “constitucionalismo bolivariano” desarrollado en Venezuela, Ecuador y Bolivia, que en base a sus postulados y principios de democracia participativa buscan contrarrestar la presunta tensión a la que pudieren estar sujetos los Tribunales Constitucionales tras su falta de legitimidad democrática, supuesto este que será abordado con mayor profundidad en el siguiente capítulo.

²⁵ Ferreres Comella, V. *Justicia Constitucional y Democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, en especial pp. 21-22.

²⁶ Ferreres Comella, V. *Justicia Constitucional y Democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, en especial pp. 23-47

III. PLANTEAMIENTO DEL CONSTITUCIONALISMO BOLIVARIANO Y LA CONCEPCIÓN DE SUS JURISDICCIONES CONSTITUCIONALES

1. *Origen del Constitucionalismo Bolivariano*

El constitucionalismo propiamente dicho responde a un fenómeno político e intelectual que surge en un momento histórico determinado, en donde la racionalidad se impone a la legitimidad del poder político con el fin ulterior de ordenar a una sociedad política a través de una Constitución escrita, es decir, “como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado, regulando los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos”.²⁷

Mucho se ha hablado del origen del constitucionalismo en donde pueden señalarse precedentes antiguos que datan del período greco-romano, sin embargo, su institución coincide con las revoluciones liberales suscitadas a finales del siglo XVIII, específicamente la Revolución Americana con la Constitución estadounidense de 1787 y la Revolución Francesa con su Constitución de 1791. Estos modelos constitucionales se fueron extendiendo paulatinamente en la Europa Occidental y el resto de América.²⁸

Al hilo de estas ideas, resulta claro que los modelos constitucionales conforme a pasado el tiempo han ido evolucionando; quiere decir ello que las situaciones de hecho que ocurrieron en el siglo XVIII no son las mismas que se han planteado en siglos posteriores, especialmente en el siglo XX caracterizado por conflagraciones mundiales que singularmente influyeron en las Constituciones de muchos países europeos, hasta el actual siglo XXI que es denotado por la erosión y retroceso de aspectos básicos que se integran en la desformalización y desjuridización general, y en concreto en la huida del Derecho Público así como también por un proceso de renovación y fortalecimiento ante el supuesto desorden constitucional del poder y de la vida política.²⁹

Tras el largo proceso de evolución del constitucionalismo, en la actualidad se presenta una nueva oleada calificada como neoconstitucionalismo, que las constituciones que lo caracterizan “...no se limitan a establecer competencias o separar a los poderes públicos, sino que contiene altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.”³⁰

En este mismo sentido, el neoconstitucionalismo como teoría del derecho se fundamenta en el examen de la dimensión positiva de la Constitución, donde no se requiere el análisis de la legitimidad democrática y de la fórmula a través de la cual la voluntad constituyente se

²⁷ García Pelayo, M. *Escritos políticos y sociales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, en especial p. 34; véase también Ferrara, G.: *La Costituzione. Dal Pensiero politico alla norma giuridica*, Fel-trinelli, Milán, 2006; De Vega, P.: “Consideraciones en torno al republicanismo de Maquiavelo”, *Revista de Estudios Políticos*, Nº 120, 2003; y Boggetti, G. “Cos’è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin”, *Quaderni costituzionali*, Nro. 1, 2008.

²⁸ Aragón, M. “Sobre las Nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Nro. 50, 1986, pp. 12-14.

²⁹ De Cabo, C. *Dialéctica del sujeto dialéctica de la Constitución*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, en especial pp. 141- 142; véase también García Pelayo, M.: *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Editorial Alianza S.A, Madrid, 1993.

³⁰ Carbonell, M. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, en especial p. 9-10.

traslada a la voluntad constituida, de manera tal que reivindica el Estado de Derecho en su significado último, es decir, hacia aquel tercer modelo ampliado de Estado de Derecho señalado por Luigi Ferrajoli³¹, que surge en las crisis actuales al manifestar un colapso de la capacidad reguladora de la ley y la pérdida de la unidad y coherencia.³²

En otro particular, esta oleada se ha extendido desde Europa y se ha desarrollado con un cierto vínculo de manera paradigmática en Latinoamérica, particularmente en tres países como lo son Venezuela, Ecuador y Bolivia. Esta forma de constitucionalismo, al que califico como constitucionalismo bolivariano según el término acuñado por autores como Roberto Gargarella y Marcelo Neves³³, se presenta como un fenómeno que surge a causa de la actual fase de la globalización bajo la crítica al sistema capitalista ante la crisis del Estado social y el presunto fracaso de las políticas neoliberales que llevaron consigo la deslegitimación del sistema político constitucional tradicional.

El llamado constitucionalismo bolivariano, según lo expresan Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau³⁴, es producto de reivindicaciones sociales en América Latina que emanan de la ruptura de la relación capital-trabajo en la que se acompaña la dotación de conciencia política y hasta organizativa, en donde se incluyen un sin número de afectados y excluidos que van desde los sin tierra, las clases medias urbanas, campesinos y comunidades indígenas. Estos grupos sociales formarán parte de un “nuevo sujeto histórico”³⁵ que tras la falta de representación, credibilidad en los partidos políticos y a los predecesores gobiernos nacionales, van a fusionarse para exigir cambios políticos a través de una democracia directa en antonomasia a las crisis económico-sociales que produjeron los sistemas de democracia representativa.

Ahora bien, el punto relevante es responder a la siguiente cuestión: *¿Por qué llamar constitucionalismo bolivariano a esta fase de constitucionalismo que se presenta actualmente en América Latina?*

Fundamentalmente, se usa esta terminología para definir a una nueva forma de constitucionalismo que se plantea bajo características similares en Venezuela, Ecuador y Bolivia. Su noción emana del sistema venezolano, en donde el “nuevo sujeto histórico” en apatía a los sistemas políticos anteriores y guiados por un nuevo líder político catalogado como socialista, una vez que accede a la presidencia hace un llamamiento al poder constituyente para que sea redactada una nueva Constitución acorde a una nueva visión de Estado y a un sistema político de democracia participativa, en donde la ciudadanía intervendrá activamente en la

³¹ Ferrajoli, L. “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pp. 13-29.

³² Viciano Pastor, R. y Dalmau, R. *¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?*, VIII Mundial de la Asociación Internacional de derecho constitucional, p.2, www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/13/245.pdf.

³³ Gargarella, R. *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en américa - 1776-1860-*, Editorial Siglo XXI, Madrid, 2005, en especial p. 162 y ss; véase también Neves, M., “La concepción del Estado de derecho, con especial referencia a la fuerza normativa de un derecho supranacional”, en Von Bogdandy, A., Landa, C., y Antoniazzi, M. (eds.), *¿Integración Suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, **Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht** y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 51-78.

³⁴ Viciano Pastor, R. y Dalmau, R. *¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?*, *op. cit.*, pp. 3-4.

³⁵ De Cabo, C. *Dialéctica del sujeto dialéctica de la Constitución*, *op. cit.*, p. 143.

toma de decisiones esenciales del Estado, remediando así las exclusiones a las que gran parte de la sociedad estuvo sujeta en los gobiernos anteriores. El primer texto constitucional del modelo bolivariano resulta ser la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), la cual entró en vigor el día 30 de diciembre de 1999, con una votación a su favor de más del 70 % del pueblo venezolano.³⁶

La dialéctica de este modelo constitucional se va expandir sucesivamente a Ecuador, donde su población como “nuevo poder constituyente” en rechazo a los sistemas gubernamentales anteriores, elige en el año 2007 a un nuevo presidente quien en consonancia al mandatario venezolano a los pocos meses de tomar las riendas de su gobierno, va llamar a la celebración de una Asamblea Constituyente la cual redacta la Constitución de la República del Ecuador (CRE), vigente desde el 28 de septiembre de 2008, con una estructura ideológica y organizativa tautológica a la venezolana. Lo mismo ocurrió en el caso de Bolivia, en donde su presidente al llegar al poder en el año 2005 con el apoyo del “nuevo poder constituyente”, un año más tarde solicitará la celebración de una Asamblea Constituyente quien redactará la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (CPEPB), la cual entró en vigor el 7 de febrero de 2009, con la misma esencia que demuestran las Constituciones de Venezuela y Ecuador.

2. Características del Constitucionalismo Bolivariano

Como bien ha sido reseñado en el apartado primero del presente capítulo, el constitucionalismo bolivariano tiene su origen en los cambios constitucionales suscitados en Venezuela y su posterior propagación a otros países de Latinoamérica como Ecuador y Bolivia. Sin embargo, además de los elementos similares que se circunscriben al surgimiento del “nuevo poder constituyente” que va reaccionar para reivindicar sus derechos ante las crisis socio-económicas y la falta de representatividad que caracterizaron a dichos países a lo largo del siglo XX, existen ciertos elementos que esencialmente arrojan esas Constituciones como pueden ser los previstos a continuación:

a) Las Constituciones de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), surgen como resultado a la convocatoria de Asambleas Constituyentes por parte de los mandatarios nacionales al poco tiempo de ascender al poder bajo argumentos de necesidad causados por las crisis que se presentaban en dichos países. Por otra parte, tras el llamado de los presidentes respectivos a la celebración de Asambleas Constituyentes, emerge entonces la cláusula legitimadora de estos procesos cuando son sometidos a referéndum popular en dos momentos específicos que son la activación del proceso constituyente y la posterior aprobación del texto constitucional.

b) Las constituciones bolivarianas tratan de romper con el carácter rígido e inmutable de la Constitución con la prohibición de que los poderes constituidos tengan capacidad para reformar el texto fundamental por ellos mismos. En efecto, para romper con la rigidez constitucional dotan a las mismas de mecanismos que puedan hacerlas más útiles en la emancipación y avance de los pueblos, a través de la Constitución como mandato directo del poder constituyente y, en consecuencia, fundamento último del poder constituido³⁷.

³⁶ Márquez, T. “La nueva institucionalidad de la letra a la práctica”, en *Una lectura sociológica de la Venezuela actual*, Konrad Adenauer Stiftung y Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, Vol. II, p. 55.

³⁷ Viciano Pastor, R. y Dalmau, R. ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?, *op. cit.*, p. 4.

c) El poder público nacional, dentro del constitucionalismo clásico, se encuentra fragmentado fundamentalmente en tres instituciones independientes y autónomas -poder ejecutivo, legislativo y judicial- quienes actuarán conforme a las competencias que han sido previstas en los respectivos textos constitucionales. Por el contrario, el constitucionalismo bolivariano se aparta de la noción clásica de poder público nacional respecto a las instituciones que lo conforman, ya que se adhieren otras especializadas que son diseñadas para cubrir los requerimientos y exigencias del nuevo modelo constitucional.

d) Las constituciones bolivarianas establecen un activismo económico fuerte por parte del Estado, tras la definición propia del Estado como un Estado Social. Respecto al régimen económico que caracteriza a sus constituciones, se reconoce expresamente la economía de mercado, pero a la vez garantizando una fuerte regulación e intervención del Estado en los asuntos económicos de acuerdo a los objetivos de justicia social, justa distribución de la riqueza y desarrollo integral de las personas. La intervención estatal se manifiesta en aspectos que van desde el reconocimiento a la función social de la propiedad privada, la cual será un derecho sometido a limitaciones de carácter legal (artículos 115 de la CRBV, 323 de la CRE y 57 de la CPEPB), la planificación de la economía por parte del Estado, la reserva de algunas actividades económicas a la actividad estatal, entre otras.³⁸

e) Las constituciones bolivarianas reconocen y tutelan los derechos fundamentales de primera –civiles y políticos- y segunda generación - económicos, sociales y culturales-. En antinomia al derecho constitucional tradicional que reconoce ambas generaciones de derecho pero no tutela de los derechos segunda generación a través de recursos extraordinarios, los tres países que conforman el constitucionalismo bolivariano de manera innovadora no sólo reconocen estos derechos en sus constituciones, sino que permiten la tutela de los derechos de segunda generación e incluso de aquellos derechos que se encuentran recogidos en los tratados internacionales y no figuran de manera categórica en sus texto constitucionales, a través de mecanismos extraordinarios tal como se establece en los artículos 27 de la CRBV que prevé la acción de amparo constitucional, el 88 de la CRE con la acción de protección y el 128 de la CPEPB con la acción de amparo constitucional.³⁹

Del mismo modo, tras el reconocimiento de los derechos de segunda generación aunado a la participación activa que se reconoce a la ciudadanía en este nuevo modelo constitucional, se faculta a toda persona individual o colectiva que se vea afectada por un acto normativo que tenga efectos contrarios a la propia Constitución, a ejercer una acción de inconstitucionalidad al acudir ante la jurisdicción constitucional competente para solicitar la nulidad del respectivo acto, según puede evidenciarse en los artículos 26 de la CRBV, 439 de la CRE y 132 de la CPEPB.

f) Los textos constitucionales que forman parte del constitucionalismo bolivariano, configuran un sistema político de democracia participativa que dependiendo del caso pueden ser más o menos directo de manera que exista una estrecha relación entre soberanía –pueblo- y gobierno, tal como se prevé en el preámbulo de la CRBV, el artículo 95 de la CRE y el artículo 11 numeral II de la CPEPC. Este sistema democrático es previsto en las constituciones bolivarianas tras el declive o erosiónamiento que ha podido sufrir la democracia representativa en estos países como consecuencia de los problemas sociales, económicos e institucionales.

³⁸ Noguera Fernández, A.: *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, Editorial Tirante Lo Blanch, Valencia, 2010, en especial pp. 169-174.

³⁹ Noguera Fernández, A.: *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, Editorial Tirante Lo Blanch, Valencia, 2010, en especial pp. 210-211.

les que incidieron afinadamente en la falta de representatividad y exclusión de gran parte de la sociedad por parte de los antiguos gobernantes. Dicho modelo se configura como un complemento en la legitimidad y un avance en la democracia, pero no como una sustitución definitiva de la representación.⁴⁰

Para explicar lo anterior, resulta evidente que la ciudadanía no sólo participará en momentos excepcionales o extraordinarios en uso de mecanismos como la iniciativa legislativa o el referéndum, utilizados tradicionalmente para reforzar la democracia representativa siempre y cuando estén estipulados en la propia Constitución y desarrollados en el resto del ordenamiento jurídico, sino que la ciudadanía en la democracia participativa tendrá una intervención continua y sistemática en gran parte de las decisiones políticas a favor de la Nación.

En resumen, la democracia participativa que promueve el constitucionalismo bolivariano tal como ha sido reseñado, corresponde a un concepto intermedio entre democracia directa y democracia representativa que busca legitimar el sistema democrático al tener en cuenta la opinión de la sociedad civil en las decisiones políticas de la nación. Por otra parte, la concepción como tal de democracia participativa es poco clara en los textos constitucionales bolivarianos, pues en lo que respecta a los casos de Venezuela y Ecuador la participación ciudadana se limita a tomar en cuenta su opinión en las decisiones políticas y controlar a los representantes durante el transcurso de sus gobiernos en uso de los mecanismos correspondientes; mientras que en el caso de Bolivia además de esto, demuestra un componente de participación directa al facultar a la población a tomar por sí misma ciertas decisiones políticas.

A modo de ejemplo, puede acotarse en el primero de los casos, el mecanismo de referéndum revocatorio a todo cargo o mandato de elección popular tal como se encuentra previsto en los artículos 72 de la CRBV, 105 de la CRE y 240 de la CPEPB. Sobre este supuesto, debe destacarse que los sistemas democráticos tradicionales prevén como requisito *sine qua non* una periodicidad de las elecciones como límite temporal propio de la democracia, en donde el pueblo a través de las elecciones podrá elegir a sus gobernantes y a su vez podrá imponer la rendición de cuentas o *accountability* a la autoridad competente de turno al no reelegirlo en futuras elecciones. No obstante, el constitucionalismo bolivariano dispone de un mecanismo innovador de *accountability* en donde no se requiere esperar a que el gobernante concluya su mandato, sino que una vez transcurrido la mitad del período al que ha sido electo, el pueblo podrá revocar ese mandato a través de referéndum. En lo que respecta al segundo de los casos (la democracia directa del sistema constitucional boliviano), puede materializarse con la participación directa de la ciudadanía en la elección de los Magistrados que formarán parte del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia a través del sufragio universal.

En definitiva y como corolario a las anteriores consideraciones Venezuela, Ecuador y Bolivia sistemáticamente a través de sus constituciones han otorgado un gran poder del que antes carecían gran parte de sus pueblos, quienes participarán activamente en la toma de decisiones sobre cuestiones fundamentales del Estado amén de que la soberanía resida eficazmente en el pueblo. Sin embargo, es preciso señalar que si bien la participación activa de la ciudadanía tiene efectos beneficiosos al dotar de legitimidad democrática muchas de las decisiones gubernamentales de la que es protagonista, no es menos cierto que a la hora de ponerse en práctica para controlar y limitar el poder hegemónico del Estado, puede ser ignorado, de la forma ocurrida en el caso venezolano en el año 2000, cuando la Asamblea Nacio-

⁴⁰ Viciano Pastor, R. y Dalmau, R.: ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?, *op. cit.*, p. 20.

nal dictó la Ley Especial para la designación de los altos funcionarios públicos del Poder Judicial y del Poder Ciudadano, excluyendo en ella la participación de la sociedad en dichos procesos contraviniendo ulteriormente el contenido de la Constitución.⁴¹

3. *Del modelo de Justicia Constitucional en el Constitucionalismo Bolivariano a la luz de la democracia participativa*

Para iniciar este apartado, es preciso hacer mención que el constitucionalismo bolivariano al igual que el constitucionalismo tradicional, reconoce a la Constitución como la norma suprema del ordenamiento jurídico sobre la cual se encuentran sujetos todos los poderes públicos que son creados en los respectivos textos constitucionales. Asimismo, las constituciones de los países que forman parte del modelo bolivariano, conceden jerarquía constitucional a todos aquellos tratados de derechos humanos debidamente ratificados, previendo así la progresividad de los derechos en la medida de que dispongan de normas sobre el goce y ejercicio más favorables a aquellos derechos que se encuentran previstos en dichas constituciones.

En este mismo orden de ideas, con el objeto de garantizar la supremacía constitucional tras la inconstitucionalidad de alguna ley o cualquier acto emanado de alguna autoridad del poder público, las constituciones bolivarianas análogamente al constitucionalismo tradicional, establecen mecanismos de control judicial para solventar estas situaciones, disponiendo para ello de los dos principales métodos de control de constitucionalidad presentes en el derecho comparado.

En el caso venezolano, el artículo 334 de la CRBV prevé un sistema mixto integral de control de constitucionalidad, en donde coexistirán por un lado, el método concentrado propio del modelo kelseniano, a manos de un Tribunal especializado que forma parte del Poder Judicial -Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia- quien tiene el monopolio de declarar con efectos *erga omnes* la nulidad de leyes o actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución; y por el otro lado, el método norteamericano del *judicial review* o control difuso de constitucionalidad, mediante el cual todo juez con efectos *inter partes*, tiene el deber de inaplicar una ley al caso concreto que le corresponde conocer y en su defecto aplicar la Constitución cuando aquella sea contraria al texto constitucional. De este mismo modo, debe señalarse que el sistema de justicia constitucional venezolano se identifica dentro del sistema mixto o integral, en el sentido de que existe una inbricación entre los métodos difuso y concentrado al momento en que la Sala Constitucional podrá revisar las sentencias de los tribunales en las que se hiciera uso del control difuso de constitucionalidad de las leyes según se prevé en el artículo 336.10 CRBV, lo cual evita disparidad de criterios entre los jueces sobre la compatibilidad de alguna ley con la Constitución y permite a la Sala de decir la última palabra sobre este asunto.⁴²

⁴¹ Brewer-Carías, A. “La progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela”, *XXX Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Estado de Derecho, Administración de Justicia y Derechos Humanos del Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara*, 2005, pp. 33-174.

⁴² Casal, Jesús M. “Justicia Constitucional y derechos fundamentales en Venezuela”, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela*, Konrad Adenauer Stiftung y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Uruguay, 2010, p.88.

En otros términos, el sistema de control de constitucionalidad ecuatoriano aparentemente pareció pasar de un sistema de control difuso estipulado en el artículo 274 de la antigua Constitución del año 1998, a un sistema concentrado por parte de un Tribunal extraordinario denominado Corte Constitucional. Esta Corte, a tenor del artículo 429 de la CRE es el órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia; y conforme a lo estipulado en el artículo 428 *ejusdem* cuando un juez ordinario (a solicitud de parte o de oficio) evidencie que una norma contradice a la Constitución o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos que establezcan derechos más favorables a los previstos en el propio texto constitucional, deberá paralizar el juicio y remitir el asunto a la Corte Constitucional para que ésta resuelva la constitucionalidad de la norma.

Sin embargo, el sistema de justicia constitucional ecuatoriano tiene ciertos matices que no son diáfanos, debido a la contradicción presentada entre el citado artículo que pareciera perfeccionar un sistema de control de constitucionalidad concentrado, con otro artículo de la propia Constitución que deja la puerta abierta al método difuso, ya que los jueces podrán inaplicar una ley al caso concreto y en su defecto aplicar la norma constitucional.⁴³

Al hilo de las ideas anteriores, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) publicada en fecha 28 de julio de 2009, deja claro que Ecuador preserva un sistema mixto de justicia constitucional, ya que en sus artículos 141 y 142 se dispone expresamente del control concreto de constitucionalidad en donde cualquier juez puede inaplicar la norma contraria a la Constitución y sólo en caso de que tenga dudas razonables y motivadas de que una norma contraría a la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, es cuando suspenderá la tramitación de la causa y planteará un cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional.

Por el contrario a los sistemas venezolanos y ecuatorianos, Bolivia establece un sistema concentrado de control de constitucionalidad en donde el Tribunal Constitucional Plurinacional será el órgano con competencia exclusiva para anular y expulsar del espacio jurídico toda ley o acto con valor y rango de ley que sea contrario a la Constitución. Sin embargo, el sistema europeo presente en la Constitución de Bolivia no se trata de un modelo puro, pues subsisten rasgos y elementos importantes del modelo americano de control difuso de constitucionalidad, al concedérsele competencias extraordinarias en el ejercicio del control de constitucionalidad como parte de la jurisdicción constitucional a los jueces de partido (jueces de primera instancia) y tribunales judiciales como las Cortes Superiores de Distrito (Cortes de Apelación), al conocer y resolver acciones tutelares de *habeas corpus*, amparo constitucional y *habeas data*.⁴⁴

Según se establece en el artículo 196.I de la CPEPB, el Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.

⁴³ Artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁴⁴ Rivera Santivañez, J. "Algunos avances en el proceso de judicialización de los derechos humanos en Bolivia", en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela*, Konrad Adenauer Stiftung y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Uruguay, 2010, p.34.

Dentro de las atribuciones previstas en el respectivo texto fundamental en consonancia con el artículo 101 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (LTCP) de fecha 06 de julio de 2010, el Tribunal Constitucional conocerá las acciones de inconstitucionalidad de carácter abstracto y concreto.⁴⁵

En lo que atañe a las acciones de inconstitucionalidad de carácter concreto según se establece en el artículo 109 de la LTCP, será promovida por el Tribunal o autoridad administrativa de oficio o a instancia de partes en aquellos procesos judiciales o administrativos cuando su decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, estatuto autonómico, carta orgánica, decreto y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales aplicables a aquellos procesos. En este supuesto, la autoridad en cuestión deberá notificar al órgano del cual emana el respectivo acto normativo para que responda lo que tenga lugar en base a la posible inconstitucionalidad de dicho acto.

Independientemente de que haya sido o no contestada la acción de inconstitucionalidad, la autoridad judicial o administrativa deberá rechazar o no el respectivo recurso. En el primero de los casos, deberá ser elevada a consulta de oficio al Tribunal Constitucional Plurinacional, mientras que en el supuesto de que la acción de inconstitucionalidad haya sido admitida, deberán remitirse las copias certificadas del expediente de marras para que el Tribunal Constitucional resuelva.⁴⁶

En otro orden de ideas, señalado como ha sido el sistema de control de constitucionalidad que establece el constitucionalismo bolivariano en las constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia, resulta importante traer a colación la influencia que trae aparejado el modelo de democracia participativa propuesto por ese modelo constitucional en lo que respecta a la configuración de las jurisdicciones constitucionales.

Como ha sido reseñado previamente en capítulo segundo del presente trabajo de investigación, desde la creación de los Tribunales Constitucionales hasta la actualidad, la justicia constitucional ha recibido incesantes críticas tras la supuesta tensión a la que están sujetas las jurisdicciones constitucionales por presuntamente carecer de legitimidad democrática - integradas por un grupo mínimo de jueces-, que como poder contramayoritario pueden anular una ley emanada del Parlamento, quien democráticamente cuenta con mayor representación ciudadana y sus miembros han sido electos a través del sufragio universal.

Ahora bien, el constitucionalismo bolivariano a fin de contrarrestar la presunta tensión a la que pudieren estar sujetos los Tribunales Constitucionales, ha propuesto un nuevo mecanismo propio del sistema político de democracia participativa que va a coincidir a la hora de dotar de cierta legitimidad democrática a los magistrados que formarán parte de la jurisdicción constitucional.

De esta manera surge la interrogante: *¿Cómo dotar de legitimidad democrática a los jueces que forman parte de las jurisdicciones constitucionales a través del principio de democracia participativa establecido por el constitucionalismo bolivariano?*

Para responder a esta cuestión aunque parezca paradójico, el constitucionalismo bolivariano ha tejido minuciosamente una fórmula a través de la cual dota de mayor legitimidad democrática a las jurisdicciones constitucionales desde el momento en que serán designados los jueces que formarán parte de las mismas, de modo que, haciendo uso del sistema de de-

⁴⁵ Artículo 202.1 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

⁴⁶ Artículo 112 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional

mocracia participativa, la ciudadanía intervendrá e influirá -dependiendo del caso- directa o indirectamente en la postulación, evaluación y/o designación de jueces que integran las jurisdicciones constitucionales.⁴⁷

Por consiguiente, la participación de la ciudadanía en el proceso de formación del Tribunal Constitucional al postular, evaluar y/o designar a los jueces constitucionales, servirá como elemento proveedor de legitimidad democrática a dicha institución, en contraposición al sistema político de democracia representativa en donde son los representantes (parlamentos-gobiernos) quienes tienen la facultad ineludible de designar a los miembros que formarán parte de la jurisdicción garante de la supremacía constitucional.

A. *Sistema de designación de jueces constitucionales en la República Bolivariana de Venezuela*

Para iniciar el análisis del método venezolano a través del cual la ciudadanía -en base al principio de democracia participativa- intervendrá activamente en el proceso de designación de jueces constitucionales, es importante tomar en cuenta el sistema de control de constitucionalidad recogido en su texto fundamental. Como ha sido previamente descrito, Venezuela acoge un sistema mixto de control constitucional según se dispone en el artículo 334 de la CRBV, es decir, coexisten tanto el método concentrado como el difuso de justicia constitucional.

En su conjunto y haciendo énfasis al control difuso venezolano, todo juez está obligado a garantizar la integridad de la Constitución, por lo que estas autoridades cuando deban resolver un caso y encuentren alguna incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma jurídica, deberán dar prioridad a la norma constitucional aplicándola y una vez hecho éste proceso informarlo a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia señalando el fundamento y alcance de la desaplicación adoptada.⁴⁸ En vista de ello, puede determinarse que la función asignada a todos los jueces como garante de la supremacía constitucional los concibe directamente en jueces constitucionales, pero con las limitantes que implican sus propias atribuciones ya que las decisiones proferidas poseerán sólo efectos *inter parte*.

Aceptando esta concepción amplia de juez constitucional según el derecho constitucional venezolano, resulta pertinente diferenciar al juez ordinario como juez constitucional al hacer uso del método difuso, con el juez constitucional que forma parte de la jurisdicción constitucional especializada y que aplica el control concentrado de la constitucionalidad. Como resultado a la diferenciación entre jueces constitucionales en el sistema previsto en la CRBV, lo esencial como punto de análisis radica en la designación de aquellos jueces que forman parte de la jurisdicción constitucional.

En el marco de las observaciones anteriores, la jurisdicción constitucional venezolana se encuentra enmarcada en una sala especializada que forma parte del Tribunal Supremo de

⁴⁷ El sistema estadounidense presenta desde el siglo XIX la posibilidad de incluir la participación ciudadana en el proceso de selección de jueces estatales con la idea de acercar la función judicial al pueblo y así dotar a los jueces de mayor legitimidad democrática a través del denominado método "*merit plans*" utilizado en 33 Estados como California, Nebraska, Missouri, entre otros, en donde los méritos de los jueces son reforzados con el apoyo popular. Para ello, se crea una Comisión *ad hoc* que recibirá las candidaturas y formará un listado en donde el Gobernador procederá a nombrar al respectivo juez por un periodo no inferior de un año; una vez transcurrido ese tiempo el juez es sometido a un referendun popular para confirmarle en el cargo por un periodo más prolongado.

⁴⁸ Artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Justicia, institución esta que funge como máximo órgano del Poder Judicial⁴⁹. Dicho Tribunal esta conformado por siete Salas -Sala Plena, Sala Constitucional, Político Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social- que actúan conforme a las atribuciones previstas en la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ). Ahora bien, el Tribunal Supremo de Justicia estará integrado por treinta y dos magistrados que en su conjunto forman la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia; siete de ellos integran la Sala Constitucional mientras que el resto de las Salas se componen, cada una de ellas, por cinco magistrados.

Aunado a lo anterior, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional especializada, a tenor de lo previsto en el artículo 335 de la CRBV, será el máximo y último interprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación, dando vinculación a sus decisiones frente a las demás Salas que integran el Tribunal Supremo de Justicia y el resto de los Tribunales. Entre las atribuciones concedidas a esta Sala, según se evidencia en el artículo 336 de la CRBV, en concordancia con el artículo 25 de la LOTSJ, puede apreciarse fundamentalmente el control concentrado de constitucionalidad sobre leyes nacionales, constituciones o leyes estatales, actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución dictados por cualquier otro órgano estatal del Poder Público, entre otra

Hecha las observaciones anteriores respecto a la conformación del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, el cual arropa a la Sala Constitucional de dicho Tribunal como jurisdicción especializado en esta materia, es conveniente entonces hacer referencia al proceso de designación de sus magistrados armonizándolo al principio de democracia participativa que es uno de los elementos esencial del constitucionalismo bolivariano.

En primer lugar, como todo sistema constitucional el aspirante a juez o magistrado deberá cumplir con unos requisitos que se encuentran recogidos en las Constituciones u otras leyes especiales que forman parte del ordenamiento jurídico de cada Estado. En el caso venezolano, para ser magistrado del Tribunal Supremo de Justicia a tenor del artículo 263 CRBV en concordancia con el artículo 37 de la LOTSJ, deberán cumplirse ciertos requisitos entre los cuales pueden mencionarse: ser nacional por nacimiento y no poseer otra nacionalidad, ser abogado de reconocida honorabilidad y competencia con ejercicio durante un mínimo de quince años o haber sido profesor universitario durante un lapso de quince años y tener la categoría de profesor titular, renunciar a cualquier militancia política, tener un título universitario, maestría o doctorado en el área de ciencias jurídica, entre otras.

Precisado lo anterior y a tenor de lo previsto en el artículo 264 de la CRBV en consonancia con el artículo 38 de la LOTSJ, los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán designados por la Asamblea Nacional por un período único de doce años bajo el siguiente proceso:

Primera fase (Convocatoria y Postulaciones): Tras la convocatoria anunciada por el Comité de Postulaciones Judiciales⁵⁰, el candidato a la magistratura, si creyese cumplir con los extremos legales señalados *ut supra*, podrá postularse por iniciativa propia o por organi-

⁴⁹ Artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁵⁰ El Comité de Postulaciones Judiciales según el artículo 16 de la LOTSJ, tendrá la función principal de seleccionar a los candidatos a magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, a través de un proceso público y transparente, para posteriormente ser presentados ante el Poder Ciudadano (conformado por el Defensor del Pueblo, Contralor General de la República y Fiscal General), quien realizará la segunda preselección bajo lo contemplado en el artículo 264 de la CRBV.

zaciones vinculadas con la actividad jurídica ante el citado Comité, quien sirve como órgano asesor de la Asamblea Nacional para la selección de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.⁵¹

Particularmente, este Comité se concibe como máximo órgano representativo de la sociedad venezolana. Esta integrado por once miembros principales con sus respectivos suplentes, que son designados por mayoría simple de la Asamblea Nacional (AN) para desempeñarse por un período máximo de dos años. Cinco de sus miembros serán elegidos del seno de la AN, mientras que los otros seis miembros se encuentran vinculados al principio de democracia participativa, ya que éstos serán elegidos de los sectores de la sociedad a través de un procedimiento público habiendo cumplido con los requisitos legales previstos en la LOTSJ.⁵²

Segunda Fase (Impugnaciones y primera preselección): El Comité de Postulaciones Judiciales una vez recibidas todas las candidaturas a la magistratura, publicará en un diario de circulación nacional los nombres de los postulados para que las personas interesadas - participación activa de la ciudadanía- puedan impugnar las candidaturas ante el señalado Comité, quien posteriormente se pronunciará y notificará al candidato afectado para que exponga en una audiencia sus alegatos haciendo uso de los medios de prueba necesarios para contradecir las impugnaciones respectivas.⁵³

Culminada las audiencias, el Comité de postulaciones aprobará por medio de las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes el baremo que se utilizará para la preselección de los candidatos. Entre todos los candidatos, el Comité de Postulaciones Judiciales preseleccionará un número no inferior al triple de los cargos de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, remitiendo posteriormente la lista de preseleccionados con sus respectivos expedientes al Poder Ciudadano.

• **Tercera fase (Evaluación y segunda preselección):** El Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, hará una segunda preselección que será presentada a la AN para que realice la selección final.⁵⁴

• **Cuarta fase (Selección y Designación):** La AN tras recibir el listado de la segunda preselección de candidatos, seleccionará a los magistrados conforme al artículo 264 de la CRBV en sesión plenaria con el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de sus miembros. En caso de que no se lograra alcanzar la mayoría calificada requerida, se convocará a una segunda sesión plenaria y si tampoco se obtuviese esa mayoría calificada, se convocará a una tercera sesión que de no ser favorable, se convocará a una cuarta y última sesión donde se harán las designaciones con el voto favorable de la mayoría simple de los miembros de la AN.⁵⁵

⁵¹ Artículo 64 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

⁵² *Ibidem*, Artículo 65 y 68.

⁵³ *Ibidem*, Artículo 71.

⁵⁴ Artículo 74 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

⁵⁵ Artículo 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Si bien es cierto que la mayoría calificada (2/3 partes) para la designación de magistrados resulta ser un procedimiento complicado para adoptar un consenso en el seno del Parlamento, el mero hecho de que se lleven a cabo sucesivas convocatorias ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, indiscutiblemente desvirtúa el respectivo precepto pues si no se llegare al consenso requerido para nombrar como magistrado a un determinado candidato, su designación en ningún momento podría producirse aún menos por una votación minoritaria.

De acuerdo con el proceso de designación de magistrados establecido en el sistema venezolano, puede observarse que la ciudadanía participa activamente en la primera y segunda fase, al postular candidatos, evaluarlos e impugnarlos, lo que denota un proceso innovador estrictamente influenciado por el sistema político de democracia participativa propio del constitucionalismo bolivariano que irrumpe fehacientemente con el modelo tradicional de selección de magistrados en el derecho comparado.

B. *Sistema de designación de jueces constitucionales en la República del Ecuador*

El sistema de control judicial previsto en la Constitución ecuatoriana se presenta de forma similar al modelo mixto venezolano, pero con ciertas salvedades en aspectos específicos de los métodos que lo integran. En lo que respecta al control difuso, el artículo 425 de la CRE en concordancia con los artículos 141 y 142 de la LOGJCC, regula su aplicación al momento en que un juez al estudiar un caso concreto en donde se presente un conflicto entre normas de distinta jerarquía, deberá dar aplicación a la norma de mayor rango. En efecto, el control difuso ecuatoriano sigue el modelo tradicional de *judicial review* propio del constitucionalismo norteamericano, pues se concede al juez la facultad de desaplicar la norma a un caso concreto cuando ésta sea contraria a la propia Constitución. Sin embargo, el hecho innovador y que resulta paradójico en el sistema ecuatoriano, es que la facultad de inaplicar una norma en favor de otra de mayor jerarquía, se extiende a otras autoridades no judiciales.

Por otro lado, dentro del sistema de control constitucional ecuatoriano se integra igualmente el método de control concentrado, realizado por una Corte Constitucional que estará integrada por nueve jueces que serán designados por un período único de nueve años, a través de un proceso provisto de participación ciudadana como consecuencia al sistema de democracia participativa propio del constitucionalismo bolivariano.

El procedimiento de designación de jueces de la Corte Constitucional se encuentra recogido en el artículo 434 de la CRE y desarrollado especialmente en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), que a continuación pasará a analizarse.

Para ser juez de la Corte Constitucional del Ecuador, el candidato deberá cumplir ciertos requisitos legales que concretamente se encuentran recogidos en el artículo 433 de la CRE y el artículo 172 de la LOGJCC, entre los que destacan: ser nacional ecuatoriano y encontrarse en ejercicio de sus derechos políticos; tener título de tercer nivel en derecho legalmente reconocido en el país; haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado, la judicatura o la docencia en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años; y no pertenecer ni haber pertenecido en los últimos diez años a la directiva de ningún partido o movimiento político, entre otras.

Cumplidos los anteriores requisitos, el proceso de selección y designación de jueces de la Corte Constitucional se desarrolla en cinco fases según se prevé en el artículo 178 de la LOGJCC, y se plantea de la siguiente manera:

- **Primera fase (Integración de la Comisión Calificadora):** la Comisión Calificadora⁵⁶ a tenor de lo dispuesto en el artículo 179 de la LOGJCC, será la institución encargada de evaluar y designar a los miembros de la Corte Constitucional y se instaurará con una antelación de seis meses a la conclusión del período de la terna de jueces de la Corte. Estará inte-

⁵⁶ Artículo 434 de la Constitución de la República del Ecuador.

grada por dos miembros de la Función Legislativa -poder legislativo nacional-, dos miembros Función Ejecutiva -poder ejecutivo- y dos miembros de la Función de Transparencia y Control Social,⁵⁷ siendo éste último el que responderá efectivamente al principio de democracia participativa o participación ciudadana en la designación de los jueces de la jurisdicción constitucional ecuatoriana.

- **Segunda fase (Convocatoria y verificación de requisitos):** una vez Constituida la Comisión Calificadora, se realizará por parte de ésta una convocatoria pública a través de los medios de comunicación para que la Función Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social presenten candidaturas -nueve candidatos por cada uno de estos órganos- de fuera de su seno como jueces a la Corte Constitucional. Una vez realizadas las propuestas por los citados órganos del Poder Público, la Comisión Calificadora procederá a evaluar si los candidatos propuestos cumplen o no con los requisitos previstos en la CRE, y en caso de no cumplirlos se presenten por los órganos correspondientes, nuevos candidatos en su reemplazo.⁵⁸

- **Tercer fase (Concurso Público):** cerrado el proceso de revisión formal hecho por la Comisión Calificadora, se dará comienzo al concurso público entre los candidatos que hayan cumplido con los extremos legales. En términos de igualdad, la citada Comisión evaluará la formación, experiencia y la producción profesional y académica de cada uno de los candidatos, la cual no excederán del treinta por ciento de la puntuación total. Asimismo, se llevará a cabo un concurso de oposición que atenderá a las materias y habilidades requeridas para el ejercicio como juez en la Corte Constitucional.⁵⁹

- **Cuarta fase (impugnaciones):** una vez publicado el listado de los candidatos, se abrirá un período prudente para que la Comisión Calificadora reciba y ponga en curso las impugnaciones que realice la ciudadanía. Estas impugnaciones ponen nuevamente de manifiesto la democracia participativa del constitucionalismo bolivariano, en donde no sólo se agotará con la formación de una institución -Función de Transparencia y Control Social- que integrará la Comisión Calificadora, sino que se realizará de forma general para toda la ciudadanía a la cual se le permite manifestar su contradicción sobre los candidatos postulados a jueces del Tribunal Constitucional.

Consecutivamente, se abrirá un período de audiencias públicas en donde los candidatos serán escuchados en relación a las impugnaciones recibidas por la Comisión. Una vez concluido, la Comisión Calificadora elaborará el listado definitivo de las personas elegibles.⁶⁰

- **Quinta fase (Comparecencia oral, elección y designación de jueces):** la Comisión Calificadora publicará a través de los medios de comunicación el listado de las personas elegibles con el señalamiento de la comparecencia pública-oral en la cual serán examinadas.

⁵⁷ La Función de Transparencia y Control Social a tenor del artículo 204 de la CE, es un órgano que forma parte del poder público nacional, el cual promoverá e impulsará el control de las entidades y organismo del sector público, personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público; fomentará e incentivará la participación ciudadana, protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción. Estará integrada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (institución integrada por organizaciones sociales y la ciudadanía según se dispone en el artículo 207 de la CE), la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General y las superintendencias.

⁵⁸ Artículo 180 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

⁵⁹ *Ibidem*, Artículo 181.

⁶⁰ *Ibidem*, Artículo 182.

Llevada a cabo la comparecencia, la Comisión formulará preguntas previamente elaboradas que serán escogidas al azar por los candidatos, donde prevalecerá la argumentación sobre la memoria. Concluida esta fase, la Comisión Calificadora realizará el listado con las calificaciones obtenidas por los candidatos y posteriormente nombrará a los tres que hayan obtenido las puntuaciones más altas como jueces de la Corte Constitucional que serán designados formalmente ante la Asamblea Nacional en sesión extraordinaria.⁶¹

En referencia al proceso de designación de jueces constitucionales de la Corte Constitucional del Ecuador, resulta clara la participación ciudadana en dicho proceso en dos fases esenciales que se circunscriben a la integración de la Comisión Calificadora -primera fase- y la impugnación a las candidaturas -cuarta fase-. Este sistema de designación de jueces, a pesar de las diferencias adjetivas que demuestra al proceso venezolano, igualmente establece una participación indirecta ya que la sociedad sólo podrá influir limitadamente en la designación de los jueces que formarán parte de las jurisdicciones constitucionales.

C. *Sistema de designación de jueces constitucionales en el Estado Plurinacional de Bolivia*

El sistema de justicia constitucional previsto en la Constitución de Bolivia, a diferencia del resto de las constituciones que forman parte del modelo bolivariano, prevé únicamente un sistema de justicia constitucional concentrado en manos del denominado Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. A pesar de ello, el proceso de designación de magistrados que integrarán dicho Tribunal, va a demostrarse de manera similar a las constituciones de Venezuela y Ecuador con una tendencia claramente dirigida al principio de democracia participativa. Sin embargo, el caso boliviano es el más paradigmático del nuevo modelo de constitucionalismo en lo que respecta a la reducción de la “tensión” que pudieren tener los jueces constitucionales tras la falta de legitimidad democrática en las funciones que llevan a cabo, ya que en éste caso la participación ciudadana se perfecciona con la elección directa de los magistrados que formarán parte del Tribunal Constitucional a través del sufragio universal según se prevé en el artículo 198 de la CPEPB.

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia estará integrado por siete magistrados con sus respectivos suplentes que serán electos por un período de seis años sin reelección. En respuesta a la organización político territorial del Estado Plurinacional de Bolivia tras el reconocimiento expreso en el artículo 2 de la CPEPB de naciones pre coloniales y pueblos indígenas originarios campesinos, al menos dos de los magistrados que formarán parte del Tribunal Constitucional deberán provenir del sistema indígena,⁶² de modo que la sensibilidad acreditada para las culturas indígenas pueda así estar presente y hacerse viva⁶³.

De la misma manera a los sistemas constitucionales que reconocen la justicia constitucional, toda persona que desee optar a la magistratura deberá cumplir con una serie de requisitos que se encuentran dispuestos en las constituciones y otras leyes especiales. En el caso boliviano, según se recoge en el artículo 199 de la CPEPB y el 17 de la LTCP el candidato deberá cumplir con ciertos requisitos como lo puede ser: contar con la nacionalidad boliviana, tener treinta y cinco años de edad como mínimo, hablar al menos dos idiomas oficiales del país en el marco de lo establecido en la Disposición Transitoria Décima de la Constitu-

⁶¹ Artículo 183 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

⁶² Artículo 13 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional.

⁶³ Clavero, B. “Tribunal Constitucional en Estado Plurinacional: El reto constituyente de Bolivia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 94, enero-abril 2012, p. 41.

ción Política del Estado, poseer un título de abogado en provisión nacional, tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos, etc.

En vista de los requisitos previstos en el citado texto normativo, llama la atención la exigencia a los candidatos a la magistratura de hablar como mínimo dos idiomas oficiales, es decir, además del castellano una de las treinta y seis lenguas que emanan de las culturas indígenas reconocidas expresamente en el artículo 5 de la CPEPB. Según se asentó en la disposición transitoria décima del texto fundamental boliviano, dicho requisito sería de aplicación progresiva de acuerdo a la ley, pero lo cierto es que la LTCP que regula el procedimiento de elección de magistrados del Tribunal Constitucional no mencionó nada al respecto. Debido a esto, sigue existiendo en Bolivia una gran incertidumbre en relación al requisito en cuestión, ya que como consecuencia al gran número de idiomas reconocidos bajo argumentos de igualdad e inclusión social, pueden persistir y acentuarse en gran medida las diferencias históricas que han caracterizado a la sociedad boliviana y en todo caso, dicha exigencia no puede ser implementada de manera tan drástica sin tomar en consideración que los diversos dialectos indígenas (aymara, quechua, guaraní, pacawara, tapiete, entre otros) son aprehendidos como lengua materna por los nativos de zonas respectivas, lo que genera en sí una gran diversidad léxicos que en el plano institucional como lo es un Tribunal Constitucional, requieren ser homogenizadas en un solo contenido y sentido para toda la nación boliviana.

Señalado lo anterior, corresponde ahora analizar el procedimiento de elección de magistrados al Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia de acuerdo a las siguientes fases:

- **Primera fase (Convocatoria):** la Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP) realizará la convocatoria a las elecciones respectivas faltando seis meses para la fecha en que concluya el mandato de los magistrados, señalando las condiciones de elegibilidad y las características del procedimiento. Las elecciones se llevarán a cabo cuando menos con treinta días de antelación de la conclusión del mandato de los magistrados.⁶⁴
- **Segunda fase (Postulaciones y Preselección):** tras la convocatoria realizada por la ALP, las personas que cumplan con los requisitos exigidos en la CPEPB y la LTCP, se postularán de manera individual o por organizaciones sociales de las naciones y pueblos indígenas y la sociedad civil en general. Una vez recibidas las candidaturas correspondientes, la ALP realizará una preselección de 28 postulantes por medio del voto de las dos terceras (2/3) partes de sus miembros presentes, en donde la mitad de los candidatos deberán representar al sexo femenino.⁶⁵
- **Tercera fase (Elección y posesión):** llevada a cabo la preselección por parte de la ALP, el Órgano Electoral Plurinacional (OEP) organizará el proceso electoral respectivo. En el transcurso de este proceso, los candidatos a la magistratura no podrán realizar campaña electoral personalmente o a través de terceras personas so pena de ser inhabilitados, por lo tanto, la difusión de los candidatos y sus méritos corresponderán únicamente al OEP. Una vez que se realice la elección, los siete candidatos con mayor cantidad de votos serán designados como magistrados titulares, y los siete siguientes como magistrados suplentes.⁶⁶

⁶⁴ Artículo 16 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional.

⁶⁵ *Ibidem*, Artículo 19.

⁶⁶ Artículo 20 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional.

De acuerdo con el proceso boliviano de elección de magistrados, parece superarse la presunta tensión que pudieren causar los jueces de las jurisdicciones constitucionales al estar desprovistos de legitimidad democrática. No obstante, el innovador proceso de elección de magistrados puede traer consigo grandes inconvenientes que sustancialmente pueden deteriorar la función imprescindible que ha sido concedida al Tribunal Constitucional para salvaguardar la supremacía normativa de la Constitución y mantener el hilo democrático del Estado al garantizar los derechos y libertades de toda persona.

En otro orden de ideas y como corolario a las consideraciones antes señaladas respecto a los procesos de legitimación democrática de los Tribunales Constitucionales previstos por el constitucionalismo boliviano en base a sus postulados de democracia participativa, queda entonces analizar si este modelo constitucional realmente suprime la supuesta tensión de la falta de legitimidad democrática a la que han estado sujetos los jueces constitucionales.

IV. COMENTARIOS Y CONCLUSIONES ACERCA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL NUEVO MODELO BOLIVARIANO

En los capítulos anteriores se ha hecho referencia al origen y función de la justicia constitucional en el constitucionalismo tradicional, así como también la posible tensión sobre la cual pueden estar sujetos los jueces constitucionales tras su falta de legitimidad democrática. Posteriormente a ello, se ha hecho un análisis exhaustivo del llamado constitucionalismo boliviano y como es que a través de sus principios o postulados de democracia participativa, parece suprimirse la presunta tensión que evoca la falta de legitimidad democrática de los jueces.

Ahora bien, dentro del presente capítulo simplemente me detendré a responder tres cuestiones que sintetizarán en base a los aspectos que han sido previamente analizados, si el constitucionalismo boliviano suprime o no la supuesta tensión democrática de los jueces que forman parte de la justicia constitucional respondiendo las siguientes cuestiones:

1. *¿Realmente puede concebirse la tensión de los Tribunales Constitucionales por su presunta falta de legitimidad democrática?*

Desde que se origina la justicia constitucional en el sistema americano a partir del año 1803 en el caso *Marbury vs. Madison*, distintos autores han defendido tal sistema como el instrumento esencial para garantizar la supremacía normativa de la Constitución. Por otro lado, desde su consagración y su expansión a los sistemas democráticos en muchos países alrededor del mundo, no han faltado aquellos autores que bajo argumentos considerables han puesto en duda la atribución de los jueces constitucionales para anular leyes que han sido aprobadas por los Parlamentos, haciendo énfasis al argumento contramayoritario de estos jueces quienes desprovistos de legitimidad democrática expulsan del ámbito jurídico las leyes que han sido consentidas por la mayoría parlamentaria como representación ciudadana.

En primer lugar, atendiendo al mencionado argumento contramayoritario de los jueces y en consonancia con las circunstancias esgrimidas por Víctor Ferreres⁶⁷, que podrían incitar a la aparición de una objeción democrática en contra de la justicia constitucional, *prima facie* podría pensarse que la tensión a la que están sujetos los jueces constitucionales por su falta de legitimidad democrática es plausible y dependerá en todo caso al matiz en que se pretende o no defender.

⁶⁷ Ferreres Comella, V. *Justicia Constitucional y Democracia*, op. cit., señaladas en el capítulo II pp. 18.

A los efectos, me decanto a favor de los Tribunales Constitucionales en que su legitimidad democrática no se ve cuestionada, apelando fundamentalmente a la premisa que justifica la justicia constitucional desde sus orígenes, es decir, a considerar a la Constitución como una norma suprema dentro del ordenamiento jurídico que debe ser respetada por todos los órganos del poder público y el pueblo en general. Esta premisa fue el argumento propuesto por Alexander Hamilton en la obra *El Federalista* y recogida en la Constitución Federal de los Estados Unidos de América de 1787, al articular el texto constitucional como *fundamental law* sobre el resto de las leyes que son adoptadas por el Congreso; y dada la estrecha vinculación que la norma fundamental impone a los jueces, éstos tendrán la facultad de inaplicar aquellas leyes que la contradigan. Del mismo modo, al llevarse a cabo la primera enmienda de la Constitución estadounidense en 1789 e incluirse la Carta de Derechos o *bill of rights*, se imponen explícitamente límites al Congreso como órgano del poder público que cuenta con la mayor representatividad de la ciudadanía.⁶⁸

No obstante, el hecho de considerar a la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico - requisito *sine qua non* de un sistema político democrático- que expresa ante todo la voluntad propia del pueblo, a diferencia de las leyes aprobadas por un Parlamento que solamente manifiestan la voluntad expresada por los representantes, su eficacia normativa debe ser asegurada jurisdiccionalmente por un juez o en definitiva por un Tribunal Constitucional que al igual que el resto de los poderes públicos y la propia ciudadanía, se encuentra vinculado a la propia Constitución, pero por razones instrumentales poseen una aprehensión en lo que respecta a los derechos fundamentales y a la rigidez y superioridad del texto constitucional.

Como señaló García de Enterría, el argumento jacobino que puede presentar una tensión al sobreponer una decisión judicial al voto mayoritario de la Asamblea, no solamente es sofisticado sino negador extremo del concepto mismo de Constitución que es obra del poder constituyente superior a los poderes constituidos -Parlamento-, que por el carácter rígido que la caracteriza no puede ser modificada por las leyes.⁶⁹

Por otro lado, el Tribunal Constitucional además de considerarse como guardián de la rigidez de la Constitución, su institución es adoptada y consagrada por la mayoría de los países del mundo al ser el instrumento que ha demostrado mayor eficacia al proteger los derechos fundamentales de toda persona ante la amenaza y/o vulneración que puedan ser ejecutados por los todos los poderes públicos entre los que destaco en este trabajo al Parlamento, pues bajo el argumento de la legitimidad democrática mayoritaria que tienen las leyes, resultaría inconcebible que éstas sean aceptadas y puedan vulnerar derechos y libertades.

En dicho caso, la legitimidad democrática de las leyes emanadas del Parlamento que vulneren derechos fundamentales, pierden de manera inmediata la legitimidad de la que pudieron haber gozado, pues el reconocimiento de derechos y libertades previstas en la Constitución responden fielmente a los límites de los poderes del Estado que son propios de los sistemas democráticos e ineludiblemente deben ser salvaguardados por los Tribunales Constitucionales. Aunado a lo anterior, resulta preciso señalar que la democracia *stricto sensu* no responde al gobierno de las mayorías sino fundamentalmente al principio de las minorías y el respeto de sus libertades que se encuentran previstas en la propia Constitución y han de ser

⁶⁸ García de Enterría, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, pp. 50-55.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 184-196.

preservadas por los órganos garantes de su supremacía normativa -Tribunales Constitucionales-, con el fin de que esas minorías, dentro del sistema político, puedan ascender en cualquier momento al poder formar nuevas mayorías, pues singularmente estas últimas serán considerada como una regla a utilizar dentro de la democracia como mecanismo impecable de la toma de decisiones.⁷⁰ Cuando la regla de la mayoría -vista como un instrumento, más no un principio- se eleva erróneamente como principio legitimador del sistema democrático, paulatinamente se está destruyendo la democracia y la regla de la mayoría en sí misma.⁷¹

En este propósito y a modo de colofón, debe acotarse además que el poder constituyente ha atribuido al Tribunal Constitucional -como poder adicionado al resto de los públicos- la comisión de defender la supremacía normativa de la Constitución al poder interpretarla, anular aquellos actos que la contravengan e intente modificarla y salvaguardar los derechos y libertades que han sido reconocidos en ella, lo que permite asumir que la legitimidad democrática de las jurisdicciones constitucionales viene dada por el propio texto constitucional y no requiere de elementos externos para afianzar sus facultades a través de mecanismos democráticos, pues su institucionalidad esencialmente es necesaria para mantener el equilibrio al consolidar el sistema político democrático.

2. *¿El mero hecho de legitimar democráticamente a los jueces que forman parte de las jurisdicciones constitucionales a través de los mecanismos de democracia participativa previstos en el constitucionalismo bolivariano, contrarresta la supuesta tensión en la que pudieren estar sujetos los Tribunales Constitucionales tras la falta de legitimidad democrática al actuar y declarar la nulidad de las leyes que son aprobadas por el Parlamento?*

Como se ha demostrado a lo largo de la presente investigación, la tensión referente a la falta de legitimidad democrática de las jurisdicciones constitucionales al anular una ley que ha sido adoptada por el Parlamento como representación mayoritaria de la ciudadanía, no puede ser concebida, ya que dicha legitimación es propia del reconocimiento de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico que a su vez atribuye a los Tribunales Constitucionales la función garante de su rigidez y salvaguarda de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos dentro del sistema político democrático.

Ahora bien, el constitucionalismo bolivariano tal como se ha reseñado con anterioridad, se encuentra enmarcado bajo un sistema político de democracia participativa que sin derogar la representación de las autoridades, va a permitir a la ciudadanía intervenir activamente en la mayor parte de las decisiones que deben ser adoptadas por el Estado. La participación ciudadana no sólo va a limitarse a intervenir en momentos excepcionales o extraordinarios para reforzar comúnmente a la tradicional democracia representativa, sino que en el modelo bolivariano la intervención popular será permanente para controlar o adoptar distintas decisiones de las cuestiones fundamentales del Estado.

Desde esta perspectiva, la participación activa de la ciudadanía dentro del modelo bolivariano va a tener injerencia en lo que respecta a las jurisdicciones constitucionales con el fin de dotarles de legitimidad democrática y así contrarrestar la plausible tensión que se resume bajo el argumento contramayoritario. En tal sentido, la ciudadanía intervendrá de manera directa -Bolivia- o indirecta -Venezuela y Ecuador- en la designación o elección de los jue-

⁷⁰ Bryce, J. *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Editorial Civitas, Madrid, 1962.

⁷¹ Fernández-Miranda Campoamor, C. y Fernández-Miranda Campoamor, A.: *Sistema Electoral, Partidos Políticos y Parlamento*, Editorial Colex, Madrid, 2008, en especial pp. 26-33.

ces que conformarán los Tribunales Constitucionales o las Salas especializadas para cumplir esta función.

Así construido el fundamento bolivariano para lidiar y contrarrestar la tensión a la que pueden estar sujetos los jueces que forman parte de las jurisdicciones constitucionales tras su falta de legitimidad democrática, es menester hacer mención que la CRBV, la CRE y la CPEPB, de forma similar en sus artículos 7, 424 y 410.II, respectivamente, reconocen a sus textos fundamentales como normas supremas dentro del ordenamiento jurídico a la cual se encuentran supeditados todos los poderes públicos y el resto del ordenamiento jurídico.

La eficacia normativa de la Constitución como norma suprema, que se vincula bajo una relación común de dependencia a los sistemas democráticos, se encuentra garantizada jurisdiccionalmente por una autoridad, que al igual que el resto de los poderes públicos debe actuar apegada conforme a las competencias y límites establecidos en la propia Constitución, con la discrepancia de que éstos por razones instrumentales poseen una aprehensión en lo que respecta a los derechos fundamentales y a la rigidez y superioridad del texto constitucional. El sistema de justicia constitucional ha sido adoptado por los constituyentes en las constituciones bolivarianas al acoger un control judicial que configura indistintamente del caso, el establecimiento de jurisdicciones constitucionales autónoma e independiente (Venezuela artículo 335 de la CRBV; Ecuador artículo 429 de la CRE; y Bolivia artículo 196.I de la CPEPB).

En líneas generales, las constituciones bolivarianas desde el momento que reconocen la supremacía normativa de la Constitución y el propio constituyente comisiona a una jurisdicción constitucional -Venezuela a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Ecuador a la Corte Constitucional y Bolivia al Tribunal Constitucional Plurinacional- para garantizar su supremacía, interpretarla y proteger los derechos y libertades de todas las personas, instantáneamente legitiman democráticamente su institucionalidad. En tal sentido, los mecanismos propios del principio de democracia participativa que caracteriza al constitucionalismo bolivariano utilizados en la elección o designación de magistrados que forman parte de las jurisdicciones constitucionales, pueden carecer de fundamento al no ser de imperiosa necesidad para que estas instituciones tengan legitimidad democrática y a su vez puedan cumplir de manera efectiva su labor.

Por el contrario, el hecho de que la ciudadanía tenga injerencia de manera directa o indirecta en los procesos de designación o elección de jueces que formarán parte de las jurisdicciones constitucionales, por un lado puede tener efectos positivos al dotar a la ciudadanía de credibilidad sobre estas instituciones, pero por el otro y con mayor certeza, sus consecuencias pueden ser graves a la hora de mantener el orden constitucional y la consolidación democrática según las funciones que le han sido asignadas por los constituyentes a los Tribunales Constitucionales al no ser realmente una institución autónoma e independiente en el cumplimiento de sus funciones dada la intervención ciudadana en el ejercicio de su labor.

3. *¿De qué forma pueden influir los mecanismos de democracia participativa previstos en las constituciones bolivarianas sobre las funciones jurisdiccionales que llevan a cabo los Tribunales Constitucionales?*

Para responder a esta interrogante, ya en el capítulo III de esta investigación ha sido ampliamente analizados los mecanismos de participación ciudadana en los procesos de designación y elección de magistrados que formarán parte de las jurisdicciones constitucionales en los países que integran el llamado constitucionalismo bolivariano, es decir Venezuela, Ecuador y Bolivia según el orden consecutivo en el cual se han llevado a cabo sus reformas constitucionales.

En el primero de los casos –Venezuela-, la CRBV y la LOTSJ han dispuesto que en previsión al principio de democracia participativa, la ciudadanía intervendrá en los procesos de designación de magistrados en dos momentos sustanciales; *ab initio* en las primeras fase al postular candidatos y al conformar el Comité de Postulaciones Judiciales y posteriormente en la segunda fase al participar en Comité de Postulaciones Judiciales y permitir la impugnación ciudadana de los candidatos.

Como resultado de ello, la participación que presta la ciudadanía en Venezuela en los procesos de designación de magistrados se simplifica a una función de controlar a los candidatos que pretendan ser magistrados del Tribunal Supremo de Justicia por incumplir los extremos legales y a su vez depurar a los mismos del listado de candidatos que serán posteriormente evaluados. Sin embargo, la aceptación y designación concreta de los magistrados se realizará de manera indirecta por la mayor representación ciudadana dentro del sistema estatal como lo es Parlamento, tal como ocurre en la mayor parte de los países que han adoptado el sistema de justicia constitucional, en donde la designación se realizará justamente por parte del Parlamento.

Aunado a lo anterior, si bien la participación ciudadana en el proceso de designación de magistrados que formarán parte de la jurisdicción constitucional puede otorgar mayor credibilidad a la sociedad respecto a dicha institución, no es menos cierto que la labor que llevarán a cabo tales jueces no puede ser cuestionada; de modo que no se requiere imponer cargas a una sociedad para evaluar o impugnar las postulaciones de aquellas personas que pretendan formar parte de los Tribunales Constitucionales, cuando han confiado dicho trabajo a sus representantes electos democráticamente. Por el contrario, en el supuesto de que se postule como candidato a alguna persona que no cumpla con los extremos legales o no posea la honorabilidad requerida para formar parte de las jurisdicciones constitucionales, la misma sociedad activará todos los mecanismos necesarios para transmitir sus inquietudes a los representantes, como a los efectos se produjo en el caso estadounidense cuando el presidente Ronald Reagan (1981-1989) intentó designar como juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos al jurista Robert Bork en el año 1987, quien por su peculiar perfil a tal cargo, hizo movilizar a la sociedad civil -partidos políticos, sindicatos, asociaciones cívicas o defensora de los derechos humanos, profesionales del derecho y universidades- para manifestar su rechazo, el cual culminó siendo adoptado por el Senado norteamericano.⁷²

En el segundo de los casos (Ecuador), quien dentro de su Constitución y la LOGJCC ha adoptado el mecanismo de participación ciudadana en el proceso de designación de jueces de la Corte Constitucional, la ciudadanía intervendrá activamente en dos momentos fundamentales que se reducen al formar parte de la Comisión Calificadora que evaluará a los candidatos durante todo el proceso y posteriormente de manera generalizada al permitírsele a la ciudadanía impugnar a los postulados.

A diferencia del caso venezolano e incluso de la mayoría de los países que han adoptado en sus constituciones la institución de las jurisdicciones constitucionales, la evaluación final o aceptación de las candidaturas no son adoptadas por el Parlamento, sino que la decisión será manifestada por una autoridad determinada -Comisión Calificadora- para llevar a cabo la evaluación de los participantes, que posteriormente deberá ser acogida por la Asamblea Nacional a la hora de designar a los jueces respectivos.

⁷² Beltrán de Felipe, M. y González, J. V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, ob.cit.*, p. 40.

Sin lugar a dudas, el modelo ecuatoriano sigue manteniendo *de facto* un sistema indirecto de participación ciudadana que se ve restringido en determinadas fases y es en definitiva que la Comisión Calificadora -en la que puede verse reflejada la injerencia ciudadana en lo que es la Función de Transparencia Social- es un organismo compuesto mayoritariamente por los representantes de la ciudadanía. Por otro lado, como se ha detallado a lo largo del presente trabajo, la legitimidad democrática que pretende dársele a la Corte Constitucional al designar a los jueces constitucionales con la participación ciudadana, corresponde a una previsión innecesaria dado que su legitimidad democrática viene consolidada por la propia Constitución.

En otro orden de ideas, al analizar a profundidad el proceso ecuatoriano de designación de jueces que formarán parte de la Corte Constitucional, debe hacerse mención a una fase específica que resulta singular para asegurar la capacidad intelectual que por su caracterización instrumental requieren este tipo de jurisdicciones. Me refiero a los efectos del concurso público en el cual se lleva a cabo una oposición para medir la capacidad analítica e intelectual de los candidatos y dependiendo a las calificaciones que éstos obtengan, se elegirán aquellos que por su formidables puntuaciones integrarán esta institución especializada, de una forma similar a la efectuada por el *Committee on the Judiciary* de los Estados Unidos cuando se evalúa al candidato postulado por el Presidente para integrar la Corte Suprema en una audiencia o *hearing* sometiendo al candidato a un duro cuestionamiento, que una vez superado será designado como juez de la Corte por el Senado en pleno.

Asimismo, al analizar a profundidad el sistema de control constitucional ecuatoriano en lo que respecta al método difuso y extender su aplicación a autoridades no judiciales, resulta claro que la adopción de dicho método por autoridades administrativas puede presentar severos problemas al surgir inaplicaciones incongruentes bajo premisas sin fundamento, que a todas luces deben ser exclusivamente resueltas conforme criterios jurídicos por los jueces ordinarios o en su caso por los jueces especializados que forman parte de los Tribunales Constitucionales como garante de la Constitución, de manera que la facultad que pueden tener otras autoridades no judiciales (autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos) debe supeditarse a la posibilidad de imponer los recursos necesarios ante los Tribunales competentes cuando presenten sospechas o dudas de la contradicción de normas de distintas jerarquías.

En el tercero de los casos -Bolivia-, dispone como principio estructural de su sistema político una democracia participativa, que a diferencia de los otros países que forman parte del constitucionalismo bolivariano, presenta una tipología más innovadora en el proceso de selección de magistrados que conformarán el Tribunal Constitucional Plurinacional al ser electos directamente a través del sufragio universal de la ciudadanía.

Con respecto al método boliviano de elección de magistrados, debe acotarse que como bien se ha insistido en el desarrollo de esta investigación, resulta innecesaria la dotación de legitimación democrática a una institución que por su naturaleza y función viene dotada de legitimidad por el propio constituyente *ab initio* en la propia Constitución. De hecho, dentro de los modelos de designación de jueces que recogen los textos fundamentales que forman parte del constitucionalismo bolivariano para dotar de legitimidad democrática a las jurisdicciones constitucionales, el mecanismo adoptado por la CPEPB es el más alarmante debido a los efectos gravosos e irreversibles que puede ocasionar.

A mi juicio, el hecho de presentar a los candidatos que posiblemente integren el Tribunal Constitucional Plurinacional -una institución indispensable que por su instrumentalidad depende en gran medida el orden y la consolidación democrática de un país a la hora de

resguardar el valor supremo de la Constitución, controlar los poderes del Estado y garantizar los derechos y libertades de toda persona- a una elección universal por parte de la ciudadanía, puede traer consigo una deformación del verdadero sentido y naturaleza que caracteriza a las jurisdicciones constitucionales por dos razones:

En primer término, debe mencionarse la incesante imposición de cargas a la sociedad al tener que elegir además de sus representantes, a los miembros que conformarán las jurisdicciones constitucionales, en donde “un sistema en el que los decisores no saben nada de las cuestiones sobre las que van a decidir equivale a colocar la democracia en un campo de minas⁷³” Por consiguiente, la elección de magistrados a través del sufragio universal es inconcebible, básicamente por las funciones especializadas que debe llevar a cabo el Tribunal Constitucional, que si bien la sociedad conoce de su existencia, lo cierto es que carecen de conocimientos suficientes acerca de las funciones intrínsecas que estas jurisdicciones deben ejercer para mantener el orden democrático dentro del país y a la hora de que las personas deban acudir a hacer efectivo su derecho de voto, podrán prevalecer en su elección aquellos aspectos ideológicos, partidistas o populistas del candidato sobre los méritos académicos y profesionales propios del aspirante.

Justamente en relación a este apartado, el 16 de octubre de 2011 se llevaron a cabo las elecciones de magistrados del Tribunal Supremo boliviano y Tribunal Agroambiental, autoridades del Consejo de la Magistratura y magistrados del TCPB. Ahora bien, respecto a las elecciones de los magistrados que actualmente forman parte del TCPB, debe señalarse que según las cifras oficiales suscritas por el Tribunal Supremo Electoral del Estado Plurinacional de Bolivia, de un total 5.243.375 ciudadanos inscritos en el registro electoral boliviano, hubo una participación ciudadana de 4.176.549 y una abstención de 1.066.826, es decir de un 20,35%.

Al hilo de lo anterior, si bien hubo un nivel de participación electoral alto, no es menos cierto que del conteo final sólo hubo un total de 1.758.283 votos validos ya que entre votos nulos y votos en blanco se obtuvo la suma de 2.418.266, lo que implica a todo evento que las elecciones realizadas no fueron del todo satisfactorias y que la pretendida legitimidad que se dio a los magistrados del TCPB se vio limitada a un 33,53% de la población boliviana, de modo que pueden argumentarse diversas hipótesis como el desconocimiento de la sociedad respecto a las autoridades y función que cumple el Tribunal Constitucional lo que llevó a la votación de grupos minoritarios en los que imperan aspectos políticos o ideológicos frente a los profesionales.

En segundo término, a pesar de que legalmente se prohíbe a los candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional hacer por sí mismos o a través de terceros campaña o proselitismo político so pena de su inhabilitación, lo cierto de ello es que la función del juez como autoridad autónoma e independiente se tergiversa al exponerle como un actor político más dentro de una pugna electoral, que a todo evento requerirá accionar e influir en el electorado para sumar votos y así obtener el cargo para el que se ha postulado.

Bajo estas consideraciones resulta insostenible poder hablar de una verdadera justicia constitucional en el nuevo sistema boliviano, ya que en su caso el Tribunal Constitucional en vez de ser el comisionado del poder constituyente para salvaguardar la supremacía normativa de la Constitución, pasaría a convertirse en el comisionado del pueblo por el mero hecho de

⁷³ Sartori, G. “En defensa de la representación política”. *Claves de razón práctica*, N° 91, 1999, pp. 2-6

que sus miembros han sido electos a través del sufragio universal, que como consecuencia a ello los vinculará estrechamente con el electorado que a través de los votos los hicieron formar parte de la jurisdicción constitucional.

Finalmente, al analizar a profundidad el constitucionalismo bolivariano ha podido estudiarse su origen, principios y postulados que lo diferencian notablemente del constitucionalismo tradicional, presentado en la mayor parte de los países democráticos del mundo sin objeción alguna. Por otro lado, ambos constitucionalismos demuestran elementos comunes que son sustanciales para el mantenimiento del orden constitucional y democrático al atribuir a una autoridad especializada la incesante labor de salvaguardar la supremacía normativa de la Constitución a través de un sistema de control judicial.

Sobre la base del sistema de justicia constitucional, la doctrina ha puesto en manifiesto la supuesta tensión a la que han estado sujetas las jurisdicciones constitucionales tras su falta de legitimidad democrática al anular una ley que cuenta con la aprobación del Parlamento, cuyos integrantes han sido electos a través del sufragio universal y cuentan con el mayor grado de representación ciudadana, supuesto este que el constitucionalismo bolivariano trató de contrarrestar al dotar a los jueces de legitimidad democrática aplicando para ello el principio de democracia participativa al momento de designar o elegir a los jueces que formarán parte de las jurisdicciones constitucionales.

A pesar de que muchos juristas en oposición al control judicial de la constitucionalidad apelen al argumento contramayoritario de los jueces para anular una ley emanada de un Parlamento, he podido demostrar que tal tensión es inexistente y que la legitimidad democrática de las jurisdicciones constitucionales viene proporcionada por el propio texto constitucional, de modo que los mecanismos expuestos en las constituciones bolivarianas para dotar de legitimidad democrática a los jueces constitucionales, resultan innecesarios y consecuentemente a ello pude traer consigo efectos que distorsionan la naturaleza y función de los Tribunales Constitucionales al momento de conservar la supremacía constitucional, el control del poder del Estado y el respeto de los derechos y libertades.

En este mismo sentido, hago un llamado de atención en respuesta al modelo constitucional bolivariano que se ha gestado y expandido en Latinoamérica, pues las soluciones propuestas a la crisis económico-sociales que caracterizan a gran parte de los países del hemisferio sur no deben resolverse con reformas constitucionales sin tomar en cuenta los efectos que puede ocasionar a corto y mediano plazo dentro de los sistemas políticos democráticos; y aquellos países que han optado por ejecutarlas en uso de los postulados y principios característicos del modelo bolivariano, si bien conceden considerables beneficios a la sociedad al ampliar y tutelar un catálogo de derechos de los que antes carecían, por otro lado, sus reformas institucionales corrompen la naturaleza y función que deben desempeñar las propias instituciones como garantes de la constitución y la democracia en sus naciones.

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL PRIMER TRIMESTRE DE 2012

Recopilación y selección
por Marianella Villegas Salazar
Abogado

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO TERRITORIAL DEL ESTADO

1. *Territorio Insular Francisco de Miranda.*

II. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional.* A. Administración Pública Nacional: Consejo de Estado.
B. Administración Pública Descentralizada.

III. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Administración Financiera.* 2. *Sistema Impositivo.* A. Impuesto Sobre la Renta: Exoneraciones.
B. Impuesto al Valor Agregado: Exoneraciones. C. Contribuciones en materia de hidrocarburos.
D. Régimen Aduanero. E. Restitución del Pago Indebido. F. Unidad Tributaria.

IV. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Seguridad y defensa.* A. Fuerza Armada Nacional Bolivariana. B. Disposición de bienes confiscados o decomisados relacionados con delitos. C. Normas de seguridad para el uso adecuado de piscinas, embalses, pozos y demás estanques o similares.

V. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. *Sistema Económico Comunal.* 2. *Régimen de los bancos y otras instituciones financieras: Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios.* 3. *Régimen de las empresas y de la industria nacional: Medidas temporales.* 4. *Régimen del comercio interno.* A. Producción y comercialización de productos. B. Precio máximo de venta al público. 5. *Régimen Agrícola.* 6. *Régimen de la actividad aseguradora.* 7. *Régimen del turismo.* A. Prestadores de Servicios Turísticos. B. Financiamiento de las operaciones y proyectos de carácter turístico. 8. *Régimen de los juegos y apuestas lícitas: Hipismo.* 9. *Régimen del Comercio Exterior: Simplificación de trámites administrativos.*

VI. RÉGIMEN DEL DESARROLLO SOCIAL

1. *Protección de la familia: Gran Misión Hijos de Venezuela.* 2. *Régimen de la Vivienda.* 3. *Régimen del patrimonio cultural.* 4. *Régimen del deporte.*

VII. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen de las telecomunicaciones: Compromiso de responsabilidad social de Radio Nacional de Venezuela. C.A.* 2. *Régimen del transporte y tránsito.* A. Transporte y tránsito terrestre: Circulación de vehículos de carga. B. Transporte y Tráfico Aéreo: Regulaciones Aeronáuticas.

I. ORDENAMIENTO TERRITORIAL DEL ESTADO

1. *Territorio Insular Francisco de Miranda*

Decreto N° 8.769 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de creación del Territorio Insular Francisco de Miranda. *G.O.* N° 39.840 de 11-1-2012.

II. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*

A. *Administración Pública Nacional: Consejo de Estado*

Decreto N° 8.791 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Consejo de Estado. *G.O.* N° 39.865 de 15-2-2012.

B. *Administración Pública Descentralizada*

Decreto N° 8.800 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Creación de la Corporación de Desarrollo Jacinto Lara, CORPOLARA. *G.O.* N° 39.874 de 1-3-2012.

III. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Administración Financiera*

Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 8.414, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. (Publicado en *G.O.* N° 39.741, de fecha 23/08/2011. Se modifica el Art. 51). *G.O.* N° 39.892 de 27-3-2012.

Decreto N° 8.865, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. *G.O.* N° 39.893 de 28-3-2012.

2. *Sistema Impositivo*

A. *Impuesto Sobre la Renta: Exoneraciones*

Decreto N° 8.893 de la Presidencia de la República, mediante el cual se exoneran del pago del Impuesto Sobre la Renta, los enriquecimientos de fuente territorial obtenidos por las personas jurídicas domiciliadas o no domiciliadas en la República Bolivariana de Venezuela, provenientes de las operaciones en ejecución de los proyectos que se desarrollen en el marco del Convenio Integral de Cooperación suscrito entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Cuba. *G.O.* N° 39.894 de 29-3-2012.

B. *Impuesto al Valor Agregado: Exoneraciones*

Decreto N° 8.780 de la Presidencia de la República, mediante el cual se exoneran del pago del Impuesto al Valor Agregado, a las importaciones definitivas de bienes muebles corporales realizadas por los Órganos y Entes de la Administración Pública Nacional, destinados exclusivamente al Programa de Seguridad Social para los integrantes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana. *G.O.* N° 39.850 de 25-1-2012.

Decreto N° 8.847 de la Presidencia de la República, mediante el cual se concede la exoneración del Impuesto al Valor Agregado (IVA) a las operaciones de importación de los

bienes muebles con fines médico quirúrgicos que en él se señalan, por un período de cinco (5) años. (Medicamentos insumo, vacuna, utensilios, mobiliario clínico, equipo médico quirúrgico, materiales disímiles, vehículos y equipos de cualquier configuración, construcción de hospitales o fábricas de insumos entre Venezuela, China, Colombia, Portugal, Turquía, Alemania y otros países con los que suscriben convenio de cooperación mutua). *G.O.* N° 39.882 de 13-3-2012.

C. *Contribuciones en materia de hidrocarburos*

Decreto N° 8.807 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que crea contribución especial por precios extraordinarios y precios exorbitantes en el mercado internacional de hidrocarburos. *G.O.* N° 39.871 de 27-2-2012.

D. *Régimen Aduanero*

Resolución Conjunta N° DM/061 y DM 3152 de los Ministerios del Poder Popular de Planificación y Finanzas y para la Alimentación, mediante la cual se establece el Régimen de Administración de Contingente Arancelario para el Producto que en ella se indica, resultantes de las negociaciones sobre la Agricultura en la Ronda Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. (Azúcar de Caña). *G.O.* N° 39.862 de 10-2-2012.

Resolución Conjunta N° DM/031/2012, DM/3.168, DM/009-12 y DM/026 de los Ministerios del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, de Planificación y Finanzas, para la Alimentación y para el Comercio, mediante la cual se califica como bienes de primera necesidad o de consumo masivo, a los efectos del beneficio previsto en el artículo 91 de la Ley Orgánica de Aduanas, las mercancías correspondientes a la subpartida del Arancel de Aduanas que en ella se indica. *G.O.* N° 39.882 de 13-3-2012.

E. *Restitución del Pago Indebido*

Providencia N° SNAT/2011-0084 del SENIAT, mediante la cual se establecen las condiciones para la Solicitud de Restitución del Pago Indebido.

F. *Unidad Tributaria*

Providencia N° SNAT/2012/0005 del SENIAT, mediante la cual se reajusta la Unidad Tributaria de Setenta y Seis Bolívares (Bs. 76,00) a Noventa Bolívares (Bs. 90,00). *G.O.* N° 39.866 de 16-2-2012.

III. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Seguridad y defensa*

A. *Fuerza Armada Nacional Bolivariana*

Decreto N° 8.796 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Especial de Reincorporación a la Carrera Militar y al Sistema de Seguridad Social de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana. *G.O.* N° 39.858 de 6-2-2012.

B. *Disposición de bienes confiscados o decomisados relacionados con delitos*

Providencia N° 001 de la ONA, mediante la cual se dicta la Normativa que Regula el Proceso de Enajenación de Bienes Asegurados o Incautados, Confiscados, Decomisados y

Abandonados por parte del Servicio Nacional de Administración y Enajenación de Bienes Asegurados o Incautados, Confiscados y Decomisados (SNB). *G.O.* N° 39.877 de 6-3-2012.

Providencia N° 002 de la ONA, mediante la cual se dicta la Normativa que Regula el Uso y Disposición de Moneda Extranjera Confiscadas y Decomisadas proveniente o relacionada con los delitos tipificados en la Ley Orgánica de Drogas. *G.O.* N° 39.877 de 6-3-2012.

C. *Normas de seguridad para el uso adecuado de piscinas, embalses, pozos y demás estanques o similares*

Resolución N° 059 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, mediante la cual se ordena a las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, propietarios o administradores de los clubes, hoteles, moteles, complejos turísticos, parques acuáticos, gimnasios, establecimientos de educación, asociaciones, instituciones y demás inmuebles, cumplir las normas de seguridad que en ella se mencionan, para el uso adecuado en sus instalaciones, piscinas, embalses, pozos y demás estanques o similares destinado al baño, a la recreación y esparcimiento, a la natación o a otro ejercicio y deportes acuáticos o usos medicinales o terapéuticos, público o privados. *G.O.* N° 39.893 de 28-3-2012.

IV. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. *Sistema Económico Comunal*

Decreto N° 8.795 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal. *G.O.* N° 39.856 de 2-2-2012.

2. *Régimen de los bancos y otras instituciones financieras: Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios*

Providencia N° 113 de FOGADE, mediante la cual se dicta el Código de Ética de los Funcionarios, Obreros y Personal Contratado del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios. *G.O.* N° 39.862 de 10-2-2012.

3. *Régimen de las empresas y de la industria nacional: Medidas temporales*

Decreto N° 8.880, mediante el cual se dictan las Medidas Temporales para el establecimiento de montos y categorías de contratos preferenciales para las Pymis y Empresas de Propiedad Social Directa Comunal Fabricantes de Bienes, prestadoras de servicios y ejecutoras de obras. *G.O.* N° 39.892 de 27-3-2012.

Decreto N° 8.882, mediante el cual se dictan las Medidas Temporales para la promoción, desarrollo, estímulo e inclusión de la industria nacional, productora de bienes, prestadora de servicios y ejecutora de obras, ubicada en el País. *G.O.* N° 39.892 de 27-3-2012.

4. *Régimen del comercio interno*

A. *Producción y comercialización de productos*

Resolución Conjunta N° DM/017, DM/017/2012 y 007-12 de los Ministerios del Poder Popular para el Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, mediante la cual se fija el Precio Mínimo del Cacao de Producción Nacional, pagado al Productor Primario. (Cacao Fino de Primera Bs. 25,00 y Cacao Fino de Segunda Bs. 20,00). *G.O.* N° 39.861 de 9-2-2012.

Resolución Conjunta N° DM/006-12, DM-020, DM-015 y DM-24 de los Ministerios del Poder Popular para la Alimentación, para la Agricultura y Tierras, para el Comercio y para la Salud, mediante la cual se establece las Proporciones de Producción y las Condiciones de Comercialización que el Sector Agroindustrial e Importador deben cumplir sobre los alimentos regulados, incluyendo las nuevas modalidades, prestaciones o denominaciones comerciales. *G.O.* N° 39.861 de 9-2-2012.

Providencia N° 053 de la Superintendencia Nacional de Costos y Precios, mediante la cual se fijan los Precios Máximos de Venta del Productor y/o Importador, del Mayorista-Comercializador y al Público o Consumidor Final de los productos que en ella se indican. (Compotas, Agua Mineral, Champú, Crema Dental, Jabón de Baño, entre otros). *G.O.* N° 39.871 de 27-2-2012.

Providencia N° 054 de la Superintendencia Nacional de Costos y Precios, mediante la cual se reimprime la Providencia Administrativa N° 053, de fecha 27 de febrero de 2012, emanada de esta Superintendencia. (Reimpresión *G.O.* N° 39.871, mediante la cual se fijaron los Precios Máximos de Venta del Productor y/o Importador, del Mayorista-Comercializador y al público o Consumidor Final del agua mineral, crema dental, jabón, compotas, entre otros productos). *G.O.* N° 39.872 de 28-2-2012.

B. *Precio máximo de venta al público*

Resolución Conjunta N° DM/007, DM/001-12, y DM/001 de los Ministerios del Poder Popular para el Comercio, para la Alimentación y para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se fija en todo el Territorio Nacional el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP) y el Precio Máximo de Venta (PMV) de Azúcar en sus diferentes presentaciones. *G.O.* N° 39.835 de 4-1-2012.

Resolución N° 3138 del Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas, mediante la cual se corrige por error material la Resolución N° 3.136, de fecha 13 de enero de 2012, en los términos que en ella se indican. (Reimpresión *G.O.* N° 39.843, a través de la cual se fijó los precios de venta de fósforos para las labores Nros. 1, 2, 5, 7 y 8, por presentar error en su artículo 2). *G.O.* N° 39.848 de 23-1-2012.

Providencia N° 059, mediante la cual se fijan los precios máximos de los productos que en ella se indican. (Compotas, Agua Mineral, Jabón de Baño, Crema Dental, Jugos de Frutas, Pañales, Cloro, entre otros). *G.O.* N° 39.894 de 29-3-2012.

5. *Régimen Agrícola*

Resolución Conjunta N° 3155 y DM/023/2012 de los Ministerios del Poder Popular de Planificación y Finanzas y para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se fijan los porcentajes mínimos mensuales y las condiciones aplicables a la cartera agraria obligatoria para el Ejercicio Fiscal 2012. *G.O.* N° 39.866 de 16-2-2012.

Decreto N° 8.809 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Fondo Ezequiel Zamora para el fortalecimiento y financiamiento de la Gran Misión Agro Venezuela *G.O.* N° 39.869 de 23-2-2012.

6. *Régimen de la actividad aseguradora*

Providencia N° FSAA-D-003893, mediante la cual se dicta el Código de Ética de los Trabajadores y Trabajadoras de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora. *G.O.* N° 39.848 de 23-1-2012.

7. *Régimen del turismo*

A. *Prestadores de Servicios Turísticos*

Resolución N° 002 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. *G.O.* N° 39.837 de 6-1-2012.

B. *Financiamiento de las operaciones y proyectos de carácter turístico*

Resolución N° 006 del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, mediante la cual se establece que los bancos universales destinarán el tres por ciento (3%) sobre el promedio de los cierres de la Cartera de Crédito Bruta al 31 de diciembre de 2010 y al 31 de diciembre de 2011, para el financiamiento de las operaciones y proyectos de carácter turístico que en ella se señalan. *G.O.* N° 39.869 de 23-2-2012.

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

Providencia N° DS-001 de la Superintendencia Nacional de Actividades Hípicas, mediante la cual se establece las tarifas que se deben pagar por los certificados emitidos por el Registro Genealógico de Equinos de la República Bolivariana de Venezuela que en ella se indican. *G.O.* N° 39.854 de 31-1-2012.

9. *Régimen del Comercio Exterior: Simplificación de trámites administrativos*

Resolución Conjunta N° DM/032, DM/010-12, DM/S/N, DM/3.1730, DM/045, DM/047, DM/S/N, DM/S/N, DM/056, DM/016 y DM/021 de los Ministerios del Poder Popular para el Comercio, para la Agricultura y Tierras, para la Salud, para la Alimentación, para la Energía Eléctrica, de Planificación y Finanzas, para Vivienda y Hábitat, para Relaciones Interiores y Justicia, para Transporte Acuático y Aéreo, para Transporte Terrestre, de Industrias, de Petróleo y Minería y para Ciencia y Tecnología, mediante la cual se simplifican los trámites administrativos requeridos para las exportaciones e importaciones de bienes que realicen los órganos y entes de la Administración Pública Nacional en el marco de Convenios Internacionales de carácter comercial, productivo y de cooperación, en las áreas de Seguridad Alimentaria, Salud, Vivienda o a la ejecución de proyectos estratégicos para el desarrollo del país. *G.O.* N° 39.880 de 9-3-2012.

Resolución N° DM/028, DM/S/N, DM/S/N, DM/S/N, DM/S/N, DM/3176, DM/S/N, DM/S/N, DM/S/N, DM/S/N, DM/059, DM/S/N y DM/S/N Ministerios del Poder Popular para el Comercio, para la Agricultura y Tierras, para la Salud, para la Alimentación, para la Energía Eléctrica, de Planificación y Finanzas, para Vivienda y Hábitat, para Relaciones Interiores y Justicia, para Transporte Acuático y Aéreo, para Transporte Terrestre, de Industrias, de Petróleo y Minería y para Ciencia y Tecnología, mediante la cual se corrige por error material la Resolución Conjunta de los Ministerios que en ella se señalan, de fecha 9 de marzo de 2012. (Reimpresión, *G.O.* 39.880, a través de la cual simplifican los Trámites Administrativos requeridos para las Exportaciones e Importaciones de Bienes que realicen los órganos y entes de la Administración Pública Nacional en el Marco de Convenios Internacionales). *G.O.* N° 39.885 de 16-3-2012.

V. RÉGIMEN DEL DESARROLLO SOCIAL

1. *Protección de la familia: Gran Misión Hijos de Venezuela*

Decreto N° 8.777 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Parcial N° 1 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Gran Misión

«Hijos de Venezuela», que regula la Organización, Administración y Gestión del Fondo de Ahorro Familiar e Inversión Social «Hijos de Venezuela». Número 39.849. Caracas, martes 24 de enero de 2012.

2. *Régimen de la Vivienda*

Resolución N° 050 del Ministerio del Poder Popular para Vivienda y Hábitat, mediante la cual se establece en quince por ciento (15%) el porcentaje mínimo de la cartera de crédito bruta anual, que con carácter obligatorio deben destinar con recursos propios las instituciones del sector bancario, obligadas a conceder créditos destinados a la construcción, adquisición, mejoras, ampliación y autoconstrucción de vivienda principal, en el marco de la Gran Misión Vivienda Venezuela. *G.O.* N° 39.890 de 23-3-2012.

Decreto N° 8.863 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Creación del Fondo Simón Bolívar para la Reconstrucción. (Publicado en *G.O.* N° 39.583, de fecha 29-12-2010). *G.O.* N° 39.892 de 27-3-2012.

3. *Régimen del patrimonio cultural*

Providencia N° 007/12 del Instituto del Patrimonio Cultural, mediante la cual se establecen los trámites necesarios para delinear las condiciones de manejo de todos los cerros registrados en el I Censo del Patrimonio Cultural Venezolano, en la categoría de la Tradición Oral, ubicados en la dirección que en ella se señala. (Noroeste y Noreste del Centro Poblado de Pampatar hasta Punta Ballena del Municipio Manuel Plácido Manero, Edo Nueva Esparta). *G.O.* N° 39.892 de 27-3-2012.

4. *Régimen del deporte*

Decreto N° 8.820 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Parcial Número 1 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física. *G.O.* N° 39.872 de 28-2-2012.

VI. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen de las telecomunicaciones: Compromiso de responsabilidad social de Radio Nacional de Venezuela. C.A.*

Ley Sobre el Régimen, Administración y Aprovechamiento de Minerales No Metálicos del Distrito Capital. *G.O.* N° 39.868 de 22-2-2012.

2. *Régimen del transporte y tránsito*

Providencia N° 002 de la Radio Nacional de Venezuela, mediante la cual se dictan «las Normas para la Aplicación, Cumplimiento y Control del Compromiso de Responsabilidad Social de Radio Nacional de Venezuela. C.A.».

A. *Transporte y tránsito terrestre: Circulación de vehículos de carga*

Resolución N° 040 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, mediante la cual se prohíbe la circulación de vehículos de carga con peso bruto vehicular igual o superior a los 3.500 Kg., y se informan los tramos viales prohibidos durante los días y horarios que en ella se señalan. (Desde las 6:00 pm del día viernes 17 de febrero hasta las 6:00 am del día miércoles 22 de febrero de 2012). *G.O.* N° 39.866 de 16-2-2012.

Resolución N° 058 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, mediante la cual se prohíbe la circulación de vehículos de carga con peso bruto vehicular igual o superior a los 3.500 Kg, en tal sentido, se informa a todas las personas naturales o jurídicas, propietarias y conductores de vehículos dedicados al transporte terrestre de carga, los tramos viales prohibidos durante los días y horarios que en ella se señalan. (Desde las 06:00 am del Martes 03/04/2012 hasta las 12:00 medio día del Lunes 09/04/2012). *G.O.* N° 39.893 de 28-3-2012.

B. *Transporte y Tráfico Aéreo: Regulaciones Aeronáuticas*

Providencia N° PRE-CJU-093-11 del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (INAC), mediante la cual se dicta la Regulación Aeronáutica Venezolana 21 (RAV 21) Procedimientos para la Certificación de Productos y Partes. *G.O.* N° 39.836 de 5-1-2012.

Providencia N° PRE-CJU-189-11 del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (INAC), mediante la cual se dicta la modificación de la Regulación Aeronáutica Venezolana 36 (RAV 36) Ruido de las Aeronaves, en los capítulos, secciones y apéndices que en ella se mencionan. *G.O.* N° 39.836 de 5-1-2012.

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Trimestre de 2012

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. La Ley. a. Colisión de Leyes. 2. *Actuaciones Internacionales de la Republica*. A. Tratados internacionales: Actos ratificatorios.
- II. DERECHOS Y GARANTAS CONSTITUCIONALES
 1. *Jerarquía Constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos y ejecución de decisiones de los organismos internacionales*. 2. *Garantías Constitucionales*. A. Tutela judicial efectiva. B. Las garantías del debido proceso. a. Silencio de pruebas. b. Juez natural independiente e imparcial. c. Principio del *non bis in idem*. 3. *Derechos Individuales*. A. Libertad personal. B. Derecho a la libertad de expresión y a la información. 4. *Derechos Laborales: Lapsos de prescripción del derecho a accionar*. 5. *Derechos Políticos*. 6. *Derechos de los pueblos indígenas*.
- III. EL ORDENAMIENTO ORGANICO DEL ESTADO
 1. *La Administración Pública*. A. La Administración Descentralizada: Empresas del Estado. Privilegios y prerrogativas. 2. *El Poder Judicial*. A. Administración de Justicia. a. Consulta obligatoria de fallos.
- IV. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO
 1. *Obligación tributaria*. A. Incumplimiento: Intereses moratorios. B. Incumplimiento de deberes formales (Delito continuado). 2. *Naturaleza de los aportes al sistema prestacional de vivienda*.
- V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
 1. *El procedimiento administrativo sancionatorio* A. Legitimación pasiva. B. Sanción de multa. 2. *Actos Administrativos*. A. Requisitos de fondo. a. Competencia: Delegación.
- VI. LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA
 1. *Poderes del Juez Contencioso Administrativo*. 2. *El Contencioso Administrativo de Anulación*. A. Objeto: Decreto de expropiación. B. Suspensión automática de los efectos del acto administrativo (multas). C. Perención. 3. *El Contencioso Administrativo por Abstención*. 4. *El Contencioso Administrativo Especial*. A. El Contencioso Administrativo Agrario: Garantía de permanencia agraria.

VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Demandas de protección de derechos e intereses colectivos y difusos: Competencia.* 2. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional.*

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico*A. *La Ley*a. *Colisión de Leyes***TSJ-SC (120)****22-2-2012**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (Recurso de Colisión de Leyes)

La Sala Constitucional señala que no existe colisión entre el artículo 133, parágrafo cuarto, de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT), y el artículo 30, cardinal 1, del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, ya que pertenecen dichas normas a dos sistemas diferentes –una de las obligaciones derivadas de la relación laboral, la otra a los aportes para el sistema de la seguridad social de vivienda y hábitat-.

En la presente causa ha existido una constante solicitud de las partes con respecto a que esta Sala proceda a analizar e interpretar el contenido y alcance el artículo 172, cardinal 1, de la Ley de Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, actual artículo 30, cardinal 1, del Decreto núm. 6.072 con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat (*G.O. Ext. 5.889 del 31 de julio de 2008*).

Esta petición se ha mantenido en los escritos presentados por las partes en que sostienen que esta Sala determine y desarrolle la noción de “salario integral” y si su naturaleza jurídica frente al Sistema de Ahorro Habitacional, implementándose entre las partes contradicciones acerca de si dichos aportes son de índole tributario o si pertenece propiamente a un sistema de ahorro obligatorio de naturaleza no fiscal.

Al respecto, esta Sala debe reiterar su jurisprudencia con respecto al contenido y alcance de las demandas de colisión de leyes, las cuales han sido calificadas por esta Sala como una “especial categoría de acción mero declarativa” (s.S.C. núm. 741/2010, caso: *Concejo Municipal del Municipio Pampanito del Estado Trujillo*). Por ende, tal como se indicó anteriormente, la sentencia en esta materia limita sus parámetros a establecer solamente la norma que es aplicable dentro del ordenamiento jurídico.

En efecto, ha sido jurisprudencia constante que la demanda de colisión se circunscribe a determinar, frente a contradicciones normativas y con base en los principios generales del Derecho, cuál disposición debe prevalecer, a fin de impedir la existencia de reglas que conduzcan a soluciones incompatibles ver, por todas, (Véase Sentencia N° 889 de 31-5-2001, “en *Revista de Derecho Público* N° 85-86/87-88 de 2001 pp. 52 y ss.)

Asimismo, en decisión N° 2922 /2005 (caso: colisión entre el artículo 57 de la Ley de Medicamentos y el artículo 1, literal “f” del Reglamento de Ejercicio de la Farmacia), causa similar a la de autos, se sostuvo lo siguiente:

“El recurso de colisión de normas se refiere únicamente a la situación en la cual dos disposiciones legales intentan regular el mismo supuesto de diferente forma, y ante lo cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional competente para que resuelva las normas que presuntamente se encuentran en conflicto.

Así, esta Sala, indicó con respecto a la finalidad del recurso de colisión, que: ‘...en el recurso de colisión de leyes la función del órgano jurisdiccional se reduce concretamente a establecer una comparación de las normas legales sobre las cuales versa el recurso, y, en el caso de que este órgano jurisdiccional estime que ésta se plantea entre ellas, declarar cuál debe prevalecer...’. (Véase Sentencia N° 889 de 31-5-2001, en *Revista de Derecho Público* N° 85-86/87-88 de 2001 pp. 52 y ss.)

Pudiendo advertirse como esta Sala ha delineado las características del denominado recurso de colisión de leyes, entre cuyas decisiones se puede destacar la sentencia N° 567 del 22 de marzo de 2002 (Caso: *Asociación de Comerciantes y Propietarios y Afines de Las Mercedes ACOPARME*), donde se asentó que:

De lo anterior se deduce que la colisión de normas parte de la existencia de diferentes disposiciones que estén destinadas a regular en forma diferente una misma hipótesis. De allí que, este recurso implica la aplicación de los siguientes criterios interpretativos:

- a) Puede plantearse cuando la presunta colisión se da entre cualquier tipo de normas, e incluso tratarse de diferentes disposiciones de un mismo texto legal.
- b) El conflicto de normas se manifiesta cuando la aplicación de una de las normas implica la violación del objeto de la otra norma en conflicto; o bien, cuando impide la ejecución de la misma.
- c) No se exige que exista un caso concreto de conflicto planteado, cuya decisión dependa del predominio de una norma sobre otra; sino que el conflicto puede ser potencial, es decir, susceptible de materializarse en cualquier momento en que se concreten las situaciones que las normas regulan.
- d) No debe confundirse este recurso con el de interpretación, previsto en el numeral 6 del artículo 266 de la Constitución de 1999 y en el ordinal 24 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.
- e) No se puede pretender que a través de este mecanismo se resuelvan cuestiones de inconstitucionalidad” (subrayado del presente fallo).

Por tanto, el recurso de colisión de normas se refiere únicamente a la situación en la cual dos disposiciones legales intentan regular el mismo supuesto de diferente forma, y ante lo cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional competente para que resuelva las normas que presuntamente se encuentran en conflicto (s. S.C. del 20 de diciembre de 2006).

En este caso, la pretensión de esclarecer la naturaleza jurídica de los aportes al sistema de vivienda no es ínsita al conflicto de colisión de normas; sino del recurso de interpretación de ley. Ejemplo de ello, ha sido la causa interpuesta ante la Sala Político Administrativa donde precisamente se sostiene la misma inquietud (expediente núm. 2008-0419, nomenclatura de esa Sala).

Cabe señalar, que dicho recurso de interpretación fue objeto de reciente decisión por parte de la Sala Político Administrativa (s.SPA 796 del 8 de junio de 2011; caso: *CONIN-*

DUSTRIA); que a su vez, tal como se indicara previamente en el inciso 2, esa sentencia fue objeto de revisión por parte de esta Sala (s. 1771 del 28 de noviembre de 2011), asentándose mediante jurisprudencia vinculante, interpretación constitucional al respecto, por lo que los aspectos planteados por las partes, en lo referente a ese punto, ya fueron decididos por este juez constitucional.

En efecto, en la decisión de esta Sala Constitucional N° 1771/2011 (caso: *BANAVIH*), la cual, se ratifica en cada una de sus partes, se delimitó y aclaró los mismos aspectos que se controvierten en la presente causa, en los siguientes términos:

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 N° 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 vermerado el desarrollo del sistema prestacional de vivienda y hábitat, ello implica una 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, entiéndose 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 importancia 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 confor-

man 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” (subrayado del presente fallo).

En virtud de ello, esta Sala determinará cuál de las normas cuyo conflicto se denuncia debe prevalecer, siguiendo la interpretación realizada por esta Sala en los términos transcritos.

Establecido lo anterior, las preposiciones normativas cuyos conflicto se demanda se encuentran comprendidas por las disposiciones contenidas en los artículos 133, parágrafo cuarto, de la Ley Orgánica del Trabajo, 113 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social y 172, cardinal 1, de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat.

Sin embargo, esta Sala mediante decisión N° 1209, del 23 de julio de 2008, admitió la presente demanda de colisión de normas legales; estableciendo que la misma estaba orientada a determinar la posible colisión entre el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo y el artículo 172.1 de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat.

Al respecto, es oportuno referir que el artículo 172, cardinal 1, de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, originalmente denunciado, ha sido objeto de reforma. La última de las mismas se estableció en el artículo 30, cardinal 1, del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.889, Extraordinario, del 31 de julio de 2008.

De manera que, esta Sala observa que la disposición vigente en materia de vivienda y hábitat es la siguiente:

“Artículo 30. El ahorro obligatorio de cada trabajadora o trabajador se registrará en una cuenta individual en este Fondo y reflejará desde la fecha inicial de su incorporación:

1.- El aporte mensual en la cuenta de cada trabajadora o trabajador equivalente al tres por ciento (3%) de su salario integral, indicando por separado; los ahorros obligatorios del trabajador, equivalentes a un tercio (1/3) del aporte mensual y los aportes obligatorios de los patronos a la cuenta de cada trabajador, equivalente a dos tercios (2/3) del aporte mensual”.

Por su parte, el artículo 133, parágrafo cuarto, de la Ley Orgánica del Trabajo, prevé:

“Cuando el patrono o el trabajador estén obligados a cancelar una contribución, tasa o impuesto, se calculará considerando el salario normal correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquél en que se causó”.

Establecidos los preceptos objeto de colisión, la Sala ha determinado con anterioridad que la resolución de conflictos normativos es una actividad común a cualquier operador jurídico, pues todos están en la necesidad de precisar, ante eventuales colisiones, la norma que estiman aplicable, con la salvedad de que es esta Sala del Máximo Tribunal la única con el poder suficiente para que su declaración tenga carácter obligatorio y, en consecuencia, deba ser seguida por todo aquel Juzgador que, en un momento dado, se enfrente al dilema de aplicar una u otra norma.

A partir del momento en que esta Sala emita pronunciamiento, entonces, el dilema desaparece: ya no habría conflicto, pues la sentencia decide cuál norma aplicar y cuál no. Es un caso típico de sentencia declarativa de certeza, pues elimina la incertidumbre sobre una situación controvertida, y lo hace de manera definitiva.

Si la única diferencia entre la respuesta que dé esta Sala al conflicto planteado y la que pueda proporcionar cualquier operador jurídico consiste en el efecto de la declaratoria, es obvio que la determinación de la norma de aplicación preferente sólo puede surgir del recurso a los conocidos principios hermenéuticos, aplicables incluso sin regulación legal (*Vid.* s.S.C. N° 2947 del 14 de diciembre de 2004).

Los conflictos de aplicación de normas siempre pueden estar presentes en cualquier nivel y orden que se requiera la aplicación del ordenamiento jurídico legal, por lo que puede existir un conflicto potencial de aplicación normativa cuando esté presente la derivación de órdenes sucedáneos de normas, la existencia de varios sistemas normativos autónomos de regulación similar o de cierto nivel de interrelación, la ausencia de remisiones expresas normativas entre un ordenamiento y otro dentro del sistema interno, la coexistencia de órdenes nacionales y normas extranjeras aceptadas y ratificadas por la República, o la relación entre las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional y las disposiciones estatales o locales, en todos estos casos, puede perfeccionarse un conflicto de normas.

Sin embargo, no es dable que cualquier antinomia deba ser resuelta por esta Sala mediante una sentencia mero declarativa. En la mayoría de los casos, los operadores jurídicos están en la capacidad de solventar las antinomias mediante la aplicación de los principios básicos de resolución normativa: (i) temporalidad; (ii) jerarquía y; (iii) especialidad. La aplicación de estos principios delimita la resolución de las conflictividades básicas del ordenamiento jurídico sin que para ello deba requerirse una declaratoria expresa por parte de esta Sala Constitucional.

Por el contrario, cuando la interacción de los sistemas imposibilite mutuamente su aplicación, los operadores jurídicos están en la obligación de acudir a esta Sala; es en esta situación cuando se requiere la clara determinación del ordenamiento, sistema o norma jurídica aplicable.

Distinto es cuando las disposiciones pertenecen a sistemas normativos totalmente distintos en que ni siquiera exista riesgo potencial de colisión. En este caso, si ambas disposiciones se encuentran comprendidas en esquemas totalmente independientes regulatorios de materias distintas; incluso, cuando una de ellas pertenece a un sistema especial de regulación, ni siquiera cabe formularse dudas acerca de la aplicación.

Por tanto, en el ordenamiento jurídico pueden coexistir normas generales y especiales; generales inter pares que pertenezcan a sistemas jurídicos diferentes; así como normas generales y especiales enmarcadas en esos sistemas aislados. Bien podría plantearse disposiciones por cuyo silogismo y objeto guarden relación entre sí, pero la ubicación de cada una dentro del sistema normativo las separa, por lo que en realidad la aplicación de una jamás puede

colidir y ofrecer un resultado distinto con respecto a la otra; su ubicación las separa por completo en razón de la diferenciación del orden sectorial en el cual cada una ejerce su ordenación.

Se hace referencia a la mención expuesta debido a que las disposiciones contenidas en el párrafo cuarto, del artículo 133, de la Ley Orgánica del Trabajo, y el cardinal 1, del artículo 30, del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, se encuentra comprendidas en sistemas distintos que ni siquiera se encuentran tangencialmente.

La disposición contenida en la Ley Orgánica del Trabajo establece una serie de previsiones referentes a las obligaciones derivadas de la relación obrero-patronal, sin especificar los fines para los cuales deben cumplirse. En cambio, la previsión del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat sí establece una correlación específica para los cuales debe destinarse los aportes tanto de los trabajadores como de sus empleadores; señalando que se encuentran destinados exclusivamente a la conformación del Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda.

En efecto, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat es el instrumento especial que se encuentra insertado dentro del marco de la estructura legal de leyes que integran el sistema de la seguridad social, el cual, tiene por normativa marco el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Sistema de la Seguridad Social (Decreto N° 6.243 del 22 de julio de 2008).

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat es la ley especial que integra el sistema especial de la seguridad social, conformado por una estructura específica de leyes destinadas a la conformación del modelo prestacional del Estado para el establecimiento del fondo contentivo de los recursos objeto de la función prestacional y el régimen normativo vinculado a la recepción, manejo y erogación de capitales para la satisfacción de necesidades en esta materia. Al respecto, la exposición de motivos del presente Decreto Ley es muy clara al determinar la especificidad de los aportes, su destino, y el empleo de los mismos únicamente para la adquisición de vivienda:

“Los usuarios podrán usar los ahorros que tengan en este Fondo para el financiamiento, compra, construcción, sustitución, restitución, reparación o remodelación de su vivienda principal; el refinanciamiento o pago de hipoteca; o para cualquier otra actividad relacionada con el objeto de la Ley, incluso podrán cederlos total o parcialmente, por ejemplo, a sus familiares más cercanos, quienes también los recibirán en caso de fallecimiento del trabajador”.

El objeto y la finalidad del artículo 30, cardinal 1, del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, es completamente distinto a lo dispuesto en el párrafo cuarto, del artículo 133, de la Ley Orgánica del Trabajo.

Tal ha sido el esclarecimiento que esta Sala dio sobre los aspectos controvertido sobre la naturaleza de los aportes destinados al sistema de vivienda y hábitat cuando analizó en la sentencia N° 1771/2011 que los aportes realizados por patronos y trabajadores al sistema prestacional de vivienda y hábitat no son de naturaleza tributaria; sino que son una modalidad de ahorro que puede estar a disposición de los trabajadores para la adquisición o remodelación de viviendas, por lo que el uso facultativo de los fondos para esa finalidad hacía de por sí que dicha obligación no sea de naturaleza tributaria.

En efecto, la naturaleza del aporte al Fondo Obligatorio para el Ahorro de Vivienda (FAOV), conforme lo establece el artículo 30 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley

del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, es inherente a una modalidad de ahorro, entendida como una obligación administrativa que exige la realización de un aporte con la posterior facultad para el trabajador de disponer de los ingresos acumulados, sin que ello se confunda con sometimiento alguno a la potestad tributaria que tiene el Estado para exigir contribuciones fiscales destinadas a la manutención de las cargas públicas.

Esta noción difiere notoriamente de lo dispuesto por el artículo 133.4 de la Ley Orgánica del Trabajo, cuyo precepto está referido a la base imponible sobre la cual se practica la exacción de los tributos, entendida bajo la sustracción definitiva de cierta parte del capital del contribuyente a favor del Fisco Nacional para el pago de tasas, impuestos o contribuciones tributarias para los fines inherentes del Estado, incluyendo su funcionamiento, siendo esta última disposición dispar a la anterior por ser propia del régimen fiscal. Así, en el primer supuesto se está ante un sistema de ahorro ajeno al sistema tributario, mientras que la segunda norma sí forma parte de este último.

Al disponer una clara diferenciación con respecto a la naturaleza de los aportes al sistema prestacional de vivienda y hábitat bajo la modalidad de ahorro, se determina con claridad que la norma especial en la materia no colide de manera alguna con la Ley Orgánica del Trabajo, por estar relacionada al régimen tributario referente al cómputo para los aportes destinados a sufragar tasas, impuestos y contribuciones especiales.

Se observa que al pertenecer dichas normas a dos sistemas diferentes —una de las obligaciones derivadas de la relación laboral, la otra a los aportes para el sistema de la seguridad social de vivienda y hábitat— determina que no existe contradicción alguna entre ellas. En el presente caso, no existe ninguna antinomia en el sentido abstracto de ambas normas, y ni siquiera puede darse una colisión en su exteriorización o aplicación por comprender dos regímenes totalmente distintos.

El argumento sostenido por las demandantes para sostener la existencia de la colisión incurre en una causa falsa por cuanto la sola existencia de ambas disposiciones no puede generar un punto de encuentro en su ejecución, y su conformación normativa no establece ningún tipo de contradicción en cuanto a sus supuestos, objeto y consecuencia jurídica. Resulta evidente que el párrafo cuarto, del artículo 133, de la Ley Orgánica del Trabajo, tiene su ámbito perfectamente determinado al aplicarse específicamente al cúmulo de las obligaciones pecuniarias derivadas de la relación de trabajo; mientras que la previsión normativa del artículo 30, cardinal 1, del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat abarca como norma especial la esfera de la seguridad social para vivienda y hábitat, como parte del sistema de la seguridad social, el cual, es un sistema normativo distinto al régimen laboral.

Lo pretendido por las partes demandantes incurre en lo que esta Sala ha denominado “colisión de sistemas normativos” (*Vid.* s. S.C. N° 356 del 11 de mayo de 2000) en los cuales se trata de comparar de manera aislada dos normas que en cuyo contexto podría arrojar una antinomia; no obstante, al constatar que tales preceptos pertenecen a sistemas distintos y su campo de aplicación resulta uno ajeno del otro, dilucida la falta de colisión.

Al respecto, en sentencia (s. S.C. N° 1402 del 4 de julio de 2007), siguiendo el mismo lineamiento de la sentencia N° 356/2000, se determinó:

“A juicio de esta Sala, las normas contenidas en los señalados artículos, forman lo que en doctrina se conoce como “colisión de sistemas normativos”, que serían los casos de conjuntos de normas que rigen una materia determinada que, en abstracto, integran un cuerpo coherente, pero que, al ser comparadas con otras normas que regulan una situación igual o análoga, se hacen discordantes, de tal forma que la aplicación de uno de los dos sistemas podría

generar la violación del sentido y alcance del otro régimen jurídico que coexiste con aquél. No obstante, en particular, ni regulan en forma diferente una misma hipótesis, ni la aplicación de una de las normas impide la ejecución de la misma, lo cual es, verdaderamente, la naturaleza de la colisión de normas”.

Con base en lo expuesto, se determina la inexistencia de la aludida colisión normativa, razón por la cual, esta Sala así lo declara. Así se decide.

2. *Actuaciones Internacionales de la Republica*

A. *Tratados internacionales: Actos ratificatorios*

TSJ-SPA (249)

21-3-2012

Magistrado Ponente: Mónica Misticchio Tortorella

Caso: Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA)

Tanto la oportunidad en la que deba ser promulgada la Ley Aprobatoria de un tratado o convenio internacional, así como la definitiva ratificación o adhesión de estos, dependen de competencias discrecionales del Presidente de la República, de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República.

.....Como puede observarse, el mencionado Coordinador de la Asociación Civil Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA), se dirigió al Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores, a los fines de solicitar información en relación con el trámite llevado por ese Despacho para la definitiva ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, solicitud frente a la que -a su decir- no obtuvo respuesta alguna.

Al respecto, dado que ya esta Sala emitió pronunciamiento en lo atinente a la celebración y entrada en vigencia de los tratados internacionales, se considera necesario referir dicho pronunciamiento, el cual es del tenor siguiente:

“...considera la Sala necesario traer a colación lo dispuesto en la Convención de Viena, específicamente, su Parte II, referida a la 'Celebración y entrada en vigor de los tratados', Sección Primera, 'Celebración de los Tratados', punto N° 11, en la cual se prevé lo siguiente:

'11. Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado: *El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido.' (Resaltado del texto).*

Asimismo, los puntos Nros. 14 y 16, de la mencionada Sección Primera, disponen lo que a continuación se transcribe:

'14. Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la ratificación, la aceptación o la aprobación. I. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la ratificación:

a) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación;

(...omissis...)

16. Canje o depósito de los instrumentos de ratificación aceptación aprobación o adhesión. Salvo que el tratado disponga otra cosa los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión harán constar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado al efectuarse:

(...omissis...)

b) su depósito en poder del depositario; (...)' (Resaltado del texto).

Tales disposiciones contemplan de manera general las formas en las que un Estado manifiesta su consentimiento de obligarse por un tratado internacional, entre ellas se encuentran: la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión; estableciendo los supuestos que deben darse para cada una de estas formas de consentimiento.

Así, dispone dicha Convención que cuando se manifiesta el consentimiento mediante la ratificación, aceptación o aprobación, tal circunstancia debe contemplarla el texto del tratado, y se hará constar internacionalmente mediante el depósito de dicho instrumento de ratificación [o de adhesión] ante el organismo correspondiente". (Negritillas de la cita).

De modo que, de conformidad con lo dispuesto en el fallo parcialmente citado, atendiendo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido, consentimiento que se hará constar internacionalmente mediante el depósito de dicho instrumento ante el organismo correspondiente.

En el caso bajo estudio, se observa que el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone lo siguiente:

"Artículo 17 Firma, ratificación y adhesión

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de cualquier Estado que haya firmado el Pacto, lo haya ratificado o se haya adherido a él.

2. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación por cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido a él. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

3. El presente Protocolo quedará abierto a la adhesión de cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido a él.

4. La adhesión se hará efectiva mediante el depósito del instrumento correspondiente en poder del Secretario General de las Naciones Unidas" (Destacado de la cita)

Como puede apreciarse, el referido Protocolo Facultativo quedó sujeto a la ratificación o adhesión de cualquier Estado que hubiere firmado el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyos instrumentos de ratificación o de adhesión se depositarían en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Ahora bien, para el momento en que se interpuso el recurso por abstención bajo análisis -9 de noviembre de 2010- Venezuela aún no había suscrito el aludido Protocolo Facultativo adoptado por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2008, lo cual se llevó a cabo recientemente -4 de octubre de 2011-.

En ese contexto, debe la Sala referir nuevamente al fallo en el que analizó el procedimiento para la formación de los tratados en la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que, en el caso de autos, la parte actora solicita información sobre el trámite para la "ratificación del Protocolo Facultativo". Así, se estableció en esa decisión que:

“...por lo que al procedimiento respecta, la doctrina patria ha indicado que éste comprende 'varias etapas que exigen la intervención de voluntades correspondientes a órganos estatales diferentes y que culmina cada una con un acto jurídico determinado'. Dichas etapas son las siguientes: 'Celebración o adhesión'; 'Aprobación' que incluye: 'Discusión, Sanción, Promulgación y Publicación'; 'Exequibilidad, Ratificación, Canje o Depósito'.

Con relación a la aprobación -segunda etapa en la formación de los tratados-, la doctrina la define como 'aprobación legislativa' la cual a su vez consta de varios pasos -tal como se señaló con anterioridad- que comienzan con la presentación del proyecto del tratado ante la Asamblea Nacional y culminan con la publicación de una ley formal denominada 'Ley Especial Aprobatoria del Tratado Internacional', de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del artículo 154 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En lo que concierne a 'la naturaleza jurídica de la Ley Aprobatoria', se ha sostenido que dicho instrumento jurídico no puede entenderse como un acto de aprobación del tratado, sino como una autorización del Parlamento que habilita al Presidente de la República para ratificar el mismo.

En lo que atañe a la ratificación, esta ha sido concebida por la doctrina venezolana como el acto jurídico por el cual el Primer Mandatario Nacional actuando no como Jefe del Ejecutivo, sino como Jefe de Estado, hace efectivo, en la esfera internacional, el consentimiento del Estado de asumir como sujeto de Derecho Internacional Público, las obligaciones y derechos que constituyen el contenido del proyecto del tratado. Aclara igualmente la doctrina que 'la ratificación del tratado es un acto diferente de la promulgación de la ley aprobatoria, que es el acto jurídico mediante el cual el Presidente de la República, actuando como Jefe del Ejecutivo concurre a la formación de la ley aprobatoria del tratado'.

Finalmente, se entiende por canje o depósito, 'el acto jurídico mediante el cual se lleva a conocimiento de él o de los demás sujetos del Derecho Internacional Público, signatario del tratado, la voluntad de obligarse del Estado'.

Aplicando los postulados antes expuestos, cabe precisar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 236, al hacer mención a las atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República, dispone lo siguiente:

'Artículo 236. *Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: (...omissis...)*

4. *Dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales.'*

En este mismo contexto, los artículos 154 y 217 de la Carta Magna prevén que:

'Artículo 154. *Los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente o Presidenta de la República, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional.'*

'Artículo 217. *La oportunidad en que deba ser promulgada la ley aprobatoria de un tratado, de un acuerdo o de un convenio internacional, quedará a la discreción del Ejecutivo Nacional, de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República.'*

De las normas transcritas, se desprende que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reserva de manera exclusiva en el Presidente de la República, la dirección de las relaciones internacionales, así como también la celebración y ratificación de los tratados, acuerdos o convenios internacionales; funciones éstas que ejerce de manera discrecional y de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República para la realización de tales actos.

Igualmente, de las disposiciones constitucionales ya referidas se evidencia, que antes del acto de ratificación de un tratado o convenio internacional por parte del Primer Mandatario Nacional, el Poder Legislativo deberá aprobar dicho Instrumento Internacional, mediante la publicación en la Gaceta Oficial de la Ley Aprobatoria del tratado o convenio, la cual contendrá el texto íntegro del mismo” (Negrillas de la cita).

Conforme con la sentencia antes citada, la formación de un tratado internacional constituye un acto complejo conformado por la celebración o suscripción del acuerdo, aprobación - que incluye la discusión, sanción, promulgación y publicación de la Ley Aprobatoria del Tratado por la Asamblea Nacional- y la ratificación, canje o depósito como manifestación de la voluntad del Estado en obligarse, frente a los demás sujetos del Derecho Internacional Público.

Igualmente, se desprende de la decisión *supra* citada, tomando en consideración los artículos 154, 217 y 236, numeral 4, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que tanto la oportunidad en la que deba ser promulgada la Ley Aprobatoria de un tratado o convenio internacional, así como la definitiva ratificación o adhesión de estos, dependen de competencias discrecionales del Presidente de la República, de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República....

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Jerarquía Constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos y ejecución de decisiones de los organismos internacionales*

TSJ-SPA (165)

6-3-2012

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). Apelación de sentencia de amparo.

La Sala Político Administrativa señala que si bien la jurisprudencia de la Sala Constitucional reconoce el carácter jurisdiccional de las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ser el Pacto de San José un tratado internacional de derechos humanos, el cual conforme al contenido del artículo 23 constitucional y a la jurisprudencia de la mencionada Sala, no tiene rango supraconstitucional; resulta necesario que previamente a la ejecución de los fallos dictados por dicha Corte, se verifique la conformidad de los mismos al ordenamiento constitucional y legal venezolano y la ausencia de violación alguna a la soberanía nacional.

1. Falta de aplicación del aparte único del artículo 31 de la Constitución y de los artículos 62, numerales 3 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Respecto a esta denuncia, la parte accionante afirma que el Estado venezolano se encuentra comprometido a cumplir las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos en los cuales sea parte, como ocurre en la sentencia dictada por ese órgano en enero de 2009, caso *Gabriela Perozo, Aloys Marín, Oscar Dávila Pérez y otros*, contra la República Bolivariana de Venezuela, en la cual “declaró la responsabilidad internacional del Estado venezolano por las agresiones sufridas en contra del derecho humano a la libertad de expresión de trabajadores del canal Globovisión”.

Sostienen las apoderadas actoras que en el fallo apelado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, invocando erróneamente el artículo 153 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -referido al tema de la integración económica regional- omitió aplicar el aparte único del artículo 31 del Texto Constitucional y los artículos 62, numeral 3 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al concluir que la aludida sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es de aplicación inmediata a Venezuela y que dicha Corte no tiene competencia para “inmiscuirse” en la soberanía de la República Bolivariana de Venezuela; con lo cual suprimió “inconstitucionalmente la obligatoriedad de cumplimiento de las decisiones de la CIDH”.

Por su parte, en la sentencia impugnada la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declaró la improcedencia de la presunta violación del artículo 31 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con base al criterio vinculante de la Sala Constitucional (Véase Sentencia N° 1.942 de 15 -7-2003 en *Revista de Derecho Público* N° 93-94/95-96 de 2003 pp. 136 y ss.) en el que se establecieron los principios rectores de la ejecución de las decisiones emanadas de órganos internacionales. En aplicación de dicho criterio la mencionada Corte concluyó respecto a este punto en su decisión, que las providencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no son de aplicación inmediata por parte de los entes y órganos del Poder Público venezolano, por no detentar esta última el carácter de un órgano jurisdiccional supranacional.

Ahora bien, el artículo 31 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece lo que se transcribe a continuación:

“Artículo 31. Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.

El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo”.

El primer aparte de la norma transcrita, consagra el derecho que tienen las personas a dirigir peticiones ante los órganos internacionales, conforme a los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República Bolivariana de Venezuela, a los fines de obtener el amparo de sus derechos humanos; mientras que el segundo aparte se encuentra referido a la adopción por parte del Estado venezolano de las medidas necesarias para cumplir las decisiones emanadas de los mencionados órganos, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución y en la ley.

Igualmente, los artículos 62, numeral 3 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prevén lo siguiente:

“Artículo 62.

(...*omissis*...)

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes, en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

“Artículo 68.

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencia contra el Estado”.

Los artículos citados establecen la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para interpretar y aplicar las normas del Pacto de San José de Costa Rica, “...siempre que los Estados Partes, en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia...”, así como también prevén la obligación de los Estados Partes de cumplir las decisiones de la prenombrada Corte y la ejecución de las indemnizaciones compensatorias contenidas en tales decisiones, de acuerdo al “...procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencia contra el Estado...”.

En este contexto, resulta pertinente invocar el contenido de la sentencia N° 1.942 dictada el 15 de julio de 2003 por la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal, (Véase Sentencia N°1.942 de 15 -7-2003 en *Revista de Derecho Público* N° 93-94/95-96 de 2003 pp. 136 y ss.) citada en el fallo apelado

La sentencia de la Sala Constitucional parcialmente transcrita hace un análisis pormenorizado del artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el que determina la prevalencia de las interpretaciones que emanan de esa Sala como máximo y último intérprete de la Constitución venezolana, respecto a la vigencia y aplicabilidad en el ordenamiento jurídico interno de las normas creadoras de derechos humanos contenidas en instrumentos internacionales.

Asimismo, hace referencia la Sala Constitucional en su sentencia a los diversos organismos internacionales (supranacionales, multinacionales, transnacionales y a una cuarta categoría de órganos internacionales que ejercen la jurisdicción para resolver litigios al menos entre dos países) que emiten actos jurisdiccionales cuya ejecución en el país se encuentra sujeta al carácter con el cual actúan; enfatizando la Sala que “...las sentencias de la justicia supranacional o transnacional para ser ejecutadas dentro del Estado, tendrán que adaptarse a su Constitución...”, pues lo contrario implicaría renunciar a la soberanía nacional y, por tanto, tales decisiones serían inejecutables en el país.

Insiste la prenombrada Sala, en el respeto al derecho interno y el agotamiento de la jurisdicción interna como “valores constantes” para que proceda la ejecución de las decisiones emanadas de los organismos jurisdiccionales, supranacionales, transnacionales o internacionales, conforme a lo previsto en los artículos 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 46 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 41, numeral 6 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Del mismo modo, en relación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el alcance de los fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cabe hacer referencia al criterio establecido por la Sala Constitucional (Véase Sentencias N° 1939, de 18-12-2008, *Revista de Derecho Publico* N° 116 de 2008 pp. 88 y ss y en N° 1.547 de 17-8-2011 en *Revista de Derecho Público* N° 128 de 2011 pp. 174 y ss).

“...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.

(...*omissis*...)

Por otro lado, es importante señalar 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 5 de agosto de 2008 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su obligatoriedad, es preciso observar lo siguiente:

El 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...'. (Destacados del texto)

Conforme a lo antes expuesto, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no pueden excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno, dado el carácter coadyuvante o complementario que respecto a dicho ordenamiento tiene la protección internacional derivada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo con lo dispuesto en el preámbulo del aludido instrumento internacional.

Igualmente, visto que el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no otorga rango supranacional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, corresponde al Poder Judicial determinar las antinomias o contradicciones entre las disposiciones constitucionales y una norma de un pacto internacional, atendiendo a la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional como máximo intérprete del Texto Fundamental.

Así las cosas, si bien la jurisprudencia de la Sala Constitucional reconoce el carácter jurisdiccional de las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ser el Pacto de San José un tratado internacional de derechos humanos, el cual conforme al contenido del artículo 23 constitucional y a la jurisprudencia de la mencionada Sala, no tiene rango supraconstitucional; resulta necesario que previamente a la ejecución de los fallos dictados por dicha Corte, se verifique la conformidad de los mismos al ordenamiento constitucional y legal venezolano y la ausencia de violación alguna a la soberanía nacional.

En atención a las premisas antes esbozadas, estima este Alto Tribunal que previo al cumplimiento de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos el 28 de enero de 2009, referida por los accionantes, es necesaria la revisión de su conformidad con el ordenamiento jurídico interno, lo cual no corresponde analizar en esta etapa cautelar, sino en la oportunidad de resolver el fondo del asunto planteado. Será en esa ocasión cuando se examinará si hubo un verdadero agotamiento de las vías internas y se determine que el cumplimiento del fallo referido no implica la violación de la soberanía estatal y los derechos humanos de otros grupos o personas consagrados en dicho ordenamiento.

Adicionalmente, aprecia la Sala que si bien en la mencionada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fueron establecidas una serie de actuaciones por parte del Estado venezolano con relación a las personas solicitantes de protección ante ese organismo; en esa oportunidad, en la decisión que resuelva el recurso contencioso administrativo de nulidad, deberá analizarse si la aludida decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos guarda relación directa con los hechos sobre los cuales se basa la acción ejercida en el caso concreto y, en consecuencia, si es aplicable a los actores; advirtiéndose que las disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos no son aplicables a las personas jurídicas.

En razón de lo anteriormente expuesto, esta Sala declara improcedente la falta de aplicación del aparte único del artículo 31 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de los artículos 62, numeral 3 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denunciada por las apelantes. Así se declara.

2. *Garantías Constitucionales*

A. *Tutela judicial efectiva*

TSJ-SC (145)

23-2-2012

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Rafael Antonio Velásquez Becerra

Uno de los presupuestos básicos del Estado social de derecho y de justicia es la sumisión de todos los particulares, así como de las instituciones del Estado, al sistema judicial del cual este Tribunal es la cúspide, y dicha sumisión se extiende al acatamiento de lo decidido, pues el cumplimiento y ejecución de las sentencias, forma parte tanto del derecho a la tutela judicial efectiva, como de los principios de seguridad jurídica y estabilidad institucional, y su quebrantamiento, vulnera las bases mismas del Estado.

Mediante la sentencia N° 66, dictada por esta Sala el 14 de febrero de 2012, se admitió la demanda por intereses colectivos y difusos presentada por el ciudadano RAFAEL ANTONIO VELÁSQUEZ BECERRA, titular de la cédula de identidad número 4.131.712, actuando en su propio nombre, contra la COMISIÓN ELECTORAL DE LA MESA DE LA UNIDAD y, al mismo tiempo, se acordó cautelarmente la suspensión del acto de destrucción de los cuadernos electorales que contienen los nombres y números de cédulas de los votantes de las elecciones primarias celebradas por la denominada Unidad Nacional en Venezuela el 12 de febrero de 2012.

Dicha medida cautelar se basó en la eventual irreparabilidad de los derechos denunciados como vulnerados en virtud de la inminencia de la destrucción de los cuadernos electorales, anunciada por la Comisión Electoral de la Mesa de la Unidad. Por ello, se ordenó a la referida Comisión, en la persona de su Presidenta, la ciudadana CARMEN TERESA ALBANEZ BARNOLA, que hiciera entrega de los referidos cuadernos a las diversas Direcciones Regionales del Consejo Nacional Electoral, en un lapso no mayor a las 24 horas contadas a partir de la notificación del referido fallo.

Ahora bien, el propio 14 de febrero de 2012, se hizo constar en autos diligencia suscrita por el Alguacil Auxiliar de esta Sala, en la que se estableció lo siguiente:

“En el día 14 de febrero del presente año, me traslade al domicilio procesal de la ciudadana Teresa Albanez, Presidenta de la Comisión de la Mesa de la Unidad, ubicado en la Urbanización el Bosque, Casa Podemos, Caracas, a objeto de hacerle entrega del oficio N° TS-SC-12-015, de fecha 14/02/2012, con decisión N° 66 de fecha 14/02/2012, en la acción de amparo conjuntamente con medida cautelar innominada interpuesta por el ciudadano Rafael Antonio Velásquez Becerra, contenido en el expediente identificado por la Sala con el N° 2012-0219. En la citada dirección, fui informado por un ciudadano, que se negó a identificarse, el cual me informó que la ciudadana Teresa Albanez se encontraba reunida con un grupo de personas, por lo que procedí a esperar se desocupara. Posteriormente, al pasar aproximadamente cuarenta (40) minutos, me dirigí a preguntar de nuevo por la referida ciudadana y fui informado que ya se había retirado, lo que conllevó que dejara copia del oficio en la puerta de dicho inmueble”.

Paralelamente y conforme a lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se ordenó su publicación en el portal electrónico de este Máximo Tribunal, complementándose así las exigencias legales para que la demandada se tuviera como notificada de la demanda, su admisión y la medida cautelar acordada. De igual forma, se observa que, en esa misma oportunidad, el accionante, ciudadano Rafael Antonio Velásquez Becerra informó, a través de los medios de comunicación, el contenido de la medida cautelar acordada.

En este sentido, constituye un hecho notorio comunicacional que una vez que fue publicada la referida sentencia contentiva de la medida cautelar, su contenido se difundió a través de los diversos medios de comunicación, así como de las denominadas redes sociales, con lo cual, el propio 14 de febrero de 2012, era de dominio público que esta Máxima Instancia Jurisdiccional había acordado la protección del material electoral utilizado el 12 de febrero de 2012.

Es decir, que el mismo 14 de febrero de 2012, la comunidad nacional sabía de la decisión cautelar dictada por esta Sala. A ello, se suma el hecho que, de acuerdo a lo expuesto, para el momento en que la COMISIÓN ELECTORAL DE LA MESA DE LA UNIDAD conoció de las presentes actuaciones, no habían transcurrido las 48 horas luego de las cuales debía destruirse el material electoral, por lo que resulta patente que no sólo se violó la normativa que se había dictado para reglamentar el proceso de las primarias, sino que se desconoció el mandato cautelar que era, incluso, de conocimiento público.

Tal situación, evidencia que la COMISIÓN ELECTORAL DE LA MESA DE LA UNIDAD incumplió con la cautelar dictada por esta Sala, lo cual, además, es un desacato susceptible de sanción, de conformidad con lo establecido en el artículo 122 de la Ley que rige las funciones de este Supremo Tribunal, que afecta gravemente el carácter ejecutorio de las sentencias, en cuanto a garantías básicas de toda Administración de Justicia y, al mismo tiempo, a la institucionalidad y la garantía de juridicidad a la cual se encuentran sometidos los particulares y el propio Estado.

Efectivamente, uno de los presupuestos básicos del Estado social de derecho y de justicia es la sumisión de todos los particulares, así como de las instituciones del Estado, al sistema judicial del cual este Tribunal es la cúspide, y dicha sumisión se extiende al acatamiento de lo decidido, pues el cumplimiento y ejecución de las sentencias, forma parte tanto del derecho a la tutela judicial efectiva, como de los principios de seguridad jurídica y estabilidad institucional, y su quebrantamiento, vulnera las bases mismas del Estado.

En consecuencia de lo expuesto y atendiendo a la trascendencia de lo ocurrido en el presente expediente, se impone a la Presidenta de la COMISIÓN ELECTORAL DE LA MESA DE LA UNIDAD, ciudadana CARMEN TERESA ALBANEZ BARNOLA, titular de la cédula de identidad número 2.118.020, multa de 200 unidades tributarias, equivalente a quin-ce mil doscientos bolívares (Bs. 15.200,00 calculados según la unidad tributaria vigente para cuando ocurrió el desacato), correspondientes al límite máximo establecido en el referido artículo 122 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, ello atendiendo a que esta Sala estima de suma gravedad el desacato a la tutela cautelar dictada.

La multa impuesta será pagada a favor de Tesorería Nacional, en cualquier institución financiera receptora de fondos públicos. En tal sentido, la parte sancionada deberá acreditar el pago mediante la consignación en autos del comprobante correspondiente, ante el órgano jurisdiccional señalado como presunto agravante, dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

Asimismo, la multa podrá ser reclamada por escrito ante esta Sala dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, a tenor de lo previsto en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Finalmente, se ordena remitir al Ministerio Público copia certificada de la presente decisión, así como de la sentencia dictada el 14 de febrero de 2012, para que determine la eventual responsabilidad penal a que hubiere lugar a consecuencia del desacato que motiva la presente decisión.

B. *Las garantías del debido proceso*

a. *Silencio de pruebas*

TSJ-SPA (220)

15-3-2012

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)

La Sala destaca que el silencio de prueba se verifica cuando la autoridad administrativa deja de juzgar, apreciar o valorar algún medio de prueba capaz de afectar la decisión.

Las apoderadas actoras aducen la falta de aplicación de los artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela por parte de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, pues dicho órgano jurisdiccional consideró que la legalidad de las transmisiones del canal Globovisión acerca de los hechos acontecidos en el Centro Penitenciario El Rodeo, dependía de si estaban o no respaldadas por las declaraciones de los órganos oficiales competentes, limitando de esta forma los derechos a la libertad de expresión e información al contenido emitido por dichos órganos; en contravención a lo establecido por la Sala Constitucional en su fallo N° 1.013 del 12 de junio de 2001.

Afirman que el silencio de pruebas deriva de no haberse considerado en el fallo apelado, las pruebas contenidas en el expediente administrativo tendientes a demostrar que sus representadas no incurrieron en las infracciones imputadas por la Administración, “pues las declaraciones de los familiares y demás personas relacionadas con los privados de libertad del (sic) Rodeo se encuentran plenamente protegidas por el derecho a la libertad de expresión”, más aun “ante la falta de información oficial”.

Sostienen que el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) sólo valoró la programación del canal Globovisión, y un “(...) ‘Informe de análisis de discurso de la representación televisual facturada por Globovisión durante los días 16, 17, 18 y 19 de junio de 2011 relativa a la re-toma de las penitenciarías El Rodeo I y II por parte del Estado venezolano’ realizado supuestamente por el ciudadano Luis Delgado (...) que no tiene valor probatorio alguno, pues no se dio cumplimiento al artículo 431 del Código de Procedimiento Civil, visto que no fue debidamente ratificado por su presunto autor”.

Al respecto, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declaró la improcedencia del alegato de la parte recurrente, al estimar que de autos no se evidencia algún elemento probatorio que demostrase que las imágenes difundidas durante los días 16, 17, 18 y 19 de junio de 2011 por el canal Globovisión no fueron editadas o transmitidas de forma reiterada, así como tampoco que la información transmitida en su contenido haya sido veraz por no contar con el respaldo de una información oficial emitida a través de las autoridades compe-

tentes "...como conocedores y protagonistas de la situación real de lo acontecido...". Igualmente, apreció la prenombrada Corte la existencia de una contradicción en los alegatos de los accionantes, "... al señalar por una parte que durante sus transmisiones emiten información veraz y efectiva, no incurriendo en infracción alguna y reconociendo por la otra, que dicha información no parte de una fuente oficial emitida a través de las autoridades competentes, limitándose a señalar que su acceso a la misma fue restringido, sin fundamento probatorio alguno que permita sustentar dichas afirmaciones..."

De esta manera, observa esta Alzada que el alegato concerniente a la supuesta sujeción del derecho a la libertad de expresión a la información emanada de órganos oficiales, obedece a una extracción literal de los apelantes sobre lo expuesto por el A quo en su decisión, en cuanto a los hechos atribuidos por la autoridad administrativa a los recurrentes.

Ciertamente, una lectura integral del análisis realizado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en su razonamiento para alcanzar el fallo impugnado, permite concluir que lo señalado por dicho órgano jurisdiccional se corresponde con la falta de veracidad de los mensajes transmitidos, únicamente a partir de las declaraciones de los familiares o de imágenes captadas durante los acontecimientos por el canal Globovisión, sin que éstos estuviesen aparejados o respaldados por datos emitidos por los órganos competentes como fuentes de información, lo cual es precisamente uno de los puntos controvertidos en el caso de autos y que corresponderá examinar en la sentencia de fondo, conforme a los parámetros que deben regir el manejo responsable de las informaciones por parte los distintos medios de comunicación.

Igualmente, se observa que lo indicado por la aludida Corte derivó de la ausencia de elemento probatorio alguno que demostrase, en la etapa cautelar, que los accionantes no hubiesen cometido las faltas atribuidas a ellos por la Administración, en cuanto a la presunta reiteración y edición de las imágenes, falta de transmisión de información oficial, exacerbación de la realidad y manejo de la información acerca de la intervención de las autoridades.

En este sentido, advierte esta Alzada que la parte apelante no menciona específicamente en su escrito, cuáles pruebas no fueron valoradas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el fallo apelado con relación al falso supuesto de hecho alegado por los actores y que, según afirman, ponen de manifiesto el silencio de pruebas en el cual incurrió el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

Al respecto, de las copias del expediente remitidas a esta Alzada, se observa la inexistencia de algún medio probatorio aportado en la fase cautelar, a fin de evidenciar la configuración del falso supuesto de hecho y el silencio de pruebas que -a decir de la parte actora- vician la Providencia Administrativa impugnada.

Sin embargo, de la copia del texto del acto recurrido (folios 508 al 601) observa esta Sala que en los Capítulos IV y V de su decisión, el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) relacionó los medios probatorios aportados a los autos por los accionantes y el valor que apreció en cada una de dichas pruebas.

Asimismo, se aprecia al punto Octavo de la Providencia recurrida, relativo a la "REVISIÓN DE LOS HECHOS Y SU VINCULACIÓN CON LAS NORMAS PRESUNTAMENTE INFRINGIDAS", que el referido Directorio de Responsabilidad Social desechó la prueba de Informes Civiles identificadas con la letras "A", "B", "C", "D", "E" y "F", presentadas por la parte actora con el objeto de demostrar el alcance, el impacto social, la importancia y la

cobertura en diversos medios comunicación acerca de los hechos suscitados en El Rodeo, por cuanto no se encontraba cuestionado en el procedimiento administrativo la trascendencia de tales hechos.

Por otra parte, se observa a los fines de determinar si los hechos imputados a la parte recurrente se subsumían en los supuestos establecidos en los numerales 1, 2, 4 y 7 del artículo 27 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, que el aludido Directorio procedió a analizar "...el contenido de los mensajes difundidos por GLOBOVISIÓN, durante los días 16, 17, 18 y 19 de junio de 2011, con especial atención a las declaraciones transcritas en la Providencia Administrativa Nro. 1.839 de fecha 30 de junio de 2011 y a los micros allí indicados, para ellos nos valemos de las pruebas valoradas, consideradas pertinentes y relacionadas con el caso..."; de lo cual se evidencia *prima facie* que la Administración tomó en consideración y valoró las probanzas aportadas por las partes en el iter procedimental, concluyendo en el caso bajo examen haberse verificado los supuestos de hecho establecidos en la referida norma.

Sobre este último aspecto, cabe señalar que aun cuando los órganos administrativos tienen el deber de analizar todas las pruebas cursantes en el expediente administrativo, en aras de garantizar los derechos a la defensa y al debido proceso de los administrados, ello no significa que la autoridad administrativa deba hacer una valoración exhaustiva de todos y cada uno de los elementos cursantes en el expediente, pues lo relevante de tales elementos es su idoneidad para probar elementos que guarden relación con los hechos debatidos en el curso del proceso; por tanto, en criterio de esta Sala, existe silencio de prueba cuando la autoridad administrativa deja de juzgar, apreciar o valorar algún medio de prueba capaz de afectar la decisión. (Vid., entre otras, sentencia N° 135, publicada el 29 de enero de 2009, de esta Sala Político-Administrativa.).

Por lo expuesto, estima este Alto Tribunal que el fallo apelado no incurre en la falta de aplicación de los artículos 57 y 58 del Texto Constitucional ni en el vicio de silencio de pruebas alegados por las apelantes, pues con su análisis no sujetó el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información al respaldo de la información oficial, sino que dicho órgano jurisdiccional basó el examen de los argumentos relativos al falso supuesto de hecho y al silencio de pruebas aducidos por la parte actora contra el acto recurrido, en los elementos cursantes en autos en la etapa cautelar y, a lo determinado por la Administración en la Providencia impugnada. Así se declara.

b. *Juez natural independiente e imparcial*

TSJ-SPA (165)

6-3-2012

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). Apelación de sentencia de amparo.

La relación jerárquica entre los órganos que integran las ramas del Poder Público, en el caso concreto, los órganos del Poder Ejecutivo, no implica per se, la eventual facultad del órgano superior de ejercer algún tipo de injerencia o control sobre el inferior; así como tampoco resulta determinante la conformación interna del Directorio de la Responsabilidad Social -integrado, en su mayoría, por órganos y entes públicos- para aseverar la falta de imparcialidad del mismo en la toma de decisiones en materia sancionatoria.

Arguyen las apoderadas judiciales de la parte actora que según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 49 del Texto Constitucional, toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, sea administrativo o judicial, por una autoridad “independiente e imparcial”.

Que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo interpretó de forma errada el mencionado postulado constitucional, pues se limitó a afirmar que de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, la competencia para imponer las sanciones previstas en ese cuerpo normativo corresponde al Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), “como si la competencia del órgano subsanara cualquier falta de independencia o imparcialidad en su ejercicio”.

Asegura que en la decisión apelada se confundieron los referidos conceptos de independencia e imparcialidad, “omitiendo completamente el hecho de que Conatel y el Directorio son algunos de los órganos que utiliza el Ejecutivo Nacional para amedrentar a [sus] empresas representadas, ordenándoles la apertura indiscriminada y sin fundamento de procedimientos sancionatorios”.

Que el control ejercido por el Presidente de la República sobre el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), se evidencia por la forma como dicho órgano está estructurado, pues de sus doce (12) miembros, ocho (8) son órganos del Poder Ejecutivo cuyos titulares son nombrados por este último, esto es, el Director de la referida Comisión y un representante de las siguientes instituciones: “Ministerio para la Comunicación y la Información, Ministerio para la Cultura, Ministerio de Educación y Deporte, Ministerio en materia de Pueblos Indígenas; (...) órgano con competencia en materia de protección al consumidor, Instituto Nacional de la Mujer [y] Consejo Nacional de los derechos de niños, niñas y adolescentes”.

De los alegatos expuestos, se infiere la intención de los apelantes de denunciar el error de interpretación de una norma constitucional en que -a su decir- incurrió la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en la oportunidad de decidir el amparo cautelar solicitado; razón por la cual resulta necesario hacer referencia preliminarmente a lo establecido por esta Sala, en relación al falso supuesto de derecho como vicio de la sentencia. Así, mediante decisión de febrero de 2008, ratificada por el fallo de agosto de 2011, esta Sala se pronunció de la manera siguiente:

“Al respecto, resulta menester acotar que de acuerdo a pacífica y reiterada jurisprudencia de esta Sala, el vicio de suposición falsa en las decisiones judiciales se configura, por una parte, cuando el Juez, al dictar un determinado fallo, fundamenta su decisión en hechos inexistentes, falsos o que no guardan la debida vinculación con el o los asuntos objeto de decisión, verificándose de esta forma el denominado falso supuesto de hecho. Por otro lado, cuando los hechos que sirven de fundamento a la decisión existen, se corresponden con lo acontecido y son verdaderos, pero el órgano jurisdiccional al emitir su pronunciamiento los subsume en una norma errónea o inexistente en el derecho positivo, o incurre en una errada interpretación de las disposiciones aplicadas, se materializa el falso supuesto de derecho.

Partiendo de tal marco teórico y a fin de responder al alegato formulado, se impone en primer lugar destacar que en el ámbito de los poderes del Juez contencioso administrativo en el otorgamiento de medidas cautelares, se han definido una serie de limitaciones al momento de efectuar el análisis de la pretensión cautelar, partiendo del carácter accesorio, provisorio y reversible de las medidas de tal naturaleza.

Así, lo que se persigue del Juez en el examen de la procedencia de una acción de amparo conjunto o de una solicitud de suspensión de efectos como las que ha formulado la representación de (...), no es sino un estudio preliminar sobre las probabilidades de éxito del justiciable con base en los argumentos en los que aquél soporta la necesidad o conveniencia de suspender temporalmente los efectos propios de un acto que goza de una presunción de legalidad; estudio que habrá de realizarse bajo un esquema de serias conjeturas o deducciones y una técnica de provisionalidad.

De esta forma, el Juez analiza y, de ser el caso, declara la existencia de una presunción de quebrantamiento de los derechos o garantías constitucionales invocados por el actor, partiendo del soporte no sólo fáctico sino jurídico dado por aquél, pero sin resolver la litis, y conservando por ello una libertad plena para conocer y decidir, en su oportunidad, el mérito de la causa. En otras palabras, la decisión de la medida cautelar no implica que el Juez que conoce de la causa en cualquiera de sus instancias se aparte, más allá de lo conveniente para una adecuada y sana administración de justicia en sede cautelar, de las circunstancias de hecho y de derecho que rodean el caso, siempre que ello no se traduzca en una declaratoria concreta respecto a la legalidad o no del acto impugnado, cuestión que sí constituiría un ‘prejuzgamiento’ respecto al fondo del juicio y contrario a los anotados caracteres de provisionalidad, reversibilidad y accesoriedad”. (Subrayado del texto y negritas de la Sala)

En el caso de autos, las apoderadas judiciales de la parte recurrente aseguran que al momento de resolver la petición cautelar la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo interpretó y aplicó de forma errónea el numeral 3 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, con el objeto de determinar si el referido órgano jurisdiccional incurrió en el vicio de falso supuesto de derecho denunciado, es necesario atender al contenido de la norma invocada por la parte actora, la cual dispone lo siguiente:

“Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

(...)

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano, o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete”. (Destacado de la Sala)

Del encabezado de la norma parcialmente transcrita se evidencia la voluntad del Constituyente, de consagrar el debido proceso como uno de los elementos fundamentales a garantizar en todas las actuaciones judiciales y administrativas. En múltiples ocasiones ha señalado la Sala que el referido postulado, además de abarcar el derecho a la defensa comprende una serie de garantías a favor del justiciable, siendo algunas de ellas: el acceso a la justicia, el ejercicio de los recursos legalmente establecidos, obtener una resolución de fondo jurídicamente fundada, un proceso sin dilaciones indebidas, la ejecución de las sentencias o de los actos administrativos según corresponda, la posibilidad de acceder al expediente y la oportunidad de ser oído. (Vid., entre otras, sentencia de junio de 2011)

Específicamente, el numeral 3 del citado artículo 49 del Texto Constitucional, hace referencia a la necesidad de que el Tribunal a cuyo conocimiento se somete una controversia esté establecido con anterioridad, sea competente, independiente e imparcial.

Por otra parte, el artículo 141 del Texto Constitucional dispone los principios rectores de la actividad administrativa, a saber: honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función públi-

ca, con sometimiento pleno a la ley y al derecho; principios estos que se encuentran desarrollados en el artículo 10 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública el cual incluye, además, la imparcialidad de los órganos y entes administrativos.

Sin embargo, este último principio relativo a la imparcialidad tiene matices especiales en materia administrativa, pues como lo establece el artículo 18 del mencionado Decreto, “El funcionamiento de los órganos y entes de la Administración Pública [está sujeto] a las políticas, estrategias, metas y objetivos que se establezcan en los respectivos planes estratégicos, compromisos de gestión y lineamientos dictados conforme a la planificación centralizada”; mientras que el artículo 23 *eiusdem*, prevé que “Las actividades que desarrollen los órganos y entes de la Administración Pública deberán efectuarse de manera coordinada, y estar orientadas al logro de los fines y objetivos del Estado, con base en los lineamientos dictados conforme a la planificación centralizada”.

Bajo esta premisa, observa la Sala del escrito contentivo del recurso contencioso administrativo de nulidad que con el fin de sustentar el *fumus boni iuris* que -a su decir- asiste a sus representados, las apoderadas judiciales de la parte actora alegaron la violación del derecho al “juez” imparcial. Al efecto, destacaron la supuesta “política de hostigamiento y amedrentamiento en contra del canal por el desagrado que le produce su línea editorial independiente al considerarla crítica de la gestión de gobierno”, así como el cuestionamiento por parte del Presidente de la República y de otros funcionarios que integran la Administración Pública Central y Descentralizada sobre la actividad desarrollada por el canal Globovisión, lo que -a su decir- denota la falta de imparcialidad del Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

Por otra parte, se aprecia de la sentencia objeto de apelación que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, desechó -en la etapa cautelar- el alegato de violación del derecho al “juez” natural e imparcial, por no configurarse -a su criterio- tal vulneración. Al respecto, sostuvo que el acto administrativo recurrido fue dictado por el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), al cual la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, en su artículo 19, numeral 11, le asigna la potestad para iniciar de oficio o instancia de parte los procedimientos administrativos allí previstos así como aplicar las sanciones correspondientes, circunstancia que según aprecia dicha Corte garantiza la protección del aludido derecho.

De lo anterior evidencia la Sala, tal como lo advirtió la representación judicial de los recurrentes, que en su decisión la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo englobó en un solo concepto los presupuestos de competencia, independencia e imparcialidad que debe cumplir, en este caso, el órgano administrativo sancionatorio a los fines de garantizar el debido proceso a los administrados, sin hacer la respectiva distinción entre cada uno de ellos. Por esta razón, en principio, el fallo apelado estaría viciado de falso supuesto de derecho por interpretar erróneamente el órgano de la primera instancia judicial el numeral 3 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

No obstante lo señalado, y visto que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo debió pronunciarse sobre el mencionado alegato, observa la Sala que los recurrentes fundamentan su denuncia de violación del derecho a un “juez” imparcial en la relación jerárquica administrativa existente entre la Presidencia de la República, la Vicepresidencia de la República y el Directorio de Responsabilidad Social, como órgano de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

A lo anterior, agregan que la referida Corte silenció las pruebas aportadas al expediente ilustrativas de “la política sistemática de hostigamiento que sigue el Gobierno Nacional en contra del canal Globovisión” y “cómo gran parte del aparato estatal se aboca en muchas ocasiones a promover la autocensura de [sus] mandantes, y a limitar ilegítimamente el ejercicio de la libertad de expresión”.

En este orden de ideas, aseguran ser “un hecho notorio comunicacional cómo el Presidente de la República y los funcionarios sobre los cuales ejerce control, bien sea a través de entes u órganos de la Administración Pública Central o Descentralizada, han repetido en infinidad de oportunidades que Globovisión es un canal crítico de la gestión de gobierno y que por ello debe ser repudiado y hostigado de diversas maneras”.

Dentro del mismo marco de alegaciones, señalan que “Ante ese discurso oficial y las distintas agresiones de diversa índole (a través de procedimientos administrativos, judiciales y agresiones verbales y físicas) de las que han sido objeto el canal, así como sus trabajadores en el transcurso de ya varios años, es notoria la falta de imparcialidad que el Directorio, como órgano de Conatel, ente adscrito a la Vicepresidencia de la República, órgano jerárquicamente inferior a la Presidencia de la República, tuvo en la aplicación de la sanción respectiva y así se evidencia del contenido de las declaraciones de distintos funcionarios públicos contenidas en los videos exhibidos ante Conatel durante el procedimiento administrativo, los cuales constituyen plenas pruebas que constan en el expediente administrativo y frente a las que la Corte Primera no emitió pronunciamiento alguno en la Decisión”.

En conexión con lo anterior, sostienen que el vicio de silencio de pruebas alegado deriva de la falta de pronunciamiento sobre el comunicado de fecha 21 de octubre de 2011, emanado de la “Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, donde se expresa la preocupación que de allí surge por la parcialidad del Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) al imponer la sanción recurrida, en virtud de la conformación del Directorio y la forma como son designados sus miembros.

Ahora bien, sobre esta última denuncia es necesario destacar, en primer lugar, que la relación jerárquica entre los órganos que integran las ramas del Poder Público, en el caso concreto, los órganos del Poder Ejecutivo, no implica per se, la eventual facultad del órgano superior de ejercer algún tipo de injerencia o control sobre el inferior, en los términos planteados por los apelantes; así como tampoco resulta determinante la conformación interna del Directorio de la Responsabilidad Social -integrado, en su mayoría, por órganos y entes públicos- para aseverar la falta de imparcialidad del mismo en la toma de decisiones en materia sancionatoria.

Respecto a las probanzas que supuestamente no fueron analizadas en la sentencia apelada, se evidencia que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo apreció los elementos probatorios y determinó que los mismos no demuestran que “la Administración a través de su pronunciamiento haya infringido el derecho a ser juzgado por un juez natural e imparcial en la Providencia mediante la cual se impuso como sanción la multa”; sin necesidad de que deba hacer referencia expresa a cada una de las pruebas contenidas en el expediente ni a su valoración, por tratarse el asunto preliminarmente con ocasión de una solicitud cautelar.

Igualmente, cabe destacar que la imposición de la multa recurrida estuvo precedida por el trámite de un procedimiento administrativo iniciado con ocasión de la transmisión de los hechos suscitados en el Centro Penitenciario El Rodeo I y II, y concluyó con la emisión de un acto administrativo sancionatorio con base a lo previsto en normas de rango legal (artículos 27 y 29 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos);

circunstancias estas que hacen presumir a la Sala que, en su actuación, el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) en ejercicio de sus facultades verificó un hecho objetivo y lo calificó como falta sancionable, conforme a lo previsto en el instrumento legal que rige sus funciones y previo el cumplimiento del procedimiento debido.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, debe la Sala desechar los vicios relativos al falso supuesto de derecho y al silencio de pruebas denunciados por la representación judicial de la parte actora. Así se declara.

TSJ-SPA (220)

15-3-2012

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). Apelación de sentencia de medida de suspensión de efectos.

En el análisis de la violación del derecho a un juez natural alegado, la Sala señala que aun cuando los supuestos previstos en los artículos 27 y 29 de la Ley de Responsabilidad en Radio, Televisión y Medios Electrónicos se encuentren igualmente contemplados en normas de carácter penal, ello no implica que para la configuración de tales supuestos se requiera previamente el agotamiento de un juicio penal, pues se trata de conductas cuya comisión genera una responsabilidad administrativa y, en otros casos, responsabilidad disciplinaria.

10. Falta de aplicación del numeral 4 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Las representantes judiciales de los accionantes alegan la falta de aplicación del numeral 4 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, relativo al derecho al juez natural, pues al resolver el vicio de incompetencia manifiesta denunciado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, solamente señaló que las atribuciones del Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) se encuentran previstas en la Ley y que, en todo caso, no fueron aplicadas normas de carácter penal.

Afirman que la usurpación de funciones se configura al haber ejercido el aludido Directorio atribuciones propias del Poder Judicial, toda vez que los hechos imputados a sus representadas debían ser analizados por un órgano jurisdiccional a los fines de verificar si constituían o no ilícitos penales, “para que pueda proceder luego la Administración a sancionar los mismos hechos que se constituyen también en infracciones de carácter administrativo”.

Denuncian que existe una prejudicialidad penal respecto a la decisión que eventualmente tendría que emitir el Directorio de la Responsabilidad Social en el procedimiento cumplido en sede administrativa, especialmente, en cuanto a la instigación a delinquir, incitación al incumplimiento del ordenamiento jurídico vigente, la apología del delito y la incitación al odio por razones políticas; conductas estas imputadas a sus mandantes.

Sobre este particular, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo estimó que no se desprendía de autos que el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) hubiese fundamentado su decisión en normas de carácter penal, sino que subsumió la conducta irregular en la normativa aplicable al caso, esto es,

el artículo 27 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos. Asimismo, consideró la prenombrada Corte que dicho órgano administrativo actuó de conformidad con las competencias atribuidas a éste en el mencionado texto legal.

En este contexto, resulta necesario citar el contenido de los artículos 27 y 29 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, los cuales establecen lo siguiente:

“Artículo 27. En los servicios de radio, televisión y medios electrónicos, no está permitida la difusión de los mensajes que:

1. Inciten o promuevan el odio y la intolerancia por razones religiosas, políticas, por diferencia de género, por racismo o xenofobia.
2. Inciten o promuevan y/o hagan apología al delito.
3. Constituyan propaganda de guerra.
4. Fomenten zozobra en la ciudadanía o alteren el orden público.
5. Desconozcan a las autoridades legítimamente constituidas.
6. Induzcan al homicidio.
7. Inciten o promuevan el incumplimiento del ordenamiento jurídico vigente.

Los proveedores de medios electrónicos deberán establecer mecanismos que permitan restringir, sin dilaciones, la difusión de mensajes divulgados que se subsuman en las prohibiciones contenidas en el presente Artículo, cuando ello sea solicitado por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en ejercicio de sus competencias, en cuyo caso se aplicará el procedimiento previsto en el artículo 33 de la presente Ley.

Los proveedores de medios electrónicos serán responsables por la información y contenidos prohibidos a que hace referencia el presente artículo, en aquellos casos que hayan originado la transmisión, modificado los datos, seleccionado a los destinatarios o no hayan limitado el acceso a los mismos, en atención al requerimiento efectuado por los órganos con competencia en la materia.

Párrafo primero: los responsables de los medios electrónicos serán sancionados con multa desde cincuenta hasta doscientos Unidades Tributarias (50 hasta 200 U.T.), cuando violen cualquiera de las prohibiciones contenidas en el presente artículo.

Párrafo segundo: los proveedores de medios electrónicos que no atiendan las solicitudes realizadas por los órganos competentes a los fines de dar cumplimiento a las disposiciones de la presente Ley, serán sancionados con multa de hasta un cuatro por ciento (4%) de los ingresos brutos generados en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior a aquél en el cual se cometió la infracción”.

“Artículo 29. Los sujetos de aplicación de esta Ley, serán sancionados:

1. Con multa de hasta un diez por ciento (10%) de los ingresos brutos causados en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior a aquél en el cual se cometió la infracción, y/o suspensión hasta por setenta y dos horas continuas de sus transmisiones, cuando difunden mensajes que:
 - a. Promuevan, hagan apología o inciten a alteraciones del orden público;
 - b. Promuevan, hagan apología o inciten al delito;

- c. Inciten o promuevan el odio o la intolerancia por razones religiosas, políticas, por diferencia de género, por racismo o xenofobia;
 - d. Promuevan la discriminación;
 - e. Que utilicen el anonimato;
 - f. Constituyan propaganda de guerra;
 - g. Fomenten la zozobra en la ciudadanía o alteren el orden público;
 - h. Desconozcan las autoridades legítimamente constituidas.
2. Con revocatoria de la habilitación y concesión, cuando difundan mensajes que:
 - a. Promuevan, hagan apología, inciten o constituyan propaganda de guerra;
 - b. Sean contrarios a la seguridad de la Nación;
 - c. Induzcan al homicidio.

Igualmente serán sancionados con la revocatoria de la habilitación administrativa y concesión, cuando haya reincidencia en la sanción del numeral 1 de este artículo, referida a la suspensión hasta por setenta y dos horas continuas.

Las sanciones previstas en el numeral 1 serán aplicadas por el Directorio de Responsabilidad Social, de conformidad con el procedimiento establecido en esta Ley. La sanción prevista en el numeral 2 será aplicada por el órgano de adscripción de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en ambos casos la decisión se emitirá dentro de los treinta días hábiles siguientes a la recepción del expediente por el órgano competente.

En todo caso, corresponderá a la Consultoría Jurídica de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, la sustanciación del expediente administrativo y regirán, supletoriamente, las normas sobre procedimientos previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”.

De esta manera, se observa que las normas transcritas prevén las sanciones que pueden ser aplicadas por el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) ante la configuración de las faltas contempladas en dichas normativa, tales como: la promoción o incitación a alteraciones al orden público, al odio o intolerancia por razones religiosas, políticas, diferencia de género, racismo o xenofobia, entre otros.

En este orden de ideas, debe indicarse, como bien lo ha hecho la Sala en otras oportunidades, que la comisión de determinadas actuaciones puede generar distintos tipos de responsabilidades sin que exista prejudicialidad (*vid.*, entre otras, sentencias de esta Sala Político-Administrativa del 7 de marzo de 2001 y del 13 de junio de 2007).

Así, para la determinación de los distintos tipos de responsabilidades el ordenamiento jurídico establece procedimientos igualmente diferenciados, en atención a la condición particular del presunto involucrado y de los hechos suscitados. Por otra parte, un mismo hecho tipificado como delito puede ser objeto de sanción en el orden administrativo sancionatorio, sin que su imposición requiera de un proceso previo ante la jurisdicción penal que demuestre la comisión de un delito (*Vid.*, decisiones de esta de fechas 2 de marzo 2000 y 22 de abril de 2003).

Desde esta perspectiva, aun cuando los supuestos previstos en los artículos 27 y 29 de la Ley de Responsabilidad en Radio, Televisión y Medios Electrónicos se encuentren igualmen-

te contemplados en normas de carácter penal, ello no implica que para la configuración de tales supuestos se requiera previamente el agotamiento de un juicio penal, pues se trata de conductas cuya comisión genera una responsabilidad administrativa y, en otros casos, responsabilidad disciplinaria.

Así pues, estima este Alto Tribunal, como bien lo hizo la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que en esta fase del proceso no se configura el presunto vicio de incompetencia manifiesta, ni la violación del derecho al juez natural denunciados por la parte actora, pues el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) impuso a los accionantes las sanciones previstas en la Ley antes mencionada, luego de haber tramitado el procedimiento administrativo correspondiente y conforme a las competencias igualmente establecidas en dicha Ley, en los numerales 2 y 5 del artículo 20 y artículo 35. Por esta razón, debe ser desechada la falta de aplicación del numeral 4 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela alegado por las apelantes. Así se declara.

c. *Principio del non bis in idem*

TSJ-SPA (20)

18-1-2012

Magistrada Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Línea Aérea Aerotuy, LTA, C.A vs. Decisión Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

La norma contenida en el artículo 102 del Código Orgánico Tributario de 2001, referida al incumplimiento de deberes formales en materia de impuestos indirectos, señala dos supuestos diferentes como lo son una sanción pecuniaria y de manera accesoria el cierre del establecimiento por un plazo que no podrá exceder de tres (3) días, por lo que no se trata de haberse aplicado dos sanciones por un mismo ilícito, sino que un mismo hecho acarrea dos consecuencias distintas, por lo que en el caso bajo examen no existe violación del principio *non bis in idem*.

Con relación a la trasgresión del principio *non bis in idem*, precepto constitucional establecido en el artículo 49 numeral 7, invocado por la contribuyente en su escrito de fundamentación de la apelación, por cuanto -a su decir- fue sancionada por la Administración Tributaria dos veces por el mismo ilícito (cierre del establecimiento y sanción pecuniaria); resulta prudente citar el pronunciamiento de esta Sala en sentencia del 19 de junio de 2008 caso: *Fundación Universitaria Monseñor Rafael Arias Blanco*, ratificado mediante fallo de fecha 3 de febrero de 2011, caso: *Seguros Pirámide, C.A.*, en la cual estableció lo siguiente:

“(...)

éste [principio de *non bis in idem*] constituye una garantía esencial del derecho al debido proceso el cual, conforme al enunciado del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, resulta aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

... *omissis*...

Como se deduce de la mencionada disposición, el referido principio constituye una manifestación del derecho al debido proceso y por ende, aplicable a todo tipo de actuación sea ésta judicial o administrativa y a su vez, se configura como un derecho fundamental del sancionado junto a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones.

Así, referido a la potestad sancionadora de la Administración, podría decirse que el principio *non bis in idem* constituye una garantía en cuanto se proscribiera por mandato constitucional el juzgamiento y la imposición de más de una sanción por un mismo hecho; pero igualmente tiende a garantizar la seguridad jurídica, de las decisiones de la Administración. Es decir, que definida una situación jurídica particular, salvo la posibilidad excepcional de la revocación directa del acto administrativo, no le es permitido a ésta volver de nuevo sobre la cuestión que ha sido decidida.

... *omissis*...

Ahora bien, conforme a la jurisprudencia de esta Sala cabe indicar que la mencionada prohibición pesa siempre en relación con un mismo tipo de responsabilidad, es decir, si se trata de un hecho que da lugar a una sanción administrativa, está excluida la posibilidad de aplicar varias veces la misma, pero cuando se trata de un hecho que siendo susceptible de responsabilidad administrativa, además lo es penal y civil, cada una de estas responsabilidades subsisten de forma individual e independiente, sin que la existencia de una de ellas necesariamente excluya la aplicación de la otra; es decir, lo que se proscribiera es que por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos se sancione repetidamente una misma conducta. (...)”. Destacado de la Sala.

Con relación a este principio, resulta prudente citar el pronunciamiento de la Sala Constitucional (Véase Sentencia N° 1265 de 5-8-2008, en *Revista de Derecho Público* N° 115 de 2008 pp.608 y ss)

En análogo sentido se pronunció la referida Sala Constitucional en su decisión del 5 de agosto de 2008, caso: *Ziomara del Socorro Lucena Guédez*, al establecer lo siguiente:

“(…) no puede verse afectado el principio *non bis in idem*, ya que, no se trata de juzgar a un sujeto en más de una oportunidad por una misma conducta, sino de establecer una pena accesoria como consecuencia de una sanción impuesta por un solo hecho, cuestión que se encuentra plenamente avalada constitucional y legalmente en nuestro ordenamiento jurídico”.

En el caso concreto, atendiendo a la jurisprudencia citada, se aprecia que la norma contenida en el artículo 102 del Código Orgánico Tributario de 2001, referida al incumplimiento de deberes formales en materia de impuestos indirectos, señala dos supuestos diferentes como lo son una sanción pecuniaria y de manera accesoria el cierre del establecimiento por un plazo que no podrá exceder de tres (3) días, por lo que no se trata como erradamente lo afirma la contribuyente habersele aplicado dos sanciones por un mismo ilícito, sino que un mismo hecho acarrea dos consecuencias distintas, por lo que en el caso bajo examen no existe violación del principio *non bis in idem*; en consecuencia, resulta improcedente el alegato esgrimido en este sentido por la parte apelante. Así se declara.

3. *Derechos Individuales*

A. *Libertad personal*

TSJ-SC (4)

7-2-2012

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Constitucionalidad del Carácter Orgánico de la Ley Orgánica Contra La Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo.

El Estado debe proteger las libertades de los ciudadanos, utilizando al mínimo posible el Derecho Penal, ello en virtud del grado de esta aflicción que ocasiona a las libertades.

En este sentido, se considera como “desarrollo” cualquier clase de regulación general de los derechos, lo cual necesariamente abarca a las normas que impongan límites a aquéllos (entre las cuales se encuentran las normas penales), en virtud de la necesaria convivencia social. Así, la existencia de una norma penal que defina un delito y prevea una pena para su realización, implica necesariamente la limitación de derechos constitucionales. Desde este enfoque, los tipos penales constituyen una reducción del principio general de libertad, en el sentido de que prohíben la realización de una actividad que no era penalmente ilícita antes de la creación de aquéllos. Asimismo, la previsión legal de una pena (específicamente la prisión) y su ulterior imposición al infractor, constituyen una limitación al derecho a la libertad personal (entre otros derechos), necesaria para salvaguardar la libertad de los demás integrantes de la sociedad.

A mayor abundamiento, esta Sala debe reiterar que la libertad es un valor fundamental del ordenamiento jurídico venezolano, el cual se enmarca en un modelo de Estado democrático y social, de Derecho y de justicia, así como también constituye un derecho fundamental. Ahora bien, el Estado tiene el deber de asegurar el máximo nivel de libertad y bienestar de sus ciudadanos, protegiendo los bienes jurídicos de estos frente a las agresiones más lesivas. Para tal función, debe acudir a mecanismos coactivos, concretamente, los medios de control social formalizados, entre los cuales se encuentra el Derecho Penal, la cual impacta de la manera más sensible la esfera de libertades de las personas. La cuestión radica entonces en proteger las libertades de los ciudadanos, utilizando al mínimo posible el Derecho Penal, ello en virtud del grado de esta aflicción que ocasiona a las libertades. En otras palabras, debe obtenerse el mayor grado de libertad y bienestar de los ciudadanos utilizando al mínimo posible la actividad punitiva.

Siendo así, concluye esta Sala que, vista desde esta segunda perspectiva, la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo también se adapta a la descripción del artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que desarrolla derechos constitucionales, en tanto las normas penales en ella contenidas configuran una clara regulación del derecho a la libertad, conforme a los criterios expresados ut supra.

B. *Derecho a la libertad de expresión y a la información*

TSJ-SPA (220)

15-3-2012

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

Las restricciones de los derechos a la libertad de expresión y a la información impuestas por la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, constituyen el medio para lograr los fines previstos en el Texto Constitucional y los expresamente establecidos en la referida Ley, como lo son, entre otros: la promoción de la justicia social, la paz, los derechos humanos, la cultura, la educación, la salud y el desarrollo social y económico de la Nación.

Por otra parte, se observa como un aspecto nuevo de la apelación bajo análisis el alegato según el cual la prenombrada Corte desconoció los derechos de “toda persona” a la libertad de expresión y a recibir información, consagrados en los artículos 57 y 58 de la Carta Magna, “ya que, en su errado entender, sólo es posible flexibilizar la interpretación de las normas que establecen responsabilidades provenientes del ejercicio del derecho a la libertad de expresión

cuando se trata de aquéllos que se desempeñan como actores políticos, desconociendo de modo absoluto el contenido de las mencionadas disposiciones constitucionales”. (Destacado del escrito)

En este mismo sentido, aseguran que las mencionadas disposiciones constitucionales protegen el derecho a emitir opiniones e informaciones a todos y cada uno de los ciudadanos, sin hacer distinción entre quienes ejerzan una actividad política y quienes no lo hagan; “por lo que las opiniones e información que configuren críticas al gobierno de turno o que puedan resultar molestas a sus funcionarios se encuentran especialmente protegidas en virtud de que el comportamiento de éstos se encuentra obligatoriamente expuesto al debate público y ello es necesario en un estado democrático, como el nuestro”.

Que, incluso, en el fallo del 12 /2001, la Sala Constitucional extendió dicha protección a las “expresiones molestas, hirientes o excesos terminológicos”; como también lo ha asumido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos, cuando consideran que las autoridades, funcionarios y personajes públicos deben aceptar mensajes críticos, como parte fundamental de un nutrido debate político que permita la formación de la opinión pública en una sociedad democrática.

Asimismo, denuncian la inaplicación de los aludidos artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por considerar que las transmisiones realizadas por el canal de televisión Globovisión acerca de los hechos ocurridos en el Centro Penitenciario El Rodeo, son un reflejo del ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión de ideas, opiniones e información.

Las disposiciones constitucionales invocadas como inaplicadas disponen lo siguiente:

“Artículo 57. Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión y hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades.

Artículo 58. La comunicación es libre y plural y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral”.

Respecto a la transgresión de los derechos a la libertad de expresión y a recibir información, en virtud de la aplicación de los artículos 27 y 29 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, de la sentencia apelada se observa el pronunciamiento de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo al estimar, conforme a los criterios jurisprudenciales de la Sala Constitucional reflejados en la sentencia de esa Sala del 15 /2003, que en protección de derechos colectivos la Ley puede establecer restricciones a los mencionados derechos, incluso, establecer la censura previa en casos específicos.

Asimismo, señaló el referido órgano jurisdiccional que para la impugnación de normas legales restrictivas de los aludidos derechos, se requiere necesariamente demostrar la antinomia existente entre el instrumento normativo y los principios y valores que sustentan el Esta-

do Democrático y Social de Derecho y de Justicia. En esta misma línea de razonamiento, destacó la Corte lo señalado por la Sala Constitucional respecto a “la importancia que tiene la racionalidad del saber implícito que la comunicación de la información libremente expresada trae consigo, como producto de las acciones teleológicas, es decir, la importancia de la racionalidad que debe tener la finalidad que los sujetos capaces de lenguaje persiguen al momento de comunicarse”.

Sobre este último particular, coincide esta Sala Político Administrativa respecto a lo señalado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, pues las restricciones de los derechos a la libertad de expresión y a la información impuestas por la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, constituyen el medio para lograr los fines previstos en el Texto Constitucional y los expresamente establecidos en la referida Ley, como lo son, entre otros: la promoción de la justicia social, la paz, los derechos humanos, la cultura, la educación, la salud y el desarrollo social y económico de la Nación (artículo 1 de la Ley).

Aunado a lo anterior, observa esta Alzada, salvo la mejor apreciación que en la sentencia definitiva se haga, que los supuestos de hecho sancionables por disposición de los artículos 27 y 29 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, comprenden conductas que exceden de la simple expresión de las ideas y las opiniones en un Estado Democrático.

Ciertamente, las mencionadas disposiciones prohíben y establecen las sanciones correspondientes por la difusión de contenidos que inciten o promuevan el odio o la intolerancia (por razones religiosas, políticas, género, racismo, nacionalidad); inciten o promuevan y/o hagan apología del delito; fomenten zozobra en la ciudadanía o alteren el orden público; desconozcan a las autoridades legalmente constituidas; induzcan al homicidio; o inciten o promuevan el incumplimiento del ordenamiento jurídico vigente.

En relación con el pronunciamiento de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, acerca de que la flexibilización usada por los órganos administrativos competentes para declarar la responsabilidad por el abuso en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, sólo es aplicable “a quienes se desempeñen como actores políticos en una sociedad democrática”; los recurrentes aseguran que los artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no hacen distinción entre quienes ejercen una actividad política y quienes no lo hagan.

Al respecto la Sala trae a colación lo establecido por la Sala Constitucional en su decisión del 15 / 2003, en la que resolvió el recurso de nulidad por inconstitucionalidad ejercido contra los artículos 141, 148, 149, 150, 151, 152, 223, 224, 225, 226, 227, 444, 445, 446, 447 y 450 del Código Penal -fallo este analizado en la sentencia apelada e invocado por los accionantes-, y expresó que “Una interpretación literal de las leyes que *a priori* o *a posteriori* inciden sobre la libertad de expresión, devendría en un obstáculo para el pluralismo político y para la confrontación de ideas que debe caracterizar un sistema democrático; ideas y conceptos que muchas veces emergen de hechos -supuestos o reales- con los cuales se consustancia el mensaje”. En este mismo sentido la Sala Constitucional destacó, con base en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la necesaria flexibilización en la interpretación de las normas que establecen responsabilidades por actuaciones que excedan el ejercicio del mencionado derecho, y que la misma “funciona con quienes forman parte de partidos o movimientos políticos que, de una u otra forma, intervienen en los comicios que se celebran nacional o localmente, mas no con respecto a difamadores de oficio, o de cualquier otra índole”.

De lo expuesto se evidencia que las consideraciones hechas por la Sala Constitucional en el aludido fallo, además de estar relacionadas con la materia penal se refieren a las “ofensas” proferidas contra funcionarios públicos de las distintas ramas del Poder Público a nivel nacional, estatal y municipal; y que la ponderación de las circunstancias del caso concreto a los fines de determinar la configuración de un delito, obedece al reconocimiento del pluralismo político y a la confrontación de ideas que caracterizan el sistema democrático.

Lo anterior no significa -a juicio de esta Sala- que la “flexibilización” a la que alude la Sala Constitucional exima absolutamente la responsabilidad de los particulares -miembros activos o no de un partido u organización política- por estar fundamentadas sus actuaciones en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Al circunscribir el asunto al caso de autos, se insiste que mediante la Providencia Administrativa impugnada el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), impuso a las empresas recurrentes una sanción administrativa por la transmisión de hechos que exceden del debate o intercambio de ideas, contenidos que corresponden a los supuestos descritos en los artículos 27 y 29 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos. Se trata, así, de acciones que en principio no afectan a una o varias personas en particular -sean o no funcionarios públicos- sino que esa afectación se extiende a la colectividad toda cuya protección es uno de los fines de la referida Ley.

En todo caso, cabe destacar que el órgano administrativo sancionador tiene a su disposición las atenuantes previstas en el artículo 34 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos para determinar la sanción aplicable, como lo son, entre otras, “El reconocimiento de la infracción antes o durante el curso del procedimiento” y “La iniciativa propia de subsanar la situación de infracción”.

Conforme a las consideraciones expuestas, la Sala desecha el alegato de falta de aplicación de los artículos 2, 3, 19, 21, 49, 57, 58 y 139 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por parte de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en su pronunciamiento. Así se decide.

TSJ-SPA (165)

6-3-2012

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). Apelación de sentencia de amparo.

La Sala analiza la jurisprudencia imperante respecto al derecho a la libertad de pensamiento y expresión y a recibir información, y en el caso en examen señala que no aprecia inconstitucionalidad, irracionalidad o incongruencia alguna en la sanción impuesta a la recurrente por el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, pues tal actuación responde al ejercicio de las potestades sancionatorias establecidas en la prenombrada Ley, con el objeto de regular la difusión de los mensajes por radio, televisión y medios electrónicos en aras del interés general.

Las apoderadas actoras denuncian la falta de aplicación en la sentencia apelada de los artículos 57 y 58 de la Carta Magna, por cuanto del contenido de esas disposiciones se desprende el derecho a la libertad de expresión y a recibir información que tiene toda persona,

“...sin ningún tipo de distinción en lo que se refiere a que sean o no actores políticos...”. Sostienen que la violación de los artículos 57 y 58 del Texto Constitucional se ha verificado en este caso, toda vez que la cobertura de los hechos suscitados en el Centro Penitenciario El Rodeo, realizada por el canal Globovisión, se hizo “...en ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión de ideas, opiniones e información y no se trata en forma alguna de un abuso del mencionado derecho...”.

Agregan que la sentencia del 12 /2001 dictada por la Sala Constitucional, estableció la protección de las opiniones críticas de hechos noticiosos, inclusive cuando se utilizan “expresiones molestas, hirientes o excesos terminológicos”, razón por la cual debe concluirse que “...si la cobertura que hizo el canal Globovisión sobre los hechos noticiosos relacionados con el caso El Rodeo molestaron al gobierno nacional o al Directorio, dicha cobertura se encuentra protegida constitucionalmente por la libertad de expresión...”, tal como lo ha asumido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos.

En conexión con lo anterior, afirman que los artículos 27 y 29 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos son inconstitucionales, debido a la indeterminación “...en el tipo sancionatorio y por la desproporción en las sanciones que imponen, todo lo cual genera un notorio y evidente efecto inhibitorio en la libertad de expresión y de información del canal y de sus periodistas, así como de otros medios de comunicación, lo que se traduce en censura previa...”.

Respecto a estos alegatos, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declaró la improcedencia de la violación del derecho a la libertad de expresión e información invocada por la parte accionante, pues consideró no haber quedado demostrado que “...la multa impuesta a través del acto administrativo impugnado, en aplicación de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos (...), contraviene el contenido del artículo 2 de la Constitución (...) y que (...) tampoco lograron los accionantes llevar a la convicción a este Órgano Jurisdiccional con pruebas suficientes, que detentan la cualidad para disfrutar de las limitaciones que a las restricciones al derecho a libertad de expresión y comunicación impone el aludido texto normativo, de conformidad con la sentencia vinculante dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 15 /2003...”.

En este orden de ideas, debe señalarse que los artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, prevén el derecho a la libertad de pensamiento y expresión y a recibir información, de la siguiente manera:

“Artículo 57. Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades”.

“Artículo 58. La comunicación es libre plural y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral”.

Igualmente, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone lo que a continuación se transcribe:

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y Expresión.

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

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

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o por medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales y particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquiera otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

De esta manera, debe indicarse que la libertad de expresión y pensamiento se encuentra íntimamente relacionada con la libertad de información, y se trata de un derecho que no es absoluto pues comporta una serie de deberes y responsabilidades, en razón de lo cual puede estar sujeto a ciertas restricciones fijadas por la ley, necesarias para garantizar el respeto a los derechos o a la reputación de las demás personas, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública.

Ahora bien, advierte la Sala y así lo asumió la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo al reconocer el carácter vinculante de la decisión de la Sala Constitucional del 15 /2003, anteriormente citada, la antinomia existente entre el artículo 13, aparte 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 57 de la Constitución venezolana. En la sentencia se expresa lo siguiente:

“...La ‘libertad de expresión’ consiste en el derecho que tiene toda persona de expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y hacer uso de cualquier medio de comunicación o difusión para ello (artículo 57 constitucional). Este derecho incluye la libertad de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, por lo que íntimamente unida a la libertad de expresión se encuentra la libertad de información que consagra el artículo 58 constitucional.

Se trata de un derecho constitucional que no es absoluto, ya que según la propia norma, quien lo ejerce, asume plena responsabilidad por todo lo expresado, y de allí que las Constituciones, por lo general, reconozcan la inmunidad parlamentaria, tal como lo hace la vigente en el artículo 200, para eximir de responsabilidad la libertad de expresión de los diputados o miembros de parlamentos.

Se trata de la responsabilidad proveniente de la ley que así restringe, por mandato del propio artículo 57 constitucional, el derecho -en principio ilimitado- que tienen las personas de expresar libremente sus pensamientos, ideas u opiniones. Por lo tanto, las normas que establezcan responsabilidades por lo expresado, son normas que se adaptan a la Constitución y cumplen con ella.

Esta última, en su artículo 57, prohíbe el anonimato, la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y los que promuevan la intolerancia religiosa, por lo que la expresión de ideas, pensamientos, conceptos, etc., que promuevan la guerra (interna o externa), los mensajes discriminatorios que persigan excluir o fomentar el odio entre las personas por razones de raza, sexo, credo o condición social (artículo 21.1 constitucional), así como los que promuevan la intolerancia religiosa, no gozan de la protección constitucional y pueden, al estar legalmente prohibidos, perseguirse y reprimirse. En igual situación se encuentran los mensajes y exposiciones que colidan con otros derechos y principios constitucionales, correspondiendo a esta Sala determinar cuál es la norma aplicable en casos antinómicos.

La Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13, establece otros límites a la libertad de expresión o de pensamiento, contemplando responsabilidades ulteriores a la expresión que están expresamente fijadas en la ley (artículo 13.2). Tal advertencia la realiza la norma, ya que ella prohíbe la censura previa, como forma para impedir la expresión del pensamiento, y de allí que establezca la responsabilidad por lo que se va a expresar, utilizando cualquier medio de comunicación; responsabilidad que nace con motivo de lo expresado.

El citado artículo 13.2, a su vez señala para los países suscriptores del Convenio, cuáles materias generarán las responsabilidades ulteriores de quienes expresan opiniones o ideas y las informen, y ellas son:

- 1) Los que afecten el respeto o a la reputación de los demás;
- 2) Los que afecten la seguridad nacional;
- 3) Los que atenten contra el orden público;
- 4) Los que perjudiquen la salud;
- 5) Los que ataquen la moral pública;
- 6) La propaganda de guerra; y,
- 7) La apología del odio nacional, racial o religioso, que constituyan incitaciones a la violencia o a cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas.

En consecuencia, los países signatarios de la Convención, pueden legislar en esas siete áreas, para exigir responsabilidad a posteriori de su comunicación a lo expresado por las personas.

A juicio de esta Sala, el artículo 13.2 colide en cierta forma con el artículo 57 constitucional. Este prohíbe la censura a las expresiones que se difundirán por los medios de comunicación o difusión, lo que es coincidente con la letra del artículo 13.2 comentado, pero el artículo 57 constitucional no permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa, sin diferenciar, al no prohibirla, en qué oportunidad se impedirá su difusión. Como el artículo 58 constitucional se refiere a la comunicación de la expresión e información 'sin censura, de acuerdo a los principios de esta Constitución', la Sala interpreta que en materia comunicacional y por aplicación de otros principios constitucionales, la ley puede impedir la difusión de informaciones que dejen sin contenidos otras normas constitucionales o los principios que rigen la Carta Fundamental.

A juicio de la Sala, ello puede tener lugar aun antes de que los medios de comunicación lo hagan conocer, ya que, de no ser así, el efecto nocivo, que reconoce la norma constitucional y que trata de impedir, tendría lugar irremisiblemente.

La Sala anota, que las ideas o pensamientos que el artículo 57 de nuestra Carta Fundamental prohíbe (propaganda de guerra, mensajes discriminatorios o los que promuevan la intolerancia religiosa), colocados en la norma después de la declaratoria de que la comunicación y difusión de las ideas, pensamientos y opiniones, no pueden ser sometidos a censura previa, constituyen restricciones a dicho derecho, ya que luego de establecerse el principio, la norma establece que no se permitirá ni el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Para que no se permitan tales expresiones, la ley puede crear censura previa a su difusión o comunicación, siempre que actos jurisdiccionales la ordenen. Sin embargo, las prohibiciones del artículo 57 constitucional son en parte distintas de aquellas que el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla, las cuales nunca pueden ser objeto de censura anterior a su difusión o comunicación, pero que sí generan responsabilidades (de acuerdo con lo que establece la ley) a quien las exprese en cualquier forma. Apunta la Sala que son en parte distintas, ya que hay supuestos contemplados en ambas normas, las cuales al ser diferentes, otorgan efectos distintos a los supuestos coincidentes.

Resultan de aplicación preferente, ya que garantizan mayor protección a los derechos humanos de la colectividad, las prohibiciones, y los efectos que ellas producen, contempladas en el artículo 57 constitucional, sobre las que, a su vez, establece el artículo 13.2 del 'Pacto de San José', por lo que la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y los que promuevan la intolerancia religiosa, además de la responsabilidad personal de quienes los emitan, podrán ser censurados previamente si la Ley lo señala.

El artículo 13.2 aludido, consideró a la propaganda de guerra y a los mensajes discriminatorios o promotores de la intolerancia religiosa, sólo como generadores de responsabilidad, pero no sujetos a censura previa. La Sala considera, que los bienes jurídicos tutelados por la Constitución favorecen más a los derechos humanos colectivos y, por ello, el artículo 57 constitucional es de aplicación preferente al ser desarrollado por la ley.

Lo importante del artículo 13.2 de la Convención, es que sólo en las materias allí contempladas es que nace responsabilidad (civil, penal, etc.) para quien se expresa, resultando contrarias a la Convención y a su naturaleza constitucional, las normas que fuera de esas materias establezcan responsabilidades". (Negrillas del texto y subrayado de esta decisión).

Del fallo parcialmente transcrito se colige que la Sala Constitucional consideró de aplicación preferente el contenido del artículo 57 del Texto Constitucional por favorecer en mayor medida la protección a los derechos colectivos. La interpretación de ese artículo permite concluir que la Constitución venezolana no sólo prevé la responsabilidad ulterior por la transmisión de "...propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y los que promuevan la intolerancia religiosa" -como así lo establece la normativa internacional- sino que eventualmente la Ley podría prever la censura previa de estos tipos de información, pues de no ser así el efecto nocivo que reconoce la norma constitucional podría generarse en la población, con la difusión incontrolada de matrices de opinión violatorias de los más sagrados derechos para preservar la convivencia pacífica.

Por otra parte, con relación a las responsabilidades derivadas de la comunicación y del uso abusivo de la libertad de expresión, la Sala Constitucional señaló que las normas que establecen tales responsabilidades deben estar en armonía y acordes con lo dispuesto en el artículo 2 de la Carta Magna y, asimismo, enfatizó la flexibilidad que debe orientar la interpretación de dichas normas a los fines de garantizar el pluralismo político y el sistema democrático. En este sentido, la Sala se pronunció de la siguiente manera:

“...Establecido lo anterior, la Sala debe puntualizar que las leyes que exijan las responsabilidades provenientes del uso abusivo de la libertad de expresión, en las áreas permitidas por la Constitución y los Convenios, Pactos y Tratados Internacionales suscritos por Venezuela, deben adaptarse a los principios que informan la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contenidos en el Título de los Principios Fundamentales de la vigente Constitución, en particular, el artículo 2 constitucional (...).

(...*omissis*...)

Dentro de un Estado Democrático, entre cuyos valores se encuentra la libertad, la ética y el pluralismo político, el hecho político debe tenerse en cuenta al medir el acto abusivo del derecho a la libre expresión, ya que, de no ser así, quienes intervienen en la lucha política se convertirán en unos eunucos, ya que no podrían exponer a sus seguidores, o a quienes pretendan los acompañen, sus ideas y fines.

Una interpretación literal de las leyes que a priori o a posteriori inciden sobre la libertad de expresión, devendría en un obstáculo para el pluralismo político y para la confrontación de ideas que debe caracterizar un sistema democrático; ideas y conceptos que muchas veces emergen de hechos -supuestos o reales- con los cuales se constancia el mensaje.

Esta realidad, que surge del artículo 2 constitucional, flexibiliza la interpretación que ha de darse a muchas normas que señalan responsabilidades provenientes de la libertad de expresión y que, por aplicación constitucional, el juez debe ponderar antes de aplicarlas.

Pero la Sala acota que la flexibilización funciona con quienes forman parte de partidos o movimientos políticos que, de una u otra forma, intervienen en los comicios que se celebran nacional o localmente, mas no con respecto a difamadores de oficio, o de cualquier otra índole.

Dentro del ámbito político, el juzgamiento de las conductas debe hacerse adecuándolos, no sólo a los principios constitucionales, sino a las prácticas, usos, costumbres y convenciones del correspondiente régimen político (...).

La democracia no sólo es un sistema político, sino una forma de convivencia, y en la interpretación de las normas sobre responsabilidad, originada por el uso abusivo de la libertad de expresión, el juez tiene que calificar el abuso, la imprudencia, la intención y si tal abuso proviene de quienes ejercen la política. Debe igualmente valorar si lo expuesto efectivamente atenta contra la convivencia y con la realidad, ya que el funcionamiento verdadero de las instituciones, muy lejanas a veces al deber ser legal, puede generar duros ataques que comprueban la discrepancia entre lo que la Constitución y las leyes prescriben y lo que en la realidad ocurre.

(...*omissis*...)

La particularidad que reconoce la Sala a la expresión política, como función pluralista y democrática, no la tienen -ni la pueden tener- quienes no hacen política y simplemente ofenden, desprestigian, difaman o mienten, en atención a sus intereses particulares y concretos, quienes más bien irrespetan la libertad de expresión...”.

Igualmente, respecto al derecho a recibir información consagrado en el artículo 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala Constitucional resaltó las responsabilidades que pueden generar las opiniones y noticias no veraces, inoportunas y parciales acerca de sucesos que difunden los medios de comunicación. Al respecto, señaló la Sala lo que se transcribe a continuación:

“...Este artículo desarrolla otro aspecto de la libertad de expresión, cual es el de la libertad de comunicación, que no es otra que la de divulgar las ideas y opiniones. Pero la norma incluye el derecho de las personas a estar informadas en forma oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios constitucionales, lo que se refiere a un aspecto dife-

rente, aunque conexo, de la libertad de expresión, y que gravita sobre los medios destinados a producir masivamente opiniones y noticias sobre sucesos, es decir, los medios destinados, en cualquier forma, a la comunicación, los cuales asumirán las responsabilidades que indique la ley.

Se trata de una responsabilidad que puede emanar de la propia comunicación, por los ilícitos en que ella incurra, como sería la responsabilidad hacia los que tienen derecho a la información, si es que ella no es oportuna, veraz, imparcial y sin censura (excepto la permitida por el artículo 57 constitucional, ante las violaciones a su mandato, o la autocensura que en determinados casos puede realizar un medio para precaver otros valores constitucionales, pero que no es del caso analizarlas en este fallo). Luego, tanto en la expresión y comunicación de las ideas como en la de sucesos (noticias), la propia Constitución dispone responsabilidades para quien opina y para quien comunica.

Tal responsabilidad no cesa, salvo que la normativa así lo señale, porque se ejerza el derecho de réplica y rectificación expresados en dicho artículo 58, el cual se ejercerá conforme la Sala lo explicó en la sentencia N° 1013 antes citada. Esta última decisión, la cual se reitera, señaló los criterios que deben ponderar los jueces para determinar la responsabilidad de los que ejercen legalmente el periodismo, ya que la emisión de informaciones y noticias por parte de estos profesionales, cuando obran dentro de los parámetros del ejercicio profesional, debe ser ponderada por los jueces con laxitud, debido a las diversas condiciones que gravitan sobre la obtención de la noticia. El artículo 58 en comento debe concatenarse con el artículo 13 del Pacto de San José y, por lo tanto, la información debe asegurar el derecho a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral pública. Del citado artículo 13, se colige que existe una diferencia en cuanto al material comunicacional, entre la información y la propaganda (producto también de la libertad de expresión).

Mientras la información busca dar a conocer ideas, sucesos, etc., la propaganda tiene como finalidad dar a conocer algo con el fin de atraer adeptos (propaganda política, religiosa, etc.) o consumidores (propaganda comercial). Tal finalidad le da una estructura diferente a este tipo de comunicación que la separa, en principio, de la información o la exposición de ideas, conceptos y opiniones, por lo que puede ser objeto de regulaciones que toman en cuenta sus características, motivo por el que existen leyes que regulan la propaganda comercial, por ejemplo.

Corresponde a la ley o a los jueces, por aplicación directa de las normas constitucionales, prohibir cualquier tipo de propaganda a favor de la guerra, o del odio nacional, racial o religioso, o que incite a la violencia. Las limitaciones legales o judiciales (amparos) en ese sentido se ajustan al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y no necesariamente deben surgir de leyes específicas, destinadas a regular la propaganda". (Sic).

Desde esta perspectiva, estima esta Sala que para poder examinar la supuesta vulneración del derecho a la libertad de expresión y a recibir información, esgrimida por la parte recurrente, tendría que precisarse en primer lugar, si existe verdaderamente una indeterminación en la configuración de los supuestos previstos en los artículos 27 y 29 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, que sirvieron de fundamento al acto administrativo dictado por el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL); en segundo lugar, si los hechos sancionados ciertamente corresponden a los referidos supuestos; y, tercero, si los dispositivos normativos antes mencionados consagran elementos que limitan el ejercicio del referido derecho y establecen las responsabilidades derivadas de las extralimitaciones en su ejercicio, en los términos expresados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la jurisprudencia de la Sala Constitucional, lo cual corresponde al análisis propio de la sentencia definitiva.

En todo caso, y sin que ello signifique algún pronunciamiento sobre el mérito del asunto, no se aprecia *prima facie* inconstitucionalidad, irracionalidad o incongruencia alguna en la sanción impuesta a la recurrente por el Directorio de Responsabilidad Social de la referida Comisión, pues tal actuación responde al ejercicio de las potestades sancionatorias establecidas en la prenombrada Ley, con el objeto de regular la difusión de los mensajes por radio, televisión y medios electrónicos en aras del interés general; por lo que debe este Alto Tribunal desechar la falta de aplicación de los artículos 57 y 58 del Texto Constitucional, denunciada por las apelantes. Así se declara.

TSJ-SPA (220)

15-3-2012

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

Las apoderadas actoras aducen la falta de aplicación de los artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela por parte de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, pues dicho órgano jurisdiccional consideró que la legalidad de las transmisiones del canal Globovisión acerca de los hechos acontecidos en el Centro Penitenciario El Rodeo, dependía de si estaban o no respaldadas por las declaraciones de los órganos oficiales competentes, limitando de esta forma los derechos a la libertad de expresión e información al contenido emitido por dichos órganos; en contravención a lo establecido por la Sala Constitucional(Véase Sentencia N° 1.013 -12-6-2001 en *Revista de Derecho Público* N° 85-86/87-88 de 2001 pp. 117 y ss).

Afirman que el silencio de pruebas deriva de no haberse considerado en el fallo apelado, las pruebas contenidas en el expediente administrativo tendentes a demostrar que sus representadas no incurrieron en las infracciones imputadas por la Administración, “pues las declaraciones de los familiares y demás personas relacionadas con los privados de libertad del (sic) Rodeo se encuentran plenamente protegidas por el derecho a la libertad de expresión”, más aun “ante la falta de información oficial”. Sostienen que el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) sólo valoró la programación del canal Globovisión, y un “(...) ‘Informe de análisis de discurso de la representación televisual facturada por Globovisión durante los días 16, 17, 18 y 19 de junio de 2011 relativa a la re-toma de las penitenciarías El Rodeo I y II por parte del Estado venezolano’ realizado supuestamente por el ciudadano Luis Delgado (...) que no tiene valor probatorio alguno, pues no se dio cumplimiento al artículo 431 del Código de Procedimiento Civil, visto que no fue debidamente ratificado por su presunto autor”. Al respecto, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declaró la improcedencia del alegato de la parte recurrente, al estimar que de autos no se evidencia algún elemento probatorio que demostrase que las imágenes difundidas durante los días 16, 17, 18 y 19 de junio de 2011 por el canal Globovisión no fueron editadas o transmitidas de forma reiterada, así como tampoco que la información transmitida en su contenido haya sido veraz por no contar con el respaldo de una información oficial emitida a través de las autoridades competentes “...como conocedores y protagonistas de la situación real de lo acontecido...”.

Igualmente, apreció la prenombrada Corte la existencia de una contradicción en los alegatos de los accionantes, “... al señalar por una parte que durante sus transmisiones emiten información veraz y efectiva, no incurriendo en infracción alguna y reconociendo por la otra, que dicha información no parte de una fuente oficial emitida a través de las autoridades competentes, limitándose a señalar que su acceso a la misma fue restringido, sin fundamento probatorio alguno que permita sustentar dichas afirmaciones...”.

De esta manera, observa esta Alzada que el alegato concerniente a la supuesta sujeción del derecho a la libertad de expresión a la información emanada de órganos oficiales, obedece a una extracción literal de los apelantes sobre lo expuesto por el A quo en su decisión, en cuanto a los hechos atribuidos por la autoridad administrativa a los recurrentes.

Ciertamente, una lectura integral del análisis realizado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en su razonamiento para alcanzar el fallo impugnado, permite concluir que lo señalado por dicho órgano jurisdiccional se corresponde con la falta de veracidad de los mensajes transmitidos, únicamente a partir de las declaraciones de los familiares o de imágenes captadas durante los acontecimientos por el canal Globovisión, sin que éstos estuviesen aparejados o respaldados por datos emitidos por los órganos competentes como fuentes de información, lo cual es precisamente uno de los puntos controvertidos en el caso de autos y que corresponderá examinar en la sentencia de fondo, conforme a los parámetros que deben regir el manejo responsable de las informaciones por parte los distintos medios de comunicación.

Igualmente, se observa que lo indicado por la aludida Corte derivó de la ausencia de elemento probatorio alguno que demostrase, en la etapa cautelar, que los accionantes no hubiesen cometido las faltas atribuidas a ellos por la Administración, en cuanto a la presunta reiteración y edición de las imágenes, falta de transmisión de información oficial, exacerbación de la realidad y manejo de la información acerca de la intervención de las autoridades.

En este sentido, advierte esta Alzada que la parte apelante no menciona específicamente en su escrito, cuáles pruebas no fueron valoradas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el fallo apelado con relación al falso supuesto de hecho alegado por los actores y que, según afirman, ponen de manifiesto el silencio de pruebas en el cual incurrió el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). Al respecto, de las copias del expediente remitidas a esta Alzada, se observa la inexistencia de algún medio probatorio aportado en la fase cautelar, a fin de evidenciar la configuración del falso supuesto de hecho y el silencio de pruebas que -a decir de la parte actora- vician la Providencia Administrativa impugnada.

Sin embargo, de la copia del texto del acto recurrido (folios 508 al 601) observa esta Sala que en los Capítulos IV y V de su decisión, el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) relacionó los medios probatorios aportados a los autos por los accionantes y el valor que apreció en cada una de dichas pruebas.

Asimismo, se aprecia al punto Octavo de la Providencia recurrida, relativo a la “REVISIÓN DE LOS HECHOS Y SU VINCULACIÓN CON LAS NORMAS PRESUNTAMENTE INFRINGIDAS”, que el referido Directorio de Responsabilidad Social desechó la prueba de Informes Civiles identificadas con la letras “A”, “B”, “C”, “D”, “E” y “F”, presentadas por la parte actora con el objeto de demostrar el alcance, el impacto social, la importancia y la cobertura en diversos medios comunicación acerca de los hechos suscitados en El Rodeo, por cuanto no se encontraba cuestionado en el procedimiento administrativo la trascendencia de tales hechos.

Por otra parte, se observa a los fines de determinar si los hechos imputados a la parte recurrente se subsumían en los supuestos establecidos en los numerales 1, 2, 4 y 7 del artículo 27 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, que el aludido Directorio procedió a analizar “...el contenido de los mensajes difundidos por GLOBOVISIÓN, durante los días 16, 17, 18 y 19 de junio de 2011, con especial atención a las declaraciones transcritas en la Providencia Administrativa Nro. 1.839 de fecha 30 de junio de

2011 y a los micros allí indicados, para ellos nos valemos de las pruebas valoradas, consideradas pertinentes y relacionadas con el caso...”; de lo cual se evidencia prima facie que la Administración tomó en consideración y valoró las probanzas aportadas por las partes en el iter procedimental, concluyendo en el caso bajo examen haberse verificado los supuestos de hecho establecidos en la referida norma...

Sobre este último aspecto, cabe señalar que aun cuando los órganos administrativos tienen el deber de analizar todas las pruebas cursantes en el expediente administrativo, en aras de garantizar los derechos a la defensa y al debido proceso de los administrados, ello no significa que la autoridad administrativa deba hacer una valoración exhaustiva de todos y cada uno de los elementos cursantes en el expediente, pues lo relevante de tales elementos es su idoneidad para probar elementos que guarden relación con los hechos debatidos en el curso del proceso; por tanto, en criterio de esta Sala, existe silencio de prueba cuando la autoridad administrativa deja de juzgar, apreciar o valorar algún medio de prueba capaz de afectar la decisión. Por lo expuesto, estima este Alto Tribunal que el fallo apelado no incurre en la falta de aplicación de los artículos 57 y 58 del Texto Constitucional ni en el vicio de silencio de pruebas alegados por las apelantes, pues con su análisis no sujetó el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información al respaldo de la información oficial, sino que dicho órgano jurisdiccional basó el examen de los argumentos relativos al falso supuesto de hecho y al silencio de pruebas aducidos por la parte actora contra el acto recurrido, en los elementos cursantes en autos en la etapa cautelar y, a lo determinado por la Administración en la Providencia impugnada. Así se declara.

4. *Derechos Laborales: Lapso de prescripción del derecho a accionar*

TSJ-SC (376)

30-3-2012

Magistrado Ponente: Francisco A. Carrasquero López

Caso: Edgar Manuel Amaro

Sentencia de la Sala Constitucional que interpreta con carácter vinculante, conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo, a los efectos de establecer cuándo debe entenderse que ha finalizado la prestación de servicios, en los casos en los cuales el patrono no acata la orden de reenganche y pago de salarios caídos contenida en una providencia administrativa emanada de una Inspectoría del Trabajo.

Ahora bien, de una revisión de las sentencias de la Sala de Casación Social sobre el tema, se han observado distintas posiciones, no existiendo una doctrina pacífica y reiterada. En efecto, en algunas decisiones se afirma que el lapso de prescripción para el ejercicio de las acciones para el reclamo de prestaciones sociales debe computarse desde el momento en el cual se renuncia —expresa o tácitamente— al derecho al reenganche reconocido mediante providencia administrativa —a través de la interposición de una demanda ante los tribunales laborales competentes— (*Vid.* sentencias Nos. 2439 del 7 de diciembre de 2007 y 017 del 3 de febrero de 2009); mientras que en otras se afirma que el lapso de prescripción corre desde el momento en el cual el patrono manifiesta su negativa de cumplimiento de la providencia administrativa que ordene el reenganche y pago de salarios caídos (*Vid.* sentencias Nos. 1038 del 22 de mayo de 2007 y 1355 del 23 de noviembre de 2010).

Así las cosas, ante la presencia de sentencias con posiciones contradictorias y no existiendo una norma que expresamente regule el supuesto de hecho observado en el caso de marras, esta Sala debe resolverlo con base en los principios reguladores del derecho laboral

en nuestro ordenamiento jurídico y de la propia Constitución como norma superior. En tal sentido, el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece lo siguiente:

“Artículo 89: El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios:

1. Ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales. En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias.
2. Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenio al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley.
3. Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma, se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad.
4. Toda medida o acto del patrono o patrona contrario a esta Constitución es nulo y no genera efecto alguno.
5. Se prohíbe todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición.
6. Se prohíbe el trabajo de adolescentes en labores que puedan afectar su desarrollo integral. El Estado los o las protegerá contra cualquier explotación económica o social” (Destacado nuestro).

Visto lo anterior, considera esta Sala oportuno citar la norma que regula la prescripción de las acciones en materia laboral, contenida en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo, en los siguientes términos:

“Artículo 61: Todas las acciones provenientes de la relación de trabajo prescribirán al cumplirse un (1) año contado desde la terminación de la prestación de los servicios” (Destacado nuestro).

Con base en las normas transcritas y la jurisprudencia de la Sala de Casación Social sobre la materia, surge la duda sobre la interpretación que debe darse al artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo; pues, si bien se establece expresamente el lapso, no está claro cuándo debe entenderse que se ha materializado la terminación de la prestación de los servicios.

Es indudable que en el caso *sub lite* y con base en variadas interpretaciones sobre el inicio del cómputo de la prescripción laboral, prevista en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo, vertidas por la propia Sala de Casación Social de este Alto Tribunal, se pone de manifiesto y objetividad una verdadera duda sobre el alcance de la precitada norma, como condición de la aplicación del principio *in dubio* pro operario. En la aplicación de este principio, el Sentenciador no está corrigiendo ni integrando esta norma, sólo que el intérprete judicial derivado determina el sentido, de entre varios posibles, para aplicar el principio *in dubio* pro operario. Existe una norma, en este caso, la del artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo, de cuyo efecto resulta que hay una verdadera duda y cuya aplicación no involucra ir en contra de la *voluntas legislatoris*. Lo que se pretende es armonizar los intereses y derechos de los trabajadores respecto a la naturaleza y carácter del Derecho del Trabajo y de su propia legislación, igualmente frente a los del patrono.

Si en el Derecho Privado se admite y acepta el principio del favor pro reo donde el deudor es la parte más favorecida; en el contrato de trabajo se presenta una situación contraria, ya que el trabajador acreedor es el más desprotegido frente al patrono. Siendo la legislación del trabajo proteccionista de sus derechos, entonces, deviene como el supuesto fundamental del Derecho del Trabajo, y los principios protectores de sus derechos. Dentro de los cuales está el principio in dubio pro operario, es decir, en caso de duda se favorece al trabajador, previsto en el precitado artículo 89, numeral 3 de nuestro texto constitucional.

La Constitución Bolivariana siendo ahora norma fundante de este principio, al igual que otros, que conforman el bloque protectorio del Derecho del Trabajo y de su legislación, ratifica la naturaleza y el carácter de esta disciplina reguladora del contrato de trabajo y del hecho social trabajo. Una tradición laboral de la legislación venezolana en su fin progresista de salvaguardar los derechos de los trabajadores, y que en la actual realidad social, jurídica, cultural y económica del país, se reafirma tratándose de un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, que el intérprete judicial no puede obviar al decidir los casos sometidos a su consideración.

De esa estirpe participa el principio in dubio pro operario como guía o directriz que informa e inspira al sentenciador al momento de interpretar la norma jurídica, pero con mayor intensidad la norma laboral. Para lograr cumplir con su misión, a saber: informadora, normativa e interpretadora. Como dijo Carnelutti: “Los principios generales del Derecho no son algo que existe fuera, sino dentro del mismo derecho escrito, ya que derivan de las normas establecidas. Se encuentran dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino: Son el espíritu o la esencia de la Ley” (Carnelutti. *Sistema de Diritto Processuale Civile*, p. 120).

Es incontrovertible que este aserto del afamado autor se intensifica en el Derecho del Trabajo y su legislación, bajo la égida de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Quiere dejar asentado esta Sala que de la conducta rebelde del patrono cuando no acató la providencia administrativa de reenganche del trabajador accionante, no puede derivarse un acto lícito, como pudiera ser la declaratoria con lugar de la prescripción laboral alegada sin cumplimiento de las condiciones para tal fin procesal en contra del trabajador. Pues tal posición conduciría al Juzgador a una interpretación absurda no permitida por la metodología interpretativa de la ley, actos o contratos. No es posible que quien se coloque al margen de la legalidad pueda a su vez beneficiarse con el alegato de la prescripción y su procedencia. Estarían el derecho y la legislación premiando una conducta ilícita con un acto lícito. Esto es inaceptable en toda la teoría del derecho, y muy especialmente, en el Derecho y la legislación del trabajo de raigambre proteccionista de los derechos de los trabajadores. No puede el patrono lucrarse de su propia conducta ilícita cuando desató la providencia administrativa de reenganche a favor del trabajador accionante, alegando la procedencia de la prescripción en contra de éste, porque el derecho, como se dijo, ampara el acto lícito, no el ilícito, sino para regular las consecuencias que tal conducta apareja (*Ex eo non debet quis fructum consequi quod nisus extitit impugnare*: “Nadie debe conseguir un lucro de aquello mismo que se esforzó por combatir”. Bonifacio. Reglas VII).

Esta Sala Constitucional determina que bajo las regulaciones y fundamentos expuestos en el caso *sub lite* con la aplicación del referido principio, se logra la uniformidad de los criterios encontrados que en diversas sentencias ha expuesto la Sala de Casación Social, como se señaló supra. Así se decide. Consiguientemente, en el caso *sub lite* y de sus autos se desprende en cuanto a la aplicación del mencionado principio, que existe una verdadera duda que asalta al juzgador por las variadas interpretaciones en distintas sentencias de la Sala de

Casación Social de este Tribunal Supremo, según se indicó supra, y de otra parte, que su aplicación no incide ni contraría la voluntad del legislador, como condiciones para su aplicación. En consecuencia, queda uniformada la doctrina en esta materia relativa al inicio de la prescripción cuando se desconoce el reenganche al trabajador y el pago de salarios caídos, acordado por la Inspectoría del Trabajo, y opta por intentar la demanda para el cobro de sus prestaciones sociales, a partir de cuya interposición comienza el cómputo de la prescripción laboral, según este fallo.

Es por ello que, en atención al principio in dubio pro operario, consagrado en el numeral 3 del artículo 89 de nuestra Carta Magna, debe aplicarse la interpretación más favorable al trabajador; razón por la cual, en el presente caso, debe entenderse que el lapso de prescripción previsto en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo comienza a computarse desde el momento en el cual el trabajador renunció al reenganche, y ello ocurrió al ser interpuesta la demanda por cobro de prestaciones sociales. Así se establece.

Por todo lo antes expuesto, esta Sala declara ha lugar la presente solicitud de revisión; anula la sentencia dictada, el 30 de noviembre de 2010, por el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Lara; y ordena que otro Juzgado Superior del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial resuelva la apelación interpuesta, conforme al criterio establecido en el presente fallo. Así se decide.

Finalmente, vista la naturaleza de la interpretación que se ha efectuado en el presente fallo, se fija el carácter vinculante de éste con base en el artículo 335 del Texto Constitucional, y se ordena su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela y en la Gaceta Judicial de este Tribunal Supremo de Justicia. Así también se decide.

5. *Derechos Políticos*

TSJ-SE (60)

29-3-201

Magistrado Ponente: Oscar J. León Uzcátegui

Caso: Alfredo José Flores Gonzales, y otros vs. Artículo 29 de los Estatutos del Colegio de Economistas del Estado Guárico

La Sala Electoral anula el artículo 29 de los estatutos del colegio de economistas del estado Guárico al considerar que es contrario al derecho al sufragio y participación política, por cuanto establece exigencias que no se corresponde para el ejercicio del sufragio en las elecciones de la Junta Directiva de la corporación profesional

Corresponde a esta Sala Electoral pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a su conocimiento, respecto de lo cual se observa:

Se persigue con la interposición del recurso contencioso electoral la nulidad del artículo 29 del Estatuto Interno del Colegio de Economistas del Estado Guárico, que establece:

“Para ser miembro de las Junta Directiva del Colegio se requiere: a) Estar Solvente, b) Una inscripción no inferior a dos (2) años y c) Haber asistido a las dos (2) últimas Asambleas Ordinarias”.

Los Colegios de Economistas son corporaciones profesionales, creadas de conformidad con la Ley de Ejercicio de la Profesión de Economista, que establece la obligación para los economistas de inscribirse, para ejercer la profesión. En este sentido, establecen los artículos 5 y 6 *eiusdem*:

“Artículo 5° Para ejercer la profesión de economista en el territorio de la República, además de lo previsto en el artículo 2° de esta Ley, se requiere estar inscrito en un Colegio de Economistas legalmente constituido.

Artículo 6° La inscripción a que se refiere el artículo anterior se hará en el respectivo Colegio en el "Libro de Inscripción de Economistas", mediante la sola presentación de uno cualquiera de los Títulos a que se contrae el artículo 3° de esta Ley, debidamente protocolizado”.

Como se aprecia, la inscripción en un colegio legalmente constituido es requisito para el ejercicio de la profesión, y obligatoria la inscripción de los economistas que pretendan ejercer en el Estado Guárico.

Siendo así, tratándose de una corporación profesional de obligatoria inscripción para los economistas, resulta necesario, en materia electoral, el cumplimiento de lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido se ha pronunciado esta Sala Electoral, en sentencia N° 135 del 28 de septiembre 2004, al establecer:

“...En opinión de este juzgador, cobra especial trascendencia en el caso de autos el principio participativo en la Constitución vigente, tanto como principio general (artículos 5 y 6); como derecho constitucional y mecanismo de expresión de la soberanía (artículo 62), lo cual debe interpretarse concatenadamente con la consagración del sufragio como derecho (artículo 63) a ejercerse en votaciones libres, universales, directas y secretas, ahora extensible a los procesos electorales gremiales (artículo 293 numeral 6)...” (resaltado del fallo).

Igualmente, la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia también lo apreció en la sentencia N° del 1825 del 09 octubre de 2007, donde señaló:

“Vistos entonces los rasgos esenciales que definen cuál es la naturaleza jurídica de los colegios de abogados, así como la relevancia social que claramente aquéllos denotan, vale concluir que el contenido del artículo 62 del Texto Constitucional sí es susceptible de ser invocado en los procesos comiciales que se celebren en el seno de aquéllos. En tal sentido, y siguiendo el criterio sostenido por la Sala Electoral de este Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 15/2002, de 24 de enero, debe señalarse que aun cuando literalmente la mencionada norma constitucional se refiere al derecho a la libre participación de todos los ciudadanos y ciudadanas en los asuntos públicos, dicha participación no debe circunscribirse únicamente al ejercicio de funciones públicas en sentido estricto, es decir, aquellas mediante las cuales el Estado se manifiesta a través de sus poderes como agente activo, sino que debe también abarcar la participación en asuntos sociales que aun cuando no constituyan una manifestación del Estado como entidad pública, sí revisten interés para la colectividad, lo cual se infiere de la consideración de nuestro sistema político como democrático y participativo; siendo uno de esos asuntos sociales a los que se extiende el derecho a la participación política, el referido a los procesos electorales celebrados en los gremios profesionales” (resaltado del original).

Aplicando lo anterior al caso de autos se puede concluir que los economistas tienen el libre derecho de participar en los asuntos políticos del ente gremial que los representa, en forma directa o por medio de sus representantes elegidos democráticamente.

Igualmente tienen derecho a ejercer el sufragio, mediante el voto secreto universal y directo, sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución y las leyes que regulen la materia.

En este sentido, se aprecia que no se encuentra prevista ni en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ni en la Ley de Ejercicio de la Profesión de Economista,

normativa que establezca que para ejercer un cargo directivo en la corporación profesional sea necesario la solvencia con cuotas pecuniarias, o la asistencia a número determinado de reuniones de ese gremio, ni la exigencia de tiempo determinado para el ejercicio del derecho al sufragio.

En efecto, como se estableció anteriormente, la inscripción en el Colegio de Economistas es requisito indispensable para el ejercicio de la profesión, por lo cual, una vez inscrito el economista en el respectivo Colegio de la entidad federal de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad en el artículo 13 de la Ley de Ejercicio de la Profesión de Economista, surge el derecho de participar en los asuntos políticos del mismo, por cuanto, desde el cumplimiento del requisito legal, forma parte de la corporación profesional y, en consecuencia, tiene todos sus derechos y obligaciones.

El artículo 7 de las Normas para Regular los Procesos Electorales de los Gremios Profesionales, dictadas por el Consejo Nacional Electoral, órgano rector del Poder Electoral, publicadas en la Gaceta Electoral N° 547 del 07 de diciembre de 2010, establece: “Todos los agremiados y colegiados tienen derecho a postular y a ser elegidos como candidatos para los distintos cargos a elegir, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás Leyes de la República”.

En este sentido se ha pronunciado esta Sala Electoral, en sentencia N° 105 del 04 de agosto de 2003, ratificada en decisión N° 106 de esa misma fecha, en la cual se señaló:

Si bien por vía normativa se pueden establecer condiciones para la participación de los ciudadanos, tales condiciones no pueden crear desigualdades contrarias a los derechos y garantías consagrados en la Constitución, pues es ésta la que define el marco general de su ejercicio; en este sentido se ha pronunciado la Sala en reiteradas oportunidades, afirmando las garantías que deben orientar la realización de todo proceso electoral, incluyendo la emisión del voto, como manifestación del derecho constitucional al sufragio activo, previsto en el artículo 63 de la Carta Fundamental, encontrándose dichas garantías plenamente explicitadas por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en sus artículos 293, in fine, y 294, al consagrar como principios que rigen la actividad de los órganos del Poder Electoral los de: igualdad, confiabilidad, transparencia, eficiencia, imparcialidad, y participación ciudadana, entre otros, principios que, a su vez, tienen como objetivo fundamental velar por el cabal ejercicio del Poder Soberano que tiene el colectivo, y que se traduce en el carácter democrático que informa al Estado y a la sociedad venezolana.

Sería arbitrario, entonces, a la luz de los nuevos postulados constitucionales, establecer por vía normativa restricciones o condicionamientos entre quienes tienen el mismo derecho a participar mediante el sufragio, en su modalidad activa y pasiva, condiciones que no estén relacionadas con la participación gremial, como lo es, en el presente caso, el pago de cuotas de carácter pecuniario que tienen una naturaleza de carácter económico, pues la exclusión por motivo de insolvencia contrasta con los principios constitucionales de participación y protagonismo establecidos por la Carta Fundamental de 1999.

Por lo que, en atención a los anteriores señalamientos, y quedando evidenciado que la exigencia de la solvencia como condicionante al ejercicio de derechos constitucionales deviene en un acto directamente violatorio al ejercicio de los referidos derechos constitucionales a la participación (artículo 62) y al sufragio en su modalidad activa y pasiva (artículo 63), resulta procedente acordar mandamiento de amparo constitucional a favor de la parte agraviada, como en efecto así se decide (resaltado añadido).

Igualmente, la Sala Constitucional, en sentencia N° 1825 del 9 octubre de 2007, se pronunció sobre la ilegalidad de la exigencia de la solvencia en las cuotas de carácter económico, para el ejercicio del derecho al sufragio en los entes gremiales, señalando:

De la lectura del citado párrafo único, se desprende que el legislador nacional ha establecido que para ejercer el derecho al sufragio -tanto activo como pasivo- así como para participar en la toma de decisiones de las asambleas de los colegios de abogados, los respectivos agremiados deberán estar solventes con el respectivo Colegio de Abogados –o con su delegación-, y también con el Instituto de Previsión Social del Abogado.

La consagración del referido derecho en el ordenamiento jurídico-constitucional venezolano conlleva a considerar al sufragio como un derecho específico, bajo sus modalidades activa y pasiva, articulándose así como un instrumento de expresión de la voluntad soberana; de igual forma, de dicha consagración se deriva la exigencia de que las normas que regulen su ejercicio no pueden alterar la configuración que le otorga la Constitución, en el sentido de que debe ejercerse mediante votaciones libres, universales, directas y secretas, y de que las leyes deben garantizar la personalización del sufragio y la representación proporcional (Sentencia N° 106/2003, de 4 de agosto, de la Sala Electoral de este Tribunal Supremo de Justicia). Por tanto, la condición de insolvencia de uno o varios agremiados, no puede ser un obstáculo para que éstos puedan participar y ejercer su derecho al sufragio, en los comicios que se celebren dentro de los colegios y otros organismos profesionales del gremio al cual pertenezcan.

A mayor abundamiento, y siguiendo el criterio expuesto en la sentencia antes mencionada, esta Sala considera que si bien la ley puede establecer condiciones para la participación de los ciudadanos, tales condiciones no pueden crear desigualdades contrarias a los derechos y garantías consagrados en la Constitución, ya que el legislador estaría desbordando la barrera impuesta a su libertad normativa, a saber, el contenido esencial del mencionado derecho fundamental, pues es en el Texto Constitucional en donde se articula el marco básico e infranqueable –dentro del cual debe moverse el legislador- para su ejercicio; siendo las garantías que orientan la realización de todo proceso electoral, las descritas en los artículos 293, in fine, y 294 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a saber, los principios de igualdad, confiabilidad, transparencia, eficiencia, imparcialidad, y participación ciudadana, entre otros, “...principios que, a su vez, tienen como objetivo fundamental velar por el cabal ejercicio del Poder Soberano que tiene el colectivo, y que se traduce en el carácter democrático que informa al Estado y a la sociedad venezolana...” (resaltado del original).

Aplicando lo anterior al caso de autos se concluye que la limitación que establece el artículo 29 del Estatuto del Colegio de Economistas del Estado Guárico es contraria al derecho al sufragio y participación política, derechos fundamentales, consagrados en los artículos 62 y 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto establece exigencias que no se corresponde para el ejercicio del sufragio en las elecciones de la Junta Directiva de la corporación profesional, su naturaleza jurídica, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Ejercicio de la Profesión de Economista.

En consecuencia, se declara la nulidad del artículo 29 del Estatuto del Colegio de Economistas del Estado Guárico, de conformidad con la interpretación y criterio expresado por la Sala Constitucional de este máximo Tribunal, en sentencia N° 19 del 30 de enero de 2009, de acuerdo con el cual:

“(...) según lo dispone expresamente el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, una regla estatutaria de una asociación civil no puede ser objeto de desaplicación vía control difuso, pues éste sólo puede aplicarse sobre normas legales o jurídicas, en el sentido que ha sido explicado.

En ese orden de ideas, la eventual inaplicabilidad de normas estatutarias privadas derivaría de su nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad, cuya declaratoria compete a cualquier juez de quien se pretenda su aplicación para la resolución de un caso concreto. En estos casos, si se llega a la conclusión de que las previsiones estatutarias privadas son inconstitucionales, lo procedente es la declaratoria de su nulidad previa la resolución del caso de que se trate –y consiguiente composición del asunto con prescindencia de las mismas- y no su des aplicación, la cual no puede hacerse, pues no se trata de las normas a las que se refiere el artículo 335 constitucional, se insiste, las normas legales en sentido material o normas jurídicas (Ver, sentencia N° 433/08)”.

Establecido lo anterior, se aprecia que en el proceso para elegir los miembros de la Junta Directiva y Tribunal Disciplinario del Colegio de Economistas del Estado Guárico, con acto de votación realizado el 11 de junio de 2011, fue aplicado el artículo 29 del Estatuto del Colegio de Economistas del Estado Guárico para rechazar postulaciones, como se evidencia de la segunda pieza del antecedente administrativo, entre ellas la Plancha N° 1 que integraban los recurrentes (folios 232 al 249 del expediente).

Siendo así, debe este órgano judicial restablecer la situación jurídica infringida de conformidad con el artículo 259 Constitucional y, en consecuencia, declarar la nulidad del mencionado proceso electoral, por contrario a lo establecido en los artículos 62 y 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; y, 215, ordinal 3, de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, por no haberse preservado la voluntad general de los electores. Así se declara.

En consecuencia, se ordena a la Comisión Electoral electa el 22 de septiembre de 2010, el inicio de un nuevo proceso electoral, dentro de los treinta (30) días continuos siguientes a la publicación de la presente decisión, y con el cumplimiento de las Normas para Regular los Procesos Electorales de los Gremios Profesionales, dictadas por el Consejo Nacional Electoral, órgano rector del Poder Electoral, publicadas en la Gaceta Electoral N° 547 del 07 de diciembre de 2010.

6. *Derechos de los pueblos indígenas*

TSJ-SC (2)

3-2-2012

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Defensor Público de la Sección Penal del Adolescente, adscrito a la Unidad de la Defensa Pública del Estado Delta Amacuro

Sentencia de la Sala Constitucional que reconoce la vigencia del juzgamiento de los tribunales indígenas legítimamente constituidos conforme a las costumbres ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas y la supeditación del derecho originario o consuetudinario de los indígenas a las normas, reglas y principios contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Igualmente, esta Sala considera pertinente señalar que, el 27 de abril de 2011, mediante decisión N° 612, se ordenó al equipo multidisciplinario correspondiente a la Circunscripción Judicial del Estado Delta Amacuro, de conformidad con lo establecido en la letra “b” del artículo 179-A de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que realizara de manera inmediata un informe técnico al niño quejoso dejando constancia de su estado de salud, físico y mental, así como de su entorno familiar, todo ello con el objeto de que la Sala se formara un concepto integral sobre la verdadera situación del niño (parte actora). Luego, el 11 de julio de 2011, el Juzgado de Ejecución de la Sección de Responsabilidad

Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro informó a esta Sala, a través del oficio N° 785-2011, que no se encontraba conformado el equipo multidisciplinario de ese Circuito Judicial Penal, por cuanto estaba integrado nada más con la Trabajadora Social.

Al efecto, la Sala observa que, ciertamente, la falta de conformación del equipo multidisciplinario del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro imposibilita el informe técnico integral solicitado sobre las condiciones del niño; sin embargo, la inexistencia de dicho informe no era óbice para que se continuara con la celebración de la audiencia constitucional, pues se suplió el informe técnico integral con varios exámenes –de medicina interna, psiquiátrico y de nutrición y dietética- realizados al quejoso de autos donde se constata la situación de su entorno familiar, los cuales fueron remitidos a esta máxima instancia constitucional, el 19 de julio de 2011. Visto lo cual, la Sala procede a decidir el presente asunto, considerando todas las actas agregadas al expediente, y lo expuesto en la audiencia constitucional.

Dilucidado lo anterior, la Sala observa que la acción de amparo constitucional fue interpuesta contra la decisión dictada, el 23 de noviembre de 2009, por la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, mediante la cual se condenó al niño indígena Warao a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del delito de homicidio intencional, y la decisión dictada el 2 de diciembre de 2009, por el Tribunal Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, que revisó, conforme al contenido del artículo 134 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, la decisión emanada de la referida “*Jurisdicción Especial Indígena*”.

En ese sentido, la representación de la Defensa Pública sostuvo, en resumen, que a su patrocinado se les cercenaron sus derechos fundamentales, y que las causas que ocasionaron esa vulneración fueron, entre otras, que se aplicó una condena de veinte años de prisión, sin observarse las reglas del debido proceso, como son: que no se dictó una orden de inicio de la investigación penal ni consta el acta de defunción de la víctima; no fue imputado el niño Warao, no se aplicó el principio de “*interés superior del niño y del adolescente cuando se debió aplicar el Sistema Penal de Niños, Niñas y Adolescentes*”; que se vulneró el principio de progresividad de los derechos humanos, y se omitió el análisis relacionado con los usos y costumbres de las comunidades indígenas según los cuales, la privación de libertad es excepcional y última *ratio* pudiéndose aplicar una sanción distinta; tampoco se verificó la presencia de los padres del niño afectado en la Asamblea Indígena, ni en el Tribunal de Control; no se explica suficientemente cómo un niño de doce (12) años pudo causarle la muerte a un adulto de la manera como se describe, considerando las condiciones socio-antropológicas; no se le hizo al niño un estudio socio-antropológico, se ordenó la separación de su grupo familiar, por lo cual se le impusieron dos sanciones, a saber: la expulsión de hecho de la comunidad indígena y la privación de libertad. Asimismo, señala la representación de la Defensa Pública que se desconoce el tiempo que estuvo el niño privado de libertad durante su juzgamiento y a cargo de quién; además de que la comunidad indígena *Warao* cuenta con una autoridad que se denomina “*AIDAMO KOBENAJORO*”, responsable de ejecutar los castigos.

Con tales argumentos solicitó la Defensa Pública que, a través del amparo, se decretara la nulidad de las dos decisiones judiciales dictadas, tanto en la “*Jurisdicción Especial Indígena*” como en el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro.

Establecido lo anterior, la Sala reconociendo la existencia de la “*Jurisdicción Especial Indígena*” estima que es necesario abordar aspectos sociales y jurídicos previstos en la Cons-

titución de la República Bolivariana de Venezuela, que deben ser considerados a los fines de emitir pronunciamiento en la presente causa.

DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN A LA DIVERSIDAD CULTURAL Y EL RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO

Se habla de *diversidad cultural* porque los pueblos, naciones, comunidades, sociedades y Estados no son expresión homogénea de una sola y única realidad social y cultural aunque todos los seres humanos pertenezcamos a una misma especie. La historia de la humanidad ha conocido una extraordinaria variedad de procesos culturales cuyos rastros perviven en los pueblos. El II Informe Mundial sobre la Cultura: Diversidad Cultural, Conflicto y Pluralismo de la UNESCO (2001) refiere que la diversidad se agrupa generalmente en torno a un núcleo cultural, por razones geográficas, históricas u otras; de modo que la frontera que separa a un grupo cultural de otro está deliberadamente marcada.

El reconocimiento en la cultura universal contemporánea de un extraordinario patrimonio étnico-cultural que no se mide por su importancia numérica, se ha elevado a la categoría de valor fundamental de la humanidad dando lugar además, a considerar *el valor e igualdad intrínsecas* de todas las civilizaciones y culturas, incluyendo la de los pueblos indígenas.

Desafiando la perspectiva liberal-individualista de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), las poblaciones indígenas emergieron en la escena internacional como actores socio-políticos reclamando como *derechos humanos colectivos* sus demandas históricas de justicia, pendientes y postergadas después de siglos de dominación colonial, la cual ha atravesado fases de genocidio, etnocidios, asimilaciones forzadas, expulsiones, exterminios, reubicaciones, colonizaciones dirigidas, y otras atrocidades.

En el año 2007, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprueba la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconociendo los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas. Mucho antes, en el año 1957, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) había reconocido los derechos colectivos de los pueblos originarios en el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes; así como también, otros instrumentos normativos como el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe; y la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Cabe señalar que en el año 1999, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, rompiendo los viejos paradigmas, reconoció los derechos indígenas como derechos humanos colectivos y a los pueblos y comunidades indígenas como sus titulares. Posteriormente, las Constituciones de las Repúblicas de Ecuador (2008) y de la República de Bolivia (2009) recogieron dicha normativa.

Se estima que en el continente americano coexisten más de cuatrocientos pueblos indígenas dentro de las fronteras nacionales de los diversos Estados, cada uno con su propio patrimonio cultural y con una población indígena mayor de treinta y ocho millones de personas. En el resto del mundo, la población indígena asciende a más de trescientos millones repartidos en más de setenta países (Gutiérrez García, Erick 2011. *Los Derechos Humanos desde el Enfoque Crítico*. Defensoría del Pueblo. República de Venezuela). En Venezuela, según el Informe Socio Antropológico de la Comunidad Warao que la antropóloga Liliana Morales llamada por la Sala en su condición de testigo experta, consignó en el expediente el día 28 de junio de 2011, se precisa:

Venezuela a diferencia de países, como Bolivia, Perú, Ecuador, Guatemala y México, su población indígena aunque diversa -más de 28 Pueblos Indígenas-, no es mayoritaria -con

más de medio millón de indígenas-, alcanza a un poco más del 2% de la población de Venezuela, de acuerdo a los datos aportados por el Censo Indígena de 2001.

Dentro de la población indígena de Venezuela, el Warao representa 7%, siendo así la segunda etnia en tamaño poblacional (después del Wayúu, 58%; y antes del Pemón, 5%). El 79% de la población Warao vive en comunidades tradicionales, mientras que las etnias zulianas, tanto Wayúu como Añu, viven por más de 80% en áreas urbanas.

La población Warao, se encuentra principalmente en el Delta Amacuro, más precisamente en los municipios Antonio Díaz (aproximadamente 60 %), Tucupita (15 %) y Pedernales (10 %). En el estado Monagas viven otro 10 %; y el 5 % restante se reparte entre los estados Sucre y Bolívar (3 % entre ambos) y los demás estados (2 %). Fuera del Delta, los Warao viven, mitad en comunidades tradicionales y mitad en áreas urbanas.

La perceptible disminución de las poblaciones indígenas en el mundo, y la preservación de sus culturas ancestrales ha hecho necesario la adopción desde los más altos niveles, de medidas tendentes a evitar el “aplastamiento” de los grupos sociales devenidos vulnerables como son los indígenas.

En 1989, el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (G.O. 39.305 del 17/10/2001) revisa la normativa originaria del Convenio N° 107. Entre los fundamentos de la revisión se tiene:

Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hace aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de la normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco del Estado en donde viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido una erosión;

Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la comunicad, y a la cooperación e comprensión internacional.

Por lo cual, dispone en su artículo 2:

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Así pues, con el referido Convenio No. 169 de la OIT, el Derecho Internacional acoge la normativa originaria y autónoma de los pueblos indígenas, reconociéndoles derechos humanos colectivos a sus comunidades autónomas, sirviendo ello de precedente normativo para muchos países, sobre todo los latinoamericanos.

Todo este movimiento de ideas ha dado lugar a un nuevo paradigma en el Derecho Constitucional contemporáneo, cual es el reconocimiento del **pluralismo jurídico**; es decir, al reconocimiento de la coexistencia de dos sistemas jurídicos, uno de ellos, el positivo creado desde la estructura Estatal –desde arriba hacia abajo por el Estado–, y el otro, el indígena, que emerge del seno de la comunidad indígena y de los valores ancestrales sobre los cuales se identifican –elaborado de abajo hacia arriba por los propios pueblos indígenas–, aceptándose de esta manera la cohabitación entre el derecho positivo del Estado y el consuetudinario y ancestral de los pueblos indígenas (véase Bronstien, Arturo. 1999. *Memoria del Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y los Pueblos Indígenas*).

La aceptación del *pluralismo jurídico* supone el respeto por la diversidad cultural en condiciones de auténtica igualdad entre todas las entidades culturales; por lo que en este sentido, como bien lo expresa López Bárcenas, Francisco, 1999, tenemos que aceptar que todas las formaciones sociales viven en el presente y en el mismo espacio, sin que sea válido hablar de culturas atrasadas o avanzadas.

El reconocimiento de la *diversidad cultural* no se reduce a la aceptación de sistemas jurídicos diferentes, sino también implica una manera distinta de comprenderlos e interpretarlos en función del respeto a la **diversidad epistemológica**; ello incluye tanto el reconocimiento de nuevas racionalidades y valores, como también la plena validez y vigencia de las religiones, creencias y/o espiritualidades de las culturas indígenas. Es decir, se trata de introducir un principio de igualdad entre los *sistemas de conocimiento* de los pueblos indígenas a partir de sus diferencias, vale decir, se trata de la construcción de un nuevo sentido común epistémico (véase Gutiérrez García; Erick. 2011. *Op. Cit.*).

A modo de ejemplo, no se puede desconocer, a los efectos de emitir el pronunciamiento en la presente acción de amparo, la apreciación de la realidad que tienen los indígenas Warao, a partir de su cultura, religión y cosmovisión. En este sentido, se aprecia del Informe socio antropológico, elaborado por la Antropóloga Liliana Morales, y cursante en autos, que:

Para los Warao el mundo está en un eterno y delicado equilibrio entre el hombre, la naturaleza y los seres sobrenaturales (Heinen, 1988: 664). Razones por las que se hace imperioso el actuar constante para restablecer este equilibrio. Así a cada acción de interferencia del hombre sobre la naturaleza corresponde una compensación. Y los seres sobrenaturales requieren que se les aplaque con ofrendas y cualquier disturbio de orden social requiere su kuanobe, o su recompensa.

La visión del Warao es la un mundo en armonía con la naturaleza y los seres sobrenaturales, opuesta a la visión de la cultura agrícola y patriarcal de los pueblos de tradición judeocristiana, donde el lema es dominar a la naturaleza.

Por medio de la cosmología Warao y de sus relatos míticos se puede apreciar, cómo éstos perciben el mundo, cómo son las normas que rigen este mundo, cuál es el lugar del Warao en el mundo y cómo el Warao se organiza dentro de él.

(...)

Dentro de esta mirada Warao, (...), se piensa que el mundo está constituido por diferentes seres (arao) que representan las diferentes especies de la flora y la fauna etc. Y en él residen, los seres sobrenaturales que en sí mismos constituyen sus "propios mundos" pero que también forman parte de este de una forma muy real.

La capacidad de estos seres para comunicarse, reproducirse, y transformarse de uno en otro cuando así lo desean, pone de manifiesto un concepto fundamental que interpreta la vida (arao) como lo primordial y (atejo) como lo accesorio. Por lo tanto, lo importante, no es tanto identificar cada ser por especie sino el poder identificar y ubicar las distintas "aglomeraciones" a las que pertenecen, poder identificar los diferentes grupos de seres (comunidades ecológicas) y las normas por las que se rige su comportamiento y los mecanismos que garantizan el cumplimiento de las mismas (Ayala 2001: 253).

(...)

Los Warao tradicionalmente son seres no violentos y las normas que estas "madres" inculcan a sus respectivas familias en macro, aparte de ser claras y sencillas, son reglas dirigidas a evitar la violencia, entendiendo esta como todo aquello que conlleva la eliminación de un ser. Sin embargo, para muchos seres es preciso cazar para sobrevivir, por ello, las normas permiten la cacería, siempre y cuando que esta no se dé entre miembros de la misma familia, algo que está prohibido y no es aceptado. Cada familia es consciente de esta ley, y a pesar de que la aceptan, cada "madre" instruirá a su "prole" para que eviten ser víctimas de un depredador de otra familia.

La misma ley que permite la cacería entre diferentes familias, simultáneamente, prohíbe que esta actividad se ejecute en exceso (sobreexplotación). Si esto ocurriera, si una madre considerara que los suyos están siendo exterminados su reacción sería contundente, mudándose a otro sector dejando a la familia del infractor sin ese recurso, de forma que estos se quedarían sin alimento y enfermarían. Lo fundamental de esta concepción del mundo que les rodea es que la conformidad no garantiza una vida libre de carencias y violencia, lo que asegura es una supervivencia de acuerdo al equilibrio dictado por el ambiente en el cual todos participan (Ayala 2001:254-255).

Asimismo, es de resaltar, tal como se aprecia de la Guía Pedagógica para la Educación Warao Intercultural Bilingüe (2004), elaborada por el entonces Ministerio de Educación y Deportes, hoy Ministerio del Poder Popular para la Educación, que el sistema educativo imperante en la cultura indígena Warao, responde, entre otras, a las siguientes interrogantes:

¿Para qué se educa al warao?

El warao educa a sus hijos para que sea trabajador, para que respete a los ancianos, a los suegros, para que tenga conuco, que sepa buscar comida. Un warao trabajador no se muere de hambre. Un papá warao educa al hijo, lo corrige, a veces con palos de mamure. Un warao de ocho o nueve años, antes de ir a la escuela ya ha sido educado por su papá.

Se educa para ser un buen warao, respetuoso, adaptado para vivir en su tierra.

Decían los abuelos que hay que portarse bien con todos los warao, con las plantas, con los animales, de esto depende la salud, se aprende a no destruir la naturaleza, son enseñanzas de conservación, de salud, de buenas relaciones. Cuando el wisiratu toca la maraca, especifica el espíritu del árbol al que no se le pidió permiso para pasar.

A las mujeres se les enseña a cuidar a la familia, ya que el cuidado de ellas mismas, a través del cumplimiento de las normas garantiza la salud y la supervivencia.

Si la Educación Intercultural Bilingüe se da como tiene que darse, el pueblo warao será el mejor del mundo. Respeto a la vida, a la cosa ajena, a la naturaleza, se solucionará el problema del hambre y del desempleo; un warao que siembre bastante ocumo, tendrá alimento para vender y satisfacer otras necesidades como la vestimenta.

¿Qué valores se enseñan?

El respeto a los demás y a los mayores,

Solidaridad,

Aprecio al conocimiento,

Amor al trabajo,

Valentía y Hospitalidad.

En los términos arriba indicados, es como la Sala entiende el reconocimiento que hace la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de las culturas de los pueblos originarios o indígenas ubicados en el territorio nacional. La Sala destaca que, por primera vez en la historia republicana, el Estado venezolano reconoce en su Carta Magna que es una nación multiétnica, pluricultural y multilingüe.

En efecto, en la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, se señala:

...como consecuencia de esta lucha y de sus particulares condiciones de vulnerabilidad, los derechos de los pueblos indígenas han sido reconocidos internacionalmente como derechos específicos y originarios.

Este mismo reconocimiento en la Constitución implica un profundo cambio de perspectiva política y cultural que reorienta la conducción del Estado venezolano, al reconocer su carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe.

En el seno de los diferentes ordenamientos jurídicos latinoamericanos se han realizado notables esfuerzos en el avance, reconocimiento y profundización de los derechos de los pueblos indígenas, tanto en el ámbito legislativo como en el constitucional. En este sentido, es importante destacar que la mayoría de las constituciones latinoamericanas actuales establecen principios claros sobre los derechos de los pueblos indígenas, como un reconocimiento a la diversidad cultural de América Latina...

De modo que, el Estado venezolano reconoce expresamente la existencia del derecho ancestral de las etnias o pueblos indígenas ubicados en el territorio nacional, al aceptar, como característica de su política social, el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe, tal como se prevé en el contenido del artículo 119 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de la siguiente manera:

El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida...

Ahora bien, el carácter pluricultural aceptado en la Constitución de 1999, conlleva necesariamente a superar la concepción tradicional *monista* del Derecho, permitiendo la incorporación del pluralismo jurídico o legal, que reconoce la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio, bajo la rectoría única del texto constitucional como vértice final de ambos sistemas. En la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, participó en la elaboración originaria del proyecto de la Constitución, la representación social de ambas realidades culturales; la representación indígena fue conformada por el uno por ciento (1%) de la población total del país, según se lee de las Bases Comiciales para la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente.

De allí entonces que el principio de coexistencia y cohabitación de ambos regímenes jurídicos tiene los alcances previstos en el artículo 260 constitucional, que a la letra dice:

[L]as autoridades legítimas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a [esta] Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción con el sistema judicial nacional.

Es decir, la propia Constitución hace énfasis en las reglas que se han de seguir para la armonización de los dos sistemas jurídicos: 1) el derecho originario indígena se aplica: a) dentro del hábitat, b) con base en sus tradiciones ancestrales, y c) a los integrantes de su comunidad; y 2) el alcance de derecho originario indígena se limita en el caso de contrariar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la ley y el orden público. Con una aclaratoria adicional y es el derecho a la participación política de los pueblos indígenas consagrados en el artículo 125 constitucional; y en razón de la cual el Estado garantiza la participación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes en la entidades federales y locales con población indígena. Se trata, insiste la Sala, de una integración al ordenamiento jurídico general cuyo vértice final está en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, puesto que se aclara en el artículo 126 constitucional que:

Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano, como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tiene el deber de salvaguardar la integridad y soberanía nacional.

El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional.

Tales premisas constitucionales deben ser tomadas en cuenta por esta Sala Constitucional, y con carácter vinculante para todos los Tribunales de la República, a los fines de adoptar sus decisiones en resguardo de las costumbres ancestrales de los pueblos indígenas ubicados en el territorio nacional.

ALCANCE Y CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO ORIGINARIO O CONSUECUDINARIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Como la Sala señaló *supra*, a pesar de que el Estado venezolano reconoce la existencia del derecho originario o prehispánico de los pueblos indígenas (consuetudinario y ancestral), contenido en la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, debe aplicarse dentro de los parámetros constitucionales establecidos en el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que es conforme con el artículo 8.2 del Convenio 169 de la OIT, que a la letra dice:

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

En la legislación venezolana se observa que el artículo 131 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas del 2005, define el derecho originario o consuetudinario indígena en los siguientes términos:

El derecho indígena está constituido por el conjunto de normas, principios, valores, prácticas, instituciones, uso y costumbres, que cada pueblo indígena considere legítimo y obligatorio, que les permite regular la vida social y política, autogobernarse, organizar, garantizar el orden público interno, establecer derecho y deberes, resolver conflictos y tomar decisiones en el ámbito interno.

De este modo, la ejecución del derecho propio de los pueblos indígenas no puede ser incompatible con los derechos fundamentales definidos en el ordenamiento jurídico constitucional, por lo que ha resultado necesaria una coordinación jurídica entre los dos sistemas normativos, todo ello en razón de que la vigilancia por el respeto de los derechos humanos le compete al Estado a través de sus distintos Poderes Públicos. Ejemplo de ello, es que el reconocimiento de los pueblos indígenas, así como la existencia de su derecho, también es de la competencia del Poder Nacional como lo estableció la Sala en la sentencia N° 597, del 26 de abril de 2011, caso: *Carlos Baralt Morán y otros*, en los siguientes términos:

(...)

cuando la Constitución reconoce la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida - artículo 119 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-, no postula una competencia excluyente del Poder Nacional en la tutela de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

Ciertamente, existe una gran cantidad de normas constitucionales vinculadas con la garantía de los derechos de los pueblos indígenas, entre las cuales se deben destacar el reconocimiento de los idiomas de los pueblos indígenas como idiomas oficiales, en los siguientes términos: “Artículo 9. El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad”; en el artículo 120, se garantiza el aprovechamiento racional de los recursos naturales existentes en los territorios indígenas, al señalarse: “El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a esta Constitución y a la ley”; el artículo 123, que establece “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades. Los pueblos indígenas tienen derecho a servicios de formación profesional y a participar en la elaboración, ejecución y gestión de programas específicos de capacitación, servicios de asistencia técnica y financiera que fortalezcan sus actividades económicas en el marco del desarrollo local sustentable. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a los pueblos indígenas el goce de los derechos que confiere la legislación laboral”; el “artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional: (...) 32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; (...) la de los pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos (...);” o el artículo 166 que dispone que “En cada Estado se creará un Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, presidido por el Gobernador o Gobernadora e integrado por los Alcaldes o Alcaldesas, los directores o directoras estatales de los ministerios; y una representación de los legisladores elegidos o legisladoras elegidas por el Estado a la Asamblea Nacional, del Consejo Legislativo, de los concejales o concejales y de las comunidades organizadas, incluyendo las indígenas donde las hubiere. El mismo funcionará y se organizará de acuerdo con lo que determine la ley”, entre otros artículos como el 169 y 181, respecto a la organización del régimen de gobierno y administración local que corresponde a los municipios con población indígena y la exclusión de las tierras correspondientes a las comunidades y pueblos indígenas de la calidad de ejidos.

Correspectivamente, desde una perspectiva del ordenamiento jurídico de rango legal, existe igualmente un régimen jurídico especial vinculado a los pueblos indígenas -vgr. La Ley

Orgánica del Poder Público Municipal, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas- que permiten afirmar que los derechos de los pueblos y comunidades indígenas trascienden la simple garantía de representación indígena en los cargos de elección popular, como la Asamblea Nacional, Consejos Legislativos, Concejos Municipales, y Juntas Parroquiales Comunes en los Estados con población indígena o en cualquier otra instancia tanto en el ámbito nacional, estatal y parroquial, de conformidad con las leyes respectivas, así como en los órganos parlamentarios internacionales. Ciertamente, la retícula normativa vinculada con las comunidades indígenas, postula un régimen estatutario que no sólo permite integrar a las mismas a la vida social, económica y política de la República, sino que además al reconocer la importancia de su existencia y conservación para el Estado, comprende el necesario cumplimiento por parte de los órganos o entes del Estado creados en cualquiera de sus niveles político-territoriales, el deber de lograr los cometidos nacionales conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y al resto del ordenamiento jurídico aplicable.

Además, la Sala destaca que la coordinación que debe existir entre la Jurisdicción Especial Indígena y el derecho estatal, debe atender al *principio de legalidad*, como lo señala literalmente el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que la coordinación de los distintos sistemas jurídicos es de reserva legal, ya que la ley es el único instrumento jurídico que desarrolla esa coordinación (Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, entre otras), sin menoscabo de que la Sala Constitucional, como máxima y última intérprete de la Constitución, complementa los vacíos legales o legislativos, en el ejercicio de la jurisdicción normativa que tiene atribuida la Sala Constitucional (véase la sentencia de esta Sala N° 1325 del 4 de agosto de 2011).

De modo que, la Sala establece, con carácter vinculante, que **el derecho originario o consuetudinario de los pueblos y comunidades indígenas se encuentra integrado al ordenamiento constitucional vigente, y por ende, no puede ser contrario, a las normas, reglas y principios establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**

En definitiva, el derecho propio y originario de los pueblos indígenas integra el ordenamiento jurídico y, como tal debe estar enmarcado en los principios, reglas y derechos contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; así como en el respeto del *bloque constitucional*, el cual contiene los distintos pactos, tratados y acuerdos internacionales ratificados por la República. Se trata de brindar cobertura constitucional al hecho de que el sistema jurídico de las comunidades indígenas está integrado a la vida social, económica y política del país, tal como lo señala la Carta Magna; lo cual implica que dentro de su proceso evolutivo, el derecho originario consuetudinario indígena, hoy día no escapa de las garantías que el Derecho Constitucional impone para el respeto de la condición humana.

En efecto, el derecho propio originario de los pueblos indígenas no es hoy el mismo de otrora, por cuanto los problemas o fenómenos sociales que se presentan en las diversas etnias indígenas también se han transformado con el transcurso del tiempo, y no puede ser ajeno a la complejidad del *“espíritu del tiempo”* (Zeitgeist), lo que obliga a los integrantes de las comunidades indígenas a adoptar, si es posible, nuevas posturas ante la ocurrencia de nuevas situaciones.

De ello se deja constancia, respecto de la Comunidad Indígena Warao, en el Informe socio antropológico que cursa en los autos consignado por la testigo experta juramentada por la Sala, antropóloga Liliana Morales, de donde se extraen los siguientes párrafos:

(...)

la aculturación, pues da elementos que nos permite, entender no sólo la situación actual de este pueblo indígena, sino que comprender el proceso de transformación profunda cultural que se ha dado en el seno de esta sociedad, y por lo que me arriesgo a hablar de una cultura profundamente perturbada y que como consecuencia pudiéramos hablar de un pueblo en peligro, cuyas normas, comportamiento y tradiciones se encuentran amenazadas por la explotación constante y masiva, los políticos que desde Tucupita nombran las autoridades en las comunidades destruyendo su propia organización social y política, la corrupción administrativa, funcionarios del gobierno incompetentes, la utilización de la mano de obra Warao, la introducción de salarios y monetarización de la economía y de principios criollos que causan una suerte de desintegración cultural.

A las transformaciones introducidas por el contacto con los misioneros, criollos, aventureros, comerciantes entre otros, al establecerse en la región del delta los primeros asentamientos de personas de ascendencia europea o criollos, a partir del siglo XVII, pero principalmente en el siglo XVIII.

Pero es a partir del siglo XX y desde hace un poco más de noventa años, que el pueblo Warao se enfrenta a incesantes y profundas fuentes de cambios culturales y sociales, representadas por las misiones religiosas en un primer momento, y luego por la sociedad criolla local y nacional. Y como consecuencia de todo, la desintegración de una cultura indígena.

Aunque desde hace muchos años la sociedad Warao ha tenido relación directa con la sociedad Criolla o Nacional, sobre todo al integrarse, en algunas tareas, a la vida económica nacional, los Warao han logrado mantener y difundir los valores fundamentales de su cultura y preservar su autonomía como grupo indígena. Si bien es cierto que en la actualidad los jóvenes Warao, parecieran preferir el trabajo asalariado en los aserraderos o desarrollar actividades agrícolas no tradicionales, en participar en la explotación industrial del palmito y en asumir cargos públicos en calidad de maestros y enfermeros, creando una dependencia con los sectores criollos.

De esta manera, las actividades de reportan ingreso monetario han desplazado a las actividades de subsistencia tradicionales. Y esa dependencia por obtener algunas monedas es directamente proporcional con el abandono de las formas tradicionales de producción y por supuesto, al final con la organización social y política.

En los últimos años se ha observado un resquebrajamiento de las pautas tradicionales del parentesco y de los deberes parentales, debido al interés, cada vez más grande de los jóvenes por obtener un empleo en empresas e industrias que explotan la zona. Esto ha traído consecuencias drásticas en la familia Warao, ya que los hombres han adquirido nuevas responsabilidades que han suplantado las tradicionales. Además, cabe destacar la presencia cada vez mayor de indígenas Warao en zonas urbanas como Tucupita y Barrancas, donde ejercen oficios muy mal pagados, llegando algunos a la indigencia.

La fragmentación de los sistemas sociales indígenas, inducida directa o indirectamente por el contacto permanente con el entorno no indígena, perturba los sistemas tradicionales de socialización de la infancia, lo que repercute negativamente tanto en la transmisión del saber cultural propio de cada grupo, como en la construcción de las identidades principalmente en contextos urbanos y peri/urbanos.

Además, de modo complementario, la Sala hace notar que, conforme al principio de la **supremacía de la Constitución**, lo señalado en la Carta Magna debe ser considerado como norma fundamental del Estado, por lo que toda normativa existente en Venezuela debe estar subordinada al Texto Fundamental y, en ningún caso, puede contrariar su contenido, facultándose al Juez o Jueza a ejercer el control difuso de la constitucionalidad y a desaplicar la norma contraria a la Constitución (artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Así se declara.

DEL ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LAS DECISIONES ADVERSADAS CON EL AMPARO

En el caso *sub iudice*, la defensa pública penal del legitimado activo intentó la presente acción de amparo constitucional contra dos decisiones, a saber: la dictada, **el 23 de noviembre de 2009, por la “Jurisdicción Especial Indígena”**, mediante la cual condenó al niño indígena Warao a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del delito de homicidio intencional, y la dictada, **el 2 de diciembre de 2009, por el Tribunal Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro**, que revisó, conforme al contenido del artículo 134 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, la decisión emanada de la referida jurisdicción especial, ordenando su ejecución.

El hecho sometido al procedimiento especial indígena se refiere, según se desprende de las actas que conforman el expediente, a que, presuntamente, el niño indígena Warao, cuya identidad se omite de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, le ocasionó la muerte al ciudadano Lucio Romero, quien también era un indígena Warao, en la comunidad indígena de Boca de Atoibo, del Estado Delta Amacuro, el día sábado, 19 de septiembre de 2009.

Ahora bien, con relación a la decisión proferida por la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, la Sala observa, en primer lugar, que la misma fue elaborada, en principio, conforme a los parámetros legales establecidos en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas; esto es, según los criterios de competencia establecidos en el artículo 133 de esa Ley especial.

En efecto, el procesamiento del niño indígena Warao cumplió con el criterio de competencia territorial, por cuanto se trató de un hecho acaecido dentro del hábitat y tierra de la etnia Warao ubicada en el Estado Delta Amacuro; con el criterio de competencia personal, por tratarse el sujeto activo –así como el pasivo- de un integrante de la Comunidad Indígena Warao; y con el criterio de competencia material, que se refiere a que “[l]as autoridades legítimas tendrán competencia para conocer y decidir sobre cualquier conflicto o solicitud, independientemente de la materia [de] que se trate. Se exceptúa de esta competencia material, los delitos contra la seguridad e integridad de la Nación, delitos de corrupción o contra el patrimonio público, ilícitos aduaneros, tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes y tráfico de armas de fuego, delitos cometidos con el concierto o concurrencia de manera organizada de varias personas y los crímenes internacionales: el genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión”.

Respecto del criterio material de competencia citado, y como una excepción adicional, cabe invocar el criterio, con carácter vinculante, de esta Sala Constitucional sobre la competencia de los Tribunales de Violencia Contra la Mujer para conocer, en los casos en el que sujeto pasivo sea una mujer, los hechos punibles cometidos por cualquier indígena, en la sentencia N° 1325, del 4 de agosto de 2011, caso: *Carlos Eduardo Ramos Vargas*:

Preliminarmente, visto que el amparo de autos fue interpuesto por el defensor del ciudadano Carlos Eduardo Ramos Vargas, quien es indígena, perteneciente a la “Comunidad Indígena Chaima”, y fue imputado por la presunta comisión de los delitos de violencia física y amenaza en perjuicio de la ciudadana Emereida del Valle Faría Sabolla (no indígena), esta Sala estima pertinente efectuar las siguientes consideraciones:

Es innegable, el reconocimiento que se ha hecho a través de instrumentos jurídicos tanto nacionales como internacionales, de la existencia de los pueblos indígenas, sus costumbres, tradiciones, cultura, y modos de resolución de conflictos entres otros aspectos, todo ello

atendiendo a la evolución socio cultural de los pueblos y la necesidad de crear normas que permitan la integración y coexistencia de los habitantes de un entorno geográfico y socio político, con garantías propias de la dinámica de la vida en sociedad, sin menoscabo de la identidad de cada grupo que la integra.

(...)

Ello así, la Sala considera que [las] disposiciones legales vigentes en Venezuela deben ser aplicadas por las autoridades del Estado venezolano, pues constituyen inequívocamente el reconocimiento y existencia de la Jurisdicción Especial Indígena, regida por sus tradiciones ancestrales y propias respecto de los miembros de sus comunidades, debiendo entenderse actualmente esta jurisdicción no desde el punto de vista formal, tal y como está estructurado el ordenamiento jurídico y jurisdiccional ordinario, sino como un conjunto de tradiciones y pautas étnico-culturales que lo rigen y que no han sido creadas por las leyes venezolanas ni internacionales, sino que por el contrario, han sido reconocidas por éstas. Son de esta manera, normas consuetudinarias que coexisten con el ordenamiento jurídico formal, y que tienen regulaciones para su aplicación, amén de dicha convivencia jurídico legal, no significando ello que tales sujetos de derechos están excluidos de los deberes, derechos y garantías constitucionales presentes en los procedimientos ordinarios en materia de resolución de conflictos.

Con atención a ello, si bien es cierto que la Jurisdicción Especial Indígena existe y es reconocida por el ordenamiento jurídico patrio, siendo de aplicación preferente en ciertos casos, no es menos cierto que tal aplicación está delimitada igualmente, tanto por los Convenios Internacionales como por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes especiales.

A este tenor, el artículo 8, numeral 2 del señalado Convenio OIT N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes dispone:

“Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.”

En este sentido, el ya citado artículo 9 numeral 1° del Convenio OIT N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya citados supra, establecen que se podrá aplicar la usanza, práctica o costumbre indígena tradicional para la resolución de conflictos o delitos, siempre que esta no transgreda o en modo alguno colide con el ordenamiento jurídico nacional u orden público. En la caso de autos, el Ministerio Público imputó al ciudadano Carlos Eduardo Ramos Vargas, por haber cometido presuntamente los delitos de violencia física y amenaza, están previstos y sancionados en los artículos 41 y 42 de la vigente Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, por lo que estamos en presencia de uno de los delitos de violencia de género, cuya Ley Orgánica en su artículo 115 establece: “Corresponde a los tribunales de violencia contra la mujer y a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el ejercicio de la jurisdicción para la resolución de los asuntos sometidos a su decisión, conforme a lo establecido en esta Ley, las leyes de organización judicial y la reglamentación interna”; por lo que la Sala considera que la tutela del bien jurídico de la dignidad de la mujer y la libertad sexual, establecidos en la Ley Especial de Violencia de Género, es de especial resguardo y protección por el Estado Venezolano, con independencia de las características de los sujetos involucrados en el delito, siendo por tanto, que el monopolio de la jurisdicción para el juzgamiento de estos delitos lo tienen los tribunales de violencia contra la mujer y a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

Ello se reafirma del párrafo único del artículo 71 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, cuando establece: “Los pueblos indígenas constituirán órganos receptores de denuncia, integrado por las autoridades legítimas de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, sin perjuicio que la mujer agredida pueda acudir a otros órganos indicados en el presente artículo.”

Así entonces, el propósito del legislador con esta disposición es que las autoridades legítimas de los pueblos indígenas sean solo órganos receptores de denuncia, siempre y cuando la mujer indígena víctima así lo estime, pero la Ley Especial no le da facultad jurisdiccional, por lo que lo que en materia de delitos de violencia de género la jurisdicción especial indígena está limitada por las disposiciones previstas en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, lo que está en consonancia con el artículo 9, numeral primero del Convenio OIT N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, supra citados, según los cuales se podrá aplicar la usanza indígena tradicional para la resolución de conflictos o delitos, siempre que esta no transgreda o en modo alguno colide con el ordenamiento jurídico nacional u orden público.

Con base en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, esta Sala –con carácter vinculante- reafirma la competencia de la jurisdicción especial en materia de género para el juzgamiento de los delitos previstos en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, con independencia de que el sujeto activo sea un ciudadano indígena, y en consecuencia los delitos catalogados como de violencia de género, deben ser investigados incluso de oficio por los tribunales especializados con competencia en violencia de género. Así se decide.

De manera que, la Sala observa que en el caso bajo estudio no se encuentra comprometido el aspecto competencial por la materia, toda vez que los hechos sometidos a la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, consistieron en la muerte causada por un niño indígena a un adulto indígena, lo cual no se corresponde con las excepciones referidas, por lo que la Sala reconoce la competencia establecida en el artículo 133 de la Ley especial.

Además, la Sala precisa que la aplicación del artículo 549 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, referido al deber del Juez o Jueza especializado en materia de responsabilidad penal del adolescente de observar, en el proceso penal del adolescente del derecho formal, los usos costumbres pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas en el proceso, sólo es posible cuando no se encuentren cumplidos los criterios de competencia establecidos en el artículo 133 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, esto es, cuando un adolescente indígena haya cometido un hecho punible en un lugar distinto de su hábitat o los delitos sean aquellos que dicha disposición normativa establecen deben ser juzgados por el derecho formal u ordinario. Así se declara.

Ahora bien, **a pesar de que la competencial material, personal y territorial no se encuentra infringida en el presente caso**, la Sala constata, de las actas que conforman el expediente y de los testimonios realizados por los testigos expertos en la audiencia constitucional celebrada el 26 de julio de 2011, que la decisión dictada el 23 de noviembre de 2009, por la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, mediante la cual se condenó al niño indígena Warao a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del delito de “*homicidio intencional*”, contiene un vicio de índole constitucional, al comportar ese pronunciamiento la violación del principio del *juez natural*, previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al apartarse de las prácticas ancestrales propias de la cultura indígena Warao, respecto de las autoridades indígenas legítimas llamadas a conocer los conflictos planteados entre sus miembros.

En efecto, la violación del principio del *juez natural* en el presente caso tiene como fundamento, las siguientes consideraciones:

De acuerdo con el estudio socio antropológico de la Comunidad Warao que cursa en autos, los problemas que se presentan en las etnias indígenas, “*son resueltos por las autoridades que por tradición, costumbres y prácticas culturales, son consideradas como legítimas por los habitantes de la respectiva comunidad o pueblo indígena*”, lo que se conforma con el contenido del artículo 260 de la Constitución.

En ese sentido, se señala que “*La autoridad indígena estará representada por la persona (hombre o mujer), grupo o asamblea que designe el pueblo o comunidad indígena conforme a sus usos y costumbres: el Cacique para los Yukpas y Barí, el Capitán para los Kariñas y el pueblo Pemon (sic), el Pütchipü’ü o “palabrero guajiro” para los Wayuu y los Aidamos para el pueblo Warao, a modo de ejemplo*”.

Asimismo, se destaca en el referido Informe que “*Para ejercer la facultad de aplicar justicia a los miembros de su comunidad, las autoridades indígenas aplican principios generales o normas de control social de acuerdo a su contexto cultural, que suponen pruebas y argumentos, y cuyo fin es dar una respuesta satisfactoria –razonable y definida internamente– a las partes en conflicto o administrados*”.

Se precisa que “*Los pleitos y diferencias que afectan a la comunidad se resuelven mediante la llamada monikata, o asamblea de los miembros mayores de la misma, que analiza y soluciona en reuniones que pueden durar desde horas a días, las situaciones de conflicto que pudieran surgir eventualmente entre los miembros. También sirve para decidir estrategias de subsistencia, viajes y asuntos legales con las autoridades o instituciones venezolanas...[y que] entre los Warao, no existe la figura del “cacique indígena”*”.

Al respecto, se acota que el “*AIDAMO*” (definido como Señor o Jefe por el *Diccionario Warao Castellano*, realizado por el Padre Barral y editado por la Universidad Católica Andrés Bello y Hermanos Menores Capuchinos, Caracas, 2000), tiene como principal actividad “*la aplicación del derecho consuetudinario Warao*”, el cual se basa “*...en el dialogo, el trabajo comunitario, la humillación pública, la indiferencia y el exilio o destierro a los miembros del grupo que cometen un hecho punible. El tipo de pena depende de la gravedad del hecho. Pues, para el Warao la justicia se fundamenta en el restablecimiento del daño, la resocialización del infractor y la protección de la comunidad y restauración de su integridad*”, y que todo ello se aplica a través de una “*monikata, o asamblea de los miembros mayores de la misma, que analiza y soluciona en reuniones que pueden durar desde horas a días, las situaciones de conflicto que pudieran surgir eventualmente entre los miembros*”.

De manera que “*La monikata es una institución de consejo de ancianos y de la comunidad, la meta o el fin es plantear un problema con miras a lograr la armonía y el diálogo no termina hasta que se haya encontrado una solución, donde todas las personas involucradas salgan satisfechas y quienes tienen más voz son los hombres ancianos, poseen mayor autoridad y la norma a seguir es que todos salgan satisfechos*”.

Así pues, la Sala destaca que la Comunidad Indígena Warao tiene definida cuál es la autoridad legítima y competente para resolver los conflictos en su derecho originario o propio; y además, los mecanismos de solución del conflicto. La autoridad legítima y competente en la etnia Warao para dilucidar todos los conflictos según el derecho consuetudinario indígena es el *Aidamo*, quien ejerce su función jurisdiccional a través de una *Monikata*.

Tales afirmaciones fueron ratificadas por los distintos testigos expertos juramentados por la Sala, cuyas testimoniales fueron evacuadas en la celebración de la audiencia constitucional celebrada el 26 de julio de 2011, a saber:

La Antropóloga Bernarda Escalante, expresó, entre otras cosas, lo siguiente:

...que nunca he oído hablar de Caciques indígenas [en el Delta Amacuro]...no sé si son autoridades tradicionales o son autoridades nombradas desde afuera...cuando digo desde afuera digo desde la autoridad regional...cuando nombran a los Comisarios...la autoridad tradicional según la tradición indígena viene dada por el jefe de una comunidad...en la comunidad vive el esposo, la esposa, los hijos solteros, las hijas solteras, las hijas casadas con sus respectivos esposos y los nietos...es una familia extendida y el jefe, hablamos en castellano, en Warao se le llama el Aidamo y él es el que tiene autoridad absoluta en la Comunidad...los varones que se casan van a vivir a otra comunidad y dependen de otro Aidamo y dentro de la comunidad en donde se solucionan los conflictos...no es que llamen gente de afuera, la propia comunidad con el Aidamo al frente es quien soluciona los conflictos...cuando el conflicto ocurre entre dos comunidades la solución del conflicto se lleva a cabo en conversación en Asamblea, la famosa Monikata, que es la reunión para solventar conflictos, llegando a acuerdos...nunca he visto que Aidamos de otras comunidades...a solucionar problemas de una comunidad sola o al menos de dos...en el caso que nos toca...no he visto que...el conflicto se haya solventado dentro de la propia comunidad y que ninguna de las dos partes, la agresora y la agredida, hayan tenido la oportunidad de reunirse para solventar el problema de acuerdo a la tradición...

Asimismo, la antropóloga Liliana Cabrujas Morales refirió lo siguiente:

...de acuerdo a la literatura antropológica y escrita hasta ahorita son los Aidamos los representantes y autoridades tradicionales en las comunidades indígenas...son ellos los que resuelven los conflictos...esta figura del Aidamo, que es el anciano de la comunidad, viene dado en ello el liderazgo no por el poder que puedan tener sino por el respeto y la autoridad que se han ganado ante la comunidad y ante cada uno de sus miembros, lo cual es importante que sepamos que no son nombrados o elegidos, la autoridad es dada...los miembros saben que es él el jefe...de acuerdo a toda la literatura antropológica e histórica y que se ha recopilado, los Waraos no tienen la pena de la cárcel por lo cual nos parece realmente que no está dentro de las tradiciones indígenas la cárcel ni mucho menos veinte años de prisión...ellos tienen su sistema punitivo que viene dado a través de la Monikata...esta Monikata y esta actuar durante dos días tres días consecutivos es para lograr recuperar la armonía que la Comunidad tenía...el aidamo es la figura que preside la asamblea, esta Monikata, donde se llega hasta que todos estén conformes con la decisión que se tome...son tanto el agredido como el agresor y la familia de cada uno de ellos, al final, el último objetivo de esta Monikata es llegar realmente a un consenso y es través del diálogo y no a través del castigo, y sin al final hay que someter a un castigo ellos tienen un sistema punitivo...que nunca es la cárcel.

El antropólogo Werner Wilbert, expuso lo siguiente:

La cultura Warao responsabiliza al individuo directamente por sus acciones...cuando hablamos de conocimientos ancestral y tradiciones ancestrales tenemos que los Waraos tienen en el Delta como siete mil quinientos años porque hablan cuando Trinidad estaba conectada a tierra firme...el contenido de su memoria son los mitos y el folklore...folklore y mitos no son cuentos...son la relaciones empíricas e interrelaciones socios culturales de un entorno socio ambiental, por lo tanto demuestran ejemplos de comportamiento, ejemplo de eventos y cómo fueron solucionados y no solucionados...con respecto a delitos y penas impuestas los mitos demuestran que en la época mitológica los Waraos se consiguen en el morichal una cesta de comida que no era suya tenían hambre y todos menos uno comió de la comida, vino el espíritu que era dueño de la comida y arrancó los ojos de los que comieron

de la comida, menos a aquél que no comió la comida, es un castigo exagerado, sumamente exagerado, pero el niño que escucha a través de la inculturación, son cuentos que cuentan todos los días, los viejos empiezan a contar y los niños oyen, es un mensaje claro que robar es malo, robar no se tolera, no te van a sacar los ojos...pero tiene claro que es seria la consecuencia...otro caso, infidelidad...hay un hombre que en tiempo mitológico descubre que su esposa estaba con otro hombre, él mata al otro hombre, consecuencia: él se convierte en garza y sale de la aldea –exilio- el asesinato no es una medida aceptada...algo real, en cuento de infidelidad entre un muchacho y una mujer, el castigo en tiempo real es que pone la mujer en el centro del palafito, no la castigan, le pegan, nada, todos los que pasan saben porque ella está sentada allá, es humillación...sin violencia para controlar la comunidad...al hombre lo amarran por los tobillos y suben un mecate por una viga y dejan los hombros por el suelo...es humillación, porque no pueden deshacerse del hombre porque en la aldea solo hay cincuenta personas...doce hombres y doce mujeres, es un equipo indispensable...casos más serios...cuando hay algo sumamente serio...Najakara...es el enfrentamiento entre el agresor y un defensor, por ejemplo alguien insulta a la esposa de uno dejando un símbolo fálico en el camino de su conuco, la mujer se queja con su esposo, su esposo reta a la persona, abren una cancha como media cancha de tenis...forman dos escudos... la idea es empujar uno a otro fuera de la cancha, el que salga de la cancha pierde, si es el agredido que es botado fuera sucede nada, el delito no se castiga...pero si el bota a la persona que fue el agresor tiene que dejar la aldea también...eso quiere decir el exilio...es una sociedad y una cultura que controla su sociedad a través de una moral donde casos como el presente son tan escasos que Warao matando a Warao creo que pueden contar con una sola mano en treinta años...el Warao si ha tenido un impacto de nuestra cultura...el impacto no es solo la cultura material sino el dinero, hay muy poco empleo y hemos convencido que el Warao ahora tiene que andar vestido...ahora cuando antes había que hacer una casa los primos se juntaron los yernos se juntaron y construyen la casa, ahora se cobran unos a otros, si uno no tiene, no trabaja...entonces la reciprocidad balanceada que tenía la Comunidad está empezando a desmoronarse por el dinero...con respecto a la violencia...las películas que ven los muchachos...la violencia desmesurada es absolutamente insólita y si tienes un muchacho que escucha un mito y lo toma como verdad, al ver la pantalla se pregunta si es verdad o un cuento...pero lo que se ve es que el muchacho la violencia como una alternativa viable...el ambiente moderno trae al muchacho Warao como una alternativa para resolver un problema que antes no se veía”.

El abogado Julio Ávalos, sostuvo:

Sabemos que los Aidamos se reunían o se reúnen tradicionalmente para resolver este tipo de controversias...hay otras autoridades de más reciente data producto del contacto con la cultura occidental, no es que no sean autoridades sino que son otro tipo de autoridades...y la Constitución en el artículo 260 ha dicho que son las autoridades tradicionales las que están facultadas para emitir este tipo de juicio, de tal suerte que no se está desconociendo la autoridad de los Waraos si se dice que un Cacique o un Comisario o un Fisikari ... cualquier otro tipo de autoridad lleva a cabo una acción de autoridad pero no es la autoridad tradicional y por lo tanto no es la legitimada para proceder como lo hizo el presunto tribunal especial indígena en este caso...quiero hacer notar que de la lectura del acta [de juicio indígena] no se desprende realmente de que los indígenas que participaron en aquella sesión hubiesen realmente realizado un proceso para juzgar al joven Warao...de la lectura del acta más bien se desprende que se inhibieron de hacerlo, reiteradamente varios de los Caciques que se mencionan en esa reunión solicitan la intervención de un proceso judicial para juzgar al joven Warao...en mi concepto lo que han hecho los Caciques ha sido inhibirse y proponer una pena de veinte años de prisión...hay dos elementos primordiales para poder hablar de un procedimiento jurisdiccional indígena, uno de ellos es el uso de derecho sustantivo indígena y derecho adjetivo indígena...desde el punto de vista adjetivo era necesario poder establecer algunos parámetros para poder hablar del Monikata.

Nome Anaka...en ese proceso jurisdiccional que es tradicional entre los Waraos no existe esos elementos...desde el punto de vista sustantivo tenemos que pretendidamente el Tribunal Especial Indígena hizo uso de normas del derecho sustantivo ordinario, eso a mi juicio es tan inadmisibile como que un tribunal ordinario de la República Bolivariana de Venezuela pretendiera hacer uso de norma del derecho sustantivo indígena para juzgar a un indígena...la sentencia es a todas luces inválida...el derecho que tiene que ser aplicado es el derecho tradicional de los pueblos indígenas...la naturaleza de los procesos jurisdiccionales en la tradición Warao han sido históricamente la línea de buscar la conciliación, en la línea de buscar la restitución de los daños causados...en esta caso no observamos nada de eso...y eso es un mandato del artículo 234 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas...de lo que estamos hablando en este caso, en mi opinión..., estamos hablando de una especie de conflicto de jurisdicción...en cuanto...un presunto Tribunal Indígena pretende aplicar derecho indígena y erró aplicando derecho ordinario.

Opinión que fue ratificada en su escrito consignado al finalizar la audiencia constitucional.

Por su lado, el abogado Santos López Orta, expresó:

...básicamente me preocupa mucho, porque estas decisiones van a sentar un precedente de cómo hay una relación entre la jurisdicción conocida para nosotros los indígenas como ordinaria y la jurisdicción especial indígena y particularmente lo especial viene dado al reconocimiento de usos, costumbres a un sistema de justicia que se viene ejerciendo consuetudinariamente y que es garantía de salvaguardar el patrimonio cultural de nuestros pueblos...he podido observar de su comportamiento social [del pueblo Warao]...que hay una situación que hay que tener bien clara y es que hay una interculturalidad en que la comunidades son objeto, ellos reciben mucha información que tienen que ver con los medios de comunicación masiva que los pueden impactar algunas veces positivamente si se utiliza como herramienta pedagógicas pero se pueden impactar negativamente de otra y es importante para ese procedimiento particular que se llevó por parte de los Caciques...que esa administración de justicia viene dada, además de estar afuera del ámbito territorial, que no se ejerció, y es un elemento fundamental, viene dada con una carga con una preocupación según lo vemos en el acta de los Caciques, vienen diciéndonos que no tienen manera de manejar de esta problemática que se le están escapando de las manos, todos manifiestan una preocupación, estamos muy preocupados, hay que castigar...y se desprende del acta que ninguna toma la iniciativa de castigar, se puede observar que hay ciertas limitaciones para revisar la situación, hablan del joven como un infiltrado...no vamos a desmerecer de la intención este grupo de responsables de autoridades de la comunidad, pero sin embargo tenemos que tomar en consideración eso, hay que tener conciencia de que hacía falta...conocer la condición social del adolescente y eso no sucedió...

Posteriormente, a la pregunta formulada por los Magistrados de esta Sala, respecto de que si ¿los Caciques de este juzgamiento coinciden con los Aidamos?, la antropóloga Bernarda Escalante respondió en la forma siguiente:

Es la pregunta que yo me hago y me la hago con toda claridad porque hace un mes más o menos...en el penúltimo viaje a Tucupita...yo me reuní con un indígena en la Plaza Bolívar...precisamente haciéndole muchas preguntas...oyendo directamente a los indígenas...y el casualmente, de manera muy espontánea, yo le pregunté qué es eso de Cacique?...me dijo es cierto, los jefes nuestros son Aidamos...de allí viene mi duda, de que si es una autoridad, si se está refiriendo en cada Comunidad de una autoridad reconocida porque es el viejo o suegro, bajo cuya autoridad están sus hijos solteros, hijas solteras, sus hijas casadas, sus yernos y los nietos, son varias familias viviendo juntas o es una autoridad [Los Caciques] impuesta desde afuera...nombrar autoridades desde la autoridad regional trajo muchos problemas porque enfrentó de repente...yo conocí a un Aidamo muy sabio, con mucha autori-

dad, no poder, mucha autoridad moral, cuyo yerno, un tipo que sabía leer y escribir, era su jefe nombrado desde Tucupita, entonces estaba socavando la autoridad tradicional, porque los Waraos no sabían si respetar a su suegro o si respetar a su conuñado...

Además, la Diputada indígena del Parlamento Latinoamericano, Dalia Herminia Yáñez, quien estuvo presente en la audiencia constitucional y pertenece a la etnia Warao, intervino en la audiencia constitucional a solicitud de la Presidenta de la Sala, con el objeto de responder la siguiente pregunta:

¿Cómo considera en este momento el pueblo Warao lo que ha ocurrido en este proceso, se sienten sorprendidos en lo que ha debido ser una estructura de acuerdo con sus costumbres ancestrales o realmente aceptan que allí ha ocurrido una convocatoria legítima a una Monikata?

A lo que respondió:

En este caso particular...en cuanto al Cacique no es de nosotros pero en cuanto a la organización y la toma de decisión, en este caso particular...es un niño para nosotros...para el Pueblo Warao el niño es niño y no hay adolescencia...la reunión que sostuvieron los Aidamos allí yo no lo comparto, particularmente no lo comparto por dos razones fundamentales: lo que dijo un experto que es una reunión que tiene que resolver el representante o el jefe de la comunidad, la toma de decisión, allí no pueden entrar los demás Caciques, nombrados bien sea por los curas o por los evangélicos, nada de eso, prevalece la cultura, allí tiene que mandar, la decisión es del Aidamo conjuntamente con esa comunidad...quién convocó la otra reunión que sentencia cincuenta años, eso no es así...si la persona que cometió del delito se encargará el Aidamo y el sabio indígena qué sanción...si la sanción es grave los espíritus se lo va a llevar, no hay agresión, no hay sentencia de cincuenta años, dos tres días verá, el sabio se encargará de esa sanción si el caso es grave, esa es una realidad, porque nosotros vivimos con los espíritus...por otro lado..., el niño que vive dentro de la Comunidad, el niño que pasa ahorita a ser sentencia a veinte años de sanción...no tomaron en cuenta la autoridad de la otra cultura que el niño no sabía hablar castellano...sancionado allí sin un traductor debidamente...por otro lado...los estudios carecen de información...no hubo un buen traductor para poder sancionar de esta manera...hay variante de diversidad...variante dialéctica en los Estado...bajo Delta, medio y alto Delta...no utilizaron la ley de que el Aidamo no tomó decisión... además de la manifestación de la cultura, la sanción del niño...un niño de doce años...si el niño viviera en un barrio...si el niño indígena viviera en un barrio sería diferente del niño que vive dentro de la comunidad.

De modo que, esta Sala precisa que los anteriores testigos expertos y la Diputada Dalia Herminia Yáñez coincidieron, al relatar sus conocimientos sobre la cultura y sistema punitivo de la etnia Warao, en los siguientes aspectos:

1.- Que el pueblo Warao tiene bien definido, por sus costumbres y tradiciones ancestrales, que la persona que debe resolver todos los conflictos que se presentan en una comunidad determinada es la autoridad llamada *Aidamo*, quien, en la mayoría de los casos, es el miembro de la comunidad que tiene más edad. Para el pueblo Warao no existe el Cacique, quien es una autoridad reconocida en la población indígena Yukpa.

2.- Que la resolución de conflictos en la cultura indígena Warao la realiza el *Aidamo* en una asamblea denominada *Monikata*, que se celebra en la comunidad donde sucedió el hecho, y deben estar presentes la autoridad de esa Comunidad y los agresores y agredidos –o sus familiares-. Esta *Monikata* puede durar algunos días, dependiendo de la complejidad del asunto, y siempre termina cuando se llega a una conciliación o acuerdo, esto es, cuando el conflicto haya sido solventado dentro de la propia comunidad.

3.- Que no es común que “*Caciques*” o autoridades de otra comunidad resuelvan los problemas de una comunidad que no es la propia.

4.- Que no es común que exista agresión o violencia entre los Waraos; y en el derecho consuetudinario indígena no existe, como sanción, la pena privativa de libertad o cárcel; toda vez que cada uno de los integrantes de la comunidad Warao son indispensables para su supervivencia colectiva. Cada indígena Warao ejerce un rol importante en la comunidad. Que por el contrario, algunas de las sanciones que suelen emplear son la humillación y el exilio de la comunidad, pero que históricamente el objetivo de la comunidad es lograr una conciliación pacífica.

5.- Que la cultura Warao ha sido permeada por la cultura occidental, y ello ha traído nuevos problemas y situaciones inusitadas que los mismos Waraos no están acostumbrados a confrontar.

Por lo tanto, la Sala colige, con basamento en las anteriores conclusiones, que el niño indígena Warao, cuya identidad se omite conforme al contenido del artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no fue juzgado por la autoridad legítima y competente reconocida por el pueblo Warao según sus costumbres ancestrales y mucho menos, el niño Warao fue sancionado a través de una *Monikata*, conforme al sistema punitivo propio de la etnia indígena Warao, todo lo cual constituye, a juicio de la Sala, una infracción al principio del *juez natural* en el propio derecho indígena.

En efecto, la Sala observa, en primer lugar, que la “*Asamblea de Caciques*” en la cual se le aplicó al legitimado activo la pena de veinte años de prisión fue dirigida por unas autoridades denominadas “*Caciques*” de distintas comunidades Warao, quienes no eran las autoridades tradicionales o legítimas para resolver el problema que les fuera planteado respecto del niño quejoso, ya que la autoridad competente era el *Aidamo* de la comunidad donde el hecho se cometió. “*Los Caciques*” que actuaron en el presente caso no tenían legitimidad, y ello se evidencia además de la aplicación de una sanción distinta a la correspondiente en la tradición Warao. La sanción aplicada fue de veinte (20) años de prisión, pena que corresponde al derecho penal sustantivo formal y no, en cambio, tuvo referencia en el derecho originario indígena.

Por lo tanto, la Sala hace notar que el principio fundamental del *juez natural*, al no estar conforme con el sistema jurídico Warao, se encuentra infringido en el presente caso, toda vez que el niño indígena, presunto infractor, no fue juzgado por las autoridades legítimas reconocidas ancestralmente por el pueblo Warao; requisito que, además de tener como origen el derecho consuetudinario de esa etnia, se encuentra jurídicamente establecido en el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público...(destacado de este fallo).

La anterior disposición normativa tiene su equivalencia en lo señalado en el 132 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, cuando señala:

La jurisdicción especial indígena consiste en la potestad que tienen los pueblos y comunidades indígenas, a través de sus autoridades legítimas, de tomar decisiones de acuerdo con su derecho propio y conforme con los procedimientos tradicionales, para solucionar de forma autónoma y definitiva las controversias que se susciten entre sus integrantes, dentro de su hábitat y tierras...(destacado de la Sala).

Respecto del principio del *juez natural*, la Sala lo ha considerado como un derecho humano fundamental y universal, y por tanto de orden público, tal como se señala en la sentencia N° 144, del 24 de marzo de 2000, caso: *Universidad Pedagógica Experimental Libertador*, donde se asentó lo siguiente:

Dentro de estas parcelas, los distintos órganos jurisdiccionales a que pertenecen ellas, se distribuyen el conocimiento de los casos según las reglas de la competencia, bien sea por la cuantía, el territorio o la materia.

Para evitar un caos, y ordenar la administración de justicia, hay reglas de competencia que se consideran de orden público y son inderogables, mientras que hay otras que no lo son. La competencia por la materia se encuentra entre las primeras, mientras que las que determinan el territorio, por ejemplo, están entre las segundas. El órgano que ejerce la jurisdicción, en cuanto a la competencia por la materia, es por excelencia el juez natural de las personas que tengan que ventilar litigios relativos a esas materias.

Como el ser juzgado por el juez natural es una garantía judicial, y un elemento para que pueda existir el debido proceso, la abrogada Constitución de 1961 en su artículo 69, así como la vigente en su artículo 49, consagran el derecho de las personas naturales o jurídicas de ser juzgadas por dicho juez, quien además debe existir como órgano jurisdiccional con anterioridad a los hechos litigiosos sin que pueda crearse un órgano jurisdiccional para conocer únicamente dichos hechos después de ocurridos. El citado artículo 49 de la vigente Constitución es claro al respecto: En su numeral 4, reza:

“Artículo 49: El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

...Omissis...

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto”.

La comentada garantía judicial, es reconocida como un derecho humano por el artículo 8 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica y por el artículo 14 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta garantía judicial es una de las claves de la convivencia social y por ello confluyen en ella la condición de derecho humano de jerarquía constitucional y de disposición de orden público, entendido el orden público como un valor destinado a mantener la armonía necesaria y básica para el desarrollo e integración de la sociedad. Dada su importancia, no es concebible que sobre ella existan pactos válidos de las partes, ni que los Tribunales al resolver conflictos atribuyan a jueces diversos al natural, el conocimiento de una causa. El convenio expreso o tácito de las partes en ese sentido, al igual que la decisión judicial que tras-tone al juez natural, constituyen infracciones constitucionales de orden público.

De modo que, al haber sido juzgado el adolescente indígena Warao en el presente caso por autoridades no legítimas, como fue la asamblea de Caciques, no reconocida por el derecho propio de la cultura Warao, se violó el principio del *juez natural*, previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Además, la Sala constata del acta levantada con ocasión del juzgamiento en la “*Jurisdicción Especial Indígena*” (folio 41 del expediente), que el denominado “*Cacique*” de la Comunidad de Atoibo no firmó la misma. La asamblea denominada Monikata, como lo refirieron los testigos expertos, se realiza con el *Aidamo* de la comunidad donde ocurre el hecho conflictivo.

En consecuencia, la Sala considera que lo ajustado a derecho es anular la decisión dictada, el 23 de noviembre de 2009, por la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, mediante la cual se condenó al niño quejoso a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del “*delito de homicidio intencional*”. Así se decide.

La anterior declaratoria trae como consecuencia ineludible, por ser un acto judicial que no es aislado de la decisión dictada por la “*Jurisdicción Penal Indígena*”, la anulación de la sentencia dictada, el 2 de diciembre de 2009, por el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, que revisó y avaló, conforme al contenido del artículo 134 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, la decisión emanada de la referida jurisdicción especial.

En efecto, el mencionado Juzgado Segundo de Control especializado en responsabilidad penal del adolescente estaba facultado, por imperativo del referido artículo 134 *eiusdem*, para revisar, a petición de parte interesada, las decisiones tomadas por las autoridades indígenas legítimas, cuando las mismas sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República.

Al hacer uso de esa facultad, el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, una vez oído el niño Warao, con el respectivo traductor, avaló y ejecutó, sin hacer el control previo de los aspectos formales de la decisión dictada por la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, en la forma siguiente:

Habiendo sido investigado y juzgado el hecho punible, por la jurisdicción indígena en ejercicio de su acción como sociedad protagónica, de conjugación del derecho de acuerdo a los principios democráticos, contenidos en la exposición de motivos y en el preámbulo de la Constitución, que los derechos humanos fundamentales han sido preservados por las autoridades investidas para la actividad jurisdiccional, en la persona de los Caciques de las diversas comunidades actuantes, y que esta es una acción ejemplar de enfrentar los conflictos y de administrar justicia, sin precedente alguno en Venezuela puesto que ahora sí existe un cuerpo de leyes que le da las herramientas necesarias tanto a los representantes de la justicia formal penal, como a los indígenas, en consecuencia en modo alguno este tribunal podrá soslayar dicha sentencia, reconociendo que la misma fue dictada por autoridades legítimas, según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y La Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, conforme a los usos y costumbres ancestralmente aceptados por los dichos pueblos y/o minorías.

Por todos los razonamientos expuestos y los alegatos explanados en esta audiencia especial este Tribunal Segundo de Primera Instancia en funciones de Control de la Sección de Responsabilidad Penal de Adolescentes en nombre de la República Bolivariana y por autoridad de la Ley acuerda: Primero: Vista la Sentencia dictada por las autoridades indígenas de conformidad con el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la cual condena al adolescente IDENTIDAD OMITIDA, a cumplir la sanción de 20 años de privación de libertad, por el delito HOMICIDIO en perjuicio de quien en vida se llamara LUCIO ROMERO, que la misma ha quedado firme de acuerdo a las leyes usos y costumbres de las comunidades waraos asentadas en un instrumento Sentencia presentado ante este Tribunal se respeta y reconoce esta sentencia. Segundo: Oído el adolescente y garantizado el derecho a ser oído mediante solicitud efectuada ante la Fiscalía Quinta del Ministerio Público, por las autoridades indígenas, del cual hizo uso, en los términos de la audiencia, y de acuerdo a la convención de los derechos del niño y adolescentes (sic) y las disposiciones sobre protección integral e interés superior del adolescente es menester dar cumplimiento a la sentencia, con las garantías integrales de dignidad según el sistema de res-

ponsabilidad penal del adolescente, y a que de acuerdo al requerimiento de ejecución de la sentencia por parte de la etnia warao de conformidad con el artículo 134 numeral 2 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas se ordena el ingreso del adolescente IDENTIDAD OMITIDA, a permanecer en la Casa Taller para Varones de ésta Ciudad, donde permanecerá recluso a la orden del Tribunal de Ejecución competente de este Circuito Judicial Penal donde deberá permanecer de conformidad con el artículo 141 numeral 3 de la Ley de Pueblos y Comunidades Indígenas (sic) en forma separada o espacio especial de reclusión para el mismo. Tercero: Remítase el detenido junto con la causa aperturada y las actuaciones a los fines de que se inicie el cumplimiento de la misma conforme a los principios y garantías consagradas en la Ley Orgánica para la Protección de Niño, Niña y Adolescente, al Tribunal de Ejecución de la Sección de Responsabilidad Penal de Adolescentes de esta Jurisdicción. Cuarto: Se ordena la remisión del Expediente YP01-D-2009-000100 al Tribunal de Ejecución, vencido que sea el lapso para el ejercicio del recurso de apelación. Las Partes están notificadas de la presente decisión. Publíquese, regístrese, déjese copia certificada. Cúmplase.

Adicionalmente al incumplimiento de los requisitos formales previos, la Sala precisa que el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, al avalar la sentencia dictada por la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, no ordenó la incorporación de elementos probatorios distintos a los relatados por la partes involucradas en el conflicto, por lo que la conclusión a la que arribó ese Tribunal, referida a que no podía “*soslayar dicha sentencia*”, y que “*la misma fue dictada por autoridades legítimas, según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y La Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, conforme a los usos y costumbres ancestralmente aceptados por los dichos pueblos y/o minorías*”, se basó en un falso supuesto.

Efectivamente, el referido Juzgado de Control no cumplió con lo señalado en el artículo 140 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, que establece el deber de ordenar, en los procesos judiciales en los cuales sean partes los pueblos y comunidades indígenas o sus miembros, la realización de un informe socio antropológico y uno de la autoridad indígena o la organización indígena representativa, que ilustre sobre la cultura y el derecho indígena. Sólo se basó el Juzgado Segundo de Control especializado en la materia de responsabilidad penal del adolescente en lo manifestado por las partes, para concluir que, desde el punto de vista constitucional, la condena del quejoso de autos a cumplir la pena de veinte años de prisión se correspondía con “*los usos y costumbres ancestralmente aceptados por los dichos pueblos y/o minorías*”. Era necesario, entonces, verificar el contenido del derecho consuetudinario de los Waraos a través de distintos medios probatorios, cuando era ineludible en derecho verificar el contenido del derecho originario consuetudinario a través de otros medios probatorios, que le hubiera permitido esclarecer al juzgador si se encontraba comprometido el principio del *juez natural*, principio este que ha sido calificado reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala Constitucional como de orden público constitucional.

En consecuencia, visto que la decisión dictada, el 2 de diciembre de 2009, por el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, avaló indebidamente la decisión dictada, el 23 de noviembre de 2009, por la “*Jurisdicción Especial Indígena*” la cual ha sido anulada por esta Sala, y mediante la cual se condenó al quejoso a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del “*delito de homicidio intencional*”, la Sala, conforme al contenido de los artículos 190 y 191 del Código Orgánico Procesal Penal, aplicable supletoriamente por mandato del artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la declara nula de pleno derecho, así como igualmente nulas las actuaciones judiciales subsiguientes.

En cumplimiento de lo cual, la Sala ordena la inmediata libertad del niño indígena Warao condenado por las indicadas sentencias, cuya nulidad se ha declarado, y por tanto se ordena al Juez de Primera Instancia en Función de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, donde se encuentra la causa penal principal, libre de inmediato la correspondiente orden de excarcelación.

La Sala deja constancia de que no se ordena la reposición y, por tanto, la celebración de un nuevo juicio ante la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, toda vez que, consta en autos, y ello no fue contradicho en la audiencia oral, que el niño Warao condenado estuvo recluso en la Casa de Formación Integral Varones de Tucupita, desde el mes de diciembre de 2009, por un término que excedió con creces la pena privativa de libertad que, aunque no le correspondía (por no pertenecer al derecho propio o consuetudinario indígena), era la que le impusieron según el término medio, por la dosimetría penal, a un adolescente regido por el derecho común ordinario, la cual, según lo establece el párrafo primero del artículo 628 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no podía ser menor de seis meses ni mayor de dos años.

Por último, visto que esta Sala ordenó la inmediata libertad del niño indígena Warao de autos y dada las probabilidades ciertas de su reinserción social, que incluye la Comunidad Indígena de Siaguani, ubicada en el Municipio Antonio Díaz del Estado Delta Amacuro, la Sala exhorta a la Defensoría del Pueblo y la Defensa Pública Penal para que, de conformidad con lo señalado en el numeral 8 del artículo 281 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el numeral 7 del artículo 15 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, y el numeral 5 artículo 78 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, respectivamente, velen por la efectiva incorporación del referido indígena Warao a su comunidad y se garanticen sus derechos fundamentales acorde a la cultura Warao.

Asimismo, la Sala ordena al Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro que, conforme con lo establecido en el numeral 8 del artículo 5 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, garantice el cumplimiento del interés superior de niños, niñas y adolescente del indígena Warao y preste la debida colaboración, en caso en que se le requiera, para su debida incorporación a su Comunidad. Así se decide.

Declarado lo anterior, esta Sala, visto igualmente que en el presente fallo se realiza un análisis interpretativo con carácter vinculante de la coexistencia del derecho originario indígena con el ordenamiento jurídico estatal, ordena su publicación en la Gaceta Judicial de este Alto Tribunal y en la *Gaceta Oficial* de la República.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *La Administración Pública*

A. *La Administración Descentralizada: Empresas del Estado. Privilegios y prerrogativas*

TSJ-SPA (1)

18-1-2012

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) vs. Decisión Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Los Andes.

La extensión de los privilegios de que goza la República a las Empresas del Estado es procedente siempre y cuando exista expresa previsión legal

Determinada la naturaleza jurídica de la sociedad de comercio REUNELLEZ, S.A. como una empresa del Estado, se precisa esclarecer de seguidas si los privilegios procesales de la República -y concretamente el atinente a la inembargabilidad de sus bienes- le son extensibles a la contribuyente.

2.- De la extensión de los privilegios procesales de la República a la contribuyente.

En atención a que la sentencia apelada consideró aplicable a la contribuyente la prerrogativa procesal de inembargabilidad de bienes de la cual goza la República, por el hecho de ser una Empresa del Estado, cuyo patrimonio en su totalidad pertenece al Estado venezolano, a través de la Universidad Nacional Experimental de los Llanos Occidentales “Ezequiel Zamora” (UNELLEZ) poseedora del cien por ciento (100%) de sus acciones, se hace imperativo para la Sala verificar la conformidad de la decisión al régimen que le es aplicable a la empresa contribuyente.

Así, del análisis tanto del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública como el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, ambos del año 2008, se constata la inexistencia de normas que otorguen la posibilidad de que las empresas del Estado gocen de los privilegios y prerrogativas que la Ley acuerda a la República Bolivariana de Venezuela.

En efecto, el referido Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública establece en sus artículos 102 al 108, la forma de creación y la legislación que rige a las empresas del Estado, pero no les hace extensivos los privilegios y prerrogativas que la Ley ha acordado a favor de la República.

La necesidad de que exista expresa previsión legal en estos casos es esencial, y así lo dejó sentado de manera vinculante la Sala Constitucional del Máximo Tribunal en la sentencia N° 2.291 de fecha 14 de diciembre de 2006, caso: *Compañía Anónima Electricidad del Centro, C.A. (ELECENRO)*, ratificada posteriormente, entre otras, en la decisión del 9 /2009. En esos fallos la Sala Constitucional indicó que para ser extensibles a un ente público los privilegios procesales de la República es indispensable que éstos se encuentren previstos legalmente.

Efectivamente, en el último de los indicados fallos la mencionada Sala estableció lo siguiente:

“(…) la Sala observa que la decisión impugnada extendió los privilegios procesales de los cuales goza la República a la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE), por el sólo hecho de ser una empresa del Estado y sin que existiera expresa previsión legal para ello, desconociendo la doctrina vinculante de la Sala vertida en la sentencia 14 /2006, la cual estableció:

‘Ahora bien, sin perjuicio de lo antes expuesto, esta Sala considera necesario aclarar, tanto a la accionante como a la primera instancia constitucional, que sostuvieron que la Compañía Anónima de Electricidad del Centro, C.A. (ELECENRO) como empresa del Estado ostenta las mismas prerrogativas de la República, en el sentido de que la no comparecencia de ésta a la audiencia preliminar debió entenderse como contradicha, así como el impedimento de ser condenada en costas, que tal afirmación es incorrecta.

En este sentido debe señalarse que si bien es cierto que la Ley Orgánica de Administración Pública consagró la aplicación de los privilegios procesales a entes distintos a la República, como es el caso de los Institutos Autónomos (artículo 97), tal normativa no hizo extensivo dicho privilegio a las denominadas empresas del Estado, ya que es menester aclarar que para que tal privilegio sea aplicable a determinado ente público es necesario que exista expresa previsión legal al respecto.

La referida ley dedica una sección a las empresas del Estado, dirigida a establecer su forma de creación y la legislación que las rige, pero no les otorga, como si lo hace de forma directa a los institutos autónomos, tales privilegios y prerrogativas.

En atención a los razonamientos expuestos, se observa que en el caso de autos, como se señaló supra la parte demandada Compañía Anónima Electricidad del Centro (ELECENRO), es una sociedad mercantil con personalidad jurídica propia, constituida ante el Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, cuyo principal accionista es C.A.D.A.F.E. En consecuencia, considera la Sala que a dicha compañía Estatal no le son aplicables los privilegios establecidos en los artículos 66 y 74 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en razón de que la Ley Orgánica de la Administración Pública no hizo extensivo los mismos privilegios y prerrogativas de la República a las denominadas Empresas del Estado, las cuales gozarán de dicho privilegio sólo cuando la Ley expresamente así lo establezca' (Subrayados y negrillas de esta Sala Político-Administrativa).

Cabe destacar que el criterio antes señalado fue asumido por esta Sala Político-Administrativa, entre otros, en el fallo del 7/2006, al sostener que la extensión de los privilegios de que goza la República a las Empresas del Estado es procedente siempre y cuando exista expresa previsión legal.

En la citada decisión se manifestó lo siguiente:

“(...) el ente reconvenido es una empresa del Estado, específicamente, la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE), (...) en consecuencia, considera la Sala que a ella no le es aplicable el procedimiento administrativo previsto en los artículos 54 y siguientes del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en razón de que la Ley Orgánica de la Administración Pública no extendió los privilegios de los que goza la República a las empresas del Estado, las cuales sólo gozarán de dicho privilegio cuando la Ley expresamente se los otorgue.

Por lo tanto, aun cuando en anteriores oportunidades (*Vid.* Sentencia N° 2870 de fecha 20 de noviembre de 2001) esta Sala ha sostenido que ‘en el contencioso de las demandas (...) los entes del Estado poseen una serie de garantías o privilegios, como lo sería el antejuicio administrativo’, argumento que sirvió de fundamento al Juzgado de Sustanciación para dictar el auto apelado, es necesario aclarar que el referido criterio debe ser interpretado restrictivamente y sólo puede ser aplicado a un determinado ente público cuando sobre el señalado particular exista expresa previsión legal (...).”(Destacado de esta Sala Político-Administrativa).

La Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia en decisión de 21/2008, caso: Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional enfatizó que el reconocimiento de privilegios y prerrogativas es de interpretación restringida lo cual presupone que su previsión sea expresa y explícita, en razón de lo cual concluye reiterando que dichos privilegios y garantías de la República:

“(...) no pueden ser extendidos a las Empresas del Estado (...) las cuales gozan de los mismos sólo cuando la Ley expresamente así lo establezca (...).”(Destacado de la Sala).

En armonía con el criterio expresado, en reciente sentencia del 10 /2011, caso: *Ana Raquel Méndez de Briceño vs. CADAFE*, hoy CORPOELEC, esta Sala Político-Administrativa al pronunciarse respecto a la extensión de uno de los privilegios de la República (consulta legal) a la mencionada empresa del Estado, expuso lo siguiente:

“(…) en sentencia N° 1582/2008, reiterada en sentencia 10-12-2009, [esta Sala] indicó:

(*omissis*)

‘Cuando los privilegios procesales derivan de normas legales, ciertamente es necesario reflexionar acerca de su alcance. En especial, el intérprete debe ser en extremo cuidadoso, su aplicación no puede alterar, afectar ni vulnerar derechos de rango constitucional, de allí que, no puedan hacerse extensivos, por ejemplo, a las empresas del Estado, las cuales gozan de los mismos sólo cuando la Ley expresamente así lo establezca. (*Vid.* sentencia N° 2291/2006, del 14.12, caso: *Compañía Anónima de Electricidad del Centro, C.A. (ELECENRO)* y que, en ocasiones puedan ceder ante casos muy particulares de abuso de derecho o de manifiesta injusticia. (*Vid.* sentencia N° 3524/2005, del 14-11, caso: *Procurador del Estado Zulía*).

Juzga entonces esta Sala que en virtud del rango que los referidos derechos ostentan, esto es, el fundamental a la tutela judicial efectiva y el de igualdad, no sería permisible sostener sobre la base del establecimiento de prerrogativas procesales, de rango legislativo, interpretaciones (normas jurídicas) que lesionen el aludido derecho y además excepción en el principio de igualdad, de justicia y de responsabilidad del Estado’.

Este tipo de criterio se reitera en la sentencia N° 2291/14.12.2006. Más precisamente, esta Sala en sentencia N° 934/09.05.2006, dijo:

‘Para ello, esta Sala debe considerar que la interpretación de los privilegios y prerrogativas - sean de fuente constitucional o legal- debe efectuarse de forma restrictiva por el intérprete, esto es, no pueden inferirse beneficios que el texto expreso no señala, puesto que ello supone crear desigualdades jurídicas en detrimento del principio de igualdad que preconiza el Texto Fundamental (ex artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).’

En este sentido se observa que las prerrogativas y privilegios que posee la República son de interpretación restrictivas y no pueden ser extendidas a otros entes u órganos públicos, salvo previsión expresa de ley, ya que suponen una limitación legal de los derechos fundamentales de igualdad y de tutela judicial efectiva, por lo que -se insiste- estas prerrogativas deben encontrarse reconocidas expresamente en la ley.’ (Negrillas de esta Sala)

Como puede observarse de la sentencia parcialmente transcrita, las prerrogativas y privilegios que posee la República son de interpretación restrictiva y no pueden ser extendidas a otros entes u órganos públicos, a menos que exista previsión legal expresa, tomando en consideración que suponen una limitación legal de los derechos fundamentales de la igualdad y tutela judicial efectiva.

Siendo ello así, se observa que la sentencia sometida a ‘consulta legal’ (...) condenó por indemnización de daño moral a la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE), empresa del Estado, cuyas acciones pertenecían al Fondo de Inversiones de Venezuela, ahora Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (...).

(*omissis*)

(…) en el presente caso, estamos frente a una sentencia definitiva, en la que se condenó a la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE) al pago de una indemnización por daño moral y siendo que el Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, al regular, en el artículo 102 y siguientes, lo relacionado con las Empresas del Estado no hizo extensibles las prerrogativas y privilegios establecidos a favor de la República en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, esta Sala considera que no procede la consulta de la sentencia N° 2009-01877 dictada en fecha 09 de noviembre de 2009, por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. En consecuencia, queda firme la referida decisión. Así se decide.”

En consonancia con lo anterior, de conformidad con el artículo 99 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2008, se aprecia que son procedentes las medidas de ejecución preventivas sobre los bienes de las “Empresas del Estado”, lo cual pone de manifiesto que -tal como lo asevera la representación judicial del Fisco Nacional- es clara la intención del legislador de no extender la prerrogativa procesal de la inembargabilidad de que goza la República a las nombradas empresas.

En el caso concreto, la Sala observa que la normativa de creación de la sociedad mercantil Rental de la Universidad Nacional Experimental de los Llanos Occidentales “Ezequiel Zamora”, S.A. (REUNELLEZ, S.A.) tampoco extendió a dicha empresa los privilegios y prerrogativas propios de la República.

Al ser así, contrariamente al pronunciamiento de la Sentenciadora, el privilegio procesal de inembargabilidad de bienes a favor de la República no se constituye en una inmunidad que alcance a la empresa demandada; en consecuencia, es claro que la afirmación en el fallo apelado acerca de que era imposible embargar los bienes de la sociedad mercantil contribuyente y ordenar “levantar” la medida dictada por el Tribunal de la causa, desconoció la doctrina vinculante emanada de la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, reiterada por esta Sala Político-Administrativa -entre otras- en la reciente sentencia N° 1104 del 10 de agosto de 2011, caso: *Ana Raquel Méndez de Briceño vs. CADAFE*, hoy COR-POELEC, parcialmente transcrita en líneas anteriores. Por tales motivos, procede declarar con lugar el recurso de apelación interpuesto por la representación fiscal y, en consecuencia, revocar la sentencia dictada por el Tribunal de mérito. Así se declara.

2. *El Poder Judicial*

A. *Administración de Justicia*

a. *Consulta obligatoria de fallos*

TSJ-SPA (237)

21-3-2012

Magistrado Ponente: Mónica Misticchio Tortorella

Caso: Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) vs. Decisión Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

La consulta obligatoria de los fallos consiste en un mecanismo que busca preservar la juridicidad efectiva del fallo, en supuestos estrictamente vinculados a los altos intereses del Estado, vale decir, aquellos relacionados con el orden público, constitucional y el interés general: 1) desaplicación de normas constitucionales; 2) violaciones de criterios e interpretaciones vinculantes emanadas de la Sala Constitucional de este Alto Tribunal; 3) resguardo de la propia jurisdicción; 4) quebrantamientos de formas esenciales en el proceso, y 5) prerrogativas y privilegios procesales conferidos a favor de la República.

No obstante la declaratoria que antecede, a tenor de lo previsto en el artículo 72 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2008 según el cual “Toda sentencia

definitiva contraria a la pretensión, excepción o defensa de la República, debe ser consultada al Tribunal Superior competente”, esta Sala Político-Administrativa, actuando como alzada natural y máxima instancia de la jurisdicción contencioso administrativa y tributaria, en virtud de que a la sociedad mercantil PDVSA PETRÓLEO, S.A. y sus empresas filiales le son aplicables todos los privilegios de la República conforme a la “(...) doctrina vinculante de [la] Sala [Constitucional], sobre la aplicación de los privilegios de la República Bolivariana de Venezuela extensibles a PDVSA Petróleos S.A. (...)”. (Vid., sentencia del 26 de febrero de 2007, Caso: *PDVSA Petróleos S.A.*), el cual ha sido reiterado por esta Sala (Vid. sentencias del 4 de junio de 2008, 23 de julio de 2008 y 3 de noviembre de 2010), procede a realizar el análisis correspondiente al referido fallo, no sin antes formular algunas precisiones en torno a la figura procesal de la consulta. En el ordenamiento jurídico venezolano, la institución de la consulta ha sido estatuida como un mecanismo de control judicial en materias cuya vinculación con el orden público, constitucional y el interés general ameritan un doble grado de cognición. De esta forma, constituye un medio de revisión judicial o de examen de la adecuación al derecho, más no un supuesto de impugnación o ataque de las decisiones judiciales.

Conviene asimismo puntualizar, que la consulta obligatoria de un fallo judicial, cuando es concebida como prerrogativa procesal a favor del Estado, presupone una flexibilización al principio de igualdad entre las partes en litigio, sin embargo, su principal finalidad no es reportar al beneficiario ventajas excesivas frente a su oponente, sino lograr el ejercicio de un control por parte de la alzada sobre aspectos del fallo que por su entidad inciden negativamente en principios que interesan al orden público.

Por esta razón, el examen encomendado en el artículo 72 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2008 no puede generar una cognición en segunda instancia más extensa que la producida por el ejercicio de los medios de impugnación previstos en la leyes aplicables y que, por causas inherentes a los titulares de esta prerrogativa, no han sido interpuestos en las oportunidades procesales correspondientes. Así, tal instituto jurídico, se insiste, consiste en un mecanismo que busca preservar la juridicidad efectiva del fallo, en supuestos estrictamente vinculados a los altos intereses del Estado, vale decir, aquellos relacionados con el orden público, constitucional y el interés general: 1) desaplicación de normas constitucionales; 2) violaciones de criterios e interpretaciones vinculantes emanadas de la Sala Constitucional de este Alto Tribunal; 3) resguardo de la propia jurisdicción; 4) quebrantamientos de formas esenciales en el proceso, y 5) prerrogativas y privilegios procesales conferidos a favor de la República (Véase decisiones del 08 de junio y 16 de noviembre de 2007, dictadas por la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal, casos: *Procuraduría General del Estado Lara y Nestlé Venezuela, C.A.*, respectivamente).

IV. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO

1. *Obligación tributaria*

A. *Incumplimiento: Intereses moratorios*

TSJ-SPA (237)

21-3-2012

Magistrado Ponente: Mónica Misticchio Tortorella

Caso: Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) vs. Decisión Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas

No es jurídicamente correcto asumir la causación simultánea de los intereses financieros y moratorios, por cuanto cuando el otorgamiento de una prórroga de pago se ha materializado siguiendo los lineamientos establecidos en la citada disposición, la exigibilidad de la prestación impositiva queda postergada y, a causa de ello, no puede hablarse de mora del deudor durante la vigencia de este régimen de gracia. Pero, es de aclarar, que si al vencimiento de la prórroga aún no se verifica el pago, o este se efectúa parcialmente, surgirá, por lógica consecuencia, el deber del beneficiario de indemnizar al acreedor fiscal por un retardo en el cumplimiento de su obligación, ahora ilegítimo.

Vistos los argumentos expuestos por la parte apelante, así como de la información contenida en las actas, observa la Sala que la presente controversia se contrae a verificar el mérito de las denuncias de falso supuesto de hecho y de derecho que, en criterio de la representación fiscal, habrían derivado de la declaratoria de improcedencia pronunciada por el Tribunal remitente respecto del cobro de intereses moratorios en el caso que nos ocupa, al estimar que no pueden coexistir intereses de mora con intereses de financiamiento durante los ciento cincuenta y cinco (155) días transcurridos desde el vencimiento de la prórroga para la declaración y pago de impuesto sobre la renta e impuesto a los activos empresariales concedida a la recurrente de autos en los términos expuestos, vale decir, desde el día 31 de julio de 2003 hasta la presentación de la declaración sustitutiva de impuesto sobre la renta efectuada el 02 de enero de 2004 con alcance al ejercicio fiscal coincidente con el año civil 2002. Delimitado así el tema del presente debate judicial, estima conveniente esta Alzada reproducir el contenido del artículo 41 del vigente Código Orgánico Tributario, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 41.- El pago debe efectuarse en el lugar y la forma que indique la ley o en su defecto la reglamentación. El pago deberá efectuarse en la misma fecha en que deba presentarse la correspondiente declaración, salvo que la ley o su reglamentación establezcan lo contrario. Los pagos realizados fuera de esta fecha, incluso los provenientes de ajustes o reparos, se considerarán extemporáneos y generarán los intereses moratorios previstos en el artículo 66 de este Código. La Administración Tributaria podrá establecer los plazos para la presentación de declaraciones juradas y pagos de los tributos, con carácter general para determinados grupos de contribuyentes o responsables de similares características, cuando razones de eficiencia y costo operativo así lo justifiquen. A tales efectos, los días de diferencia entre los distintos plazos no podrán exceder de quince (15) días hábiles.” (Subrayado de la Sala).

Conforme puede apreciarse de la citada disposición, es consustancial al principio de legalidad tributaria, además del establecimiento de los elementos esenciales del tributo, la determinación de las circunstancias de modo y tiempo en que debe concretarse el pago de los adeudos fiscales, prescribiendo -como regla general- que la autoliquidación y el pago deban efectuarse simultáneamente. También recoge el precepto transcrito un principio general del derecho crediticio consagrado en el artículo 1.277 del Código Civil, que alude al deber de resarcir los daños ocasionados al acreedor por el retardo o incumplimiento parcial de la prestación debida a través del pago de los intereses moratorios previstos, en este caso, en el artículo 66 del vigente Código Orgánico Tributario, el cual establece:

“Artículo 66.- La falta de pago de la obligación tributaria dentro del plazo establecido hace surgir, de pleno derecho y sin necesidad de requerimiento previo de la Administración Tributaria, la obligación de pagar intereses moratorios desde el vencimiento del plazo establecido para la autoliquidación y pago del tributo hasta la extinción total de la deuda, equivalentes a uno punto dos veces la tasa activa bancaria aplicable, respectivamente, por cada uno de los períodos en que dichas tasas estuvieron vigentes. (...)” (Destacado de la Sala).

Nótese así del precepto legal transcrito que la causación de los mencionados intereses moratorios en el ámbito del derecho impositivo está supeditada al retardo culposo del sujeto pasivo en la autoliquidación y pago del monto de la deuda tributaria principal, por cuanto es al vencimiento del plazo legalmente previsto a tales fines que la obligación fiscal se hace jurídicamente exigible. En efecto, para que pueda hablarse de la mora del deudor es menester observar tres condiciones o requisitos de procedencia, a saber: i) que exista una obligación válida, cierta, líquida y exigible; ii) que el cumplimiento de tal obligación sea jurídica y materialmente posible; y (iii) que se produzca un retardo injustificado o exclusivamente imputable al deudor.

En cuanto a la noción de exigibilidad descrita en el primer requisito enunciado, destaca que en el caso de las obligaciones sometidas a término cierto el acreedor o sujeto activo de la relación crediticia queda relevado por ley de intimar en pago a su deudor, dada la existencia de un acuerdo previo relativo al elemento temporal del cumplimiento. En tal virtud, el deudor incurre en mora por el solo vencimiento del lapso establecido para pagar, de manera que no se requiere actuación alguna del acreedor para que surja la necesidad de resarcir a éste los daños provocados por el incumplimiento temporal de la obligación (*Vid.* artículo 1.271 del Código Civil).

Este es el caso de las obligaciones fiscales derivadas de tributos periódicos, en los cuales nace la obligación impositiva con el acaecimiento del hecho generador en un momento previa y legalmente determinado, pero, por razones inherentes a la dinámica de la exacción, el titular de la potestad tributaria suele conceder un lapso posterior al cierre del ejercicio correspondiente, para liquidar y pagar el importe debido.

Ahora bien, pese a las apreciaciones que anteceden y no obstante haberse reservado a la Ley (*latu sensu*) la fijación de los plazos para dar cumplimiento a las obligaciones fiscales, el propio Legislador Nacional estimó conveniente habilitar a las administraciones tributarias a acordar, en casos particulares y de manera estrictamente excepcional, el otorgamiento de prórrogas y demás facilidades de pago, cuando la solicitud que se formule al efecto involucre deudas tributarias que no sean de plazo vencido. Ante tal posibilidad, se ha dispuesto como carga para el solicitante el deber de pagar intereses sobre los montos financiados hasta la efectiva cancelación del tributo debido.

En este sentido, el artículo 46 del mencionado Código Orgánico Tributario de 2001, establece textualmente:

“Artículo 46.- Las prórrogas y demás facilidades para el pago de obligaciones no vencidas podrán ser acordadas con carácter excepcional en casos particulares.

A tal fin, los interesados deberán presentar la solicitud al menos quince (15) días hábiles antes del vencimiento del plazo para el pago, y sólo podrán ser concedidas cuando a juicio de la Administración Tributaria se justifiquen las causas que impiden el cumplimiento normal de la obligación. La Administración Tributaria deberá responder dentro de los diez (10) hábiles siguientes a la presentación de la solicitud.

La decisión denegatoria no admitirá recurso alguno. En ningún caso podrá interpretarse que la falta de pronunciamiento de la Administración Tributaria implica la concesión de una prórroga o facilidad solicitada.

Las prórrogas y demás facilidades que se concedan causarán intereses sobre los montos financiados, los cuales serán equivalentes a la tasa activa bancaria vigente al momento de la suscripción del convenio. Si durante la vigencia del convenio se produce una variación de diez por ciento (10%) o más entre la tasa utilizada en el convenio y la tasa bancaria vigente, se procederá al ajuste de las cuotas restantes utilizando la nueva tasa.

Parágrafo Único: Las prórrogas y demás facilidades para el pago a los que se refiere este artículo no se aplicarán en los casos de obligaciones provenientes de tributos retenidos o percibidos, así como de impuestos indirectos cuya estructura y traslación prevea la figura de los denominados créditos y débitos fiscales.” (Subrayado de la Sala).

De otra parte, el parágrafo único del artículo 48 del prenombrado cuerpo normativo prevé:

“Artículo 48. (...)

(...) Parágrafo Único: A los efectos previstos en los artículos 46 y 47 de este Código, se entenderá por tasa activa bancaria vigente, la tasa activa promedio de los seis (6) principales bancos comerciales y universales del país con mayor volumen de depósitos, excluidas las carteras con intereses preferenciales, calculada por el Banco Central de Venezuela para el mes calendario inmediato anterior. La Administración Tributaria Nacional deberá publicar dicha tasa dentro de los primero diez (10) días continuos de cada mes. De no efectuar la publicación en el lapso aquí previsto, se aplicará la última tasa activa bancaria que hubiere publicado la Administración Tributaria Nacional.” (Subrayado de la Sala).

Obsérvese entonces que la noción de interés a la que se alude en el tercer aparte del artículo 46 del vigente Código Orgánico Tributario dista conceptualmente de la figura descrita en el citado artículo 66 *eiusdem*, pues se trata de una especie de interés retributivo o fruto civil de fuente legal (no convencional) similar a los intereses correspectivos consagrados en el artículo 108 del Código de Comercio, que se causa con absoluta independencia de la mora del deudor y su cuantificación se lleva a cabo siguiendo un indicador porcentual de tipo variable, como lo es la tasa de interés activa promedio de los seis (6) principales bancos comerciales y universales con mayor captación de depósitos dentro del sistema financiero venezolano.

Efectuada tal distinción, surge concluyente para esta Superioridad que, en casos como el de autos, no es jurídicamente correcto asumir la causación simultánea de ambos tipos de interés (financieros y moratorios), por cuanto cuando el otorgamiento de una prórroga de pago se ha materializado siguiendo los lineamientos establecidos en la citada disposición, la exigibilidad de la prestación impositiva queda postergada y, a causa de ello, no puede hablarse de mora del deudor durante la vigencia de este régimen de gracia. Pero, es de aclarar, que si al vencimiento de la prórroga aún no se verifica el pago, o este se efectúa parcialmente, surgirá, por lógica consecuencia, el deber del beneficiario de indemnizar al acreedor fiscal por un retardo en el cumplimiento de su obligación, ahora ilegítimo.

Por la misma razón, se puede precisar entonces que la presentación de una declaración sustitutiva de impuestos que implique para el deudor tributario el reconocimiento de un saldo a favor del órgano fiscal respecto de los montos autoliquidados originalmente, impone al contribuyente la obligación de pagar intereses de mora desde el vencimiento de la prórroga hasta la fecha de la nueva declaración, y solo respecto de la porción de impuesto omitida.

Valga puntualizar entonces, que a la finalización del lapso de prórroga concedido, la naturaleza de los intereses legales que dimanen de las obligaciones tributarias insolutas varía de la simple retribución por el uso del dinero ajeno, a la necesidad de indemnizar los daños y perjuicios que, presume la ley, sufre el acreedor tributario por la tardanza culposa de su deudor. Esta es la razón por la cual yerra él *a quo* al sostener la prevalencia de los intereses de financiamiento respecto de los intereses moratorios luego de concluida la prórroga y hasta la presentación voluntaria de la declaración sustitutiva de impuesto.

En contrapartida, surge acertada la precisión hecha por la División de Recaudación de la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del SENIAT en la Resolución N° GCE/DR/2004-586 del 14 de febrero de 2004, en cuanto a que los intereses de financiamiento habrían sido liquidados por “(...) los Ciento Quince (115) días de prórroga otorgados para la presentación de la declaración de Impuesto sobre la Renta, correspondiente al ejercicio fiscal 2002 (...)”, mientras que los intereses moratorios se habrían calculado por “(...) los Ciento Cincuenta y Cinco (155) días de extemporaneidad (...)”. De ahí que el juez de instancia haya incurrido también en un error en la apreciación de los hechos cuando afirma en la página 20 de su dictamen judicial que “(...) la Administración Tributaria calculó 155 días de mora, pero no se puede apreciar el momento en que estos comenzaron a contarse, por lo tanto [se] infiere (...) que se trata de la misma cantidad de días utilizados para el cálculo de los intereses de financiamiento. (...)”. (Destacado y agregado de la Sala).

Pese a ello, los destacados errores de juzgamiento carecen de la suficiente entidad para revertir la declaratoria impugnada, habida cuenta que las circunstancias de fuerza mayor que motivaron el otorgamiento del referido lapso de prórroga se mantuvieron vigentes aun después de presentada la declaración sustitutiva de fecha 02 de enero de 2004, tal y como puede advertirse de la orden dada por este Supremo Tribunal de Justicia en Sala Constitucional el 29 de marzo del mismo año a la sociedad mercantil Informática, Negocios y Tecnología, S.A. (INTESA), conforme a la cual ésta debía “(...) reinstalar todos los sistemas informáticos que existían antes de la suspensión de los servicios que prestaba y entregar todos los equipos, centros de información, manuales, documentos, planes, información sobre el estado en curso al 2 de diciembre, diagramas, claves, estudios, archivos y programas de PDVSA que posee o a los que tenía acceso antes de la suspensión del servicio. (...)”. (Vid. sentencia de la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia N° 827 del 06 de mayo de 2004, caso: *Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) vs. Informática, Negocios y Tecnología, S.A. (INTESA)*).

De igual modo, pudo esta Sala corroborar, con ocasión de declarar la disolución de la sociedad mercantil Informática, Negocios y Tecnología, S.A. (INTESA), que desde el año 2003 “(...) los desacuerdos surgidos entre los socios de INTESA [colocaron] a esa sociedad en un estado de paralización que conduce lógica e indefectiblemente a la conclusión de que no ha logrado en los últimos años, ni logrará bajo estas condiciones, cumplir con el objeto para el cual fue constituida, que no es otro que el de suministrar (en principio, a Petróleos de Venezuela, S.A.) servicios de tecnología de información (...)”. (Agregado de esta decisión) (Vid. sentencia N° 00157 de fecha 13 de febrero de 2008, caso: *PDV-IFT, PDV-Informática y Telecomunicaciones, S.A. Vs. INTESA Informática, Negocios y Tecnología, S.A. y SAIC (BERMUDA) LTD.*).

Todo lo anterior evidencia que el estado de conmoción que particularmente afectó a la industria petrolera a finales del año 2002 y primer trimestre de 2003 trajo consigo enormes perjuicios que se mantuvieron hasta adentrado el año 2004, lo cual incidió, no sólo en el normal desenvolvimiento del giro comercial de PDVSA y sus empresas filiales, y junto a ello el cabal cumplimiento de sus obligaciones frente a las Administraciones Tributarias, sino que atentó en definitiva contra el régimen socioeconómico de la República, la soberanía política y la seguridad del pueblo venezolano, al vulnerar la principal fuente de ingresos del país, que ha sido reservada por el Estado por razones de estrategia nacional. (Vid. artículos 302 y 303 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) (Vid. sentencia N° 00416 del 04/05/2004, caso: *PDVSA Petróleo, S.A.*).

Sobre la base de todas las consideraciones expuestas, surge concluyente para esta Sala que el retardo producido en torno al pago de la porción de impuesto sobre la renta omitida en el caso de autos por Bitúmenes Orinoco (BITOR), S.A. no es atribuible a circunstancias absolutamente imputables a la misma y, por consiguiente, no puede afirmarse que la contribuyente de autos incurrió en mora desde el día siguiente del vencimiento del lapso de prórroga concedida a su favor, esto es, desde el día 01/08/2003 hasta el día 02/01/2004, respecto del diferencial de impuesto sobre la renta no declarado, que asciende a la suma de Bs. 2.062.876.808,00, reexpresada en Bs. 2.062.876,81. (Ver folio 3 del cuaderno separado).

En mérito de los razonamientos precedentes, es de obligatorio proceder para esta Máxima Instancia declarar sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la representación judicial del Fisco Nacional y, en consecuencia, confirmar del fallo impugnado lo concerniente a la declaratoria de improcedencia del cobro de intereses moratorios en el caso que nos ocupa, por las razones expuestas en la presente decisión. Así se declara.

B. *Incumplimiento de deberes formales (Delito continuado)*

TSJ-SPA (20)

18-1-2012

Magistrada Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Línea Aérea Aerotuy, LTA, C.A vs. Decisión Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

La Sala analiza la figura del delito continuado respecto al incumplimiento de deberes formales, destacando que el Código Orgánico Tributario prevé las sanciones que la Administración Tributaria puede imponer a los contribuyentes en los casos de incumplir con sus deberes formales, razón por la cual no corresponde aplicar supletoriamente la disposición contenida en el artículo 99 del Código Penal (delito continuado) toda vez que no existe vacío legal alguno, habida cuenta que conforme al segundo aparte del artículo 101 del Código Orgánico Tributario del 2001 la aplicación de las sanciones por el acaecimiento de ilícitos formales debe realizarse por cada período o ejercicio fiscal.

Dilucidado lo anterior, esta Sala pasará a revisar la denuncia formulada por la contribuyente con respecto al delito continuado y, en tal sentido, se observa:

El Tribunal de la causa en la sentencia recurrida señaló improcedente en el caso bajo análisis la aplicación de la figura del delito continuado, en torno al incumplimiento de los deberes formales con respecto a los Libros de Compras y Ventas del impuesto valor agregado, requisitos exigidos en la normativa, toda vez que el criterio vigente para la fecha de la resolución impugnada (2 de diciembre de 2008), es la exclusión de la aplicabilidad del delito continuado.

En orden a lo indicado, esta Alzada estima necesario transcribir a objeto de su análisis lo dispuesto en los artículos 79, 81 y 101, numeral 3, segundo aparte del Código Orgánico Tributario de 2001:

“Artículo 79.- Las disposiciones de este Código se aplicarán a todos los ilícitos tributarios, con excepción a los previstos en la normativa aduanera, los cuales se tipificarán y aplicarán de conformidad con las leyes respectivas.

A falta de disposiciones especiales de este Título, se aplicarán supletoriamente los principios y normas del Derecho Penal, compatibles con la naturaleza y fines del Derecho Tributario”.

“Artículo 81.- Cuando concurren dos o más ilícitos tributarios sancionados con penas pecuniarias, se aplicará la sanción más grave, aumentada con la mitad de las otras sanciones. De igual manera se procederá cuando haya concurrencia de un ilícito tributario sancionado con pena restrictiva de la libertad y de otro delito no tipificado en este Código. Si las sanciones son iguales, se aplicará cualquiera de ellas, aumentada con la mitad de los restantes. Cuando concurren dos o más ilícitos tributarios sancionados con pena pecuniaria, pena restrictiva de libertad, clausura de establecimiento, o cualquier otra sanción que por su heterogeneidad no sea acumulable, se aplicarán conjuntamente.

Parágrafo Único: La concurrencia prevista en este artículo se aplicará aun cuando se trate de tributos distintos o de diferentes períodos, siempre que las sanciones se impongan en un mismo procedimiento.”

“Artículo 101.- Constituyen ilícitos formales relacionados con la obligación de emitir y exigir comprobantes:

(...)

3) Emitir facturas u otros documentos obligatorios con prescindencia total o parcial de los requisitos y características exigidos por las normas tributarias.

(...)

Quien incurra en los ilícitos descritos en los numerales 2, 3 y 4 será sancionado con multa de una unidad tributaria (1 U.T.) por cada factura, comprobante o documento emitido, hasta un máximo de ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.) por cada período, si fuere el caso (...).”

Por su parte, el artículo 99 del Código Penal, norma en la cual el Tribunal de la causa fundamentó la aplicación al caso bajo examen de las reglas del delito continuado, y que venía siendo la razón de derecho en los juicios contencioso-tributarios, respecto a la procedencia de la figura del delito continuado aplicable durante los ejercicios fiscales regulados por el Código Orgánico Tributario de 1994, prevé lo siguiente:

“Artículo 99.- Se considerarán como un solo hecho punible las varias violaciones de la misma disposición legal, aunque hayan sido cometidas en diferentes fechas, siempre que se hayan realizado con actos ejecutivos de la misma resolución; pero se aumentará la pena de una sexta parte a la mitad”.

En atención a las normas anteriormente citadas, el empleo de las reglas de concurrencia de infracciones no excluyen conceptualmente la eventualidad de aplicar supletoriamente la figura del delito continuado a casos afines a los de autos, por cuanto cada una de las instituciones señaladas tienen respecto al derecho sancionatorio finalidades y propósitos distintos en tanto regulan situaciones jurídicas diferentes.

Así, en sentencia de esta Sala del 17 /2003, caso: *Acumuladores Titán, C.A.*, reiterada en múltiples oportunidades, se sostuvo lo siguiente:

“(…) Con respecto a la forma de cálculo de las sanciones impuestas por incumplimiento de deberes formales que aplicó la Administración Tributaria, mes a mes, objeto de esta controversia, la Sala pasa a decidir, sobre la base de las siguientes consideraciones:

Como norma rectora de nuestro sistema tributario, en segunda reforma se promulgó el Código Orgánico Tributario de 1994, aplicable al caso sub júdice *ratione temporis*, el cual establece en su Sección Primera, las Disposiciones Generales, contenidas en el Título III, de las Infracciones y Sanciones, Capítulo I Parte General, regulatorias de estos ilícitos tributarios; en cuyo artículo 71 dispone que:

En razón de los anteriores preceptos, debe esta Sala considerar los principios y normas del Derecho Penal, para resolver los casos que no hubieren sido previstos en el mencionado Código Orgánico Tributario.

Analizado y examinado dicho cuerpo normativo en su parte general, observa la Sala que no existe normativa que regule la calificación del hecho punible o ilícito tributario, cuando es producto de una conducta continuada o repetida. En virtud de lo cual, y por mandato expreso del referido artículo 71 *eiusdem*, es de obligatorio proceder, según las reglas del concurso continuado, previstas en el Código Penal. Normas y principios aplicados a las infracciones y sanciones, que forman el ilícito tributario, ya que éste participa de los caracteres generales del ilícito penal, como garantía constitucional de los principios de legalidad, debido proceso y proporcionalidad de la pena consagrados en nuestra Carta Fundamental.

En este orden de ideas, se hace necesario analizar los requisitos de procedencia de la figura del delito continuado, aplicable también a las infracciones tributarias, cuyo precepto está contenido en el artículo 99 al establecer que:

(...)

Ahora bien, este tema ha sido objeto de estudio de reconocida doctrina nacional y extranjera, que ha sostenido la existencia de una ficción legal, por lo que la disciplina de hecho único que le es atribuida no se corresponde con una realidad de hecho único. Se trata de varios hechos constitutivos de diversas violaciones de la ley penal, que a los efectos sólo de la pena, ésta considera como un delito único, entendiendo que a los demás efectos, el tratamiento que se le dará será de varios delitos en concurso legal.

En este mismo orden de ideas, sostiene otra parte de la doctrina que, el delito continuado configura una forma especial de delito único, donde la unicidad de los distintos hechos constitutivos de la infracción viene dada por la unidad de la intención del sujeto agente, sea que ésta venga dada por dolo, culpa o error.

Es así como se ha definido el delito continuado, a través de las siguientes características, a saber: 1. pluralidad de hechos, o conductas físicamente diferenciables, aún si son cometidas en fechas diferentes; 2. Que sean atribuibles o imputables a un mismo sujeto; 3. Constitutivas de violaciones a una misma disposición legal, y 4. Productoras de un único resultado anti-jurídico. Es decir, la consumación del delito continuado presupone que la serie de actos anti-jurídicos desarrollados por el sujeto agente sean ejecutivos de una única resolución o desig-nio, de una única intencionalidad, sea que ésta venga dada por dolo, culpa o error.

En el caso de autos, observa la Sala que la Administración Tributaria liquidó multas, mes a mes, por incumplimiento de deberes formales para el libro de compras, previstos en los literales d) y h); para el libro de ventas, previstos en los literales c) y d), de los artículos 78 y 79 del Reglamento de la Ley del Impuesto al valor agregado, respectivamente, y por la omisión de datos en las facturas emitidas por la contribuyente, previstas en los literales h) y m) del artículo 63 del Reglamento *eiusdem*, de conformidad con el artículo 106 del Código Orgánico Tributario.

Pues bien, del análisis de las actas procesales, a la luz de las características de la figura del delito continuado supra señaladas, se advierte, en el caso de autos, que existen varios hechos, cada uno de los cuales reúne las características de la infracción única, pero como se dijo anteriormente, por la ficción que hace el legislador, no se consideran como varias infracciones tributarias sino como una sola continuada, en virtud de la unicidad de la intención o designio del sujeto agente (la contribuyente recurrente). Así se observa, que mediante una conducta omisiva, en forma repetitiva y continuada, viene violando o transgrediendo, durante todos y cada uno de los períodos impositivos investigados, la misma norma, contentiva del ilícito tributario por concepto de incumplimiento de deberes formales, previsto en los artículos 106 del Código Orgánico, 78, 79 y 63 del Reglamento del impuesto al valor agregado. Compor-

tamiento omisivo reflejado en forma idéntica en cada uno de los meses investigados, tal como se puede ver de los anexos 01, 02 y 03 de la resolución de sanción impugnada. Por todas estas razones, la disposición del artículo 99 del Código Penal debe ser aplicada, en este caso particular, por darse los elementos del concurso continuado, aplicable también a las infracciones tributarias, por expreso mandato del artículo 71 del Código Orgánico Tributario, en consecuencia, las multas estimadas procedentes en este fallo, deben ser calculadas como una sola infracción, en los términos del dispositivo del mencionado artículo 99, por no tratarse de incumplimientos autónomos como erradamente lo afirmó la Administración Tributaria. Así se declara.” (Destacado de la Sala).

La jurisprudencia transcrita consideró aplicable la figura del delito continuado en materia de infracciones tributarias ocurridas bajo la vigencia del Código Orgánico Tributario de 1994, en aquellos casos en que se transgrede en uno o diversos períodos impositivos la misma norma reguladora del ilícito tributario. En tal sentido, esta Sala acudió con carácter supletorio a la norma general prevista en el Código Penal, debido a la ausencia de regulación específica en el texto especial tributario antes referido, en cuanto al supuesto de una actuación repetida y constante que reflejara una misma intención del contribuyente infractor.

Ahora bien, por decisión N° 00948 dictada por esta Sala el 13 de agosto de 2008, caso: *Distribuidora y Bodegón Costa Norte, C.A.*, se estimó necesario replantear la solución asumida en la sentencia antes citada, tomando en cuenta el ámbito temporal previsto en el Código Orgánico Tributario de 2001. En esa sentencia se estableció lo siguiente:

“En efecto, en el caso del impuesto al valor agregado, el período impositivo es de un (1) mes calendario, conforme a lo previsto en el artículo 59 de la Ley que regula dicho Impuesto, cuestión que determina dentro del marco normativo previsto en la Ley de Impuesto al Valor Agregado, que los contribuyentes están obligados a declarar el monto de los ingresos obtenidos producto de la ocurrencia del hecho imponible de ese tributo, así como cumplir con los demás deberes formales a los que se encuentran sometidos por su condición de sujetos pasivos, durante cada mes o período de imposición.

(...)

Así las cosas, aprecia la Sala que la figura del delito continuado prevista en el artículo 99 del Código Penal, es una ficción legal, que tiene como finalidad el aumento del cálculo de la pena de un delito considerado único, que presupone que la serie de múltiples actos antijurídicos violatorios de una misma disposición legal desarrollados por el sujeto agente, sean ejecutivos de una única resolución o designio, de una única intencionalidad, lo que en realidad no ocurre en materia de infracciones tributarias por incumplimiento de deberes formales en lo que se refiere al Impuesto al Valor Agregado, toda vez que cada período mensual es autónomo, aislado uno del otro y genera sus propias consecuencias, por lo que no puede considerarse que exista una única intencionalidad del contribuyente infractor, dada la manera en que se verifica la temporalidad del hecho imponible en este tipo de impuesto.

Sobre este particular, la Sala estima que la aplicación de los principios y garantías del derecho penal común, como es el establecido en el aludido artículo 99 del Código Penal, al ámbito del derecho tributario sancionador, únicamente tendría su justificación frente a un vacío u oscuridad de la ley tributaria, siempre y cuando ofrezca una solución compatible con las características propias del derecho tributario como ley especial.

(...)

Bajo este orden de ideas, debe destacarse que el Código Orgánico Tributario regula en su artículo 101 lo relativo a la aplicación de las sanciones por el acaecimiento de ilícitos formales, como en el presente caso, en el cual se verificó el incumplimiento de los requisitos establecidos en la Resolución N° 320 de fecha 28 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.859, del 29 del mismo mes y año, al no señalar la contribuyente en cada factura si la operación fue de contado o a plazo.

En virtud de lo anterior, conviene advertir que dada la existencia de reglas específicas para la aplicación de las sanciones por el acaecimiento de ilícitos formales, en el texto especial que regula la relación adjetiva que nace entre el sujeto activo y el contribuyente, no corresponde aplicar supletoriamente las disposiciones del Código Penal, concretamente del artículo 99, toda vez que no se verifica vacío legal alguno, ya que de acuerdo con el artículo 101 del Código Orgánico Tributario la aplicación de las sanciones por el acaecimiento de ilícitos formales se realiza por cada período o ejercicio fiscal.

(...)

En definitiva, se estima importante señalar que la transferencia de normas del Código Penal al ámbito de los ilícitos tributarios, debe hacerse con carácter supletorio y respetando la compatibilidad que ha de existir con el ámbito especial del derecho tributario. En tal sentido y con base a las consideraciones antes expuestas, no resulta apropiado aplicar en forma directa, en los términos del artículo 79 del Código Orgánico Tributario vigente, la noción del delito continuado a la imposición de sanciones por la comisión de ilícitos formales derivados del impuesto de tipo valor agregado, ya que el hecho punible y la forma de imponer la sanción han sido adecuadas a los términos previstos en el artículo 101 *eiusdem*, con apego a los elementos en que ocurre el hecho imponible en el mencionado tributo, es decir, por cada período mensual o ejercicio fiscal.

En virtud de lo anteriormente expuesto, esta Sala reconsidera el criterio que había venido sosteniendo respecto de la aplicación del delito continuado en casos como el de autos, en los que se impone una sanción producto de incumplimiento de deberes formales del impuesto a las ventas, adoptado en la sentencia N° 877 del 17 de junio de 2003, caso: *Acumuladores Titán, C.A.*, posteriormente ratificada en forma pacífica en diversos fallos hasta la presente fecha, estableciendo que el artículo 99 del Código Penal no es aplicable a las infracciones tributarias que se generen con ocasión de los deberes formales en materia de Impuesto al Valor Agregado, por los motivos aludidos en el presente fallo. Así se decide.”

La decisión antes transcrita fue objeto de una solicitud de aclaratoria respecto a la aplicación temporal de la interpretación que en ella se hacía, la cual fue resuelta en sentencia N° 00103 del 29 de enero de 2009, dando efectos *ex nunc* a dicho criterio.

Así, en la decisión aclaratoria se indicó que “los requerimientos que se originen del nuevo criterio deben ser exigidos para los casos futuros, respetando las circunstancias fácticas e incluso de derecho que existan para el momento en el cual se haya presentado el debate”.

Con vista a lo señalado, es preciso referir lo que esta Sala Político-Administrativa dejó sentado respecto a la figura del delito continuado en reciente sentencia N° 01187 de fecha 24 de noviembre de 2010, caso: *Fábrica Nacional de Pañales Desechables de Valencia, C.A., (Fanalpade Valencia)*:

“(…) En virtud de lo anteriormente expuesto, esta Sala reconsideró la solución que sostuvo respecto de la aplicación del delito continuado en casos como el de autos, en los que se impone una sanción producto del incumplimiento de deberes formales del impuesto a las ventas, adoptado en la sentencia N° 877 del 17 de junio de 2003, caso: *Acumuladores Titán, C.A.*; posteriormente ratificada en forma pacífica en diversos fallos hasta la sentencia N° 00948 de fecha 13 de agosto de 2008, caso: *Distribuidora y Bodegón Costa Norte, C.A.*, en la cual estableció que ‘no se verifica vacío legal alguno, ya que de acuerdo con el artículo 101 del Código Orgánico Tributario la aplicación de las sanciones por el acaecimiento de ilícitos formales se realiza por cada período o ejercicio fiscal’.

(...)

Al efecto, la Sala procede a estudiar si la determinación de la sentencia N° 00948 de fecha 13 de agosto de 2008, caso: *Distribuidora y Bodegón Costa Norte*, aclarada en la sentencia N° 00103 de fecha 29 de enero de 2009, debe ser aplicada al presente caso y a los similares, para lo cual se transcriben los siguientes párrafos de dicha decisión aclaratoria:

‘(...) A tal efecto, los requerimientos que se originen del nuevo criterio deben ser exigidos para los casos futuros, respetando las circunstancias fácticas e incluso de derecho que existan para el momento en el cual se haya presentado el debate. (*Vid.* sentencia de la Sala Constitucional N° 3702 del 19 de diciembre de 2003, ratificada, entre otras, en las decisiones números 3057, 5074, 366 y 1166 de fechas 14 de diciembre de 2004, 15 de diciembre de 2005, 1° de marzo de 2007 y 11 de julio de 2008, respectivamente). Con fundamento en el reiterado criterio jurisprudencial antes referido, esta Sala considera que, en este caso, la modificación que se produjo en ‘la interpretación que se había venido realizando respecto a la aplicación de la figura del delito continuado en la materia de sanciones administrativas tributarias, concretamente en lo atinente al impuesto al valor agregado, no podía aplicarse a la contribuyente *Distribuidora y Bodegón Costa Norte, C.A. (...)*’.

... *omissis*...

Ahora bien, acogiendo la tesis de la Sala Constitucional, esta Sala decidió darle efectos *ex nunc* a su sentencia del 13 de agosto de 2008 (*Distribuidora y Bodegón Costa Norte, C.A.*), en la que revisó la solución que venía sosteniendo desde el 17 de junio de 2003, caso: *Acumuladores Titán, C.A.*, según el cual a los casos como el de autos debía aplicárseles la normativa sobre el delito continuado del Código Penal en vez de la regulación del ilícito formal tributario contenida en el Código Orgánico Tributario del año 2001. En efecto, tal como se analizó en el fallo del 13 de agosto de 2008, el mencionado texto especial que regula la relación jurídica entre la Administración Tributaria y el contribuyente, contiene reglas específicas aplicables para sancionar los ilícitos formales ‘por cada periodo’, contempladas en el artículo 101, numeral 3. Por lo tanto, siendo clara esta regulación del texto especial de la materia, se debe aplicar tal como está consagrada en dicha ley, en aplicación de la posición sostenida en la sentencia del 13 de agosto de 2008.

Respecto de la vigencia (...). Como el Código Orgánico Tributario del 2001 previó una *vacatio* hasta el 17 de enero de 2002, para que a partir de esta fecha se aplicase la normativa referida a los ilícitos formales, la Sala considera que en todos los casos cuyos hechos se hubiesen producido desde esa fecha, deben ser juzgados conforme a las normas del texto especial tributario del 2001, tal como fue establecido en el caso *Distribuidora y Bodegón Costa Norte, C.A.* Así se declara.

Al respecto, la Sala Constitucional ha precisado los criterios jurisprudenciales, sus cambios y la relación entre los mismos y algunos principios preconizados por dicha Sala, tales como el de seguridad jurídica en el ámbito jurisdiccional y el de confianza legítima (este último acogido de la jurisprudencia y doctrina europeas) (sentencia N° 3057 de 14 de diciembre de 2004, caso: *Seguros Altamira*), en los siguientes términos:

‘(...) De tal forma, que en la actividad jurisdiccional el principio de expectativa plausible, en cuanto a la aplicación de los precedentes en la conformación de reglas del proceso, obliga a la interdicción de la aplicación retroactiva de los virajes de la jurisprudencia. En tal sentido, el nuevo criterio no debe ser aplicado a situaciones que se originaron o que produjeron sus efectos en el pasado, sino a las situaciones que se originen tras su establecimiento, con la finalidad de preservar la seguridad jurídica y evitar una grave alteración del conjunto de situaciones, derechos y expectativas nacidas del régimen en vigor para el momento en que se produjeron los hechos. No se trata de que los criterios jurisprudenciales previamente adoptados no sean revisados, ya que tal posibilidad constituye una exigencia ineludible de la propia función jurisdiccional, por cuanto ello forma parte de la libertad hermenéutica propia de la actividad de juzgamiento, sino que esa revisión no sea aplicada de manera indiscriminada, ni

con efectos retroactivos, vale decir, que los requerimientos que nazcan del nuevo criterio, sean exigidos para los casos futuros y que se respeten, en consecuencia, las circunstancias fácticas e incluso de derecho, que existan para el momento en el cual se haya presentado el debate que se decida en el presente (...)’ (Subrayado de esta Sala [Político-Administrativa]).

...omissis...

Como se ve, el fundamento de la aplicación de la solución establecida en la sentencia que resolvió el asunto planteado por la sociedad mercantil Distribuidora y Bodegón Costa Norte, C.A., proviene de la vigencia de dicha norma, con lo cual se preservan los principios de seguridad jurídica y la llamada confianza legítima o expectativa plausible, cuyo acatamiento impone la Sala Constitucional en su jurisprudencia pacífica, obligante para todos los tribunales de la República. Precisamente, para que el cambio jurisprudencial fuese suficiente y oportunamente conocido por la comunidad tributaria del país, esta Sala ordenó publicar dicha sentencia en la *Gaceta Oficial*, determinación que se cumplió en la N° 38.999 de fecha 21 de agosto de 2008.

La Sala observa que aun cuando las infracciones de la contribuyente se produjeron antes del referido pronunciamiento que causó el cambio de solución, son a la vez posteriores a la normativa especial que rige esa conducta ilícita, cual es el artículo 101, numeral 3 del Código Orgánico Tributario de 2001, razón por la cual se le debe aplicar.

En consecuencia, se subsumen dichos ilícitos en esa normativa, y por lo tanto, debe aplicársele la sanción de una unidad tributaria (1 U.T.) por cada factura hasta un máximo de ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.), para cada uno de los períodos investigados por la Administración Tributaria; porque se evidencia que emitió cantidades de facturas con prescindencia parcial de los requisitos exigidos por las normas tributarias, durante los períodos fiscales comprendidos desde octubre 2003 hasta mayo 2005, todos posteriores a la entrada en vigor de la normativa aplicable.

Reitera la Sala que el indicado cambio lo que hizo fue reconocer la preexistencia del derecho positivo en el que debe subsumirse la conducta del justiciable tributario para todos los casos en que se observen ilicitudes en esta materia, producidas a partir del 17 de enero de 2002, fecha en que empezó a regir la estudiada normativa. Así se decide”. (Resaltado de esta Sala Político-Administrativa).

La sentencia parcialmente transcrita, explica el devenir del criterio jurisprudencial referido a la aplicación del delito continuado en materia tributaria y la forma de imponer la sanción por la comisión de ilícitos formales derivados del impuesto al valor agregado, a la luz de lo contemplado en el artículo 101 del Código Orgánico Tributario de 2001 y reitera lo establecido en la decisión N° 00948 del 13 de agosto de 2008, caso: *Distribuidora y Bodegón Costa Norte, C.A.*, para casos como el de autos.

Del mismo modo, el precedente criterio jurisprudencial señala que el mencionado Código prevé las sanciones que la Administración Tributaria puede imponer a los contribuyentes en los casos de incumplir con sus deberes formales, razón por la cual no corresponde aplicar supletoriamente la disposición contenida en el artículo 99 del Código Penal toda vez que no existe vacío legal alguno, habida cuenta que conforme al segundo aparte del artículo 101 del Código Orgánico Tributario del 2001 la aplicación de las sanciones por el acaecimiento de ilícitos formales debe realizarse por cada período o ejercicio fiscal. (*Vid.* Sentencias Nros. 01265 y 01294 ambas de fecha 9 de diciembre de 2010, caso: *Comercial Y.I.M, C.A.*, y *Las Telas de Blas, C.A.*, respectivamente; y, más recientemente, los fallos Nros. 00187, 00370 y 00938 del 10 de febrero de 2011, 29 de marzo del 2011 y 13 de julio del mismo año, casos: *Welcome, C.A.*, *Centro Comercial Macuto I, C.A.*, y *Repuesto O, C.A.*, respectivamente).

Así, observa esta Máxima Instancia que la Administración Tributaria aplicó a la contribuyente sanciones de multa por la cantidad total de Cuarenta y Ocho Mil Novecientos Cuarenta y Cuatro Bolívares (Bs. 48.944,00), equivalentes a Un Mil Sesenta y Cuatro Unidades Tributarias (1.064 U.T.), por incumplimiento de deberes formales en materia de impuesto al valor agregado previstos en el numeral 3 del artículo 101 y numeral 2 artículo 102 del Código Orgánico Tributario de 2001, en concordancia con el artículos 54 y 56 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado y 70 de su Reglamento, para los períodos fiscales comprendidos desde enero de 2004 hasta marzo de 2005, relativos a los libros de compras y ventas y emisión de facturas que no cumplían las formalidades legales y reglamentarias, infringiendo lo establecido en los artículos 54, 56, 57 de la Ley de Impuesto al Valor agregado, en concordancia con los literales “a” y “c” de los artículo 75 y 63 de su Reglamento, y artículo 2, literales “e” “k”, “f”, “m”, “n”, “t”, “l”, párrafo tercero y artículo 5 de la Resolución N° 320 de fecha 28 de diciembre de 1999, dictada por el entonces Ministerio de Finanzas.

Bajo la óptica de lo anteriormente expresado, y por razones de temporalidad resulta aplicable al caso concreto el criterio jurisprudencial asumido por esta Sala Político-Administrativa en el fallo N° 01187 del 24 de noviembre de 2010, que ratificó lo establecido en su sentencia N° 00948 del 13 de agosto de 2008, caso: *Distribuidora y Bodegón Costa Norte, C.A.*, decisiones estas que coinciden con la posición asumida por la Gerencia Regional de Tributos Internos de la Región Central del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), al momento de aplicar las disposiciones del Código Orgánico Tributario de 2001, para calcular las sanciones de multa impuestas a la sociedad mercantil recurrente, por los ilícitos tributarios cometidos en los períodos investigados. Así se declara.

No obstante lo declarado anteriormente, esta Alzada no puede inadvertir que la Administración Tributaria incurrió en una imprecisión al momento de establecer las sanciones aplicables a cada período fiscal verificado con fundamento en los artículos 101 del Código Orgánico Tributario de 2001, toda vez que, aunque esa norma establece una técnica sancionatoria acumulativa para esta categoría de infracciones, es menester aplicar, sobre los resultados obtenidos, las reglas de concurrencia previstas en el citado artículo 81 *eiusdem*, que prescribe la fijación de la sanción correspondiente al ilícito más grave con la subsiguiente atenuación de los restantes correctivos en su valor medio. En consecuencia, corresponde anular las Planillas de Liquidación emitidas e identificadas supra, y ordenar el recálculo de las multas impuestas, conforme a lo dispuesto en el artículo 81 del Código Orgánico Tributario de 2001. Así se declara.

TSJ-SPA (20)

18-1-2012

Magistrada Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Línea Aérea Aerotuy, LTA, C.A vs. Decisión Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Cuando la Administración simplemente se contrae a imponer una sanción por incumplimiento de deberes formales, no es exigido el previo levantamiento del acta fiscal, por lo que no puede alegarse de manera alguna prescindencia del procedimiento, resultando en consecuencia, improcedente la denuncia con arreglo a la norma prevista en el artículo 19, numeral 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En este orden de ideas, pasa la Sala verificar si, tal como lo afirman los apoderados judiciales de la recurrente en su escrito de fundamentación de la apelación ejercida, la Juzgadora de la causa al dictar la sentencia trasgredió el derecho a la defensa de la contribuyente, por no habersele permitido aportar los medios probatorios que justificarán el incumplimiento de los deberes formales, conforme a lo establecido en los artículos 156 y 158 del Código Orgánico Tributario del 2001, en concordancia, con los artículos 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 326 del Código Orgánico Procesal Penal y 48 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y, en consecuencia, se violentó el principio *Non bis in idem* produciéndose el decaimiento del procedimiento de verificación.

Así, se observa que la representación fiscal aduce que la Administración Tributaria se fundamentó en los artículos 172 y siguientes del Código Orgánico Tributario del año 2001 para sancionar a la sociedad de comercio apelante, por lo que mal pueden sus apoderados judiciales alegar la vulneración de derechos constitucionales al dictarse el acto administrativo impugnado.

De igual forma, explica que la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del SENIAT no estaba obligada a la sustanciación del expediente, en razón de que su actuación obedeció a un procedimiento de verificación sobre las facturas y los Libros de Compras y Ventas de la contribuyente que no requieren investigación conforme a las normas antes señaladas. Concluye, con la afirmación de que no se vulneró el derecho a la defensa ni al debido proceso de la recurrente, pues quedó demostrado que el acto administrativo impugnado le fue notificado, en razón de lo cual pudo ejercer el recurso contencioso tributario en la vía jurisdiccional.

Por otra parte, afirma que la sentencia recurrida no adolece de los supuestos vicios de error en el juzgamiento, por haber declarado el Tribunal de la causa sin lugar la denuncia referida a la violación del principio *non bis in idem*, toda vez que el Tribunal de instancia realizó un análisis sobre el aludido principio conforme al ordenamiento jurídico venezolano, esgrimiendo el criterio sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 1798 del 19 de julio de 2005, caso: *Festejos Mar, C.A.*

Con vista a lo expuesto, debe esta Alzada realizar su análisis a luz de los artículos 172 al 176 del Código Orgánico Tributario del año 2001, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 172: La Administración Tributaria podrá verificar las declaraciones presentadas por los contribuyentes o responsables a los fines de realizar los ajustes respectivos y liquidar las diferencias a que hubiere lugar.

Así mismo la Administración Tributaria podrá verificar el cumplimiento de los deberes formales previstos en este Código y demás disposiciones de carácter tributario y los deberes de los agentes de retención y percepción, e imponer las sanciones a que haya lugar.

Parágrafo Único: La verificación de los deberes formales y de los deberes de los agentes de retención y percepción podrá efectuarse en la sede de la Administración Tributaria o en el establecimiento del contribuyente o responsable. En este último caso, deberá existir autorización expresa emanada de la Administración Tributaria respectiva. Dicha autorización podrá hacerse para un grupo de contribuyentes utilizando, entre otros, criterios de ubicación geográfica o actividad económica.

Artículo 173: En los casos que se verifique el incumplimiento de deberes formales o de deberes de los agentes de retención y percepción, la Administración Tributaria impondrá la sanción respectiva mediante resolución que se notificará al contribuyente o responsable, conforme a las disposiciones de este Código.

Artículo 174: Las verificaciones a las declaraciones presentadas por los contribuyentes o responsables, se efectuará con fundamento exclusivo en los datos en ellas contenidos, y en los documentos que se hubieren acompañado a la misma, y sin perjuicio de que la Administración Tributaria pueda utilizar sistemas de información automatizada para constatar la veracidad de las informaciones y documentos suministrados por los contribuyentes o requeridos por la Administración Tributaria.

Artículo 175: En los casos en que la Administración Tributaria al momento de las verificaciones practicadas a las declaraciones, constate diferencias en los tributos autoliquidados o en las cantidades pagadas a cuenta de tributo, realizará los ajustes respectivos mediante resolución que se notificará conforme a las normas previstas en este Código.

En dicha Resolución se calculará y ordenará la liquidación de los tributos resultantes de los ajustes, o las diferencias de las cantidades pagadas a cuenta de tributos con sus intereses moratorios, y se impondrá sanción equivalente al diez por ciento (10%) del tributo o cantidad a cuenta de tributos omitidos, y las sanciones que correspondan por la comisión de ilícitos formales.

Parágrafo Único: Las cantidades liquidadas por concepto de intereses moratorios se calcularán sin perjuicio de las diferencias que resulten al efectuarse el pago del tributo o cantidad a cuenta de tributos omitidos.

Artículo 176: Las resoluciones que se dicten conforme al procedimiento previsto en esta sección no limitan ni condicionan el ejercicio de las facultades de fiscalización y determinación atribuidas a la Administración Tributaria”.

De las normas transcritas se desprende el tratamiento legal del procedimiento de verificación de las declaraciones que presentan los contribuyentes o los responsables consagrado en el Código Orgánico Tributario del 2001 y, asimismo, otorga al órgano fiscal la facultad para constatar el cumplimiento de los deberes formales a los que están obligados los sujetos pasivos de la obligación tributaria, e imponer la autoridad tributaria las sanciones a que haya lugar, mediante una resolución, en caso de incumplimiento.

En la causa bajo examen, se observa que la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del SENIAT, dictó la Resolución de Imposición Sanción identificada con letras y números GRTICE-RC-DF-0193/2005-16 y su correlativa Planilla de Liquidación N° 111001227000857, ambas de fecha 9 de mayo de 2008, mediante las cuales se aplicó a la recurrente sanciones de multa por la cantidad total de Cuarenta y Ocho Mil Novecientos Cuarenta y Cuatro Bolívares (Bs. 48.944,00), equivalentes a Un Mil Sesenta y Cuatro Unidades Tributarias (1.064 U.T.), por incumplimiento de deberes formales en materia de impuesto al valor agregado, previstos en los numerales 3 y 2 de los artículos 101 y 102, respectivamente, en concordancia con el artículo 81 del Código Orgánico Tributario de 2001, y los artículos 54 y 56 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado y 56 de su Reglamento, para los períodos fiscales comprendidos desde enero de 2004 hasta marzo de 2005, ambos inclusive. Asimismo, ordenó la clausura del establecimiento comercial de dicha empresa. En atención a lo anterior, es preciso referir que esta Sala reiteradamente ha sostenido que cuando el acto sancionatorio deriva de un procedimiento de verificación por el incumplimiento de deberes formales, no resulta necesario el levantamiento del acta fiscal que inicie algún procedimiento. (*Vid.* Sentencia N° 01867 de fecha 21 de noviembre de 2007, caso: *Super Panadería La Linda, C.A.*).

Asimismo, en el fallo 17 /2004, caso: *Mantenimiento Quijada, C.A.*, esta Sala Político-Administrativa dejó sentado lo siguiente:

“(…) No obstante lo anterior, la norma prevista en el artículo 149, Parágrafo Primero del prenombrado Código, permite la omisión del levantamiento previo del acta fiscal en aquellos casos de imposición de sanciones por incumplimiento de deberes formales, infracciones por parte de los agentes de retención y percepción en casos que no constituya presunción de delito, determinación de oficio sobre base cierta cuando dicha determinación se haga con fundamento exclusivo en los datos contenidos en las declaraciones aportadas por los contribuyentes, o en caso que se trate de errores de cálculo que dieran lugar a una diferencia de tributo.

Analizando el caso objeto de análisis en la presente sentencia, se desprende del contenido de los actos administrativos impugnados, que la Administración Tributaria procedió a imponer la sanción correspondiente a la contribuyente al haber presentado de manera tardía las declaraciones correspondientes a los ejercicios fiscales coincidentes con los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1995 y enero, febrero, marzo y noviembre de 1996.

(…)

Indicó el apoderado judicial de la contribuyente que los actos administrativos recurridos se encontraban viciados en el procedimiento, debido a que supuestamente la Administración omitió el levantamiento del acta fiscal respectiva, lo que acarrearía la nulidad de las planillas de liquidación, de conformidad con la norma prevista en el artículo 19, numeral 4 de la Ley de Procedimientos Administrativos.

Ante tal alegato, esta Sala observa que la norma prevista en el artículo 149, Parágrafo Primero del Código Orgánico Tributario de 1994, antes comentada, permite la omisión del levantamiento del acta fiscal en aquellos casos en que se impongan sanciones por incumplimiento de deberes formales.

Con base en lo anterior, es criterio de esta Sala que no era exigible el levantamiento del acta fiscal por parte de la Administración, ya que su actuación se basó en la imposición de la sanción correspondiente al haberse presentado de manera tardía las declaraciones de impuesto al consumo suitario y a las ventas al mayor, razón por la cual, atendiendo al mandato normativo supra referido, podía proceder de inmediato a imponer la sanción y los intereses moratorios correspondientes.

En atención a las consideraciones anteriores, es por lo que en casos específicos como el que se dilucida en el presente fallo, en los que la actuación de la Administración simplemente se contrae a imponer una sanción por incumplimiento de deberes formales, no es exigido el previo levantamiento del acta fiscal, por lo que no puede alegarse de manera alguna prescindencia del procedimiento, resultando en consecuencia, improcedente la denuncia con arreglo a la norma prevista en el artículo 19, numeral 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Así se declara...”.

Bajo la óptica de la sentencia parcialmente transcrita, se observa que la División de Fiscalización de la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del SENIAT, con ocasión de la revisión efectuada a los Libros de Compras y Ventas de la contribuyente, pudo constatar el incumplimiento de deberes formales en materia del impuesto al valor agregado para los periodos fiscales comprendidos desde enero de 2004 hasta marzo de 2005, ambos inclusive.

También se aprecia de las actas que conforman el expediente, específicamente, del acto administrativo impugnado, que la Administración Tributaria fundamentó su actuación - imposición de sanciones de multa a la recurrente- en el artículo 172 y siguientes del Código Orgánico Tributario de 2001, razón por la que mal podría alegar la representación judicial de la sociedad de comercio accionante la vulneración de los derechos constitucionales de su mandante anteriormente señalados, pues la justificación de esa actuación se funda en el pro-

cedimiento previsto para tal fin en el referido Código; aunado a que la contribuyente tuvo la oportunidad de ejercer el recurso jerárquico en vía administrativa y el recurso contencioso tributario en sede judicial, para impugnar el acto administrativo que le fue notificado.

En sintonía con lo indicado, es oportuno resaltar que la intención del legislador al establecer a favor de la Administración Tributaria la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, fue la de sistematizar los procedimientos que ésta debe seguir en el ejercicio de las funciones que le son propias, sin que ello impida el despliegue de su potestad sancionadora; razón por la cual no resulta aplicable lo previsto en los artículos 156 y 158 del Código Orgánico Tributario del 2001, toda vez que dichos medios probatorios se corresponden a otros procedimientos en el ámbito tributario, pero no cuando se trata del procedimiento de verificación.

Por todo lo anteriormente expuesto, resulta forzoso para la Sala desestimar los alegatos expuestos por la representación judicial de la sociedad mercantil recurrente, relativos a la vulneración por parte de la Administración Tributaria del derecho constitucional a la defensa de la contribuyente, por cuanto no se le permitió aportar los medios probatorios que justificarán el incumplimiento de los deberes formales, conforme a lo establecido en los artículos 156 y 158 del Código Orgánico Tributario del 2001, en concordancia con los artículos 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 326 del Código Orgánico Procesal Penal y 48 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Así se declara.

2. *Naturaleza de los aportes al sistema prestacional de vivienda*

TSJ-SC (120)

22-2-2012

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (Recurso de Colisión de Leyes).

La Sala reitera que los aportes realizados por patronos y trabajadores al sistema prestacional de vivienda y hábitat no son de naturaleza tributaria, pero destaca en esta oportunidad que esta noción difiere notoriamente de lo dispuesto por el artículo 133.4 de la Ley Orgánica del Trabajo, cuyo precepto está referido a la base imponible sobre la cual se practica la exacción de los tributos, entendida bajo la sustracción definitiva de cierta parte del capital del contribuyente a favor del Fisco Nacional para el pago de tasas, impuestos o contribuciones tributarias para los fines inherentes del Estado, incluyendo su funcionamiento, siendo esta última disposición dispar a la anterior por ser propia del régimen fiscal.

V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El procedimiento administrativo sancionatorio*

TSJ-SPA (17)

18-1-2012

Magistrada Ponente: Trina Omaira Zurita

Caso: Megalight Publicidad, C.A., vs. Instituto Nacional de Transporte Terrestre (INTT).

La Sala señala que Instituto Nacional de Transporte Terrestre no debía abrir un procedimiento dirigido a discutir la legalidad o no de los elementos publicitarios, pues las vallas removidas no contaban con la autorización de instalación correspondiente.

...Al respecto, debe destacarse que, de la revisión exhaustiva realizada al expediente se observa que la valla removida se encontraba en la “Autopista de Tazón, sector Cortada del Guayabo, Hoyo de la Puerta”; esto es, en una vía nacional, por lo que debe puntualizarse que de acuerdo con el Decreto N° 1.535, con Fuerza de Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 3.7.332, del 26 de noviembre de 2001, ley aplicable *ratione temporis*, la autoridad competente es el entonces denominado Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre (actualmente denominado Instituto Nacional de Tránsito Terrestre), como lo ha señalado la Sala de manera reiterada. (Vid. entre otras, Sentencia N° 1.254 del 13 de octubre de 2011, caso: *Inversiones Full Visión, S.A.*, contra Instituto Autónomo de Tránsito y Transporte Terrestre).

Precisado lo anterior, debe entonces hacerse remisión a lo previsto en el artículo 64 del referido Decreto N° 1.535, con Fuerza de Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, el cual disponía lo siguiente:

“Artículo 64. El Reglamento de este Decreto Ley especificará lo relativo a distancias, densidad, tamaño de los signos de la escritura y los colores y sus combinaciones de toda la publicidad institucional y comercial que se autorice para colocarlas en las inmediaciones de carreteras y autopistas.

Queda prohibida la colocación de vallas, anuncios, carteles o demás medios publicitarios que induzcan al consumo de bebidas alcohólicas o de cigarrillos, en las inmediaciones de carreteras y autopistas.”

Por su parte, el Reglamento de la entonces Ley de Tránsito Terrestre, el cual fue publicado en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 5.240 Extraordinario del 26 de junio de 1998, (aún vigente) en su artículo 381 dispone lo siguiente:

“Artículo 381. Las autoridades administrativas del tránsito terrestre ejecutarán las acciones correspondientes para hacer cumplir las disposiciones contenidas en este Capítulo sobre publicidad institucional y comercial en las carreteras y autopistas, en sus respectivos ámbitos territoriales. Así corresponderá al Ministerio de Transporte y Comunicaciones actuar en la red vial nacional; a las Gobernaciones en las vías de comunicación estatales distintas de la anterior, y a los Municipios en el ámbito urbano, constituido por calles, avenidas, vías intercomunales y vías construidas con sus propios recursos.”

Determinado lo anterior, debe igualmente señalarse que de la revisión de los autos no se desprende que el referido Instituto haya autorizado a la recurrente para la instalación de una valla en la dirección ya indicada. En efecto, únicamente consta una comunicación del año 1999, dirigida a la sociedad mercantil recurrente, en la que el Presidente de la Comisión de Derecho de Vía del entonces Ministerio de Transporte y Comunicaciones expresó que: “De acuerdo a su consulta para la instalación de una Valla Publicitaria medidas 6.00 x 12.00 mts. Doble Cara lumínica, a ubicarse en la Autopista Regional del Centro, en sentido Peaje Hoyo de la Puerta, cumpla en informarle que la Comisión de Derecho de Vía, constituida por los Ministerios MINDUR, MARN, MEN, no tienen ninguna objeción al respecto siempre y cuando cumpla con el Decreto 2994 sobre Publicidad Exterior.”

Lo anterior, como bien lo señaló el fallo apelado, no constituye una autorización para la instalación de un elemento publicitario, pues simplemente es la respuesta a una consulta respecto de la instalación de una valla, supeditada al cumplimiento de un Decreto, lo cual de

suyo implica la necesaria iniciación por parte de la recurrente, del procedimiento administrativo autorizador, durante el cual debía demostrar el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la Ley, y cuya comprobación corresponde al Instituto recurrido.

De allí que, a juicio de esta Sala, como acertadamente lo señaló el a quo, la empresa recurrente no demostró haber sido autorizada por la autoridad competente para instalar el elemento publicitario en cuestión.

La anterior afirmación resulta relevante a los efectos de decidir la denuncia de violación del derecho a la defensa y al debido proceso que en primera instancia fue atribuida al Instituto y que en esta etapa procesal ha sido imputada también a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, toda vez que, siendo que la empresa recurrente no demostró haber obtenido autorización para la instalación de la valla, debe analizarse si el Organismo recurrido debía o no abrir un procedimiento administrativo antes de proceder a su desmontaje.

Ahora bien, como ya se señaló, el artículo 381 del Reglamento de la ley especial en materia de tránsito y transporte terrestre, confiere potestad a las autoridades administrativas (anteriormente Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, actualmente Instituto Nacional de Tránsito Terrestre), para “ejecutar las acciones correspondientes para hacer cumplir las disposiciones contenidas” en el referido Reglamento, respecto de la publicidad institucional y comercial en las carreteras y autopistas.

Respecto de las referidas disposiciones legales y reglamentarias, esta Sala, en Sentencia N° 332 del 13 de marzo de 2008, caso *Tamanaco Advertaising, C.A. contra Ministro de Infraestructura*, señaló lo siguiente:

“Al respecto, la Sala estima necesario referirse a lo dispuesto sobre la materia evaluada en el Decreto N° 1.535 con Fuerza de Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, a saber:

‘Artículo 55. Las autoridades administrativas del tránsito terrestre competentes, en el ámbito de su circunscripción, quedan facultadas para remover los obstáculos, obras, vehículos u objetos que se encuentren ubicados, estacionados o depositados en la vía pública, en zonas prohibidas o en sitios que obstaculicen el normal desarrollo de la circulación vehículos y peatones. En el Reglamento de este Decreto Ley se establecerá el procedimiento a seguir en estos casos.’

‘Artículo 64. El reglamento de este Decreto Ley especificará lo relativo a distancias, densidad, tamaño de los signos de la escritura y los colores y sus combinaciones, de toda la publicidad institucional y comercial que se autorice para colocarlas en las inmediaciones de carreteras y autopistas (...).’ (Destacados con negrillas de la Sala).

Por su parte, el Reglamento de la Ley de Tránsito Terrestre publicado en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 5.240 Extraordinario del 26 de junio de 1998, en el capítulo dedicado a la seguridad en las vías, dispone lo siguiente:

‘Artículo 367. La colocación de toda publicidad institucional y comercial en las inmediaciones de carreteras y autopistas, tales como vallas, señales, carteles, dibujos, avisos luminosos o no, pancartas y demás medios similares, deberá ser autorizada por las autoridades competentes. Se entiende por inmediaciones de carreteras y autopistas una franja de cincuenta (50) metros medidos desde el eje de la vía en las autopistas nacionales; de treinta (30) metros medidos desde el eje de la vía en las carreteras pavimentadas y quince (15) metros medidos desde el eje de la vía en las carreteras no pavimentadas.

En caso de que se modifique el eje de la vía, deberán ser reubicadas las vallas existentes de acuerdo con la localización que tenga el nuevo eje, respetando las distancias establecidas en este artículo’.

...omissis...

‘Artículo 381. Las autoridades administrativas del tránsito terrestre ejecutarán las acciones correspondientes para hacer cumplir las disposiciones contenidas en este Capítulo sobre publicidad institucional y comercial en las carreteras y autopistas, en sus respectivos ámbitos territoriales. Así corresponderá al Ministerio de Transporte y Comunicaciones actuar en la red vial nacional; a las Gobernaciones de Estados en las vías de comunicación estatales distintas de la anterior, y a los Municipios en el ámbito urbano, constituido por calles, avenidas, vías intercomunales y vías construidas con sus propios recursos’. (Destacados con negrillas de la Sala)’.

Contrastando las normas legales y reglamentarias transcritas se desprende con claridad que estas últimas (las del reglamento) constituyen el desarrollo de lo previsto en los citados artículos 55 y 64 de la analizada Ley, y de su contenido resulta manifiesto que la remoción de las vallas publicitarias, no es más que la consecuencia jurídica forzosa de las prohibiciones establecidas *ex lege* (...)’

Así, a juicio de la Sala, la correcta y adecuada interpretación de las citadas normas, conduce a colegir que las actuaciones desplegadas por el Instituto recurrido no constituyen vías de hecho, como lo denuncia la empresa recurrente, sino el ejercicio de potestades de policía administrativa que le han sido conferidas por el ordenamiento jurídico al Instituto recurrido, con el objeto de preservar intereses colectivos como lo son la seguridad de personas y bienes. Siendo ello así, no es cierto -como lo afirma la parte apelante- que el Instituto recurrido debía abrir un procedimiento dirigido a discutir la legalidad o no de los elementos publicitarios, pues -como ha quedado probado en autos-, las vallas removidas no contaban con la autorización de instalación correspondiente.

No obstante lo anterior, no debe esta Sala dejar de señalar que consta en autos, al folio cincuenta y seis (56) del expediente, copia simple de comunicación distinguida con los Nros. 01-15-01-662, por medio de la cual el Presidente del entonces Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre comunicó a la empresa recurrente que “entre los asuntos planteados en la última reunión llevada a cabo en las instalaciones de [ese] Instituto el día 26-04-2005, se acordó que el Despacho en una 2da etapa actuaría sobre todas aquellas unidades publicitarias (vallas), que contravienen el Artículo 374 del Reglamento de la Ley de Tránsito Terrestre”, razón por la que la exhortó a que no comprometiera los espacios publicitarios para períodos que excedan del 1º de octubre de 2005. (Negrillas del documento citado).

Lo anterior pone de manifiesto que la sociedad mercantil recurrente fue convocada y asistió a la “última reunión” celebrada en las instalaciones del Organismo recurrido, con el fin de tratar la problemática relativa a las vallas instaladas sin la autorización respectiva, en las inmediaciones de carreteras y autopistas. Aunado a lo anterior, debe destacarse que tal problemática dio lugar a que el Organismo recurrido convocara a las empresas de publicidad a varias reuniones, así como a la publicación de avisos de prensa, exhortándolas a la remoción voluntaria y reubicación, previa obtención de autorización; hechos que por notoriedad judicial son del conocimiento de esta Sala. (*Vid.* entre otras, la ya citada Sentencia N° 1.254 del 13 de octubre de 2011). A juicio de esta Sala, ello pone de manifiesto que no puede considerarse que la remoción de la valla por parte del Instituto recurrido constituya una vía de hecho, sino el ejercicio de potestades de policía administrativa que le fueron conferidas por el ordenamiento jurídico, con la finalidad de proteger los intereses del colectivo.

Cónsono con el anterior razonamiento, debe esta Sala desechar la denuncia de violación del derecho a la defensa y al debido proceso denunciada por la parte apelante. Así se decide.

A. *Legitimación pasiva*

TSJ-SPA (220)

15-3-2012

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

La Sala se pronuncia respecto a los grupos societarios, cuyos miembros suelen actuar separadamente, pero que están obligados por ley a cumplir como una unidad, los deberes y obligaciones adquiridos frente a terceros. Ello, a los fines de determinar el sujeto pasivo en un procedimiento administrativo sancionatorio.

1. Suposición falsa sobre la notificación y participación de la empresa Globovisión Tele, C.A. en el procedimiento sancionatorio y la supuesta participación en un grupo empresarial utilizado para eludir el cumplimiento del ordenamiento jurídico. Falta de aplicación del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Las apoderadas actoras aducen que si bien el procedimiento administrativo sancionatorio, fue iniciado contra la sociedad mercantil Corpomedios G.V. Inversiones, C.A., por ser la titular de la concesión de televisión abierta la cual explota a través del canal Globovisión, la Planilla de Liquidación para el pago fue emitida a nombre de la empresa Globovisión Tele, C.A.

Con ese fundamento sostienen la ausencia en el expediente administrativo de elementos probatorios, de los cuales se evidencie que la sociedad mercantil Globovisión Tele, C.A., haya sido notificada del inicio del procedimiento administrativo sancionatorio y que, al afirmar lo contrario la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, incurrió en su pronunciamiento en falso supuesto.

Indican que la mencionada Corte supuso falsamente la existencia de un grupo societario utilizado para eludir el cumplimiento del ordenamiento jurídico, solamente por el hecho de que Corpomedios G.V. Inversiones, C.A., es accionista de Globovisión Tele, C.A.

Que la empresa cuya notificación se omitió, “fue sancionada y reposa en su cabeza el deber de pagar una desmesurada multa impuesta por acusaciones frente a las cuales no tuvo la oportunidad de defenderse. No se trata entonces de eludir el cumplimiento de la ley, lo cual negamos enfáticamente y de lo cual no consta prueba alguna en el expediente, se trata, por el contrario, de exigir la protección de los derechos constitucionales menoscabados por los Actos”.

Exponen que en la sentencia apelada la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), debía alegar y probar desde el inicio del procedimiento administrativo la existencia de un grupo societario, y la supuesta intención de defraudar con su constitución a terceros, excepto disposición de la Ley en el sentido de que la obligación del pago de la multa corresponde al grupo económico, lo cual -a su decir- no ha ocurrido en el caso concreto.

Afirman que por lo anterior, se evidencia la falta de aplicación del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la transgresión de los derechos a la defensa y al debido proceso.

En este sentido, al pronunciarse la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo sobre la violación de los derechos a la defensa y al debido proceso alegado por la parte recurrente, específicamente, con relación a la presunta falta de notificación de la empresa Globo-

visión Tele, C.A., dicho órgano jurisdiccional desestimó ese alegato por considerar que la mencionada empresa y la sociedad mercantil Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. forman un grupo societario y, por tanto, la notificación del inicio del procedimiento sancionatorio abarcó a ambas empresas.

Ahora bien, se observa que al resolver la apelación interpuesta contra la decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que declaró improcedente el amparo cautelar solicitado, la Sala se pronunció específicamente sobre la suposición falsa en que -a decir de los actores- incurrió el mencionado órgano jurisdiccional respecto a la notificación y participación de la sociedad mercantil Globovisión Tele, C.A., en el procedimiento administrativo, así como sobre la falta de aplicación del artículo 49 del Texto Constitucional. Igualmente, se evidencia que la fundamentación de dichos alegatos es muy similar en ambas apelaciones.

No obstante lo anterior, estima la Sala oportuno hacer referencia, nuevamente, a la jurisprudencia de este Alto Tribunal con relación a los grupos societarios, cuyos miembros suelen actuar separadamente, pero que están obligados por ley a cumplir como una unidad, los deberes y obligaciones adquiridos frente a terceros.

De esta manera, la Sala Constitucional indicó en la sentencia N° 558 del 18 de abril de 2001 lo que a continuación se transcribe:

“Se trata de figuras diversas a las contempladas en el artículo 139 del Código de Procedimiento Civil, ya que realmente no son sociedades irregulares, sino personas jurídicas distintas formalmente, perfectamente constituidas que obran como una unidad, con una sola dirección y con un solo fin, por lo que ni siquiera pueden considerarse asociaciones, ya que contratos entre ellos no existen, y menos puedan ser comités sin personalidad jurídica, previstos en el citado artículo 139.

Pero el que no se subsuman a plenitud dentro del artículo 139 citado, y que más bien obran al igual que las sucursales y agencias previstas en el artículo 28 del Código Civil, sin ser ellas realmente, no las puede colocar en relación a los principales, en mejor situación que las figuras de los artículos citados (28 del Código Civil y 139 del Código de Procedimiento Civil), ya que sus relaciones debido a su condición de instrumentalidad, son incluso más estrechas con la ‘matriz’ que las señaladas en los artículos 139 y 28 aludidos; y ante tal realidad ellos pueden ser citados en nombre de los principales por los hechos que son comunes a ambos, sin necesidad de emplazar en juicio a los dos.

Pero como ya se señaló, si la contraparte escoge para citar o notificar a una de las filiales o relacionadas, o apunta al principal, posteriormente no podrá estar cambiando la persona a citarse, ya que ello se prestaría a sorpresas, inseguridades y hasta fraudes, conforme a la situación de las filiales o relacionadas con el principal”. (Destacado de esta Sala)

Igualmente, la Sala Constitucional en la decisión N° 903 del 14 de mayo de 2004, luego de referirse a los diversos parámetros del ordenamiento jurídico para comprobar la existencia de tales grupos de personas jurídicas distintas que obran como una unidad, insistió en la posibilidad de obtener el pronunciamiento contra un grupo económico y determinar la ejecución contra cualquiera de ellos, sin necesidad de “... citar a todos los componentes, sino que conforme el artículo 139 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por analogía al caso-basta citar al señalado como controlante, que es quien tiene la dirección del resto del conjunto, sin perjuicio de que cualquiera de las partes, pida la intervención de otro de los componentes del grupo, ya que como miembro del conjunto se confunde con la parte principal, hasta que no se declare judicialmente la existencia del grupo, su situación se asimila a la de un tercero...”.

Posteriormente, esta Sala Político-Administrativa reiteró el criterio de la Sala Constitucional con relación a los grupos económicos o empresas vinculadas, y en su decisión N° 683 del 4 de junio de 2008, estableció lo siguiente:

“Lo anterior, permite a la Sala concluir que del contrato celebrado por la abogada con la sociedad mercantil PDVSA Petróleo, S.A., filial de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), deriva claramente la vinculación económica de ambas empresas, por lo que resulta aplicable al presente caso lo señalado por la Sala Constitucional en su sentencia N° 558 del 18 de abril de 2001, caso *C.A. de Administración y Fomento Eléctrico CADAFE*, en la que señaló lo siguiente:

‘(...) (E)l desarrollo de los negocios ha llevado a la existencia de personas (naturales o jurídicas), que dirigen una serie de actividades económicas, o que adelanta una sola mediante diversas compañías o empresas, formalmente distintas a la principal, pero unidas a ella no solo por lazos económicos, sino de dirección, ya que las políticas económicas y gerenciales se las dicta el principal, quien a veces nombra los administradores de estas sociedades o empresas, debido a que tiene en las compañías -por ejemplo- una mayoría accionaria o de otra índole, que le permite nombrarlos.

Jurídicamente no se trata de agencias o sucursales, ya que adquieren una personería jurídica aparte del principal y distinta a la de las agencias o sucursales, y en base a esa autonomía formal, asumen obligaciones y deberes, teóricamente diferenciadas del principal, pero que en el fondo obran como agencias o sucursales.

A estas empresas o sociedades que van surgiendo para desarrollar la actividad del principal, y que pueden o no desenvolverse en lugares distintos al del domicilio de la principal, de acuerdo a su composición interna o al grado de sujeción a la ‘casa matriz’, se las distingue como filiales, relacionadas, etc. Se trata de un ente controlante que impone a otros, con apariencias de sociedades autónomas o empresas diferentes, dicho control para lograr determinados fines, por lo que los controlados se convierten en meras instrumentaciones del controlante.

Diversas leyes vigentes han tomado en cuenta estas conexiones, y a ellas se refieren, para evitar fraudes a la ley, abusos de derecho, la defraudación de acreedores o terceros, la competencia desleal, el monopolio encubierto, etc. (...)

Las filiales, como lo dice la etimología de la voz, no pueden ser sino hijos de las controlantes, si son sociedades fundadas directa o indirectamente por los controlantes, con el objeto que crean conveniente, y que pueden obrar en un momento dado como personas interpuestas, pudiendo ser los administradores los mismos que los de los controlantes, u otras personas que reciben órdenes o instrucciones de aquellos, ya que son quienes los nombran, en vista, de que -si son sociedades de capitales- son los principales dueños del capital social.

Muchas de estas sociedades o empresas creadas por la ‘casa o dirección matriz’ o principal, además se presentan públicamente como filiales o miembros de un grupo o unidad económica, bien por declaraciones que hace el grupo en ese sentido, sin que nadie los desmienta, o porque en sus actos una compañía o empresa se declara filial de otra, o utiliza símbolos, signos, lemas u otras expresiones que son compartidas con el principal, quien así también se identifica y lo permite.’

Sobre la base del transcrito criterio, a juicio de esta Sala resulta ajustada a derecho la decisión apelada en la cual el Juzgado de Sustanciación consideró que aun cuando las empresas filiales son ciertamente distintas a la principal, se encuentran vinculadas no sólo por lazos económicos, sino de dirección, estando sometidas a los lineamientos de la principal o matriz” (Destacado del texto)

Conforme a la jurisprudencia antes citada, observa esta Sala de los documentos cursantes en autos, suficientes elementos que permiten advertir en esta etapa procesal la vinculación existente entre las empresas Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A.

En efecto, de la copia de los documentos constitutivos de las sociedades mercantiles Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A., consignados en el expediente a los folios 430 y 446 de la pieza 1, respectivamente, se aprecia que la primera de las aludidas empresas es accionista mayoritaria de la segunda, lo cual pone de manifiesto el control de gestión de Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. sobre Globovisión Tele, C.A.

Asimismo, consta en autos copia del Acta de Asamblea General Extraordinaria de Accionistas del 18 de marzo de 2010 de la empresa Globovisión Tele, C.A., convocada por su Presidente Guillermo Zuloaga Núñez, en la cual se encontraban presentes, entre otros, el ciudadano Guillermo Zuloaga Siso en representación de la sociedad mercantil Corpomedios G.V. Inversiones, C.A., “propietaria de Tres Millones Setecientas Noventa y Seis Mil Setecientas Treinta y Una (3.796.731) acciones, que conforman la totalidad del Capital Social de la Compañía” (folios 501 al 504 de la pieza 1 del expediente).

Por otra parte, de los anteriores instrumentos se aprecia que el cargo de Presidente de ambas sociedades mercantiles es ejercido por el ciudadano Guillermo Zuloaga Núñez; razón por la cual concluye esta Sala que aun cuando el procedimiento administrativo fue iniciado contra la empresa Corpomedios G.V. Inversiones, C.A., éste abarca a la sociedad mercantil Globovisión Tele, C.A., como así lo señaló la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el fallo apelado, pues sin perjuicio de lo que se resuelva en la sentencia de fondo, ambas empresas conforman un grupo societario que, en principio, estaría obligado a cumplir como un todo las obligaciones adquiridas por sus diferentes componentes.

Adicionalmente, del escrito contentivo del recurso contencioso administrativo de nulidad se evidencia que las apoderadas judiciales de los recurrentes exponen las defensas en representación de ambas empresas, utilizando en ocasiones el nombre “Globovisión” para referirse a cualquiera de ellas.

Como consecuencia de lo expuesto, esta Alzada evidencia que la empresa Globovisión Tele, C.A. se encontraba en conocimiento del inicio y la tramitación del procedimiento administrativo por parte del Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

En este sentido, debe resaltarse que los grupos económicos no siempre se conforman con el fin último de contrariar el ordenamiento jurídico y eludir los deberes y derechos adquiridos respecto a terceros; no obstante, por el mismo hecho de estar vinculados por elementos de distinta índole, se encuentran obligados a responder frente a esos terceros como una unidad, por lo que no era necesario para el mencionado Directorio de Responsabilidad Social demostrar, en este caso, la existencia del grupo societario para iniciar el procedimiento administrativo y aplicar la sanción correspondiente.

Por lo anterior, esta Sala desestima la suposición falsa sobre la notificación y participación de la empresa Globovisión Tele, C.A. en el procedimiento sancionatorio y la supuesta participación en un grupo empresarial utilizado para eludir el cumplimiento del ordenamiento jurídico, así como la falta de aplicación del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.

B. *Sanción de multa*

TSJ-SPA (220)

15-3-2012

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

La Sala analiza si una multa tiene o no carácter confiscatorio

Las representantes judiciales de los recurrentes alegan la errónea interpretación en la decisión impugnada del artículo 34 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, al no tomarse en cuenta que el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), sancionó a sus mandantes por la reiteración de mensajes e información y aplicó como agravante esa misma reiteración, además de que el fallo no se pronunció sobre la atenuante de ser la primera vez que la empresa Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. es sancionada por ese órgano.

Afirman que en el fallo apelado no se aplicaron los artículos 112, 115 y 116 del Texto Constitucional, pues no fue apreciado el carácter confiscatorio de la multa impuesta, en violación de los derechos a la propiedad y a la libertad económica, por imposibilitar el giro económico de la sociedad mercantil Globovisión Tele, C.A. Sostienen que en el presente caso, es evidente que no se está en presencia de alguna de las excepciones previstas en el Texto Constitucional para la procedencia de la confiscación de bienes, sino que al ser la multa aplicada en forma desproporcionada esta es confiscatoria.

Insisten en que la sanción de multa por el monto equivalente al siete coma cinco por ciento (7,5%) de los ingresos brutos de la referida empresa, le produciría a ésta un daño irreparable, ya que se vería imposibilitada de continuar con el giro ordinario necesario para su operatividad, siendo el efecto de la sanción una confiscación parcial de los bienes de la empresa, al lesionar en forma directa y desproporcionada el derecho a la propiedad de las empresas.

Indican que en la sentencia apelada se establece erróneamente que "...la confiscatoriedad solo podría verificarse en un tributo –tributación desproporcionada-, y la multa impuesta no es un tributo", cuando contrariamente -a su decir- la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela simplemente prohíbe las confiscaciones, independientemente de cómo se ejecuten. Por su parte, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo desestimó el argumento de la parte actora con relación a la errónea interpretación del artículo 34 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos denunciada por los actores, al apreciar en el caso concreto la evidencia de circunstancias agravantes establecidas en dicha norma para la aplicación de la sanción, por cuanto la parte recurrente durante el procedimiento administrativo no reconoció la infracción a la referida Ley, así como tampoco realizó actuaciones dirigidas a subsanar las conductas que le fueron atribuidas. Igualmente, la prenombrada Corte señaló que la multa fue aplicada conforme al término medio del parámetro previsto en la aludida norma, el cual se incrementó en razón de las circunstancias agravantes.

Del mismo modo, estimó el mencionado órgano jurisdiccional, que la imposición de la multa obedeció al ejercicio de las potestades sancionatorias atribuidas por la Ley al Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), con la finalidad de preservar el interés público, sin que haya quedado demostrado en autos que el acto administrativo recurrido hubiese confiscado bienes de la parte actora.

En este orden de ideas, resulta pertinente citar el artículo 34 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 34. A los efectos de determinar las sanciones aplicables, de conformidad con esta Ley, se tendrá en cuenta:

1. El reconocimiento de la infracción antes o durante el curso del procedimiento.
2. La iniciativa propia para subsanar la situación de infracción.
3. Que el mensaje infractor haya sido difundido a través de un servicio de radio o televisión con fines de lucro o sin fines de lucro.
4. Las reiteraciones y la reincidencia.
5. Las demás circunstancias atenuantes o agravantes que puedan derivarse del procedimiento.

El prestador de servicio de radio o televisión durante la difusión de los mensajes en vivo y directo, sólo será responsable de las infracciones previstas en la presente ley o de su continuación, cuando la administración demuestre en el procedimiento que aquél no actuó de forma diligente”.

La norma transcrita establece los parámetros que debe tomar en cuenta el mencionado Directorio en la aplicación de las sanciones establecidas en la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, previendo expresamente una serie de circunstancias atenuantes o agravantes de la sanción y, además, deja a consideración del órgano administrativo otras situaciones con el objeto de ponderar la aplicación de la sanción.

Ahora bien, de la lectura de la Providencia Administrativa recurrida se colige que, en el caso concreto, las conductas que dieron lugar a la sanción de multa fueron, entre otras, la difusión y edición de imágenes violentas acerca de los hechos acaecidos en el Centro Penitenciario El Rodeo así como las declaraciones de familiares de los reclusos en el transcurso de toda la programación del canal Globovisión, entre los días 16 al 19 de junio de 2011; la transmisión de opiniones “cargadas de declaraciones críticas” a la supuesta falta de información y pronunciamiento por parte de las autoridades competentes respecto a tales hechos, y la difusión parcial de las declaraciones de los órganos oficiales; conductas estas que fueron subsumidas en los supuestos previstos en los numerales 1, 2, 4 y 7 del artículo 27 de la Ley en referencia, como lo son: la incitación o promoción del odio y la intolerancia por razones religiosas, políticas, por diferencia de género, por racismo o xenofobia; la incitación, promoción o comisión de la apología del delito; fomento de la zozobra en la ciudadanía o alteración del orden público, y la incitación o promoción del incumplimiento del ordenamiento jurídico vigente.

Por otra parte, se aprecia que para la determinación del monto de la multa, la Administración tomó en consideración la reiteración de las conductas objeto de sanción, la utilización de las declaraciones de los familiares de los reclusos “...con morbosidad, más allá de la lógica difusión de la noticia...”, no reconocimiento de las infracciones por parte de los recurrentes y la no subsanación de los hechos que configuraron las infracciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 *eiusdem*. Todo ello implicó para el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), “...un irrespeto a la dignidad humana, a la integridad de las personas, a su dolor y sentimientos de angustia...”, con lo cual estima esta Sala, salvo el análisis que se realice en la sentencia que decida el fondo del asunto, que no hubo en el caso concreto una interpretación errada del mencionado artículo 34, pues la sanción fue impuesta con la ponderación de las circunstancias del caso, según lo dispuesto en la norma.

En otro orden de ideas, se observa que el alegato relativo a la falta de aplicación de los artículos 112, 115 y 116 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, relativos a los derechos a la libertad económica y a la propiedad y la prohibición de las confiscaciones, ya fue decidido por la Sala con base en las mismas pruebas, al resolver la apelación incoada contra la improcedencia del amparo constitucional ejercido en forma cautelar ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Sin embargo, debe ratificar la Sala que los aludidos derechos se encuentran sujetos a las limitaciones previstas en la Constitución y las Leyes, en atención a la función social, la utilidad pública y el interés general que prevalezcan sobre ellos en un momento determinado, por lo cual no se trata de derechos absolutos sino relativos.

Asimismo, es oportuno reiterar que la confiscación constituye una excepción del derecho a la propiedad y se refiere a la potestad del Estado de sustraer coactivamente del patrimonio de una persona y sin indemnización alguna, la propiedad de bienes determinados en resguardo del interés general. (*Vid.* sentencia de esta Sala N° 1385 del 30 de septiembre de 2009).

Contrariamente a lo afirmado por él *a quo* en el fallo apelado, respecto a que “la confiscatoriedad sólo podría verificarse en un tributo”, advierte la Sala una vez más que la confiscación sólo procede en los casos expresamente previstos en la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, excepcionalmente, podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme: a) bienes de personas responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público; b) bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público; y c) bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, sin que puedan admitirse casos no previstos expresamente en la Ley.

De lo anterior, advierte la Sala que a los fines de demostrar la supuesta naturaleza confiscatoria de la sanción impuesta y la presunta violación de los derechos a la libertad económica y a la propiedad, las apelantes afirman haber consignado ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, un “Informe de Contadores Públicos Independientes sobre el flujo de caja proyectado Septiembre 2011/Febrero 2012”.

El mencionado Informe, ya analizado por la Sala, cursa al folio 263 de la pieza 1 del expediente judicial, y fue realizado por los ciudadanos Marcos Perdomo y Henry Paredes, en su condición de Contadores Públicos, con el objeto de exponer lo concerniente al Flujo de Caja “Proyectado” de la empresa Globovisión Tele, C.A. “...para el período comprendido entre el 01 de septiembre de 2011 y el 29 de febrero de 2012...”. En dicho Informe se indica, entre otros aspectos, que los saldos en efectivo y sus equivalentes son iguales a cero bolívares (Bs. 0,00) para los meses de enero y febrero.

En el referido Informe, se señala, además, lo siguiente:

“INGRESOS DE CAJA

Los ingresos mensuales por ventas comienzan con la cobranza real que se efectúa al 30-09-2011 y continúan con la cobranza del mes de Octubre, y en relación a los ingresos por ventas de los meses subsiguientes, los mismos se estimaron de acuerdo a lo que ha sido la experiencia de cobranza de los 2 años anteriores, para estos meses, en los cuales siempre en el mes enero es menor la cobranza porque las Agencias de Publicidad y muchos clientes están de vacaciones colectivas...”. (Negrillas del texto y subrayado de esta Sala).

De la lectura integral del documento y del texto parcialmente transcrito, se evidencia que el “Informe de Contadores Públicos Independientes sobre el flujo de caja proyectado Septiembre 2011/Febrero 2012”, se efectuó con proyecciones para los meses de octubre de 2011 a febrero 2012, sobre los ingresos de la prenombrada empresa, de acuerdo al histórico de las cobranzas efectuadas por los dos (2) años anteriores, en los meses de septiembre a enero de 2010 y 2009.

Ahora bien, respecto al señalamiento relativo a que “...en el mes enero es menor la cobranza porque las Agencias de Publicidad y muchos clientes están de vacaciones colectivas...”, a juicio de la Sala ello no implica que no se generen a favor de la empresa créditos por concepto de los servicios prestados durante ese mes o en el mes de febrero, que se registren como eventuales ingresos.

Igualmente, considera la Sala que los datos contables suministrados con base a proyecciones no reflejan fehacientemente el giro económico diario ni la situación financiera real de la sociedad mercantil Globovisión Tele, C.A.; máxime cuando para esas proyecciones se tomaron como marco referencial elementos históricos correspondientes a períodos anteriores, respecto a lo cual no existe probanza en autos, lo que en definitiva imposibilita al juez presumir la fehaciencia y veracidad de los referidos datos.

Por otra parte, tal y como se advirtió en la oportunidad de resolver la apelación interpuesta contra la declarada improcedencia del amparo cautelar, no se observa de las actas que conforman el expediente que la parte recurrente haya consignado otros instrumentos probatorios, como serían, por ejemplo: las declaraciones de impuesto sobre la renta correspondientes a los ejercicios fiscales precedentes a la imposición de la multa, las declaraciones del impuesto al valor agregado de los períodos impositivos de los años 2010 y 2011, un balance general donde constase el patrimonio actual de la empresa, un estado de ganancias y pérdidas o estados de cuentas bancarias; todo ello a los fines de probar que los ingresos netos percibidos por la sociedad mercantil Globovisión Tele, C.A. durante el ejercicio fiscal respecto al cual se impuso la sanción de multa, esto es, 2009-2010, ni posteriormente a éste, sean menores a la suma equivalente a dicha sanción, de tal modo que la multa pudiera ser considerada excesiva; razón por la cual no es posible determinar en esta fase del proceso la violación al principio de no confiscatoriedad y de los derechos a la libertad económica y a la propiedad, en los términos expresados por los accionantes.

Igualmente se observa que la multa impugnada, la cual asciende a la cantidad de Nueve Mil Trescientos Noventa y Cuatro Trescientos Catorce Bolivares (Bs. 9.394.314,00), representa el siete coma cinco (7,5%) por ciento de los ingresos brutos, lo que permite deducir que éstos fueron mayores al monto de la sanción aplicada.

Así las cosas, debe esta Sala desestimar la errónea interpretación del artículo 34 de la Ley de Responsabilidad en Radio, Televisión y Medios Electrónicos y la falta de aplicación de los artículos 112, 115 y 116 del Texto Constitucional, habida cuenta que en esta fase del proceso no se evidencia la afectación que pudiese sufrir el giro diario de la sociedad mercantil Globovisión Tele, C.A. derivada del monto de la multa impuesta a los apelantes por el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). Así se declara.

2. *Actos Administrativos*A. *Requisitos de fondo*a. *Competencia: Delegación*

TSJ-SPA (70)

8-2-2012

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Banco Provincial, S.A., Banco Universal vs Decisión Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Para que exista delegación de conformidad con la Ley, es necesario que se transmitan las atribuciones a un órgano de inferior jerarquía o a un ente descentralizado funcionalmente sea de origen público o privado.

Finalmente, habiéndose determinado la naturaleza administrativa del contrato en cuya ejecución se dictaron los actos impugnados, así como la presencia de cláusulas exorbitantes, es necesario señalar que el Sentenciador de instancia consideró correctamente que el Banco Provincial, S.A., Banco Universal, actuaría como un colaborador o auxiliar de la Administración Tributaria en la recaudación de los tributos, como un mero receptor de fondos nacionales y no como un agente de retención ni de percepción de los impuestos; sin embargo, erró al calificar de “delegación” de funciones o de atribuciones de parte de la Administración a la recurrente, de esa prestación de recibir y transmitir información e ingresos por concepto de tributos nacionales.

En este sentido, vale advertir que la delegación es una técnica organizativa mediante la cual un órgano con un ámbito competencial determinado, desvía algunas de sus atribuciones, ya sea a un órgano de inferior jerarquía o bien al funcionario que ostente la titularidad de dicho órgano; en este segundo supuesto, la cesación en el cargo aparejaría el fin de la autorización.

Esta técnica responde principalmente a criterios de eficiencia y especialización en la gestión de las potestades públicas, lo que la ha hecho de frecuente utilización por la Administración Pública venezolana.

De esta manera, para que exista delegación de conformidad con la Ley, es necesario que se transmitan las atribuciones a un órgano de inferior jerarquía o a un ente descentralizado funcionalmente sea de origen público o privado, condiciones que no se verifican en el caso bajo análisis, pues el banco recurrente no ostenta ninguno de los caracteres mencionados, y por tanto, no es una delegación el objeto del contrato bajo análisis.

No obstante, estima esta Máxima Instancia que el error advertido no es de tal entidad como para revocar el fallo apelado, toda vez que no modifica su dispositivo, ni altera el tema central debatido, que no es precisamente la delegación de atribuciones sino la naturaleza jurídica del contrato como punto de partida para determinar la conformidad a derecho o no de las sanciones impuestas en ejecución de dicho instrumento.

VI. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Poderes del Juez Contencioso Administrativo*

TSJ-SPA (220)

15-3-2012

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. y Globovisión Tele, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

En el marco de los amplios poderes del juez contencioso administrativo y en aras de la garantía de tutela judicial efectiva, aplicables incluso en fase cautelar, el órgano jurisdiccional está facultado para interpretar los hechos planteados por las partes y, por lo tanto, no debe limitarse a apreciarlos según la calificación jurídica dada por los recurrentes; lo cual no significa de modo alguno que el Juez se sustituya en los accionantes y asuma suplir la falta de fundamentación en la que puedan haber incurrido los solicitantes.

2. *El Contencioso Administrativo de Anulación*

A. *Objeto: Decreto de expropiación*

TSJ-SC (203)

29-2-2012

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Seguros Federal, C.A.

El Decreto expropiatorio no puede tenerse como un acto dictado por el Presidente de la República, en ejecución directa de la Constitución, así como tampoco, como un acto de gobierno (indulto, manejo internacional de la República), sino como un acto propio de la actividad administrativa orgánica y material, y como expresión del ejercicio de una de las potestades ablatorias que detenta la Administración y cuyo control judicial escapa del ámbito de competencias de la Sala Constitucional, al pertenecer, en tanto que actividad administrativa, al control de la denominada jurisdicción contencioso administrativa.

Analizadas las actas que conforman el expediente, la Sala observa que, el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia afirmó que esta Sala Constitucional es el órgano jurisdiccional competente para el conocimiento del recurso incoado, sobre la consideración de que el Decreto objeto de impugnación sería un acto de gobierno, dictado en ejecución directa de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Al respecto, si bien el Decreto cuya nulidad se pretende se encuentra inicialmente basado en el artículo 236, numerales 2 y 11, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según los cuales el Presidente de la República dirige la acción de gobierno, igualmente, se fundamenta en el artículo 115 *eiusdem* y los artículos 5 y 56 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.

El referido artículo 115 del Texto Fundamental, reconoce el derecho a la propiedad y consagra la potestad expropiatoria del Estado en los siguientes términos:

Artículo 115. Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

El artículo 5 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, dispone lo que a continuación se transcribe:

“Artículo 5. El decreto de expropiación consiste en la declaración de que la ejecución de una obra requiere la adquisición forzosa de la totalidad de un bien o varios bienes, o de parte de los mismos. Dicha declaración le corresponderá en el orden nacional al Presidente de la república, en el orden estatal al Gobernador y en los municipios al Alcalde.

El decreto de expropiación requerirá la previa declaratoria de utilidad pública de conformidad con lo establecido en los artículos 13 y 14 de esta ley”.

Por su parte el artículo 56 *eiusdem*, establece lo siguiente:

Artículo 56. Cuando la obra sea de utilidad pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de esta Ley y la autoridad a quien competa su ejecución la califique de urgente realización, deberá hacer valorar el bien por una Comisión de Avalúos designada, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 *eiusdem* a los fines de la ocupación previa, la cual será acordada por el tribunal a quien corresponda conocer del juicio de expropiación, después de introducida la demanda respectiva y siempre que el expropiante consigne la cantidad en que hubiere sido justipreciado el bien.

El resultado de esa valoración no será impugnabile por ninguna de las partes, y sólo servirá para que el tribunal de la causa decrete la ocupación previa del bien y se garantice el pago al expropiado.

Antes de procederse a la ocupación previa, el Juez de la causa, efectuará la correspondiente notificación al propietario y a los ocupantes, si los hubiere. Vencido el lapso de comparecencia previsto en el artículo 27 de esta Ley, sin que se haya formulado oposición justificada, el propietario podrá convenir con el avalúo realizado. El Juez dará por consumado el acto, y se procederá como sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. El acto por el cual el propietario conviene en el avalúo es irrevocable, aun antes de la homologación del tribunal”.

Conforme a las citadas normas, se ordenó la adquisición forzosa de los activos de las accionantes y, al mismo tiempo, se acordó el inicio del procedimiento expropiatorio de los bienes sobre los que recae la expropiación.

Ello así, es preciso observar, que la potestad expropiatoria es una forma típica de actuación administrativa del Estado que, como tal, tiene carácter sub legal. Entonces, resulta patente que el Decreto impugnado no puede tenerse como un acto dictado por el Presidente de la República, en ejecución directa de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como tampoco, como un acto de gobierno (indulto, manejo internacional de la República), sino como un acto propio de la actividad administrativa orgánica y material, y como expresión del ejercicio de una de las potestades ablativas que detenta la Administración y cuyo control judicial escapa del ámbito de competencias de esta Sala Constitucional, al pertenecer, en tanto que actividad administrativa, al control de la denominada jurisdicción contencioso administrativa.

Lo expuesto, conlleva a plantear un conflicto negativo de competencias entre esta Sala Constitucional y la Sala Político Administrativa. Ahora bien, como quiera que según lo dispuesto en el artículo 25.13 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, corresponde

a esta Sala la solución de cualquier controversia que pudiera plantearse entre Salas, se pasa a decidir el conflicto planteado y, a tal fin, observa que, como se determinó supra, el Decreto N° 7.786, dictado por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela el 2 de noviembre de 2010, mediante el cual se ordenó la adquisición forzosa de los bienes de las accionantes y, en consecuencia, acordó el inicio del correspondiente procedimiento expropiatorio sobre los activos de dichas sociedades mercantiles.

El artículo 26.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 23.5 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, atribuyen a la Sala Político Administrativa competencia para conocer las demandas de nulidad contra actos administrativos dictados por el Presidente de la República y siendo que en este caso, el Decreto impugnado es un acto administrativo de carácter expropiatorio, concluye esta Sala que su control judicial corresponde a la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, según lo previsto en los referidos artículos 26.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 23.5 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así se decide.

B. *Suspensión automática de los efectos del acto administrativo (multas)*

TSJ-SC (144)

23-2-2012

Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Cemex de Venezuela SACA (Revisión de Sentencia)

La Sala reitera el contenido interpretativo del artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, en el sentido de que si la Resolución impugnada sólo tiene como mandamiento el establecimiento de una multa, podrá el Tribunal acordar la suspensión de los efectos del acto sin necesidad de entrar a valorar ninguno de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares en materia de derecho de la competencia (*fumus boni iuris*, *periculum in mora* y ponderación de intereses), si el particular previa solicitud de suspensión de efectos, consigna el monto de la caución o fianza.

Precisado lo anterior, debe pasarse a verificar si ciertamente la sentencia objeto de revisión se apartó del criterio establecido por esta Sala en sentencia N° 1590/2006, en la cual se desestimó la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y, se estableció que el mencionado artículo el cual contempla una cautelar *ope legis*, resultaba ajustaba a derecho. En tal sentido, expuso la referida decisión, lo siguiente:

“El artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, dispone lo siguiente:

«La interposición de acciones contencioso administrativas contra las multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones suspenderá su ejecución, cuando así lo solicite expresamente el actor en su recurso.

Sin perjuicio de lo anterior la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá hacer uso de las medidas cautelares a que se refiere el Código de Procedimiento Civil en materia de créditos fiscales».

De la lectura de la primera parte de dicha norma, se observa con claridad que la suspensión de efectos en ella prevista opera sólo respecto de las multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, de entre el amplio espectro de sanciones contemplado en

dicha normativa, siempre y cuando medie petición expresa en ese sentido por parte del administrado al acudir a la sede contencioso-administrativa.

Es decir, la norma en cuestión circunscribe el objeto de tal cautela «cuasi-automática» al contenido pecuniario de la resolución administrativa sancionatoria dictada por el ente regulador de las telecomunicaciones.

La segunda parte de la norma, por contrapartida, deja a salvo la potestad de la mencionada Comisión para «hacer uso» de las medidas cautelares a que se refiere el Código de Procedimiento Civil en materia de créditos fiscales (...).

...omissis...

Del marco normativo estudiado, puede criticarse que la remisión que a él hace el único aparte del artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, no resulta del todo feliz. En efecto, de las normas que regulan el procedimiento ejecutivo especial al que se refirió escuetamente el Legislador en la norma delatada, se encuentra que dentro de él no se prevén cautelas específicas y que la más cercana mención acerca de este tema, aparece únicamente en el transcrito artículo 657 de la ley referida adjetiva, que -a su vez- remite a este respecto al artículo 590 del mismo código (...).

...omissis...

No obstante la escasa claridad con la que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones trató el punto, puede deducirse de su artículo 205 la intención de resguardar objetivamente el interés de la Administración actuante, con miras a impedir que la insolvencia del administrado sobrevenida en el juicio, impida a aquélla satisfacer el crédito que tiene en su contra, en caso de ser desechada la pretensión de nulidad del acto impugnado en sede contencioso-administrativa.

Entonces, la lectura que debe darse a la norma en su conjunto, implica reconocer que -ciertamente- el administrado cuenta con la posibilidad de solicitar la suspensión de los efectos de la multa impuesta en su contra, en cuyo caso el juez está obligado a otorgarla. Pero también, el ente regulador puede solicitar al juez, como contra-cautela de la suspensión operada, que exija al administrado caución o garantía suficiente de las previstas en el artículo 590 del Código de Procedimiento Civil.

A modo de conclusión, recuérdese que la eficacia de la medida administrativa adoptada en el marco del procedimiento correspondiente, no se ve menoscabada en modo alguno, pues la suspensión acordada sólo implicaría la inexigibilidad de la multa. Ello supone que si bien el estudiado artículo 205 amplía la protección cautelar del sujeto regulado, al mismo tiempo preserva el interés público tutelado por la Administración, lo que sirve de base para comprobar la razonabilidad de la norma delatada y desechar los argumentos de inconstitucionalidad efectuados en su contra.

Aunado a tal planteamiento, debe subrayarse que no puede desconocerse que al justiciable lo ampara la presunción de inocencia y, por ello, no resulta fuera de lugar que el propio Legislador haya previsto un mecanismo que sirve de contrapeso al ejercicio de la delicada potestad sancionatoria por parte de la Administración, respecto de la cual -debe acotarse- no nacen derechos respecto de terceros, por lo que mal podría estimarse que la suspensión de la multa podría perjudicar en forma alguna los intereses de éstos y -menos aún- su derecho a la defensa.

Por los argumentos expuestos, esta Sala Constitucional estima que el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones resulta plenamente compatible con los postulados constitucionales que han sido abordados en este fallo. Así se declara.

El examen efectuado hasta el momento arroja con claridad la conformidad constitucional de la norma desaplicada por la Sala Político-Administrativa. El asunto tuvo su origen, entonces, en un inadecuado ejercicio de la potestad de control difuso que detentan todos los órganos jurisdiccionales y, por tanto, amerita que se impongan los correctivos necesarios, sin que ello suponga que la Sala esté interfiriendo en el análisis de mérito que corresponde realizar a la Sala Político-Administrativa dentro del juicio en el que tuvo lugar la sentencia acá estudiada (*cf.* SC N° 731/2006, caso: *Marlene Robles* y SC N° 990/2006, caso: *Telcel, C.A.*).

Por el contrario, dicho órgano jurisdiccional conserva su plena potestad de juzgamiento en torno a la causa particular sometida a su estudio, no obstante que -indefectiblemente- en atención a la doctrina que recoge este fallo, deba proceder a sentenciar nuevamente en relación con la petición cautelar planteada en aquella causa. Así se declara”.

Al efecto, se debe destacar que dicho criterio fue ratificado por esta Sala en sentencias Nros. 1596/2006 y 2412/2006; sin embargo en la última de éstas -2412/2006- la Sala aclaró la naturaleza de las medidas cautelares *ope legis* y su aplicación limitada dentro del ordenamiento jurídico a cierto tipo de sanciones -pecuniarias- previa constitución de una caución o fianza según la ley lo establezca. En este sentido, dispuso el referido fallo lo siguiente:

“En dichos supuestos, el legislador deja condicionada la protección cautelar a criterio del juez, por cuanto considera que el interés en el ejercicio de una demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa presupone la verificación del cumplimiento de la existencia de un gravamen, aun más cuando el acto que ha de ser suspendido impone una sanción pecuniaria. (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 1590/2006).

En este sentido, debe destacarse la disposición contenida en el artículo 54 de la Ley para la Protección y Promoción de la Libre Competencia, en la cual el legislador estimó que la simple constitución de una caución es requisito suficiente para proceder a la suspensión de la multa, sin embargo, esta Sala consideró que aunado a ello debe analizarse la ponderación de los intereses del mercado en cuanto a la suspensión o no de una determinada orden, interpretación contenida en sentencia de la Sala N° 1.260 del 11 de junio de 2002, caso: ‘*Victor Manuel Hernández y Víctor Rafael Hernández-Mendible*’.

En idénticos términos se aprecia que el supuesto contemplado en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no responde a un desliz o a una actuación arbitraria y caprichosa concebida por el legislador buscando mermar los intereses de la Administración sino que, por el contrario, se pueden apreciar disposiciones en similares términos establecidas en diversos cuerpos normativos (*Vgr.* Artículo 94 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística), los cuales tienen por objeto garantizar y asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares y el derecho a la presunción de inocencia, establecidos en los artículos 26 y 49.2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por encontrarse éste en una situación de desigualdad procesal (*vgr.* Antejudio administrativo, prerrogativas procesales) con respecto a la Administración. En dichos casos, la suspensión automática de los efectos en cuestión como en el ámbito de las telecomunicaciones, versa sobre sanciones económicas o multas diferenciándolos de las órdenes de comportamientos de hacer, no hacer o dar, los cuales requieren de un análisis de la existencia de la presunción de buen derecho o los perjuicios irreparables que se puedan causar con su ejecución, por cuanto dichos actos contienen mandatos efectivos ordenados en pro del mantenimiento de un orden colectivo, el cual pudiera encontrarse afectado por la no ejecución de un acto determinado.

En atención a ello, debemos diferenciar dichos supuestos en aras de garantizar una efectiva seguridad jurídica y no tergiversar ni infundir en una confusión perenne a los justiciables los cuales se encuentran en la diatriba procesal no sólo de acudir a los órganos de administración de justicia, sino igualmente soportar los inconvenientes económicos y procesales que ocasiona acudir a un proceso judicial.

...*omissis*...

En tal sentido, debemos partir de la naturaleza de la sanción impuesta, para determinar en primer lugar si con la suspensión automática y consecuencialmente la omisión de análisis de los requisitos predichos se ocasiona algún perjuicio a los terceros y, en segundo lugar, qué derechos constitucionales resultan vulnerados como consecuencia de dicha suspensión.

Así se aprecia, que la relación existente entre la sanción y la multa es una relación de continente-contenido, por cuanto es esta última -multa- un tipo de sanción afectiva de índole pecuniaria que se le impone a un administrado por la realización de una actividad prohibida por el legislador.

...*omissis*...

En atención a ello, esta Sala aprecia que la Sala Político Administrativa debió efectuar una diferenciación precisa en cuanto al tipo de sanción aplicada que puede ser objeto de la suspensión automática de los efectos del acto, por cuanto el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones se circunscribe única y exclusivamente a las multas y no a las demás sanciones que pueda imponer la Administración, como pudiera ser el cese de la transmisión de ciertos programas televisivos o el cese del cobro del concepto de larga distancia nacional (LDN) a los usuarios. (*Vid.* Sentencias de esta Sala Nros. 1590/2006 y 1596/2006).

Es en estos últimos supuestos que debe el órgano jurisdiccional analizar, en primer lugar, los típicos requisitos de procedencia de las medidas cautelares -*fumus boni iuris* y *periculum in mora*- en virtud de que tales actos en caso de ser suspendidos, debe ser con fundamento en una relación de los mismos y, en segundo lugar, ponderar los intereses de los efectos ocasionales que produciría la suspensión del acto administrativo impugnado, ya que ello podría generar ciertos daños al colectivo, puesto que los medios de telecomunicaciones tienen un amplio espectro y alcance de difusión dentro de la sociedad (...)” (Subrayado del presente fallo).

Ahora bien, el artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, reza textualmente:

“Artículo 54. Cuando se intente el recurso contencioso-administrativo contra resoluciones de la Superintendencia, que determinen la existencia de prácticas prohibidas, los efectos de las mismas se suspenderán si el ocurrente presenta caución, cuyo monto se determinará, en cada caso, en la resolución definitiva, de conformidad con el párrafo segundo del Artículo 38”.

En consecuencia, del contenido de la referida disposición y como bien se expuso en el mencionado fallo, la suspensión *ope legis* establecida en aquel caso en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y, en el presente caso, en el artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, sólo opera previa constitución ante el Tribunal competente de la caución o fianza, sobre sanciones pecuniarias, es decir, multas, en consecuencia, se excluyen de dicha tutela las órdenes de hacer, no hacer o de dar que puede imponer la Administración sancionadora como mecanismo de protección de los intereses del mercado.

Es en estos últimos supuestos, como expresamente lo expuso la sentencia de esta Sala N° 2412/2006, complementando el criterio establecido en el fallo N° 1590/2006, en el cual fundamenta su desconocimiento como motivo de revisión constitucional, que se aclara de manera más explícita que el juez competente debe analizar los requisitos de procedencia de las medidas cautelares para poder acordar la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado, previa constatación de la afectación de los intereses del mercado o los intereses de los terceros involucrados, que en la materia de libre competencia se circunscribe a los competidores del mercado -competencia vertical u horizontal-.

En este sentido, se aprecia que la actuación de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia se encuadra en la típica consecución de una competencia de policía administrativa en el área económica, la cual de conformidad con la ley, tendrá atribuida la posibilidad de imponer sanciones por el quebrantamiento de la normativa especial que rige su ámbito de actuación, esta es, la contenida en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. En consecuencia, se advierte que dicha función, no sólo se justifica por la evidente garantía que significa para el particular imputado, sino también, por la necesidad que comporta -por el objeto tutelado para el Estado: el mercado y los consumidores- que se provee sobre las imputaciones (denuncia) que formule cualquier otro competidor dentro de un mercado relevante, y cuyas motivaciones sean, precisamente, la de cuestionar los modos de proceder del competidor y las afectaciones y daños que padezca por los primeros.

Así se aprecia, que la mencionada Superintendencia tiene por objeto la protección de una relación piramidal, que abarca no sólo a la actividad de los distintos competidores del mercado, sino que adicional a ello tiene un efecto consecuencial que es la protección del consumidor que se pudiere ver afectado por la realización de prácticas anticompetitivas en forma indirecta; sin embargo, su actuación no se agota en ese escenario de situaciones, sino que su función primordial es la protección del mercado, el cual se ve representado en el interés general.

En este sentido, el derecho de la competencia ha evolucionado de la protección de intereses particulares a la protección del interés del mercado, en virtud de la consagración del Estado Venezolano como un Estado Social y de Derecho y que más específicamente, tiene su tutela jurídica en la protección del mercado y aseguramiento de la libre competencia, establecida en el artículo 299 del Texto Constitucional.

En el marco de ese objetivo, la cláusula general no se limita a realizar exclusivamente la tradicional función que hasta entonces venía desempeñando (protección de los competidores), sino que además realiza una función preventiva respecto de determinadas conductas de mercado, en este sentido, la Administración desempeña una función instrumental respecto del derecho protector de la libre competencia.

En este escenario, es que el órgano sancionador -la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia- en cumplimiento de tan excelsa función, es que puede imponer a los particulares determinados comportamientos que abarquen un ámbito de irradiación mayor a la simple imposición de una sanción pecuniaria, como son los establecidos en el artículo 38 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, y es en función de éstos que la Sala Constitucional en sentencia N° 1260/2002, dispuso lo siguiente:

“...Justamente, como fuera advertido en párrafos precedentes, la modalidad cautelar establecida en el artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia pudiese afectar a particulares diferentes del accionante en el juicio contencioso admi-

nistrativo de nulidad, más aún atendiendo a la realidad de que los procesos sancionatorios llevados a cabo por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia pudiesen ser enmarcados dentro del concepto de los procedimientos ‘cuasijurisdiccionales’.

En estos términos, debe esta Sala hacer notar el hecho de que la aplicación de la modalidad cautelar establecida en el artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia pudiese afectar de manera grave tanto al mercado y en consecuencia a los consumidores, como a aquellos agentes económicos contra los cuales hubiese operado de hecho la conducta prohibida desplegada por el particular sancionado, de manera tal que en una interpretación constitucionalizante, estima esta Sala que el órgano jurisdiccional encargado de conocer de la nulidad de los actos de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia deberá tener en cuenta, en cada caso concreto, a los efectos de acordar la suspensión de efectos según lo establecido en el tantas veces aludido artículo 54, la afectación que tal suspensión tendría sobre los intereses generales o terceros definidos. Así pues, la amplia potestad cautelar que le es propia a los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa, permite que éstos reduzcan el monto de la caución ‘propuesta referencialmente’ por la Administración, cuando consideren que ésta se haya excedido en tal fijación; pero, asimismo, deben rechazar la caución y la consecuente suspensión de la ejecución del acto impugnado, en el exclusivo caso de que sea evidente que tal medida afectará intereses generales o de terceros definidos.

Precisado lo anterior se concluye que la fórmula derivada del artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, en concordancia con el párrafo segundo del artículo 38 *eiusdem*, representa una modalidad legal de suspensión de los efectos de los actos administrativos recurridos en vía judicial que no sólo está acorde con las necesidades de una efectiva tutela cautelar sino que a la vez la hace más efectiva y expedita. Por todas las consideraciones antes expuestas esta Sala observa que el artículo 38 Parágrafo Segundo y el artículo 54 de la Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, interpretados en los términos expuestos en el presente fallo no vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 26 de la Constitución de 1999, así como tampoco representan una vulneración del principio de separación de poderes previsto en nuestro ordenamiento constitucional. Así se declara”.

Así pues, la Sala en su oportunidad estableció que debía el juez en cada caso concreto determinar los efectos de la incidencia de la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado en el mercado o en el sujeto pasivo de la conducta prohibida, lo cual como antecedente histórico, previo a la creación de esta Sala y anterior a la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, había expuesto la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 5 de mayo de 1997, recaída en el caso: “Coca Cola - Pepsi Cola”, en la cual se afirmó que no siempre las Resoluciones de la Superintendencia afectan únicamente a ciertos particulares; sino que, como sin duda ha ocurrido en el caso sub examine, afectan los derechos e intereses de partes contrapuestas, por lo que la suspensión automática en ciertos casos podía ocasionar violaciones al derecho a la defensa de la contraparte, el cual no sólo cuenta con el pronunciamiento preliminar del órgano administrativo sino que éste último es el encargado de velar por el mantenimiento de las condiciones propicias para una libre competencia.

No obstante ello, esta Sala con ocasión de la interpretación del artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, quiso evitar una práctica perniciosa ejercida por los particulares y en ciertas ocasiones acordadas por los tribunales competentes para conocer de la suspensión de los efectos del acto impugnado de manera íntegra, sin apreciar si la resolución en cuestión ordenaba determinados comportamientos a los sujetos infractores en beneficio del mercado.

En efecto, se aprecia que conforme a lo expuesto en los fallos Nros. 1590/2006, 1596/2006 y 2412/2006, es necesario que esta Sala reitere el adecuado contenido interpretativo del artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, en el sentido de que si la Resolución impugnada sólo tiene como mandamiento el establecimiento de una multa, podrá el Tribunal acordar la suspensión de los efectos del acto sin necesidad de entrar a valorar ninguno de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares en materia de derecho de la competencia (*fumus boni iuris, periculum in mora* y ponderación de intereses), si el particular previa solicitud de suspensión de efectos, consigna el monto de la caución o fianza. Sin embargo, si la Resolución impugnada contiene algún mandamiento o comportamiento, sin importar los efectos de irradiación de la misma, el juez contencioso deberá proceder a analizar de manera minuciosa y motivada los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, aun cuando el particular haya consignado la caución o fianza, por cuanto es en estos supuestos cuando los intereses del mercado o los competidores pudieran resultar lesionados en la esfera de sus derechos y/o garantías constitucionales.

Lo que no obsta, para que si en un caso concreto el órgano administrativo sancionador haya impuesto simultáneamente el cese de un comportamiento ilícito por parte de la empresa sancionada o el establecimiento de un mandato y adicionalmente la imposición de una multa, pueda el órgano jurisdiccional competente acordar la suspensión de los efectos de la resolución impugnada en cuanto a la multa, siempre y cuando la parte afectada haya consignado previamente la caución o fianza correspondiente, dejando en consecuencia vigentes los efectos del determinado mandamiento o comportamiento impuesto por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, salvo que el referido Tribunal acuerde igualmente la procedencia de la suspensión de los efectos de tales órdenes previa constatación de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares.

Un ejemplo de ello, lo constituye las decisiones dictadas por la Sala Político Administrativa en cumplimiento de los fallos Nros. 1590/2006, 1596/2006 y 2412/2006 dictados por esta Sala, mediante los cuales se analizó la constitucionalidad con ocasión del examen abstracto de la constitucionalidad de la desaplicación por control difuso efectuada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. En este sentido, interesa destacar sentencia de la Sala Político Administrativa N° 920/2007, en la cual suspendió *ope legis* la multa impuesta y dejó vigente el mandamiento ordenado al justiciable que estableció “(...) la eliminación del concepto ‘Larga Distancia Nacional’ dentro de la instalación, operación, prestación y explotación del servicio de telefonía móvil (...)”. Al efecto, expuso la referida Sala lo siguiente:

“Por último, en relación a que el recurso contencioso administrativo sea incoado contra una multa impuesta por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, se evidencia del expediente que, efectivamente, el recurso en cuestión fue ejercido contra la referida providencia que resolvió sancionar a la empresa accionante ‘...de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 166 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, con multa impuesta de Veinticinco Mil Unidades Tributarias (25.000 U.T.)...’. En consecuencia, también está cumplido el tercer supuesto contemplado en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Así se declara.

En virtud de las consideraciones anteriormente expresadas, esta Sala debe declarar procedente la medida de suspensión de los efectos de la Providencia Administrativa N° PADS-451 del 2 de junio de 2004, dictada por el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, solicitada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sólo respecto de la multa impuesta”. (*Vid.* En igual sentido, sentencia de la Sala Político Administrativa N° 381/2007).

En resumen, esta Sala reafirma que debe interpretarse que el requisito de la ponderación de interés debe aplicarse sólo cuando la Administración sancionadora haya impuesto órdenes de hacer, dar o no hacer, en virtud de que son tales actos los que inciden directamente en la protección de los intereses del mercado.

En consecuencia, se aprecia que la Sala Político Administrativa contrarió el criterio establecido por esta Sala en los fallos N° 1590/2006 y 1596/2006, en cuanto a la suspensión de los efectos *ope legis* de los actos administrativos que impongan sanciones económicas, siempre y cuando la ley establezca tal posibilidad y previa constitución de la caución correspondiente, ello por vulnerar el principio de presunción de inocencia, establecido en el artículo 49.2 del Texto Constitucional y, por no generar la suspensión de las sanciones económicas, mientras se decide el fondo de la causa, efectos perturbadores del mercado ni a los terceros, quedando a salvo como se expuso en el referido fallo, la posibilidad de éstos -terceros- o al órgano administrativo sancionador de ejercer los medios de impugnación establecidos en el ordenamiento jurídico contra tales medidas cautelares (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 1260/2002).

Conforme a lo expuesto, debe esta Sala declarar ha lugar la revisión constitucional y, en consecuencia, anularse el fallo N° 2.569 dictado el 15 de noviembre de 2006, por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante el cual declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido por la referida sociedad mercantil contra la decisión dictada el 10 de mayo de 2005, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que declaró improcedente la suspensión de efectos de la Resolución N° SPPLC/0033-03, del 14 de noviembre de 2003, dictada por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, y en consecuencia, se declara la nulidad de la sentencia revisada.

Finalmente, aprecia esta Sala que en aras de garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva de las partes y, en atención a la potestad atribuida a esta Sala Constitucional, en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, tratándose el presente caso de mero derecho y el no requerimiento de actividad probatoria alguna, se declara con lugar la apelación ejercida contra la sentencia dictada el 10 de mayo de 2005, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que declaró improcedente la suspensión de efectos de la Resolución N° SPPLC/0033-03, del 14 de noviembre de 2003, dictada por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, mediante la cual se le impuso a la referida empresa una multa correspondiente al 0,5% de las ventas brutas al cierre del ejercicio económico del año 2002, lo que es equivalente a la cantidad de ochocientos seis millones novecientos diez mil bolívares (Bs. 806.910.000,00), actualmente ochocientos seis mil novecientos diez bolívares fuertes (Bs. 806.910,00). En tal sentido, se anula la sentencia dictada por la referida Corte Primera y en consecuencia, se ordena emitir un nuevo pronunciamiento a las Cortes de lo Contencioso Administrativo, sobre la medida cautelar solicitada, previa constatación de las condiciones para declarar la medida cautelar solicitada conforme al criterio expuesto en el presente fallo Así se decide.

Voto Concurrente de la Magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado

Quien suscribe, Magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado, presenta el voto concurrente que sigue, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, respecto del fallo que antecede, en el cual la mayoría sentenciadora de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, declaró HA LUGAR la solicitud de revisión efectuada por los abogados José Valentín González, José Humberto Farías y Álvaro Guerrero Hardy, actuando en su condición de apoderados judiciales de la sociedad mercantil CEMEX DE VENEZUELA, S.A.C.A., anteriormente denominada Corporación

Venezolana de Cementos S.A.C.A. anuló la decisión N° 2.569 del 15 de noviembre de 2006, dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y ordenó a dicha Sala se pronuncie conforme a la doctrina expresada en el fallo, con fundamento en las razones que se señalan a continuación:

La solicitud de revisión fue interpuesta contra el fallo N° 2.569 del 15 de noviembre de 2006, dictado por la Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia, la cual declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido por la referida sociedad mercantil contra la decisión dictada el 10 de mayo de 2005 por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que declaró improcedente la suspensión de efectos de la Resolución N° SPPLC/0033-03 dictada por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, mediante la cual se le impuso a la aludida empresa una multa correspondiente al 0,5% de las ventas brutas al cierre del ejercicio económico del año 2002.

En tal sentido, el fallo del que se concurre declaró “HA LUGAR la revisión constitucional interpuesta por los abogados José Valentín González, José Humberto Farías y Álvaro Guerrero Hardy, (...) actuando en su condición de apoderados judiciales de la sociedad mercantil CEMEX DE VENEZUELA, S.A.C.A.; Se declara la NULIDAD de la sentencia revisada y; Se ORDENA a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, se pronuncie conforme a la doctrina expresada en el presente fallo”.

Se observa en la sentencia emitida por esta Sala, que la Sala Político Administrativa declaró la improcedencia de la aplicación del criterio establecido en el fallo dictado por esta Sala Constitucional N° 1590/2006, con el fundamento de que el mismo se circunscribe a la materia de telecomunicaciones, señalándose que difiere en su contenido de la materia de libre competencia; asimismo, fundamentó su negativa en la sentencia dictada por esta Sala N° 1260/2002, en la cual se interpretó el contenido del artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Así, la sentencia señala que “la Sala Político Administrativa contrarió el criterio establecido por esta Sala en el fallo N° 2412/2006, en cuanto a la suspensión de los efectos ope legis de los actos administrativos, que impongan sanciones económicas, siempre y cuando la ley establezca tal posibilidad y previa constitución de la caución correspondiente, ello por vulnerar el principio de presunción de inocencia, establecido en el artículo 49.2 del Texto Constitucional y, por no generar la suspensión de las sanciones económicas, mientras se decide el fondo de la causa, efectos perturbadores del mercado ni a los terceros, quedando a salvo como se expuso en el referido fallo, la posibilidad de éstos –terceros- o al órgano administrativo sancionador de ejercer los medios de impugnación establecidos en el ordenamiento jurídico contra tales medidas cautelares”.

En tal sentido, considera quien concurre que, la Sala no se pronunció sobre la falta de impulso procesal del solicitante del recurso de revisión, que se evidencia de la ausencia de diligencias y solicitudes de proveimiento por parte de los apoderados de la empresa, siendo que la última diligencia fue del 06 de mayo de 2009, mediante la que se solicitó el respectivo pronunciamiento en la causa.

Del mismo modo, el acto de juzgamiento que resuelve el recurso de revisión dictamina que la Sala Político Administrativa en su fallo, contrarió el criterio establecido anteriormente por esta Sala “...por vulnerar el principio de presunción de inocencia...” y porque la suspensión de los efectos del acto administrativo que impuso la multa, no genera “...efectos perturbadores del mercado ni a los terceros, quedando a salvo como se expuso en el referido fallo, la posibilidad de éstos –terceros- o al órgano administrativo sancionador de ejercer los medios de impugnación establecidos en el ordenamiento jurídico contra tales medidas cautela-

res”. Al respecto, en efecto se concuerda con la decisión de que ha sido contrariado el criterio sentado por esta Sala en su sentencia N° 2412/2006; no obstante, el hecho de la no suspensión reglada de los efectos de un acto administrativo emitido en ejercicio de la potestad sancionatoria que le acuerde la ley a un órgano público, no implicaría de suyo que no ha sido observado el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 49.2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así, debe tenerse presente que la garantía al debido proceso, la presunción de inocencia y el resto de los derechos que enuncia el precitado artículo 49 ejusdem, serán observados tanto en sede judicial como en los procedimientos que tengan lugar en sede administrativa, de conformidad con las leyes y actos de rango sublegal que fueran aplicables.

Ahora bien, respecto de la aseveración expresada en la Sentencia de la Sala, sobre la evolución del derecho de la competencia “...de la protección de intereses particulares a la protección del interés del mercado” y del análisis referido a los “efectos perturbadores del mercado”, que debe valorar el juzgador contencioso administrativo, es menester apuntar algunas nociones que consagra la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el marco del Estado social y democrático de derecho y de justicia en que se constituye la República.

Efectivamente, la evolución del derecho de la competencia ha trascendido para honrar precisamente los postulados constitucionales según los cuales, el Estado debe adoptar las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección de las personas en el acceso a los bienes y servicios en igualdad de condiciones, los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas para garantizar el abastecimiento de los bienes necesarios para la población. Así, es responsabilidad del Estado la prevención, control y sanción de todo ilícito económico y de modo esencial, tal como lo señala el artículo 114 Constitucional, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos, los cuales se encuentran tipificados en los instrumentos legales respectivos. De esta manera, la Carta Magna señala la orientación del modelo productivo y económico de la República Bolivariana de Venezuela, el cual responde precisamente a las necesidades humanas, teniendo el Estado como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, la construcción de una sociedad justa, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución, en el marco de un modelo económico y social que privilegie los intereses de la población y no los del capital.

Bajo tales orientaciones se dispone el contexto que sirve para la ponderación de aquellos eventuales efectos perturbadores que pudieran derivarse para el mercado, al momento de acordar cautelarmente la suspensión de los efectos de una sanción pecuniaria impuesta por un órgano en el ejercicio de una expresión de la actividad de policía administrativa, a tenor de los supuestos que contempla la ley aplicable y el criterio que ha sostenido esta Sala Constitucional y otros órganos de la jurisdicción contencioso administrativa. En ese sentido, siempre deberá ponderarse el interés general cuya tutela corresponde al Estado, a la luz de las orientaciones humanistas de la regulación económica antes apuntadas –extraídas de nuestra Constitución Económica-, frente al interés de una o varias personas jurídicas que han sido objeto de una medida sancionatoria respecto de la cual tienen todos los medios de defensa e impugnación que consagra el ordenamiento jurídico aplicable.

Queda así expresado voto concurrente anunciado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

C. *Perención*

TSJ-SC (263)

9-3-2012

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Raimo José Mendoza (Revisión de Sentencia)

De conformidad con lo previsto en el artículo 271 del Código de Procedimiento Civil, es a partir del momento en que el Juez emite el pronunciamiento sobre la perención, cuando comienza a transcurrir el lapso para que la parte demandante vuelva a interponer la demanda, que nada tiene que ver con el momento a partir del cual comienza a transcurrir el lapso para ejercer el recurso de apelación

El artículo 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, prevé un mecanismo extraordinario de tutela constitucional, mediante el cual esta Sala tiene la tarea de “revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva”, en su condición de máximo intérprete del Texto Fundamental (artículo 335 *eiusdem*).

Tal potestad de revisión de sentencias definitivamente firmes abarca tanto fallos que hayan sido dictados por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 25, cardinal 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) como los que pronuncien los demás Tribunales de la República (artículo 25, cardinal 10 *eiusdem*), pues la intención final es que la Sala Constitucional ejerza su atribución de máximo intérprete de la Constitución, según lo que establece el artículo 335 del Texto Fundamental.

En el presente caso se solicitó la revisión constitucional de la decisión emitida el 11 de julio de 2011 por la Sala de Casación Civil de este máximo Tribunal, razón por la cual esta Sala asume la competencia para conocer de dicha solicitud, de conformidad con lo previsto en el cardinal 11 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se declara.

Establecida la competencia, esta Sala observa que el argumento fundamental del solicitante es que la sentencia núm. 000299/2011 del 11 de julio de 2011, emitida por la Sala de Casación Civil de este máximo Tribunal con ocasión del recurso de casación que ejerció contra el fallo del 25 de enero de 2011, dictado por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Bancario, del Tránsito y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, que declaró sin lugar el referido recurso, contrarió el criterio vinculante de esta Sala establecido en la decisión núm. 956/2001 del 1 de junio, caso: *Frank Valero González y otros*, lo cual vulneró sus derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva al disponer que el lapso para interponer nuevamente una demanda, luego de haberse verificado la perención que prevé el artículo 271 del Código de Procedimiento Civil, transcurre a partir de que la sentencia mero declarativa de la perención quede definitivamente firme.

Al respecto, debe señalarse que el fallo de esta Sala (Véase Sentencia N°956 de 1 -6-2001, caso: “Fran Valero González” en *Revista de Derecho Público* N° 85-86/87-88 de 2001 pp. 304 ss).

..Ahora bien, en la sentencia objeto de revisión se aprecia que la Sala de Casación Civil declaró sin lugar el recurso de casación interpuesto por el hoy solicitante, atendiendo los

precedentes jurisprudenciales de las sentencias que la misma ha emitido en cuanto a la interpretación del artículo 271 del Código de Procedimiento Civil, señalando expresamente que “en la exégesis de la previsión contenida en el artículo 271 del Código de Procedimiento Civil, además de perseguir la extinción del proceso, está destinada a servir de prevención y estímulo a los litigantes para reactivar el proceso a tiempo y no dejar caducarlo, y en consecuencia, si la demanda fuese propuesta anticipadamente, antes de vencer los noventa (90) días de prohibición temporal, el juez puede de oficio declararla inadmisibile, y siendo que dicha norma persigue sancionar al litigante negligente, el contar los noventa (90) días a partir del momento en que se efectúa, opera, o se consuma la perención, impediría la finalidad práctica de la sanción prevista en la norma; por lo que, al vocablo verificar se le debe asignar el sentido propio de la palabra probar, constatar o declarar, y en consecuencia, los noventa (90) días de inadmisibilidad temporal de la pretensión deben dejarse transcurrir a partir de la firmeza del fallo que declare la perención” (destacado del escrito).

En el análisis del caso sub iudice resulta pertinente traer a colación las disposiciones de los artículos 269, 270 y 271 del Código de Procedimiento Civil, que establecen lo siguiente:

“Artículo 269. La perención se verifica de derecho y no es renunciabile por las partes. Puede declararse de oficio por el Tribunal y la sentencia que la declare, en cualquiera de los casos del artículo 267, es apelable libremente”.

“Artículo 270. La perención no impide que se vuelva a proponer la demanda, ni extingue los efectos de las decisiones dictadas, ni las pruebas que resulten de los autos; solamente extingue el proceso (...)”.

“Artículo 271. En ningún caso el demandante podrá volver a proponer la demanda, antes de que transcurran noventa días continuos después de verificada la perención”.

De los artículos transcritos resaltan los siguientes aspectos:

1. Que la perención se verifica de derecho; por tanto, puede declararse de oficio;
2. Que la perención no es renunciabile por las partes;
3. Que la decisión que declare la perención puede ser apelada;
4. Que su declaratoria no impide que se vuelva a proponer la demanda –la cual podrá interponerse luego de que transcurran noventa días después de que se haya verificado- ni extingue los efectos de las decisiones dictadas; tal como lo afirmó el fallo núm. 956/2001, transcrito supra;
5. Que la perención solo extingue el proceso.

Así pues, por una parte se advierte que es imperativo que el Tribunal notifique de la decisión que declaró la perención a las partes, en cualquiera de los supuestos que prevé el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, con el fin de garantizar su derecho a la defensa; y solo a partir de que ocurra la misma comienza a transcurrir el lapso para ejercer el recurso de apelación correspondiente.

Por otra parte, es preciso indicar el momento a partir del cual comienza a transcurrir el lapso de noventa (90) días para volver a proponer la demanda, luego de haberse declarado la perención; ya que pareciera que la Sala de Casación Civil de este máximo Tribunal realizó una interpretación matizada del artículo 271 del Código de Procedimiento Civil, pues conforme lo señala la misma pareciera que tal lapso se cuenta a partir de la firmeza del fallo mero declarativo de perención. Sin embargo, si se entiende de tal manera se estaría prolongando un lapso que no prevé el dispositivo legal, que a la letra dispone que este comenzará a contarse “después de verificada la perención”.

Según la Real Academia Española, el vocablo “verificar” alude a “comprobar o examinar la verdad de algo” y conforme a la norma citada, en el caso de la perención, el Juez realiza esta acción al momento de comprobar que la misma ocurrió, bien sea de oficio o a petición de parte. Por tanto, a la letra de lo previsto en el citado artículo 271 del Código de Procedimiento Civil, es a partir del momento en que el Juez realiza tal acción y emite el pronunciamiento correspondiente, cuando comienza a transcurrir el lapso para que la parte demandante vuelva a interponer la demanda, que nada tiene que ver con el momento a partir del cual comienza a transcurrir el lapso para ejercer el recurso de apelación.

Esta Sala debe advertir que la interpretación analógica que realizó la Sala de Casación Civil de este máximo Tribunal del artículo 1.982 del Código Civil a la perención no es congruente, puesto que el aludido dispositivo legal está referido a las prescripciones breves y en nada se asemeja a la caducidad de la acción, aunado a que esta última figura tiene su propia prescripción legal.

Así las cosas, esta Sala estima que el fallo bajo examen efectivamente infringió los derechos a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva del hoy solicitante, al declarar sin lugar el recurso de casación por él interpuesto contra el fallo del 25 de enero de 2011, expedido por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Bancario, del Tránsito y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, que declaró con lugar la cuestión previa referente a la prohibición de la ley de admitir la acción propuesta y extinguido el proceso, en el marco del juicio por daños morales y materiales intentado por el solicitante. Por tanto, se declara que ha lugar la revisión de la sentencia N° 000299/2011 del 11 de julio de 2011, dictada por la referida la Sala. Así se decide.

En consecuencia, se anula el fallo N° 000299/2011 del 11 de julio de 2011 dictado por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia y se le ordena que una vez constituida la Sala accidental dicte nuevo fallo con sujeción a la doctrina establecida en la presente sentencia. Así se decide.

Finalmente, dado que el criterio expuesto en la presente decisión resulta relevante, esta Sala ordena su publicación en Gaceta Judicial. Así se decide.

3. *El Contencioso Administrativo por Abstención*

TSJ-SPA (249)

21-3-2012

Magistrado Ponente: Mónica Misticchio Tortorella

Caso: Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA)

La Sala considera que el Ministerio de Relaciones Exteriores no estaba obligado a dar respuesta a una solicitud de información

Siendo la oportunidad correspondiente para decidir el recurso por abstención o carencia interpuesto por la representación judicial de la Asociación Civil Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA), contra la presunta omisión del Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores en dar respuesta a su solicitud de información acerca del trámite llevado por ese Despacho para la “definitiva ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se observa lo siguiente:

Cursa a los folios 21 al 23 del expediente Comunicación de fecha 12 de julio de 2010, suscrita por el ciudadano Antonio Puppio, actuando como Coordinador (Programa de Exigibilidad en DESC PROVEA), dirigida al Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores, recibida en esa misma fecha, mediante la cual expresó lo siguiente:

“...Solicitamos información acerca del trámite que lleva el Despacho a su digno cargo para la definitiva ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Exhortamos, al mismo tiempo, si fuere el caso para que se agilicen todas las gestiones necesarias para la definitiva ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Solicitamos una reunión ante su Despacho o la persona que a bien designe para conversar sobre los avances, necesidad y beneficios que significaría para los habitantes de la República Bolivariana de Venezuela la vigencia del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

Como puede observarse, el mencionado Coordinador de la Asociación Civil Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA), se dirigió al Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores, a los fines de solicitar información en relación con el trámite llevado por ese Despacho para la definitiva ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, solicitud frente a la que -a su decir- no obtuvo respuesta alguna.

Al respecto, dado que ya esta Sala mediante sentencia N° 01092 de fecha 9 de agosto de 2011, publicada el 10 de ese mismo mes y año, emitió pronunciamiento en lo atinente a la celebración y entrada en vigencia de los tratados internacionales, se considera necesario referir dicho pronunciamiento, el cual es del tenor siguiente:

“...considera la Sala necesario traer a colación lo dispuesto en la Convención de Viena, específicamente, su Parte II, referida a la ‘Celebración y entrada en vigor de los tratados’, Sección Primera, ‘Celebración de los Tratados’, punto N° 11, en la cual se prevé lo siguiente:

‘11. Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado: El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido’. (Resaltado del texto).

Asimismo, los puntos Nros. 14 y 16, de la mencionada Sección Primera, disponen lo que a continuación se transcribe:

4. Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la ratificación, la aceptación o la aprobación. I. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la ratificación:

a) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación;

(...*omissis*...)

16. Canje o depósito de los instrumentos de ratificación aceptación aprobación o adhesión. Salvo que el tratado disponga otra cosa los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión harán constar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado al efectuarse:

(...*omissis*...)

b) su depósito en poder del depositario; (...). (Resaltado del texto).

Tales disposiciones contemplan de manera general las formas en las que un Estado manifiesta su consentimiento de obligarse por un tratado internacional, entre ellas se encuentran: la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión; estableciendo los supuestos que deben darse para cada una de estas formas de consentimiento.

Así, dispone dicha Convención que cuando se manifiesta el consentimiento mediante la ratificación, aceptación o aprobación, tal circunstancia debe contemplarla el texto del tratado, y se hará constar internacionalmente mediante el depósito de dicho instrumento de ratificación [o de adhesión] ante el organismo correspondiente”. (Negrillas de la cita).

De modo que, de conformidad con lo dispuesto en el fallo parcialmente citado, atendiendo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido, consentimiento que se hará constar internacionalmente mediante el depósito de dicho instrumento ante el organismo correspondiente. En el caso bajo estudio, se observa que el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone lo siguiente:

“Artículo 17 Firma, ratificación y adhesión

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de cualquier Estado que haya firmado el Pacto, lo haya ratificado o se haya adherido a él.
2. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación por cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido a él. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
3. El presente Protocolo quedará abierto a la adhesión de cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido a él.
4. La adhesión se hará efectiva mediante el depósito del instrumento correspondiente en poder del Secretario General de las Naciones Unidas” (Destacado de la cita)

Como puede apreciarse, el referido Protocolo Facultativo quedó sujeto a la ratificación o adhesión de cualquier Estado que hubiere firmado el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyos instrumentos de ratificación o de adhesión se depositarían en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Ahora bien, para el momento en que se interpuso el recurso por abstención bajo análisis -9 de noviembre de 2010- Venezuela aún no había suscrito el aludido Protocolo Facultativo adoptado por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2008, lo cual se llevó a cabo recientemente 4/2011.

En ese contexto, debe la Sala referir nuevamente su fallo N° 01092 de fecha 9 de agosto de 2011, en el que analizó el procedimiento para la formación de los tratados en la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que, en el caso de autos, la parte actora solicita información sobre el trámite para la “ratificación del Protocolo Facultativo”. Así, se estableció en esa decisión que:

“...por lo que al procedimiento respecta, la doctrina patria ha indicado que éste comprende ‘varias etapas que exigen la intervención de voluntades correspondientes a órganos estatales diferentes y que culmina cada una con un acto jurídico determinado’. Dichas etapas son las siguientes: ‘Celebración o adhesión’; ‘Aprobación’ que incluye: ‘Discusión, Sanción, Promulgación y Publicación’; ‘Exequibilidad, Ratificación, Canje o Depósito’.

Con relación a la aprobación -segunda etapa en la formación de los tratados-, la doctrina la define como 'aprobación legislativa' la cual a su vez consta de varios pasos -tal como se señaló con anterioridad- que comienzan con la presentación del proyecto del tratado ante la Asamblea Nacional y culminan con la publicación de una ley formal denominada 'Ley Especial Aprobatoria del Tratado Internacional', de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del artículo 154 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En lo que concierne a 'la naturaleza jurídica de la Ley Aprobatoria', se ha sostenido que dicho instrumento jurídico no puede entenderse como un acto de aprobación del tratado, sino como una autorización del Parlamento que habilita al Presidente de la República para ratificar el mismo.

En lo que atañe a la ratificación, esta ha sido concebida por la doctrina venezolana como el acto jurídico por el cual el Primer Mandatario Nacional actuando no como Jefe del Ejecutivo, sino como Jefe de Estado, hace efectivo, en la esfera internacional, el consentimiento del Estado de asumir como sujeto de Derecho Internacional Público, las obligaciones y derechos que constituyen el contenido del proyecto del tratado.

Aclara igualmente la doctrina que 'la ratificación del tratado es un acto diferente de la promulgación de la ley aprobatoria, que es el acto jurídico mediante el cual el Presidente de la República, actuando como Jefe del Ejecutivo concurre a la formación de la ley aprobatoria del tratado'.

Finalmente, se entiende por canje o depósito, 'el acto jurídico mediante el cual se lleva a conocimiento de él o de los demás sujetos del Derecho Internacional Público, signatario del tratado, la voluntad de obligarse del Estado'.

Aplicando los postulados antes expuestos, cabe precisar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 236, al hacer mención a las atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República, dispone lo siguiente:

'Artículo 236. Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: (...*omissis*...)

4. Dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales.'

En este mismo contexto, los artículos 154 y 217 de la Carta Magna prevén que:

'Artículo 154. Los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente o Presidenta de la República, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional.'

'Artículo 217. La oportunidad en que deba ser promulgada la ley aprobatoria de un tratado, de un acuerdo o de un convenio internacional, quedará a la discreción del Ejecutivo Nacional, de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República.'

De las normas transcritas, se desprende que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reserva de manera exclusiva en el Presidente de la República, la dirección de las relaciones internacionales, así como también la celebración y ratificación de los tratados, acuerdos o convenios internacionales; funciones éstas que ejerce de manera discrecional y de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República para la realización de tales actos. Igualmente, de las disposiciones constitucionales ya referidas se evidencia, que antes del acto de ratificación de un tratado o convenio internacional por parte del Primer

Mandatario Nacional, el Poder Legislativo deberá aprobar dicho Instrumento Internacional, mediante la publicación en la *Gaceta Oficial* de la Ley Aprobatoria del tratado o convenio, la cual contendrá el texto íntegro del mismo” (Negrillas de la cita).

Conforme con la sentencia antes citada, la formación de un tratado internacional constituye un acto complejo conformado por la celebración o suscripción del acuerdo, aprobación - que incluye la discusión, sanción, promulgación y publicación de la Ley Aprobatoria del Tratado por la Asamblea Nacional- y la ratificación, canje o depósito como manifestación de la voluntad del Estado en obligarse, frente a los demás sujetos del Derecho Internacional Público.

Igualmente, se desprende de la decisión supra citada, tomando en consideración los artículos 154, 217 y 236, numeral 4, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que tanto la oportunidad en la que deba ser promulgada la Ley Aprobatoria de un tratado o convenio internacional, así como la definitiva ratificación o adhesión de estos, dependen de competencias discrecionales del Presidente de la República, de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República.

De manera que, en el caso de autos, dado que apenas en fecha 4 de octubre de 2011, fue suscrito por la República Bolivariana de Venezuela el aludido Protocolo Facultativo, sin que para el momento en que se emite el presente fallo se hubiere publicado la Ley Aprobatoria, y menos aún, el Presidente de la República haya manifestado su intención de ratificar o adherirse al mencionado acuerdo, resulta por tanto inexigible la obligación del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de realizar el respectivo trámite de ratificación o adhesión en cuestión, previsto en el Reglamento Orgánico de ese Órgano, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.245 de fecha 19 de agosto de 2009, que dispone:

“Artículo 8°. Corresponde a la Consultoría Jurídica:

(...*omissis*...)

7. Elaborar documentos y ejecutar procedimientos necesarios para la ratificación, adhesión, reserva, prórroga, depósito, ejecución, entrada en vigor, denuncia y terminación de tratados, convenios, protocolos, declaraciones, actas, acuerdos y demás instrumentos internacionales.”

Siendo ello así, el Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores –para la presente fecha- no está obligado a dar respuesta sobre lo peticionado por la Asociación Civil Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA), tal como, acertadamente lo sostuvieron tanto la representación de la República como del Ministerio Público. En consecuencia, se declara sin lugar el recurso por abstención o carencia ejercido. Así se decide.

4. *El Contencioso Administrativo Especial*

A. *El Contencioso Administrativo Agrario: Garantía de permanencia agraria*

TSJ-SC (1)

3-2-2012

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Pedro Francisco Moreno Pérez vs. Decisión Juzgado Superior Quinto Agrario Civil Bienes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas con competencia en lo Contencioso Administrativo de la Región Nor Oriental.

La garantía de permanencia agraria es una institución jurídica del derecho agrario venezolano, concebida en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario como una protección a la tenencia de la tierra, cuyo fin primordial es garantizarle a los productores agrarios la continuidad en la posesión de la tierra que ocupan con fines productivos, constituyéndose en una garantía especial que impide ser perturbados o desalojados, evitando así la interrupción su actividad productiva lo cual favorece a la producción agroalimentaria de la Nación.

En primer término, resulta necesario determinar la naturaleza del amparo incoado, que no es otra que el denominado “amparo contra decisión judicial”, estipulada en el artículo 4 de la Ley Orgánica Sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En ese sentido, esta Sala Constitucional en sentencias dictadas el 27 de julio de 2000 (caso: “*Segucorp*”), el 4 de abril de 2001 (caso: “*Cilo Antonio Anual Morales*”), y el 3 de mayo de 2004 (caso: “*Italian Furniture, C.A.*”) ha reiterado:

“(…) en el procedimiento de amparo el juez enjuicia las actuaciones del poder público o de los particulares, que hayan podido lesionar los derechos fundamentales. Pero, en ningún caso, puede revisar, por ejemplo, la aplicación o interpretación del derecho ordinario, por parte de la administración o los órganos judiciales, a menos que de ella se derive una infracción directa de la constitución (…)”

En concordancia con las precedentes decisiones, de la revisión de las actas que conforman el presente expediente esta Sala constató, que el Juzgado Superior Quinto Agrario Civil-Bienes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas con competencia en lo Contencioso Administrativo de la Región Nor Oriental, efectivamente omitió pronunciarse en la sentencia recurrida con respecto al acto de apertura de la garantía de permanencia emitido por el Instituto Nacional de Tierras a favor del presunto agraviado ciudadano Pedro Francisco Moreno Pérez, así como de los efectos procesales derivados del mismo, lo cual evidentemente nos coloca en presencia de un error de juzgamiento del juez, siendo necesario determinar si tal infracción constituye una violación directa a las garantías supremas del debido proceso y el derecho a la defensa que correspondían al hoy quejoso, para determinar así la procedencia o no del presente amparo constitucional.

Así las cosas, la garantía de permanencia agraria es una institución jurídica del derecho agrario venezolano, concebida en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario como una protección a la tenencia de la tierra, cuyo fin primordial es garantizarle a los productores agrarios la continuidad en la posesión de la tierra que ocupan con fines productivos, constituyéndose en una garantía especial que impide ser perturbados o desalojados, evitando así la interrupción su actividad productiva lo cual favorece a la producción agroalimentaria de la Nación.

Dicha garantía la encontramos consagrada en el artículo 17 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, que establece en su párrafo tercero lo siguiente:

“Artículo 17.- Dentro del régimen del uso de tierras con vocación para la producción agrícola que permita alcanzar la soberanía alimentaria, se garantiza: (...) Parágrafo Tercero: En cualquier estado y grado del proceso judicial de que se trate, puede consignarse el acto dictado por el Instituto Nacional de Tierras (INTI), que dé inicio al procedimiento para la declaratoria de la garantía de permanencia, o el acto definitivo que la declara, debiendo el juez o jueza de la causa abstenerse de practicar cualquier medida de desalojo en contra de los sujetos beneficiarios de dicha garantía”. (...)

De la anterior norma parcialmente transcrita se observa, que el citado artículo 17 en su Parágrafo Tercero, establece que el acto que dé inicio a dicho procedimiento, o el acto defini-

tivo que la declare, puede consignarse en cualquier estado y grado del proceso judicial de que se trate, debiendo el juez o jueza de la causa abstenerse de practicar cualquier medida de desalojo en contra de los sujetos beneficiarios de dicha garantía hasta tanto el directorio del Instituto Nacional de Tierras se pronuncie o no sobre su procedencia. El auto de apertura del procedimiento de la garantía de permanencia sirve de base para dar inicio a un procedimiento administrativo formal, y no constituyen pronunciamientos definitivos de la Administración Pública Agraria a cargo del Instituto Nacional de Tierras, sino actuaciones de carácter instrumental, destinadas a alcanzar su fin.

En efecto, ese auto de apertura del derecho de permanencia constituye una especie más de los denominados actos de mero trámite o preparatorios, dictado por la administración agraria sobre las tierras determinadas en el artículo 2 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, cuyo fin es garantizar provisionalmente, como su mismo nombre lo indica, la permanencia de los sujetos señalados en los numerales 1° al 4° del artículo 17 *eiusdem*, que trabajan de forma directa las tierras que ocupan, hasta tanto por órgano del Instituto Nacional de Tierras sea declarada, negada o revocada la misma. Sus antecedentes se retrotraen al llamado amparo agrario administrativo otorgado de manera provisional por la extinta Procuraduría Agraria Nacional y posteriormente confirmado o revocado por el también extinto Instituto Agrario Nacional, conforme a la derogada Ley de Reforma Agraria y a la ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios, en su Reglamento Parcial II, respectivamente.

En cuanto a sus efectos procesales, el acto de apertura de la garantía de permanencia agraria, resulta un mandato tutelar y protector susceptible de ser opuesto en todo estado y grado del proceso contra decisiones preventivas y ejecutivas provenientes de las distintas ramas y competencias del Poder Judicial, suspendiéndose así los desalojos hasta tanto el Directorio del Instituto Nacional de Tierras, ente rector de las políticas de regularización de tenencia de la tierra tal como lo instituyen los artículos 115 y 117 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, se pronuncie o no sobre su declaratoria definitiva. En tal sentido, si se otorga la declaratoria de permanencia los ocupantes no podrán ser desalojados. En caso contrario, es decir, el acto que niegue la declaratoria de la garantía de permanencia agraria el procedimiento de desalojo a seguir se ejecutará conforme a lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 17 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

En el caso de marras, esta Sala Constitucional concluye que efectivamente la omisión del Juzgado Superior Quinto Agrario Civil-Bienes de la Circunscripción Judicial del estado Monagas con competencia en lo contencioso administrativo de la Región Nor Oriental de pronunciarse con respecto al acto de apertura de la garantía de permanencia, desencadenó en la flagrante violación al debido proceso y derecho a la defensa del hoy quejoso, por lo que considera que la presente acción de amparo constitucional debe declararse con lugar, pues tal y como resulta evidente fueron obviadas las consecuencias procesales de la acreditación en autos del aludido acto de apertura consagrado en el artículo 17 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, consecuencias estas que también fueron desconocidas por el Juzgado Ejecutor de Medidas de los Municipios Tucupita, Casacoima, Pedernales y Antonio Díaz de la Circunscripción Judicial del estado Delta Amacuro, que ejecutó el desalojo del hoy agraviado actuando a espaldas de la referida protección legal y de la Resolución de la Sala Plena N° 2006-00013 de fecha 22 de febrero de 2006 reseñada que impide las ejecuciones de sentencias agrarias a cargo de tribunales ejecutores de medidas, resultado en el deber de restituir inmediatamente en su posesión al ciudadano Pedro Francisco Moreno Pérez, para lo cual se instruye suficientemente al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Transito, Agrario, Bancario y Constitucional de la Circunscripción Judicial del estado Delta Amacuro. Así se decide.

VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Demandas de protección de derechos e intereses colectivos y difusos: Competencia*

TSJ-SC (362)

29-3-2012

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Banco Venezolano de Crédito S.A. Banco Universal

La Sala analiza los elementos que determinan su competencia en materia de demandas de protección de intereses difusos y colectivos

De manera preliminar debe delimitarse la competencia para conocer de la demanda incoada y, a tal efecto, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece, en los artículos 25.21 y 146, que corresponde a esta Sala Constitucional el conocimiento de las demandas cuyo objeto tengan la protección de intereses difusos y colectivos cuando la controversia tenga trascendencia nacional, "...salvo lo que disponen leyes especiales y las pretensiones que, por su naturaleza, correspondan al contencioso de los servicios públicos o al contencioso electoral".

De esta forma, el legislador estableció que el fuero de esta Sala para conocer de las demandas en las que se ventilen asuntos de difusividad y colectividad se encuentra determinado por los siguientes elementos: en primer lugar, un criterio objetivo, como es la naturaleza de la demanda, esto es, que verse sobre la tutela de intereses supra individuales; en segundo lugar, el ámbito territorial o geográfico de la afectación que produce la situación que se denuncia como lesiva, en cuanto a que esta tenga repercusión nacional; en tercer lugar, que una regulación especial no determine lo contrario, salvaguardando la libertad de configuración normativa del legislador respecto de materias cuya naturaleza exija un fuero especial; y, en cuarto lugar, que el asunto no verse sobre cuestiones sometidas al contencioso de los servicios públicos o electoral.

Ello así, en el presente caso, se alega la lesión del derecho a la vivienda por parte de la institución financiera demandada por la negativa de hacer los aportes destinados al sector. Tal situación, en principio, se ajusta a lo que esta Sala ha identificado como una situación de colectividad (*Vid.* sentencia dictada por esta Sala el 30 de junio de 2000, en el caso: "*Dilia Parra Guillén*"), esto es, una controversia que afecta a "...un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque [no] individualmente...", de modo que dentro del conjunto de personas exista o pueda existir un vínculo jurídico que los una entre ellos. Verbigracia, grupos de trabajadores, profesionales o de vecinos, los gremios, los habitantes de un área determinada, etc.

Asimismo, la situación presuntamente lesiva tiene trascendencia nacional, ya que la potencial satisfacción de la demanda tendría efectos en todo el territorio de la República y sobre toda la población que tiene el derecho a la vivienda.

Al mismo tiempo, en el presente caso no se encuentra controvertido un asunto propio de los servicios públicos o del contencioso electoral.

Entonces, sobre la base de las consideraciones anteriores y visto que se configuran los supuestos atributivos de competencia que determinan la facultad de esta Sala para conocer de demandas de intereses colectivos con trascendencia nacional, esta Sala se declara competente para conocer y decidir la acción propuesta; así se declara.

TSJ-SC (362)

29-3-2012

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Banco Venezolano de Crédito S.A. Banco Universal

La Sala admite la legitimación de la Procuraduría General de la República en representación del Estado venezolano, en una demanda de tutela del derecho social a la vivienda.

En el presente caso, la demanda de protección de intereses colectivos fue ejercida por la Procuraduría General de la República, en representación de la República Bolivariana de Venezuela, producto del incumplimiento de la demandada en enterar el porcentaje obligatorio de la cartera de crédito bruta anual destinada a créditos hipotecarios, afectando con tal proceder el derecho a la vivienda de los ciudadanos venezolanos.

Al respecto, la Sala ha expresado ya en varias decisiones que los derechos colectivos están referidos a un sector poblacional determinado -no cuantificado- pero sí identificable, de modo que dentro del conjunto de personas exista o pueda existir un vínculo jurídico que los una entre ellos, por lo que, quien incoa la acción con base a derechos o intereses colectivos, debe hacerlo en su condición de miembro o vinculado al grupo o sector lesionado, y que por ello sufre la lesión conjuntamente con los demás, por lo que por esta vía asume un interés que le es propio y le da derecho de reclamar el cese de la lesión para sí y para los demás, con quienes comparte el derecho o el interés.

En tal sentido, la acción en protección de los intereses colectivos, además de la Defensoría del Pueblo, la tiene cualquier miembro del grupo o sector que se identifique como componente de esa colectividad específica y actúe en defensa del colectivo, de manera que los derechos colectivos implican, obviamente, la existencia de sujetos colectivos, como las naciones, los pueblos, las sociedades anónimas, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones, los gremios, pero también minorías étnicas, religiosas o de género que, pese a tener una específica estructura organizacional, social o cultural, pueden no ser personas jurídicas o morales en el sentido reconocido por el derecho positivo, e inclusive simples individuos organizados en procura de preservar el bien común de quienes se encuentran en idéntica situación derivado del disfrute de tales derechos colectivos (*Vid.* Sentencia de la Sala N° 1.114 del 12 de noviembre de 2010).

Por otra parte, tratándose la Procuraduría General de la República de la representante judicial y extrajudicial de los intereses patrimoniales de la República, que se encuentran presuntamente afectados por el incumplimiento de una entidad bancaria con la cartera de crédito destinada a préstamos hipotecarios para vivienda; y constituyendo una obligación para el Estado la garantía del goce y ejercicio de los derechos humanos (artículo 19 constitucional) y, en particular, la satisfacción progresiva del derecho social a la vivienda (artículo 82 *iusdem*), para lo cual es imprescindible el cumplimiento de la obligación compartida de la aludida satisfacción progresiva por parte de los ciudadanos y el Estado en todos sus ámbitos; esta Sala asume la presente acción de la Procuraduría General de la República en representación del Estado venezolano, como una demanda de tutela del derecho social a la vivienda.

En consecuencia, esta Sala congruente con su propia doctrina, admite la legitimación de los accionantes y, vista la naturaleza de los intereses que subyacen en la presente demanda, esta Sala ordena la notificación de la Defensora del Pueblo. Así se decide.

Voto Salvado de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán

Quien suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, salva su voto por disentir del criterio sostenido por la mayoría sentenciadora que admitió la demanda por derechos colectivos interpuesta por el entonces Procurador General de la República, Dr. Carlos Miguel Escarrá Malavé, la Gerente General de Litigios de dicho órgano y dos sustitutos del Procurador contra el Banco Venezolano de Crédito S.A. Banco Universal por el incumplimiento de la cartera crediticia destinada para créditos hipotecarios, establecida en el último párrafo del artículo 2 de la Resolución N° 104 del 19 de julio de 2011, dictada por el Ministro del Poder Popular para Vivienda y Hábitat, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 39.716 de la misma fecha; pese al criterio reiterado de la Sala de que "...dentro de la estructura del Estado, el único organismo que de pleno derecho puede incoar tales acciones es la Defensoría del Pueblo, ya que representa al pueblo y no al Estado Venezolano..." (*Vid.* Sent. N° 1395/2000 de 21 de noviembre).

La decisión dictada por la mayoría sentenciadora no tiene un pronunciamiento expreso acerca de la legitimación del Procurador General de la República para incoar una demanda por derechos e intereses colectivos o difusos; se limitó a señalar que:

...la acción en protección de los intereses colectivos, además de la Defensoría del Pueblo, la tiene cualquier miembro del grupo o sector que se identifique como componente de esa colectividad específica y actúe en defensa del colectivo, de manera que los derechos colectivos implican, obviamente, la existencia de sujetos colectivos, como las naciones, los pueblos, las sociedades anónimas, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones, los gremios, pero también minorías étnicas, religiosas o de género que, pese a tener una específica estructura organizacional, social o cultural, pueden no ser personas jurídicas o morales en el sentido reconocido por el derecho positivo, e inclusive simples individuos organizados en procura de preservar el bien común de quienes se encuentran en idéntica situación derivado del disfrute de tales derechos colectivos (*Vid.* Sentencia de la Sala N° 1.114 del 12 de noviembre de 2010).

Por otra parte, tratándose la Procuraduría General de la República de la representante judicial y extrajudicial de los intereses patrimoniales de la República, que se encuentran presuntamente afectados por el incumplimiento de una entidad bancaria con la cartera de crédito destinada a préstamos hipotecarios para vivienda; y constituyendo una obligación para el Estado la garantía del goce y ejercicio de los derechos humanos (artículo 19 constitucional) y, en particular, la satisfacción progresiva del derecho social a la vivienda (artículo 82 *eiusdem*), para lo cual es imprescindible el cumplimiento de la obligación compartida de la aludida satisfacción progresiva por parte de los ciudadanos y el Estado en todos sus ámbitos; esta Sala asume la presente acción de la Procuraduría General de la República en representación del Estado venezolano, como una demanda de tutela del derecho social a la vivienda.

Respecto de los extractos citados, cabe señalar que conforme se advirtió la jurisprudencia de la Sala ha sido conteste, desde el año 2000, al afirmar que los órganos estatales no tienen legitimación para interponer acción alguna para la tutela de derechos e intereses colectivos o difusos. Ello en virtud de que el objetivo de este tipo de acciones es velar por la tutela de la calidad de vida y, como quiera que corresponde al Estado venezolano mantener y mejorar la calidad de vida de su población, no pueden los componentes estatales exigir por vía jurisdiccional el cumplimiento de una prestación a la cual ellos están obligados.

La excepción a la premisa anterior la pauta el propio texto constitucional: La Defensoría del Pueblo. Así, según el artículo 280 constitucional, dicho órgano tiene a su cargo "...la promoción, defensa y vigilancia de los intereses legítimos, colectivos o difusos de los ciudadanos y ciudadanas". En igual sentido está redactado el artículo 281.2 *eiusdem*, según el cual

compete al Defensor o Defensora del Pueblo "...amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos [se refiere al funcionamiento de los servicios públicos]..." (corchetes añadidos).

Es por tal razón que resalta quien suscribe que la imposibilidad para los órganos estatales de incoar una acción por derechos e intereses colectivos o difusos, aun siendo un asunto de legitimación, obedece en realidad a la naturaleza jurídica de este tipo de acciones y de la función pública en sí misma considerada. En efecto, en el contexto del Estado social difícilmente se encontrará un derecho e interés colectivo o difuso en el que no subyazca un interés general o público, y que, como tal, no cuente con una potestad funcionalizada asignada a un órgano (competencia) para su cometido. Esta premisa básica se acentúa con el carácter interventor en la Sociedad de la actividad administrativa -también propio del Estado social-, con ocasión del cual la Administración cuenta entre su catálogo de competencias y potestades con los instrumentos jurídicos suficientes para obligar a los particulares a que se adecúen a los parámetros determinados por la ley en función del interés público.

De allí, que ni siquiera la legitimación amplia contenida en el artículo 146 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuando refiere que "Toda persona podrá demandar la protección de sus derechos e intereses colectivos o difusos" (resaltado añadido), puede ser entendida como una habilitación a los órganos estatales para ejercer este tipo de acción, pues hacerlo contraría la funcionalidad de las potestades públicas, que las caracteriza por el hecho de ser un deber de actuación que se proyecta sobre terceros con independencia de su voluntad.

En el caso de autos, es indiscutible que la estructura de la cartera crediticia destinada para créditos hipotecarios forma parte de la política estatal para la satisfacción del derecho constitucional a la vivienda. Por lo cual es evidente que media un interés público en la Resolución N° 104 dictada por el Ministro del Poder Popular para vivienda y Hábitat, alegada como incumplida por parte de Banco Venezolano de Crédito S.A. Banco Universal; y que con su incumplimiento, de existir, se estaría afectando ese interés público.

Sin embargo, ello no puede dar cabida a que el Estado opte por demandarlo por lesionar el derecho colectivo a la vivienda y no que actúe haciendo uso de las potestades administrativas propias del régimen sectorial bancario, visto que la Administración cuenta con las herramientas jurídicas necesarias para hacer cumplir dicha Resolución a través de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario; que es lo mismo que decir, para satisfacer el interés general presente en la política habitacional del gobierno venezolano destinada a la tutela del derecho constitucional a la vivienda; bien sea, por ejemplo, a través de la potestad sancionatoria obligando al ente financiero a que cumpla con lo estipulado; o bien por conducto de la potestad reglamentaria en caso de que la Administración no pueda actuar por insuficiencia del diseño normativo.

En definitiva, admitir que el Estado demande judicialmente por la protección de derechos e intereses colectivos o difusos desdice de la gobernabilidad que deben mantener los órganos de la Administración Pública. Además, que dicha solicitud se realice por conducto de la Procuraduría General de la República, que es el abogado o la abogada de la República, no hace más que evidenciar el acierto de las observaciones realizadas. Las funciones de la Procuraduría General de la República, dice el artículo 247 constitucional, es asesorar, defender y representar judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, de tal suerte que, trasladando dicho supuesto al caso de autos, es forzoso concluir que se está en presencia de un incumplimiento de la política estatal para la vivienda, que como toda activi-

dad moderna tiene un cuantificación dineraria; pero que en definitiva, como lo subvertido es el mandato legal, el asunto controvertido no se contrae a intereses patrimoniales sino a la idea superior del interés público “vivienda”.

2. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional*

TSJ-SC (45)

13-2-2012

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Orlando José Ereú García (Solicitud de Revisión)

Las decisiones dictadas por la Sala Constitucional adquieren desde su publicación, el carácter de cosa juzgada formal y material, y contra ellos resulta improponible la revisión constitucional.

Llevado a cabo el estudio del expediente, corresponde a esta Sala pronunciarse respecto de la solicitud de revisión realizada por el ciudadano Orlando José Ereú García, contra fallo dictado por esta Sala el 26 de julio de 2011 en tal sentido, observa:

El artículo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia dispone:

“El Tribunal Supremo de Justicia es el mas alto tribunal de la República; contra sus decisiones, en cualquiera de sus Salas, no se oír, ni admitirá acción ni recurso alguno, salvo lo que dispone en la presente Ley”.

Así las cosas, la Sala observa que la solicitud de revisión de fallos de la propia Sala Constitucional no se preceptúa en los artículos 25.10 ni 25.11 de la referida ley orgánica que rige las funciones de este máximo tribunal, motivo por el cual, conforme al artículo 3 *eiusdem*, no existe recurso ni otro medio de impugnación alguno contra éstos.

La eficacia de la autoridad de la cosa juzgada, según lo establecido por la doctrina de este Máximo Tribunal en numerosas oportunidades, (*Vid. s. SCC-C.S.J. del 21-02-90*), se traduce en tres aspectos: a) inimpugnabilidad, según la cual la sentencia con autoridad de cosa juzgada no puede ser revisada por ningún juez cuando ya se hayan agotado todos los recursos que dé la ley, inclusive el de invalidación (non bis in ídem). A ello se refiere el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil; b) Inmutabilidad, según la cual la sentencia no es atacable indirectamente, por no ser posible abrir un nuevo proceso sobre el mismo tema; no puede otra autoridad modificar los términos de una sentencia pasada en cosa juzgada; y, c) Coercibilidad, que consiste en la eventualidad de ejecución forzada en los casos de sentencias de condena; esto es, “la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales”; se traduce en un necesario respeto y subordinación a lo dicho y hecho en el proceso.

Las decisiones dictadas por esta Sala Constitucional adquieren, desde su publicación, el carácter de cosa juzgada formal, consagrado en el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil, lo que se traduce en que lo decidido en la sentencia en cuestión no es atacable, y al mismo tiempo se perfecciona el carácter de cosa juzgada material dispuesto en el artículo 273 *eiusdem*, que impone que se tenga en cuenta el contenido de la decisión en todo proceso futuro entre las mismas partes y sobre el mismo objeto. En tal sentido, esta Sala en decisión número 3180 del 15 de diciembre de 2004 (caso: *Tecnoagrícola Los Pinos, C.A.*) indicó que la autoridad de la cosa juzgada constituye un aspecto esencial de la seguridad jurídica entendida como un principio constitucional. Así pues, se añade que existe expectativa legítima en derecho cuya base es la uniformidad de la jurisprudencia. Por tanto permitir que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia considere sus propias decisiones mediante el mecanismo extraordinario de la revisión conduciría a un caos interpretativo, que afectaría la

transparencia y la imparcialidad del sistema de administración de justicia. Adicionalmente, el artículo 252 de Código de Procedimiento Civil dispone textualmente:

“Después de pronunciada la sentencia definitiva o la interlocutoria sujeta a apelación, no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronunciado.”

Sobre la base de lo anteriormente expuesto y vistos los términos de la solicitud de revisión interpuesta por el ciudadano Orlando José Ereú García, contra la sentencia dictada, el 26 de julio de 2011, por esta Sala Constitucional, la misma resulta manifiestamente improponible en derecho. Así se decide.

TSJ-SC (144)

23-2-2012

Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Cemex de Venezuela SACA (Revisión de Sentencia)

La Sala revisa constitucionalmente una sentencia proferida en sede cautelar, al verificar que contra ella no hay posibilidad de ejercer recurso de apelación, no es susceptible de impugnación por vía de los medios judiciales ordinarios, por lo que adquiere carácter de sentencia definitivamente firme.

Al efecto, la parte actora solicitó la revisión constitucional de la sentencia N° 2.569 dictada el 15 de noviembre de 2006, por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido por la referida sociedad mercantil contra la decisión dictada el 10 de mayo de 2005, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que declaró improcedente la suspensión de efectos de la Resolución N° SPPLC/0033-03, del 14 de noviembre de 2003, dictada por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, mediante la cual se le impuso a la referida empresa una multa correspondiente al 0,5% de las ventas brutas al cierre del ejercicio económico del año 2002, lo que es equivalente a la cantidad de ochocientos seis millones novecientos diez mil bolívares (Bs. 806.910.000,00), actualmente ochocientos seis mil novecientos diez bolívares fuertes (Bs. 806.910,00).

Así pues, la actora solicitó la presente revisión constitucional con fundamento en que la sentencia impugnada contrarió el criterio establecido en el fallo N° 1.590 del 10 de agosto de 2006, en el sentido de que la suspensión de una sanción pecuniaria no podría perjudicar en forma alguna los intereses de los terceros. En este orden de ideas, debe esta Sala Constitucional advertir que, según pacífica y reiterada jurisprudencia al respecto, se ha establecido que la potestad de revisión es ejercida por esta Sala de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, si con ello se va a contribuir a la uniformidad en la interpretación de principios y normas constitucionales, puesto que tal solicitud no implica una instancia adicional de conocimiento de la causa (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 44 del 2 de marzo de 2000, caso: “*Francia Josefina Rondón Astor*”).

Asimismo, debe destacarse que la solicitud de revisión no se configura como la posibilidad de una tercera instancia de la cual disponen los ciudadanos para fundamentar la misma en los posibles errores de juzgamientos en que incurran los jueces, sino que ésta se constituye como un medio extraordinario y excepcional de control de la Sala sobre la interpretación de principios y normas constitucionales, que atenden de tal modo contra los derechos de los justiciables que hagan factible su revisión y posterior anulatoria de la sentencia impugnada por parte de la Sala.

En atención a lo expuesto, aprecia esta Sala Constitucional que la Sala Político Administrativa declaró la improcedencia de la aplicación del criterio establecido en el fallo dictado por esta Sala N° 1590/2006, con fundamento en que el mismo se circunscribe a la materia de telecomunicaciones, la cual difiere en su contenido de la materia de libre competencia; asimismo, fundamentó igualmente su negativa en la sentencia dictada por esta Sala N° 1260/2002, en la cual se interpretó el contenido del artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Como punto previo, visto que la presente revisión constitucional fue interpuesta contra una decisión cautelar dictada por la Sala Político Administrativa, esta Sala destaca que en anteriores oportunidades ha conocido de solicitudes de revisión de sentencias referidas a medidas cautelares, no obstante pendan de una causa principal que cursa ante el mismo tribunal que la profirió y del pronunciamiento definitivo sobre el mérito de la controversia. En efecto, se advierte que respecto de la decisión cuya revisión se solicita, no hay posibilidad de ejercer recurso de apelación, no es susceptible de impugnación por vía de los medios judiciales ordinarios, por lo que adquiere carácter de sentencia definitivamente firme, aunque haya sido proferida en sede cautelar, razón por la cual, es susceptible de revisión constitucional (*Vid.* Sentencias de esta Sala Nros. 442/2004 y 428/2005, entre otras).

Comentarios Jurisprudenciales

EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS. EL DERECHO A LA DESOBEDIENCIA CIVIL, Y DE CÓMO DICHO DERECHO FUE EJERCIDO CONTRA EL JUEZ CONSTITUCIONAL DESACATANDO UNA DECISIÓN ILEGÍTIMA

(El Caso de los Cuadernos de Votación de las elecciones primarias de la oposición democrática de febrero de 2012)

Allan R. Brewer-Carías
Universidad Central de Venezuela

Resumen: *Este comentario tiene por objeto analizar el contraste entre el empeño de la sala Constitucional de restringir el derecho a la desobediencia civil, y el ejercicio del mismo frente a una sentencia arbitraria de la propia Sala.*

Palabras Clave: *Desobediencia civil.*

Abstract: *This comment is intended to analyze the contrast between the intent of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal to reduce the scope of the right to Civil Disobedience, and the exercise of such right in order to resist an arbitrary decision of the same Chamber.*

Key words: *Civil Disobedience.*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela, como Jurisdicción Constitucional, durante la última década ha dejado de ser el garante último de la supremacía constitucional, dado el sometimiento al poder que ha sufrido, convirtiéndose en la práctica judicial un mero agente ejecutor de las políticas públicas. Ello lo confirmó, por ejemplo, un Magistrado de la Sala Electoral del Tribunal Supremo quien pronunció el discurso de “apertura del Año Judicial” el 5 de febrero de 2011, en el cual destacó que “el Poder Judicial venezolano está en el deber de dar su aporte para la eficaz ejecución, en el ámbito de su competencia, de la Política de Estado que adelanta el gobierno nacional” en el sentido de desarrollar “una acción deliberada y planificada para conducir un socialismo bolivariano y democrático,” y que “la materialización del aporte que debe dar el Poder Judicial para colaborar con el desarrollo de una política socialista, conforme a la Constitución y la leyes, viene dado por la conducta profesional de jueces, secretarios, alguaciles y personal auxiliar.”¹

¹ El Magistrado Fernando Vargas, quien fue el Orador de Orden, además agregó que “Así como en el pasado, bajo el imperio de las constituciones liberales que rigieron el llamado estado de derecho, la Corte de Casación, la Corte Federal y de Casación o la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales, se consagraban a la defensa de las estructuras liberal-democráticas y combatían con sus sentencias a quienes pretendían subvertir ese orden en cualquiera de las competencias ya fuese penal, laboral o civil, de la misma manera este Tribunal Supremo de Justicia y el resto de los tribunales de la República, deben aplicar severamente las leyes para sancionar conductas o reconducir causas que vayan en desmedro de la construcción del Socialismo Bolivariano y Democrático”. Véase la Nota de Prensa oficial difundida por el Tribunal Supremo. Véase en:

Con ello ha quedado claro cuál ha sido la razón del rol asumido por el Tribunal Supremo en Venezuela, y que, cómo se anunció en dicha apertura del Año Judicial de 2011, no es otro que la destrucción del “llamado estado de derecho” y “de las estructuras liberales-democráticas,” con el objeto de la “construcción del Socialismo Bolivariano y Democrático.”

Ha sido por este ilegítimo rol, por ejemplo, que el Tribunal Supremo se ha convertido en agente activo de mutaciones constitucionales efectuadas, por ejemplo, para cambiar la forma federal del Estado,² o para desmontar el bloque de la constitucionalidad al reservarse la decisión sobre la aplicación preferente de los tratados internacionales en materia de derechos humanos³ e, incluso, para implementar las reformas constitucionales que fueron rechazadas por el pueblo mediante referendo en 2007, todo mediante interpretaciones constitucionales vinculantes.⁴

Y fue precisamente, mediante una de esas interpretaciones constitucionales vinculantes, solicitadas “a la carta” mediante el ejercicio de un recurso autónomo de interpretación abstracta de la Constitución, con objeto completamente desligado de algún caso concreto o controversia constitucional,⁵ que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 24 de 22 de enero de 2003 (Caso: *Interpretación del artículo 350 de la Constitución*)⁶ se encargó de enmarcar y restringir el ejercicio del derecho ciudadano a la desobediencia civil y a la resistencia a la opresión, vaciando materialmente de contenido la norma del artículo 350 de la Constitución.

<http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=8239>

- ² Véase Allan R. Brewer-Carías, “La Sala Constitucional como poder constituyente: la modificación de la forma federal del estado y del sistema constitucional de división territorial del poder público, en *Revista de Derecho Público*, N° 114, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 247-262
- ³ Véase 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. 249-26
- ⁴ Véase en general sobre estas mutaciones constitucionales lo que hemos expresado en Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009),” en *Revista de Administración Pública*, N° 180, Madrid 2009, pp. 383-418; “La fraudulenta mutación de la Constitución en Venezuela, o de cómo el juez constitucional usurpa el poder constituyente originario,” en *Anuario de Derecho Público*, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Año 2, Caracas 2009, pp. 23-65; “La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional y la demolición del Estado de derecho en Venezuela,” *Revista de Derecho Político*, N° 75-76, Homenaje a Manuel García Pelayo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2009, pp. 291-325; “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009),” en IUSTEL, *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 21, junio 2009, Madrid, ISSN-1696-9650.
- ⁵ Véase sobre este recurso de interpretación, que además, fue “creado” por la propia Sala Constitucional sin fundamento en la Constitución, lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, “Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación,” en VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional, Perú, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, septiembre 2005, pp. 463-489; y en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27; y en “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
- ⁶ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 126-127.

Dicha Norma constitucional, como es sabido, dispone lo siguiente:

Artículo 350. El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contrarie los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.

Así, en relación con la expresión “pueblo” en dicha norma como titular del derecho, que es de ejercicio colectivo, la Sala Constitucional ha interpretado que “debe vincularse al principio de la soberanía popular que el Constituyente ha incorporado al artículo 5 del texto fundamental,” agregando que “el sentido que debe asignarse al pueblo de Venezuela es el conjunto de las personas del país y no una parcialidad de la población, una clase social o un pequeño poblado, y menos individualidades.” De allí, la Sala concluyó señalando que “en la medida en que la soberanía reside de manera fraccionada en todos los individuos que componen la comunidad política general que sirve de condición existencial del Estado Nacional, siendo cada uno de ellos titular de una porción o alícuota de esta soberanía, tienen el derecho y el deber de oponerse al régimen, legislación o autoridad que resulte del ejercicio del poder constituyente originario que contrarie principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos; y así se decide.”

De ello, resultó, en definitiva, que la Sala Constitucional redujo el ejercicio del derecho a la desobediencia civil y a la resistencia a la opresión en un ejercicio de la soberanía por el pueblo, lo que apunta a que en general sólo podría ejercerse mediante el sufragio de la totalidad de los componentes del pueblo, distorsionando totalmente el sentido de la norma. Así, señaló la Sala en la misma sentencia N° 24 de 22 de enero de 2003 que el desconocimiento al cual alude la norma del artículo 350, sólo:

“puede manifestarse constitucionalmente mediante los diversos mecanismos para la participación ciudadana contenidos en la Carta Fundamental, en particular los de naturaleza política, preceptuados en el artículo 70, a saber: “la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas.”⁷

Por ello, la Sala Constitucional, en la citada sentencia N° 24 de 22 de enero de 2003, al interpretar la norma del mencionado artículo 350, primero, aclaró, que la misma al ser aislada no debía conducir “a conclusiones peligrosas para la estabilidad política e institucional del país, ni para propiciar la anarquía;” y luego, contra el “argumento del artículo 350 para justificar el ‘desconocimiento’ a los órganos del poder público democráticamente electos,” ello lo consideró “impertinente” “de conformidad con el ordenamiento constitucional vigente,” advirtiendo que:

“se ha pretendido utilizar esta disposición como justificación del ‘derecho de resistencia’ o ‘derecho de rebelión’ contra un gobierno violatorio de los derechos humanos o del régimen democrático, cuando su sola ubicación en el texto Constitucional indica que ese no es el sentido que el constituyente asigna a esta disposición.”⁸

Luego de analizar el sentido de la ubicación de la norma en el Título sobre la revisión de la Constitución venezolana, en particular, el referido a la institución de la Asamblea Nacional Constituyente, la Sala señaló que aparte del supuesto de derecho a la rebelión regulado en el

⁷ *Idem.*

⁸ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, 128-130.

artículo 333 de la Constitución respecto de gobiernos de fuerza, sobre los otros supuestos que puedan derivarse del artículo 350 de la Constitución, respecto del derecho a la desobediencia civil o a la resistencia frente a la opresión, y que puedan implicar “la posibilidad de desconocimiento o desobediencia”, sólo “debe admitirse en el contexto de una interpretación constitucionalizada de la norma objeto de la presente decisión,” objeto precisamente de la citada sentencia N° 24 de 22 de enero de 2003:

“cuando agotados todos los recursos y medios judiciales, previstos en el ordenamiento jurídico para justiciar un agravio determinado, producido por “cualquier régimen, legislación o autoridad”, no sea materialmente posible ejecutar el contenido de una decisión favorable.”

En esta forma, la Sala Constitucional, materialmente redujo la posibilidad de ejercicio de la desobediencia civil, sólo frente a autoridades que desconozcan las decisiones judiciales, señalando que:

“En estos casos quienes se opongan deliberada y conscientemente a una orden emitida en su contra e impidan en el ámbito de lo fáctico la materialización de la misma, por encima incluso de la propia autoridad judicial que produjo el pronunciamiento favorable, se arriesga a que en su contra se activen los mecanismos de desobediencia, la cual deberá ser tenida como legítima sí y solo sí -como se ha indicado precedentemente- se han agotado previamente los mecanismos e instancias que la propia Constitución contiene como garantes del estado de derecho en el orden interno, y a pesar de la declaración de inconstitucionalidad el agravio se mantiene.”

De esta aproximación restrictiva para la interpretación del artículo 350 de la Constitución, la Sala Constitucional concluyó indicando que:

“No puede y no debe interpretarse de otra forma la desobediencia o desconocimiento al cual alude el artículo 350 de la Constitución, ya que ello implicaría sustituir a conveniencia los medios para la obtención de la justicia reconocidos constitucionalmente, generando situaciones de anarquía que eventualmente pudieran resquebrajar el estado de derecho y el marco jurídico para la solución de conflictos fijados por el pueblo al aprobar la Constitución de 1999.

En otros términos, sería un contrasentido pretender como legítima la activación de cualquier medio de resistencia a la autoridad, legislación o régimen, por encima de los instrumentos que el orden jurídico pone a disposición de los ciudadanos para tales fines, por cuanto ello comportaría una transgresión mucho más grave que aquella que pretendiese evitarse a través de la desobediencia, por cuanto se atentaría abierta y deliberadamente contra todo un sistema de valores y principios instituidos democráticamente, dirigidos a la solución de cualquier conflicto social, como los previstos en la Constitución y leyes de la República, destruyendo por tanto el espíritu y la esencia misma del Texto Fundamental.”⁹

Esta interpretación, por supuesto, sólo podría tener sentido si existiera un régimen político democrático donde la independencia y autonomía judicial estuviese realmente garantizada, y en el cual, como señalamos al inicio, la justicia constitucional fuera realmente el “sustituto de la revolución.” Sin embargo, frente a un juez constitucional sometido, la interpretación de la Sala es la negación misma del derecho a la desobediencia civil y a la rebelión consagrado en el artículo 350 de la Constitución venezolana.

Por lo demás, y precisamente por el sometimiento del juez constitucional al poder en Venezuela, fue frente y contra una ilegítima decisión de la propia sala Constitucional que en

⁹ *Idem.*

febrero de 2012 puede decirse que se produjo un acto de desobediencia civil, a los efectos de desconocerla, y así evitar que se pudiera configurar un nuevo esquema de discriminación política como el que se había desarrollado en 2004.

En efecto, el 30 de enero de 2004, luego de que un grupo de más de tres millones y medio de electores solicitaron con su firma, la realización de un referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República Hugo Chávez, este se dirigió al Presidente del Consejo Nacional Electoral para autorizar se entregara al Sr. Luis Tascón las planillas utilizadas con dichas firmas. El Presidente del Consejo Nacional Electoral que en ese momento era el abogado Francisco Carrasquero, procedió a la entrega de esa documentación, con la cual el Sr. Tascón, en ese momento Diputado en la Asamblea nacional, publicó lo que se denominó “Lista Tascón”, con base a la cual se efectuó en el país un masivo y abierto proceso de discriminación política, que excluyó a dichos ciudadanos en sus relaciones con la Administración.¹⁰

Quienes firmaron ejerciendo su derecho de participación política, fueron debidamente “castigados” y estigmatizados como enemigos del régimen, de manera que, por ejemplo, se les negó el acceso a cargos públicos o a contratar con el Estado, y las gestiones que podrían tener la necesidad de realizar ante la Administración, como la simple solicitud de sus documentos de identificación personal, fueron sistemáticamente obstaculizadas.

El “fantasma” de la “Lista Tascón”¹¹ volvió a aparecer en Venezuela a raíz de las elecciones primarias que se realizaron el 12 de febrero de 2012, para escoger el candidato de la oposición a las elecciones presidenciales de octubre de 2012, proceso en el cual votaron 3.079.284 personas. Dicho proceso de votación se desarrolló con la participación colaborativa del Consejo Nacional Electoral, y en las bases que llevaron a su desarrollo se convino en que los cuadernos de votación serían destruidos dentro de las 48 horas siguientes a la conclusión del proceso, para evitar que las listas de votantes pudieran ser utilizada con fines de discriminación o amenaza políticas contra quienes participaran en dicho proceso de votación.

Sin embargo, horas después de finalizado el proceso de votaciones, a raíz de una acción de “amparo” ejercida el día 13 de febrero de 2012 contra la “Comisión Electoral de la Mesa de la Unidad” que había sido la organización que había organizado las elecciones primarias de la oposición, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el día siguiente, 14 de febrero de 2012, dictó una sentencia (N° 66) acordando una medida cautelar innominada a favor del peticionario,¹² ordenando a dicha Comisión Electoral de la Mesa de la Unidad que en un lapso de 24 horas realizara “la entrega de los referidos cuadernos a las diversas Direcciones Regionales del Consejo Nacional Electoral en las correspondientes circunscripciones electorales,” a los efectos de que el Poder Electoral procediera a “resguardar” dicho material electoral, ordenándose “al Plan República, en la persona del General en Jefe Henry Rangel Silva, girar las instrucciones pertinentes a los fines de garantizar la custodia del material antes señalado y hacerlo llegar a las correspondientes sedes del Poder Electoral.” El Ponente de la decisión de la Sala Constitucional fue el magistrado “Francisco Antonio Carrasquero

¹⁰ Véase por ejemplo, Ana Julia Jatar, *Apartheid del Siglo XXI, La informática al servicio de la discriminación política en Venezuela*, Súmate, Caracas 2006, en: <http://www.anajuliajatar.com/apathetheid/>

¹¹ Véase Pedro García Otero, “Chávez revive las amenazas de recrear nuevas listas discriminatorias,” en *La Voz de Galicia*, 19-02-2012, en: http://www.lavozdegalicia.es/noticia/internacional/2012/02/19/chavez-revive-amenazas-crear-nuevas-listas-discriminatorias/0003_201202G19P27991.htm

¹² <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/66-14212-2012>

López,” es decir, el mismo abogado “Francisco Carrasquero” quien seis años antes, como Presidente del Consejo Nacional Electoral había sido el vehículo para la confección de la “Lista Tascón.” Con ello, sin duda, se buscaba procurar la confección de una nueva lista,¹³ con el objeto de poder discriminar y perseguir políticamente a quienes habían participado en el acto electoral de las primarias de la oposición.

La decisión judicial del Juez Constitucional, que en este caso se dictó con una celeridad judicial inusitada, respondió la solicitud de amparo que había sido interpuesta por un ciudadano Rafael Antonio Velásquez Becerra, a título personal y en su carácter de “candidato a las elecciones primarias celebradas el día 12 de febrero de 2012”, contra la referida Comisión Electoral de la Mesa de la Unidad, “por la presunta violación de los derechos a la seguridad jurídica, a la información, al sufragio y a la defensa, a consecuencia del anuncio de destrucción de los cuadernos electorales utilizados en el referido proceso comicial, luego de 48 horas de realizado el proceso comicial,” para lo cual solicitó como medida cautelar de urgencia la “suspensión del acto que conlleve la destrucción de los cuadernos electorales que contienen los nombres y números de cédulas de los votantes, con ocasión a la realización de las elecciones primarias por parte de la Unidad Nacional en Venezuela, en fecha 12 de febrero de 2012”.

Sin mayor análisis, la Sala Constitucional consideró que la acción interpuesta cumplía “con las exigencias del artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo,” y que se encontraban “satisfechas las condiciones de admisibilidad,” pasando la Sala, sin embargo, no a proseguir un proceso de amparo, sino a “trasformar” la acción de amparo individual interpuesta (para cuyo conocimiento no tenía competencia pues ella correspondía a la Sala Electoral del Tribunal Supremo), en una acción de protección de derechos e intereses colectivos al considerar que la situación denunciada presentaba “los rasgos característicos de difusividad propios de las demandas por intereses difusos y colectivos, toda vez que podría afectar a un número indeterminado de ciudadanos que participaron en las denominadas primarias celebradas el 12 de febrero de 2012”.

Como consecuencia de ello, la Sala “recondujo”, o sea, transformó, por supuesto de oficio, “la demanda interpuesta a una demanda por intereses colectivos y difusos y conforme a lo dispuesto en el artículo 25.21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,” declarándose entonces “competente para conocer” de la misma.

Ello, de por sí ilegítimo, además, lo decidió la Sala en abierta violación del mismo artículo 25.21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que la Sala invocó para atribuirse la competencia que no tenía, pues en dicha norma precisamente se dice lo contrario. Es decir, en la misma se dispone la competencia a la Sala para “conocer de las demandas y las previsiones de amparo para la protección de intereses difusos o colectivos cuando la controversia tenga trascendencia nacional, salvo lo que disponen leyes especiales y las pretensiones que, por su naturaleza, correspondan al contencioso de los servicios públicos **o al contencioso electoral.**” Y el caso planteado, precisamente, era uno que “por su naturaleza”

¹³ La presidenta de la Comisión Electoral de las Primarias, Teresa Albanes, señaló “que de acuerdo al artículo 23 del Reglamento de Selección de Candidatos de la Unidad, se establece que este ente debe hacer cumplir las normas relacionadas con la destrucción de todo el material electoral. “Nuestro compromiso de impedir una nueva lista de la infamia sigue en pie”, afirmó en referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) de prohibir la quema de los cuadernos de votación.” En Globovisión. Com, 14-02-2012, en: <http://www.globovision.com/news.php?nid=219016>.

correspondía “al contencioso electoral” de manera que en virtud de texto expreso la Sala carecía de competencia para conocer del asunto. Pero como a la Sala Constitucional no hay quien la controle, la pregunta de siempre frente al abuso de poder del órgano de control sigue sin respuesta: *Quis Custodiet Ipsos Custodes?*

En todo caso, después de asumir, ilegalmente, una competencia que no tenía, la Sala pasó a considerar la pretensión cautelar innominada formulada, refiriéndose al artículo 130 de la misma Ley Orgánica del Tribunal Supremo, que la faculta para “acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes,” para lo cual cuenta “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.” Con base en ello, frente a la solicitud formulada de “suspensión del acto de destrucción de los cuadernos electorales,” pero sin análisis jurídico sobre las condiciones elementales para la procedencia de medidas cautelares, la Sala procedió a otorgarla olvidándose de su propia doctrina sentada en sentencia N° 1946 de 16 de julio de 2003, en la cual recogiendo “reiterada jurisprudencia” de la propia Sala “en cuanto a que los extremos requeridos por el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil,” consideró que eran “necesariamente concurrentes junto al especial extremo consagrado en el Parágrafo Primero del artículo 588 *eiusdem*”, señalando que “debe existir fundado temor de que se causen lesiones graves o de difícil reparación” de manera tal que “faltando la prueba de cualquier de estos elementos, el Juez constitucional no podría bajo ningún aspecto decretar la medida preventiva, pues estando vinculada la controversia planteada en sede constitucional con materias de Derecho Público, donde puedan estar en juego intereses generales, el Juez debe además realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión de intereses generales en un caso concreto.”¹⁴ En la misma decisión, la Sala estableció como premisas fundamentales para el otorgamiento o no de solicitudes cautelares innominadas, que se cumpliera con requisitos como:

“la verosimilitud del derecho que se dice vulnerado o amenazado, la condición de irreparable o de difícil reparación por la definitiva de la situación jurídica o derecho que se alega como propio, y la necesidad de evitar perjuicios en la satisfacción de intereses comunes a todos los integrantes de la sociedad.”¹⁵

Sobre ello, lo único que apreció la Sala fue que era “evidente que de no acordarse la medida se vulnerarían de forma irreparable los derechos denunciados por lo que se ordena la suspensión del proceso de destrucción de los cuadernos electorales del proceso comicial celebrado el 12 de febrero de 2012.” Y eso fue todo.

La consecuencia, fue la orden judicial dada a la Comisión Electoral de la Mesa de la Unidad de entregar en un lapso de 24 horas los cuadernos de votación respectivos a las dependencias del Consejo Nacional Electoral, para que el Poder Electoral procediera a resguardarlo, ordenándose “al Plan República, en la persona del General en Jefe Henry Rangel Silva, girar las instrucciones pertinentes a los fines de garantizar la custodia del material antes señalado y hacerlo llegar a las correspondientes sedes del Poder Electoral.” A tales efectos, se ordenó notificar del proceso a la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, al Poder Electoral, y al Plan República”

¹⁴ Caso: *Impugnación de la Ley de Tierras*. Doctrina reiterada en la sentencia N° 653 de la Sala Constitucional de 04-04-2003 (Caso: *Impugnación de las Leyes de Reforma Parcial de las Leyes que establecen el Impuesto al Débito Bancario y el Impuesto al Valor Agregado*).

¹⁵ *Idem*.

La reacción frente a esta ilegítima intromisión judicial no se hizo esperar,¹⁶ habiendo sido sin embargo lo más importante, el hecho de que los cuadernos de votación fueron debidamente destruidos e incinerados, como se había acordado inicialmente con el Consejo Nacional Electoral, en gran parte en abierta desobediencia civil frente a la ilegítima e infundada decisión judicial de la Jurisdicción Constitucional.¹⁷ Con ello, afortunadamente, la maniobra política no se concretó, y quienes querían elaborar una nueva “Lista” para la discriminación y persecución políticas no pudieron lograr sus objetivos. En este caso, el acto de desobediencia civil mediante la incineración en todo el país de los cuadernos de votación, fue contra el propio Juez Constitucional y su ilegítima decisión.

Y tampoco la reacción de la Sala Constitucional contra el acto de desobediencia civil tampoco se hizo esperar, y en sentencia de 23 de febrero de 2012, afirmando que como desde “el mismo 14 de febrero de 2012, la comunidad nacional sabía de la decisión cautelar dictada por esta Sala;” y como para el momento en el cual la Comisión Electoral de la Mesa de la Unidad conoció de las actuaciones de la Sala, “no habían transcurrido las 48 horas luego de las cuales debía destruirse el material electoral,” de ello, a juicio de la Sala, resultó “patente que no sólo se violó la normativa que se había dictado para reglamentar el proceso de las primarias, sino que se desconoció el mandato cautelar que era, incluso, de conocimiento público.” Ello, a juicio de la Sala Constitucional evidenciaba que la referida Comisión:

“incumplió con la [medida] cautelar dictada por esta Sala, lo cual, además, es un desacato susceptible de sanción, de conformidad con lo establecido en el artículo 122 de la Ley que rige las funciones de este Supremo Tribunal, que afecta gravemente el carácter ejecutorio de las sentencias, en cuanto a garantías básicas de toda Administración de Justicia y, al mismo tiempo, a la institucionalidad y la garantía de juridicidad a la cual se encuentran sometidos los particulares y el propio Estado.

Efectivamente, uno de los presupuestos básicos del Estado social de derecho y de justicia es la sumisión de todos los particulares, así como de las instituciones del Estado, al sistema judicial del cual este Tribunal es la cúspide, y dicha sumisión se extiende al acatamiento de lo decidido, pues el cumplimiento y ejecución de las sentencias, forma parte tanto del derecho a la tutela judicial efectiva, como de los principios de seguridad jurídica y estabilidad institucional, y su quebrantamiento, vulnera las bases mismas del Estado.”

¹⁶ Por ejemplo, la Magistrada del Tribunal Supremo de Justicia, Blanca Rosa Mármol de León expresó públicamente su opinión en el sentido de que “el fallo emitido por el poder judicial de ordenar la no destrucción de los cuadernos electorales, es una burla para los electores que confiaron en que este proceso se realizaría luego de depositar su voto en los comicios del pasado domingo.” Véase en *El Informador.com.ve*, 14-02-2012, en: <http://www.elinformador.com.ve/noticias/venezuela/poder-judicial/fallo-burla-electores-asegura-magistrada-marmol-leon/53186>. Igualmente en *Noticiero Digital.com* de 14-02-2012, en: <http://www.noticierodigital.com/forum/viewtopic.php?t=841847>

¹⁷ En la Nota Editorial de la página web de *Apertura Venezuela*, del 16 de febrero de 2012, titulada “Quemar los cuadernos o someterlos a Carrasqueño,” se afirmaba que “La destrucción de los cuadernos de votación es el primer acto de desobediencia civil que la Alianza Democrática ejecuta este año 2012, simplemente no estaban dispuestos a someterse a la justicia que impartiría el Magistrado Francisco Carrasquero.”

Véase en: <http://aperturaven.blogspot.com/2012/02/quemar-los-cuadernos-o-someterlos.html>

En consecuencia de todo ello, y “atendiendo a la trascendencia de lo ocurrido,” la Sala impuso, no a la Comisión Electoral de la Mesa de la Unidad, sino a su Presidenta multa en su límite máximo. “Atendiendo a que esta Sala estima de suma gravedad el desacato a la tutela cautelar dictada.”¹⁸

Con ello se confirma que en casos como el venezolano, la Jurisdicción Constitucional está al servicio del autoritarismo, cuando dicta sentencias que atenten los derechos ciudadanos, no hay otro recurso ciudadano que no sea recurrir al derecho a la desobediencia civil.

New York, 24 febrero 2012

¹⁸ Sentencia N° 145 de 23 de febrero de 2012, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/145-23212-2012-12-0219.html>

MULTA Y PROCEDIMIENTO PREVIO (A VECES)

Antonio Silva Aranguren
Profesor de Derecho Administrativo

Resumen: *Se reseña la sentencia N° 272/2012, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que reconoció la validez de la imposición de una multa por desacato, sin necesidad de procedimiento previo.*

Abstract: *Summarized the judgment N° 272/2012 of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, which acknowledged the validity of the imposition of a fine for contempt of court, without prior procedure.*

Palabras Clave. *Multa, procedimiento previo, derecho a la defensa.*

Key words: *Fine, procedure right, prior to the defence.*

En su sentencia N° 372/2012, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ratificó la multa que impuso (en su decisión N° 145/2012, del 23 de febrero) a la Presidenta de la “Comisión Electoral de Primarias de la Mesa de la Unidad Democrática”, por el desacato a la medida cautelar acordada en la sentencia N° 66/2012, del 14 de febrero, “a través de la cual se ordenó la suspensión del acto de destrucción de los cuadernos electorales que contienen los nombres y números de cédulas de los votantes de las elecciones primarias celebradas por la denominada Unidad Nacional en Venezuela el 12 de febrero de 2012”.

I

El caso se resume en lo siguiente:

Mediante la sentencia N° 66 del 14 de febrero de 2012 se admitió la demanda por intereses colectivos y difusos, contra la denominada Comisión Electoral de la Mesa de la Unidad, presentada por un ciudadano que había participado en el proceso de las llamadas “primarias” para seleccionar el candidato de la oposición en las elecciones presidenciales fijadas para el día 7 de octubre del presente año.

En la misma sentencia, la Sala Constitucional acordó “cautelamente la suspensión del acto de destrucción de los cuadernos electorales que contienen los nombres y números de cédulas de los votantes de las elecciones primarias celebradas por la denominada Unidad Nacional en Venezuela el 12 de febrero de 2012”.

Como expuso la Sala al momento de imponer la multa, “dicha medida cautelar se basó en la eventual irreparabilidad de los derechos denunciados como vulnerados en virtud de la inminencia de la destrucción de los cuadernos electorales, anunciada por la Comisión Electoral de la Mesa de la Unidad”, por lo que “se ordenó a la referida Comisión, en la persona de su Presidenta, (...) que hiciera entrega de los referidos cuadernos a las diversas Direcciones Regionales del Consejo Nacional Electoral, en un lapso no mayor a las 24 horas contadas a partir de la notificación del referido fallo”.

La Sala, para declarar el desacato, narró que el mismo día en que acordó la medida cautelar, 14 de febrero de 2012, su Alguacil hizo constar en autos las gestiones realizadas para la notificación del fallo. Ahora bien, según relata, “paralelamente y conforme a lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se ordenó su publicación en el portal electrónico de este Máximo Tribunal, complementándose así las exigencias legales para que la demandada se tuviera como notificada de la demanda, su admisión y la medida cautelar acordada”.

Asimismo, y también lo destacó la Sala, “en esa misma oportunidad, el accionante (...) informó, a través de los medios de comunicación, el contenido de la medida cautelar acordada”.

Lo anterior llevó a la Sala Constitucional a sostener que “constituye un hecho notorio comunicacional que una vez que fue publicada la referida sentencia contentiva de la medida cautelar, su contenido se difundió a través de los diversos medios de comunicación, así como de las denominadas redes sociales, con lo cual, el propio 14 de febrero de 2012, era de dominio público que esta Máxima Instancia Jurisdiccional había acordado la protección del material electoral utilizado el 12 de febrero de 2012”.

“Es decir -agregó la Sala-, que el mismo 14 de febrero de 2012, la comunidad nacional sabía de la decisión cautelar dictada por esta Sala”, a lo que “se suma el hecho que, de acuerdo a lo expuesto, para el momento en que la COMISIÓN ELECTORAL DE LA MESA DE LA UNIDAD conoció de las presentes actuaciones, no habían transcurrido las 48 horas luego de las cuales debía destruirse el material electoral, por lo que resulta patente que no sólo se violó la normativa que se había dictado para reglamentar el proceso de las primarias, sino que se desconoció el mandato cautelar que era, incluso, de conocimiento público”.

Lo anterior, en criterio de la Sala, “evidencia que la COMISIÓN ELECTORAL DE LA MESA DE LA UNIDAD incumplió con la cautelar dictada por esta Sala, lo cual, además, es un desacato susceptible de sanción, de conformidad con lo establecido en el artículo 122 de la Ley que rige las funciones de este Supremo Tribunal, que afecta gravemente el carácter ejecutorio de las sentencias, en cuanto a garantías básicas de toda Administración de Justicia y, al mismo tiempo, a la institucionalidad y la garantía de juridicidad a la cual se encuentran sometidos los particulares y el propio Estado”.

Conforme destacó, “uno de los presupuestos básicos del Estado social de derecho y de justicia es la sumisión de todos los particulares, así como de las instituciones del Estado, al sistema judicial del cual este Tribunal es la cúspide, y dicha sumisión se extiende al acatamiento de lo decidido, pues el cumplimiento y ejecución de las sentencias, forma parte tanto del derecho a la tutela judicial efectiva, como de los principios de seguridad jurídica y estabilidad institucional, y su quebrantamiento, vulnera las bases mismas del Estado”.

En conclusión, “y atendiendo a la trascendencia de lo ocurrido en el presente expediente”, la Sala impuso “a la Presidenta de la COMISIÓN ELECTORAL DE LA MESA DE LA UNIDAD, (...), multa de 200 unidades tributarias, equivalente a quince mil doscientos bolívares (Bs. 15.200,00 calculados según la unidad tributaria vigente para cuando ocurrió el desacato), correspondientes al límite máximo establecido en el referido artículo 122 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, ello atendiendo a que esta Sala estima de suma gravedad el desacato a la tutela cautelar dictada”.

En todo caso, la Sala informó que la multa podría “ser reclamada por escrito ante esta Sala dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, a tenor de lo previsto en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, no sin luego añadir que se

ordenaba “remitir al Ministerio Público copia certificada de la presente decisión, así como de la sentencia dictada el 14 de febrero de 2012, para que determine la eventual responsabilidad penal a que hubiere lugar a consecuencia del desacato que motiva la presente decisión”.

II

Trancribamos de momento el contenido de la disposición en que se basó la Sala Constitucional para imponer la multa, así como la que prevé el reclamo correspondiente.

El artículo 122 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, bajo el título “multas por desacato”, dispone que las “Salas del Tribunal Supremo de Justicia sancionarán con multa equivalente hasta doscientas unidades tributarias (200 U.T.) a las personas o funcionarios o funcionarias que no acataren sus órdenes o decisiones o no le suministraren oportunamente las informaciones, datos o expedientes que solicitare de ellos, sin perjuicio de las sanciones penales, civiles, administrativas o disciplinarias a que hubiere lugar”.

Por su parte, el artículo 125, titulado “del reclamo de la sanción”, dispone que “el sancionado o sancionada podrá reclamar por escrito la decisión judicial que imponga las sanciones a que se refieren los artículos 121, 122 y 123 de esta Ley, dentro de los tres días hábiles siguientes a su notificación, cuando expondrá las circunstancias favorables a su defensa”. Tal reclamo “será decidido por la Sala respectiva dentro de los cinco días hábiles siguientes al vencimiento del lapso para reclamar la decisión en la cual la Sala podrá ratificar, revocar o reformar la sanción, siempre y cuando no cause mayor gravamen al sancionado”.

III

La Presidenta de la Comisión Electoral de la Mesa de la Unidad Democrática consignó su escrito de reclamo, en el que –según reseñó la propia Sala Constitucional- expuso:

Que la sanción impuesta viola su derecho al debido proceso “...*en virtud de la omisión en que incurre la propia decisión de indicar la conducta o inactividad de Teresa Albanes o de la CEP supuestamente constitutiva de desacato*”.

Que la “...*decisión citada de esta Sala Constitucional no señala cuál es el desacato que habríamos cometido*”.

Que lo expuesto implica una lesión grave al derecho a la defensa y vicia la sanción de nulidad absoluta, pues la obliga a defenderse a ciegas.

Que se encuentra pendiente la oposición a la medida cautelar y, por ende, “...*sorprende que la Sala haya impuesto tal multa aun cuando estaba pendiente de decisión la oposición a la medida cautelar que tempestivamente fue interpuesta en contra de esa medida*”.

Que la causa se encontraba en estado de pronunciamiento sobre la oposición a la cautelar y sin que mediara un pronunciamiento al respecto, se impuso la sanción de multa.

Que se impuso la sanción sin examinar las razones aducidas en la oposición a la cautelar.

Que no se debió declarar el desacato sin apreciar las pruebas que demuestran la inexistencia del desacato.

Que se ha desconocido la naturaleza jurídica de las medidas cautelares y su carácter revisable, según los cuales, la misma era susceptible de modificación en función de los argumentos de la contraparte.

Que la administración de justicia es estructuralmente bilateral, dialéctica y por tanto, sujeta al principio contradictorio, por lo que resulta irrita la multa impuesta con anterioridad a la oposición de la medida cautelar.

Que no tuvo la oportunidad de ser escuchado antes de la imposición de la sanción, en violación del derecho a la defensa.

Que ...*“ciertamente, el reclamo es posterior a la imposición de la sanción, pero ello resulta a nuestro juicio inconstitucional, pues debe darse al supuesto infractor la oportunidad de ser oído antes de que sea dictada la decisión sancionatoria”*.

Que debió cumplirse con un procedimiento previo, según la propia doctrina de esta Sala.

Que se fijó un plazo de 5 días para pagar la multa y de acuerdo con el artículo 121 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, ese lapso es de 30 días.

Que cuando se difundió la decisión cautelar, *“...los cuadernos de votación ya habían sido destruidos”*, con lo cual, el mandato cautelar era de imposible ejecución.

Que el desacato presupone la posibilidad de cumplir una orden judicial y eso no ha existido en el caso de autos.

Que resulta contrario a principios jurídicos fundamentales aplicar una sanción por hechos previos a la decisión cautelar acordada por esta Sala.

Que en el Estado Aragua fueron los propios cuerpos policiales quienes imposibilitaron que la Dirección Regional del Consejo Nacional Electoral recibiera adecuadamente el material electoral, pues fueron incautados y llevados a la Gobernación, con lo cual, *“...tampoco en ese caso es imputable ni reprochable a esta CEP o a la correspondiente Junta Regional de Primarias”*.

Que las Juntas Regionales de Primarias actuaron conforme al Reglamento de Selección de Candidatos al tomar la decisión de destruir los cuadernos.

Que *“...de acuerdo con dicho Reglamento, al concluir la totalización mediante el correspondiente acto de totalización, el proceso electoral quedaba cerrado, dejando a salvo la posibilidad de que se presentara una impugnación, lo cual podía suceder dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al acto de totalización (puntos 64 y 66 del Reglamento). Dicho acto de totalización tuvo lugar, en presencia de los testigos de los precandidatos, el domingo 12 de febrero cerca de la media noche. A partir de allí corría el lapso de cuarenta y ocho (48) horas para formular impugnaciones, durante el cual en principio debían conservarse los cuadernos de votación, de manera que, si era presentada alguna impugnación cuya resolución exigiera la confrontación de estos cuadernos, ésta pudiera realizarse”*.

Que *“...sin embargo, las Juntas Regionales de Primarias consideraron, con gran acierto, que la conservación de los cuadernos por estas cuarenta y ocho (48) horas no era necesaria cuando los precandidatos manifestaban su aceptación de los resultados electorales o declaraban expresamente que no iban a impugnar, antes de vencerse dicho lapso”*.

Que las Juntas Regionales de Primarias actuaron conforme a los principios de participación sin discriminación, libertad y secreto del sufragio, vida privada, participación política y protección de datos personales.

Que si había decaído la única razón para conservar el material electoral, esto es, el interés en impugnar los resultados, no tenía sentido conservarlo.

Que *“...casi ninguno de los precandidatos a las elecciones primarias de la Unidad Democrática presentó impugnación dentro de esas cuarenta y ocho (48) horas”*.

Que las declaraciones del Gobernador del Estado Aragua, pusieron de manifiesto los riesgos que se corren cuando información como la de los cuadernos destruidos, llega a conocimiento de terceros.

Que la “...CEP no ha incurrido en desacato por las razones arriba expuestas, sino que además ha mantenido una actitud respetuosa de la autoridad de este Tribunal Supremo de Justicia”.

Que el mismo 14 de febrero se comunicaron con las Juntas Regionales de Primarias, y éstas informaron que habían destruido el material electoral.

Que en el transcurso de las (24) horas establecidas en la medida cautelar, intentaron transmitir nuevamente el mandato de este Máximo Tribunal y sólo obtuvieron la verificación de la información inicial, esto es, que se había destruido el material electoral.

Que se aplicó indebidamente el artículo 122 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que se refiere a funcionarios, terceros ajenos a la litis o a quienes se les solicite información, mientras que es el artículo 121 *eiusdem*, conforme al cual se puede sancionar a las partes y hasta por un límite de (100) unidades tributarias.

Que no existen elementos para aseverar que el supuesto desacato es de suma gravedad.

Que no puede escindirse la conexión entre los derechos humanos y las potestades con las cuales están investidas las autoridades.

Que “*hiere la conciencia jurídica que esta Sala Constitucional haga referencia en su decisión a lo difundido a través de los medios de comunicación y omita en cambio toda alusión a las afirmaciones que cursan en autos, en escritos presentados oportunamente, y que podían llevarle a una apreciación distinta sobre lo ocurrido*”.

Que “*en un Estado de Derecho y de Derechos no hay espacio para la obediencia ciega, para el poder irrestricto de mando o para el poder y la sumisión como fines autónomos o autosuficientes. La obediencia que puede exigir este modelo de Estado es la del ciudadano libre y titular de derechos inviolables y la del Estado sometido a la Constitución y a los derechos humanos*”.

Que “*...lo dicho causa mayor alarma si se tiene en cuenta que se ordenó remitir copia de las actuaciones al Ministerio Público y esta Sala debe ser consciente de las consecuencias que puede tener para los derechos de las personas una remisión al Ministerio Público hecha en estos términos, en una decisión que califica el desacato supuestamente perpetrado como ‘de suma gravedad’. Una determinación así no ha debido tomarse sin antes haber oído al supuesto infractor o, al menos, sin haber tenido en consideración sus argumentos, que constan en autos y fueron oportunamente presentados*”.

Que “*...pedimos a esta Sala Constitucional que restablezca el orden procesal alterado y deje sin efecto la sanción impuesta, procediendo a resolver primero las oposiciones formuladas a la medida cautelar cuyo supuesto incumplimiento ha motivado la sanción infligida*”.

IV

En su sentencia, la Sala se pronunció sobre los diversos aspectos planteados en el reclamo, pero solo deseamos resaltar uno: la tajante afirmación según la cual la imposición de multa no requiere procedimiento previo, pues el reclamo posterior es suficiente garantía. Estas fueron sus palabras:

“En el caso de autos, tal y como ocurre con las medidas cautelares, cuya sustanciación es posterior a la decisión que las acuerda, el artículo 125 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece un *iter* procesal que se abre de manera sucesiva a la sanción, a los fines de garantizar el contradictorio y con él, los derechos a la defensa y al debido proceso de los sancionados, sin que se afecte su situación jurídica, pues la multa impuesta, sólo se debe cumplir cuando ya se ha decidido el reclamo, tal como lo prevé el primer aparte del artículo 121 *eiusdem* que señala “*La multa se pagará ante cualquier entidad bancaria re-*

ceptora de fondos públicos nacionales dentro de los treinta días continuos siguientes a la notificación de la decisión que imponga la sanción o de la decisión que resuelva el reclamo conforme a lo que se establece en el artículo 125 de esta Ley”.

De esta forma, el reclamo a que se refiere el artículo 125 de la Ley que rige a este Alto Tribunal, aun siendo posterior a la imposición de la sanción, satisface todas las exigencias del debido proceso, así como del derecho a la defensa de los multados, ya que reconoce que una vez notificados y por ende, en conocimiento de la sanción, tienen oportunidad para alegar (ante el juez predeterminado por ley), probar y, en general, exponer las circunstancias favorables en su defensa, todo lo cual, ocurre con antelación a que se haga efectiva la multa y se afecte así al sancionado.

En virtud de lo anterior, y siendo que la presente decisión se dicta (con antelación a que se produzca la afectación patrimonial inherente a la multa impuesta) atendiendo a los argumentos y las pruebas presentadas por la defensa de la ciudadana Carmen Teresa Albanes Barnola y, en consecuencia, en garantía de su derecho al debido proceso, a ser oído y, por ende, a la defensa y a la presunción de inocencia, se desestima el argumento de violación de los referidos derechos; y así se declara”.

El criterio es claro: aun cuando el “reclamo” sea “posterior a la imposición de la sanción”, se satisfacen “todas las exigencias del debido proceso, así como del derecho a la defensa de los multados”, pues, “una vez notificados y por ende, en conocimiento de la sanción, tienen oportunidad para alegar (...), probar y, en general, exponer las circunstancias favorables en su defensa”, sin que mientras tanto “se haga efectiva la multa y se afecte así al sancionado”.

V

La declaración de la Sala Constitucional nos obliga a recordar un caso no tan reciente, pero tampoco tan distante en el tiempo, en el que ella misma sostuvo lo contrario e incluso ordenó desaplicar, por estimarlas violatorias de los derechos al debido proceso y a la defensa, disposiciones de una ley que preveían algo muy similar.

Se trataba de la demanda de una empresa de transporte aéreo contra el artículo 119 de la Ley de Aeronáutica Civil, que forma parte de las disposiciones del procedimiento sancionatorio, y que había servido de fundamento al Instituto Nacional de Aeronáutica Civil para imponerle una multa sin jamás haberle notificado la apertura de procedimiento alguno, si bien, una vez impuesta, le hizo saber que, de estar en desacuerdo, contaba con un lapso para, alegar lo que considerase pertinente y probar lo que conviniese a su defensa. Algo parecido al reclamo previsto en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, sin duda.

Estas son las normas de la Ley de Aeronáutica Civil:

Notificación

Artículo 119. El acto de imposición de la sanción deberá contener la citación del presunto infractor para que comparezca al tercer día hábil siguiente ante la Autoridad Aeronáutica que la practicó. Si la citación personal no fuere posible, será suficiente que la boleta sea entregada en la dirección que consta en el Registro Aeronáutico Nacional, lo cual se comprobará con el recibo firmado por quien la haya recibido o en su defecto mediante acta levantada por el funcionario que practique la notificación. En este caso, el lapso para la comparecencia comenzará a correr una vez que consten en el expediente respectivo las diligencias practicadas. A la hora y fecha fijada en la boleta de citación, el presunto infractor deberá comparecer a los efectos de presentar su descargo en forma oral o escrita, o admitir la infracción imputada. Cuando en el acto de comparecencia el presunto infractor compruebe el pago de la multa, se dará por concluido el procedimiento administrativo.

Impugnación y Lapso Probatorio

Artículo 120. Si en el acto de comparecencia el presunto infractor impugna la sanción impuesta, se abrirá un lapso probatorio de cinco días hábiles para la promoción y evacuación de pruebas.

Decisión

Artículo 121. Vencido el lapso de pruebas, dentro de los cinco días hábiles siguientes, la Autoridad Aeronáutica dictará su decisión confirmando, modificando o revocando la sanción impuesta.

Recursos

Artículo 122. Contra las decisiones que impongan una sanción, podrá interponerse el recurso de reconsideración dentro de los quince días hábiles siguientes o acudir directamente a la vía jurisdiccional, dentro de los treinta días hábiles siguientes. Si es ejercido el recurso de reconsideración, deberá agotarse íntegramente la vía administrativa para poder acudir a la vía jurisdiccional. La falta de decisión oportuna en los plazos previstos en el presente procedimiento, a excepción del recurso de reconsideración, acarreará la culminación del procedimiento administrativo y la consecuente responsabilidad de los funcionarios involucrados conforme a la ley. La decisión definitiva deberá ser notificada a su destinatario en caso de que este no se haya presentado al acto de comparecencia. La Autoridad Aeronáutica, en aquellas infracciones cometidas que hayan puesto en peligro la seguridad aeronáutica, sin perjuicio de la multa correspondiente, podrá disponer que asistan los infractores con carácter de obligatoriedad a un curso de orientación en materia de educación y seguridad operacional y de la aviación civil, que no excederá de treinta horas ni podrá dictarse en días laborables.

Ese Instituto, la verdad, no hizo entonces nada ilícito: era justo lo que la ley le permitía. La Sala Constitucional, sin embargo, compartió el criterio de la demandante y sostuvo lo siguiente (sentencia N° 4988/2005):

“En tal sentido, los apoderados judiciales de la sociedad mercantil recurrente solicitan caute- lamente que esta Sala decrete mandamiento de amparo “... *por medio del cual ordene la in- aplicación del artículo 119 de la Ley de Aeronáutica Civil, a la situación jurídica de nuestra representada, y en consecuencia, se ordene al Instituto Nacional de Aviación Civil, abste- nerse de ejecutar la sanción contenida en la Providencia N° 000105 de fecha 25 de julio de 2005, y abstenerse de aplicar dicha norma a la situación jurídica de nuestra poderdante, hasta tanto se decida la acción de nulidad por inconstitucionalidad incoada como acción principal*”.

Ello así, se observa que cursa a los autos el acto administrativo por el cual la autoridad ae- ronáutica civil impuso sanción pecuniaria de multa por el monto de sesenta y seis millones ciento cincuenta mil bolívares (Bs. 66.150.000,00) a la recurrente, con fundamento en lo dis- puesto en el artículo 119 de la Ley de Aeronáutica Civil, por incurrir en la infracción tipifi- cada en la letra i, numeral 2 del artículo 174 *eiusdem*, que constituye -en criterio de esta Sala- el acto singular de aplicación de la norma.

De conformidad con el tenor de la disposición impugnada que sirve de base al ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración Aeronáutica y que se impugna por vía principal, la imposición de la multa en la fase de iniciación del procedimiento, sin haberse sustanciado en su totalidad el mismo -sin garantizar con ello el derecho a la defensa en el marco del debi- do procedimiento administrativo- y, en razón del principio de ejecutividad y ejecutoriedad que reviste la misma (*ex* artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), pudiera causar -según se advierte *prima facie*- perjuicios a la esfera patrimonial de la recu- rrente que difícilmente serían revertidos por la sentencia definitiva que se dicte en el presente juicio de nulidad.

En consecuencia, estima esta Sala que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala decreta mandamiento de amparo cautelar por el cual se suspende la aplicación del artículo 119 de la Ley de Aeronáutica Civil sólo en lo relativo a la imposición de la sanción como acto de iniciación del procedimiento administrativo, materializado en el presente caso por la multa aplicada, sin perjuicio de la continuación del procedimiento en sede administrativa, según las disposiciones procedimentales contenidas en esa misma Ley, a los fines de que el Instituto Nacional de Aviación Civil verifique efectivamente la comisión de la infracción administrativa prevista en la letra i, numeral 2 del artículo 174 *eiusdem*. La inaplicación parcial de los efectos jurídicos de la norma aquí decretada implica que el Instituto autor del acto no podrá exigir la cancelación de la multa impuesta, como presupuesto del procedimiento sancionatorio, y se mantendrá hasta tanto se dicte sentencia definitiva en el presente juicio de nulidad. Así se decide”.

Como se observa, en este caso la Sala Constitucional sostuvo que la sanción de multa debe estar precedida de un procedimiento, con lo que no cabría imponerla y luego conceder plazo para defenderse. Por ello, ordenó que en el caso concreto se entendiera que el acto de imposición era en realidad equivalente al auto de apertura del procedimiento. No olvidemos que se trataba de un amparo cautelar.

Pese a que el amparo se concedió solo para el caso concreto, lo cierto es que desde ese momento, y sin que cambiase la ley, ese Instituto se apartó de la letra de su articulado y dejó de imponer sanciones sin procedimiento previo, con lo que la medida cautelar —que carece ya de sentido, porque el procedimiento contra la línea aérea fue decidido en vía administrativa— se extendió a todos los supuestos de aplicación de esa ley. Ha ocurrido entonces una especie de protección acordada por la propia Administración, quizá temerosa de que la Sala Constitucional dispusiere algo similar en otros casos.

Todo ello ha generado una situación curiosa, pues aunque la demanda se introdujo hace más de siete años, no ha sido aún resuelta, con lo que la norma sigue vigente, pero quien debe aplicarla no la aplica. Ahora bien, lo que sí ha ocurrido siete años después es que la Sala Constitucional ha dejado sentado que el procedimiento no es necesario, con lo que suponemos que el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil bien podría retomar su anterior manera de proceder, con lo que volvería a aplicar una ley que nunca ha sido anulada ni se ha suspendido en sus efectos con carácter *erga omnes*.

VI

Quien lea las dos sentencias podría pensar, sin embargo, que existe entre ellas una diferencia: en el caso recién decidido se sostiene que no existe perjuicio por el hecho de que la multa no es exigible mientras no se resuelva el reclamo; en el caso de la línea aérea se afirmó que era necesario suspender la norma, por presunta inconstitucionalidad, porque de no hacerse sería exigible, en razón de los principios sobre efectos y ejecución de actos administrativos contenidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

No leyó la Sala Constitucional, sin embargo, toda la Ley de Aeronáutica Civil, porque esa ley establece que, una vez notificada la multa, el afectado puede comparecer y satisfacer su importe o, si está en desacuerdo, alegar y probar en su defensa, caso en el cual no se hace efectiva mientras no se dicte decisión sobre la “impugnación” planteada. Es decir, los casos eran similares.

En todo caso, similares los casos o no, la postura de la Sala Constitucional sí fue antagónica: en uno censuró el actuar de la Administración y achacó a la ley una presunta inconstitucionalidad, pero en el otro se avaló a sí misma, afirmando que cuando es el Tribunal Supremo de Justicia el que multa no se exige nada más: quien desea podrá reclamar, pero multado ya está.

Además, la Sala Constitucional omite algo relevante, incluso si la multa no fuere exigible antes del reclamo: el hecho de que ordenó remitir de inmediato el caso al Ministerio Público, a fin de que determinase si existe responsabilidad penal por el desacato. Es decir, sí habría efectos perjudiciales y probablemente muy graves.

Lamentable decisión, no nos cabe duda, que afecta de manera sensible el derecho a la defensa.

NOTAS SOBRE ALGUNOS CRITERIOS RECIENTES DE LA SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA EN LA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA (Parte Final)

Miguel Ángel Torrealba Sánchez
*Profesor Asistente de Derecho Administrativo
Universidad Central de Venezuela*

Resumen: *Se analizan 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. LA PRETENSIÓN DE NULIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO ES INIDÓNEA PARA CUESTIONAR LA VALIDEZ DE CIERTOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEPENDIENDO DEL CONTENIDO DE ÉSTOS

Otros fallos de la Sala Político-Administrativa evidencian que en criterio de ese órgano judicial, en ocasiones no resulta admisible o procedente cuestionar la juridicidad de ciertos actos administrativos mediante la interposición de la pretensión de nulidad de éstos. Tal es el caso de la decisión 1302 del 19 de octubre de 2011, mediante la cual, luego de admitido y tramitado en su totalidad el proceso judicial correspondiente a una pretensión de nulidad de un acto administrativo, la Sala Político-Administrativa, amparándose erradamente en previos precedentes¹, declara inadmisibile la demanda en cuestión en la oportunidad de pronunciarse

¹ Cabe destacar que la sentencia que se cita en el referido fallo, a saber, la 195 del 7 de febrero de 2007, no resulta susceptible de ser invocada como precedente jurisprudencial, pues en ningún momento se señala en su texto que un Decreto de afectación no puede ser cuestionado sino mediante el juicio ordinario del Código de Procedimiento Civil. Y es que el caso concreto de la decisión invocada, se trataba de la apelación de una sentencia que había autorizado la ocupación previa del inmueble, y el tercero apelante sostenía: 1) Que el bien objeto de la ocupación era de su propiedad; y 2) Que el avalúo hecho por los peritos no se había realizado con las formalidades de Ley. Ante tales alegatos expuestos en la fundamentación del recurso, la decisión concluye que los mismos no pueden ser resueltos con ocasión de decidir una incidencia de apelación, sino en juicio autónomo. Nada se señala pues –como erradamente indica en su fallo posterior la Sala Político-

sobre el mérito de la controversia, sobre la base de que el medio procesal idóneo para cuestionar la validez de un Decreto Presidencial a través del cual se desafecta para uso agrícola y se afecta para el desarrollo urbano un determinado inmueble, con la consiguiente “*adscripción*” del mismo al Ministerio competente en materia de vivienda y hábitat, no lo es la pretensión constitutiva de nulidad (recurso contencioso-administrativo de nulidad, en los términos tradicionales empleados por el órgano judicial), sino el juicio ordinario del Código de Procedimiento Civil. El argumento invocado a los fines de sustentar la inadmisibilidad sobrevenida se refiere a que en el caso bajo análisis, dado que la pretensión contiene argumentos referidos a lograr el reconocimiento de la titularidad del derecho de propiedad sobre un inmueble “...*que haya sido objeto de expropiación por parte de la República*”, o de cualquier otro procedimiento en el que pueda resultar afectado el derecho de propiedad que alegue tener...”, es el juicio ordinario “...*el medio idóneo para dilucidar el tema de la propiedad*”, que sería tramitado “...*ante los tribunales competentes*”.

En otros términos, la Sala Político-Administrativa concluye que en algunos casos, un Decreto Presidencial, indiscutible ejemplo de acto administrativo a tenor de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, no puede ser objeto de cuestionamiento a través de una demanda de nulidad del mismo, sino que el afectado deberá acudir al juicio ordinario regulado en el Código de Procedimiento Civil, en el supuesto de que la *causa petendi* de la pretensión se relacione con la discusión acerca de la titularidad de la propiedad de un bien.

Ahora bien, para llegar a esta conclusión no hay premisas que se hagan valer³, más allá de sostener –implícitamente– que en una demanda de nulidad de actos administrativos no puede el juez contencioso-administrativo pronunciarse sobre asuntos relativos al derecho de propiedad. Ahora bien, en el caso concreto ¿Significa ello que el interesado debió demandar a la República ante los Tribunales Civiles? (lo cual sería contrario al artículo 259 constitucional y a la regulación competencial que establece la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa) ¿O bien que debió plantear su demanda ante los Tribunales Contencioso-administrativos? Y de ser el caso, ¿cómo podía hacerlo mediante la interposición de una pretensión de condena que se tramite por el procedimiento ordinario del Código de Procedimiento Civil, si a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en tal hipótesis el aplicable es el procedimiento de las demandas de contenido patrimonial? Y por otra parte, cabe también preguntarse: ¿cómo es posible solicitar la anulación de un acto administrativo por un procedimiento distinto al de la demanda de nulidad de actos administrativos regulada en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa?

Una vez más, la Sala Político-Administrativa limita injustificadamente el objeto de la pretensión de nulidad de actos administrativos sobre la base del contenido de tales actos, lo

Administrativa- con respecto a que la vía idónea para cuestionar la legalidad de un Decreto de Afectación sea únicamente el juicio ordinario del Código de Procedimiento Civil

² En realidad, según los argumentos de la parte demandante, en el caso concreto el inmueble no había sido objeto de expropiación propiamente dicha, sino únicamente de afectación, es decir, se estaba iniciando el procedimiento expropiatorio, toda vez que alega que “... en ningún momento ha sido notificada de procedimiento judicial alguno, así como tampoco existe un decreto de expropiación por causa de utilidad pública o interés social, ni una sentencia firme que exija que su mandante ceda su propiedad...”.

³ Ya quedó evidenciado que el precedente que se invocó no resultaba aplicable pues se trató de un supuesto fáctico y jurídico distinto.

cual no encuentra asidero lógico ni legal. En ese sentido, cabe destacar que una cosa es que en el caso de la violación de las formalidades procedimentales exigidas en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, el artículo 8 de ésta confiera al propietario afectado ilegítimamente el ejercicio de todas las acciones posesorias y petitorias previstas en la legislación⁴, y otra muy distinta es señalar que en tal supuesto no procede la vía ordinaria en el contencioso-administrativo para solicitar la anulación de actos administrativos, es decir, la interposición de la pretensión de nulidad de éstos que se tramita por el procedimiento denominado por la Ley (a falta de mejores términos) “común”.

En todo caso, cabe preguntarse también cómo es posible que ese pronunciamiento de inadmisibilidad se haya hecho en la oportunidad de pronunciarse sobre el fondo de la controversia y no al momento de la admisión de la misma, lo que implica un injustificado perjuicio a los intereses del demandante y una manifiesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, en realidad el criterio expuesto se vincula con otro antes descrito (véase el epígrafe 7 de la primera parte de este trabajo), referente a que, en opinión de la Sala Político-Administrativa, no solamente es que la demanda de nulidad de actos administrativos no resulta un medio adecuado para dilucidar controversias atinentes a la titularidad de derechos de propiedad, sino que ese cauce procesal sería “...incompatible con la naturaleza del recurso contencioso-administrativo de nulidad...” (Sentencia 1113 del 10 de agosto de 2011), toda vez que “...en el contencioso de nulidades de actos administrativos, a diferencia del juicio civil ordinario (procedimiento aplicable a todas las controversias que no tengan expresamente establecido un procedimiento especial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 388 del Código de Procedimiento Civil), lo demandado es la contrariedad a derecho del acto administrativo, es decir, es un medio de impugnación en vía jurisdiccional de los actos administrativos, tendente a la anulación en sede jurisdiccional, donde el demandado es un ente u órgano público, es el llamado control externo de la legalidad administrativa que tiene fundamento en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...”.

El criterio en cuestión, producto más de la inercia jurisprudencial que de una reflexión detenida sobre el tema, al fundamentarse en la superada distinción entre “recurso de anulación” y “recurso de plena jurisdicción” a la usanza de la tradicional dicotomía del contencioso-administrativo francés⁵, ya resultaba de difícil sustento en nuestro Derecho Positivo durante la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de lo preceptuado en el artículo 131 de la misma, dispositivo que facultaba al juez contencioso-administrativo para, conjuntamente con la declaratoria de procedencia de la anulación del acto administrativo, condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración, así como disponer lo necesario para

⁴ La norma en cuestión ha sido limitada severamente por la Sala Político-Administrativa al haberse “eliminado” por vía jurisprudencial la posibilidad de ejercer interdictos posesorios contra la Administración. Véase al respecto nuestro trabajo: *La vía de hecho en Venezuela*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2011, pp. 145-146.

⁵ Tradicional, porque en la actualidad la situación es distinta inclusive en el país que estableció el modelo. Véase entre otros al respecto: García De Enterría, Eduardo: *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?* Thomson Civitas. Navarra, 2007, *in totum*; y en la doctrina venezolana: Ortiz-Álvarez, Luis: *Revolución Francesa y Justicia Administrativa*. Colección Cuadernos N° 7. Editorial Sherwood. Caracas, 2003, pp. 139-155.

el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa⁶. Dicho precepto, en realidad, no hacía más que desarrollar lo dispuesto en el artículo 206 de la Constitución de 1961, el cual estableció sistemáticamente las bases constitucionales de la jurisdicción contencioso-administrativa y que ahora se encuentra contenido en el artículo 259 de la Carta Magna vigente. Cabe señalar que el precepto legal en cuestión se reprodujo en el artículo 21, décimo séptimo aparte, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004.

Ahora bien, sostener en la actualidad tal tesis nos parece aún más cuestionable, tanto por la evolución que sobre el punto ha tenido la doctrina venezolana, que tiende a plantear el reemplazo de la concepción revisora del contencioso-administrativo venezolano centrada en el control “objetivo” del acto administrativo, por oposición a una modalidad antitética de control “subjetivo” que se manifestaría a través del “recurso de plena jurisdicción” (que nunca tuvo una clara base legal en nuestra legislación)⁷, por una en la cual sea la pretensión procesal administrativa el eje central de esta rama adjetiva⁸, ubicando al acto administrativo como una manifestación más de las formas de actuación de la Administración –importante sin duda, pero no la única-, y por tanto, como objeto de la pretensión constitutiva de nulidad, sin desmedro de la acumulación a ésta de otro tipo de pretensiones (v.g. de condena al pago de sumas de dinero por concepto de indemnización de daños y perjuicios causados por la ejecución de un acto administrativo). Todo ello evidencia que difícilmente puede seguir sosteniéndose que una pretensión –inclusive una de nulidad- interpuesta por un ciudadano, persigue únicamente el “control externo de la legalidad administrativa”, a semejanza del tradicional “recurso por exceso de poder” de origen francés.

Pero es que además, tal concepción, aparte de que resulta hoy más que nunca difícil de conciliar con los fundamentos constitucionales de la jurisdicción contencioso-administrativa, que al ser un orden competencial jurisdiccional viene a ser regulado (además de por el dispositivo contenido en el artículo 259) por los artículos 26, 49 y 257 constitucionales, también encuentra obstáculo en el propio texto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

⁶ Señalaba la doctrina al respecto: “Por supuesto, ya en vigor el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia es difícil que la pretensión del recurrente se limite a la pura anulación: normalmente, el recurrente formulará su pretensión de anulación y además formulará una petición de condena para el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva o para la condena al pago de daños y perjuicios, etc.” (Brewer-Carías, Allan: *Nuevas tendencias en el contencioso-administrativo...*, p. 209).

⁷ Cfr. Caballero Ortiz, Jesús: *Contencioso de plena jurisdicción y demandas contra los entes públicos*, Colección Estudios Jurídicos N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, pp. 11-56.

⁸ Véanse entre otros: Linares Benzo, Gustavo: *El carácter subjetivo del procedimiento contencioso-administrativo*. XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escobar”. Avances jurisprudenciales del contencioso-administrativo en Venezuela. Tomo I. Diario de Tribunales Editores S.R.L. Barquisimeto, Estado Lara, 1993, pp. 389-397; Rojas Pérez, Manuel: *El carácter subjetivo del sistema contencioso administrativo*. En: *Revista de Derecho Público* N° 110, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 57-68; Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: “El acto administrativo como objeto de la pretensión procesal administrativa y su tratamiento jurisprudencial en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”. En: *El contencioso-administrativo a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2009, pp. 123-133, y la bibliografía allí citada. Véase también la bibliografía más reciente citada en la nota al pie N° 27 de la primera parte de este trabajo.

En efecto, si bien este instrumento legal no acoge de manera expresa las modernas tendencias doctrinarias (modernas en el Derecho Procesal Administrativo venezolano), lo cual se refleja marcadamente en las deficiencias contenidas en la regulación del procedimiento común a las demandas de nulidad de actos administrativos, interpretación y controversias administrativas (Sección Tercera, Capítulo II, Título IV), marcadamente inspirado en el diseño del recurso contencioso-administrativo de nulidad contenido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la inserción de la audiencia de juicio en este procedimiento (véanse los artículos 82 y 83 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), oportunidad en la cual se produce una suerte de contestación a la demanda⁹, determina que difícilmente se puede seguir sosteniendo la existencia de un “*contencioso de las nulidades de los actos administrativos*” al tradicional estilo francés, es decir, como el paradigma de un medio procesal objetivo y revisor de la legalidad de la actuación de la Administración, por oposición a un contencioso subjetivo en el cual se ventilan derechos e intereses *inter partes*¹⁰.

Antes de finalizar este punto, hay que señalar que este tipo de decisiones de la Sala Político-Administrativa encuentran su antecedente indirecto en una serie de decisiones dictadas por ese órgano judicial respecto a varias pretensiones de nulidad interpuestas contra actuaciones emanadas del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), órgano desconcentrado de la Administración Pública Central que, con ocasión de la adquisición de un inmueble en la capital de la República (Torre Capriles en la Plaza Venezuela), procedió a enviar una serie de notificaciones escritas (más allá de lo cuestionable de la base legal para ejercer tal competencia) a los arrendatarios de una serie de locales en el mismo, fijándoles un plazo para su desocupación.

Ante la interposición de las correspondientes pretensiones de nulidad, la Sala Político-Administrativa se declaró incompetente y declinó el conocimiento de tales causas en los tribunales civiles, argumentando que “...*la jurisdicción contencioso administrativa conoce solamente de las impugnaciones ejercidas contra los actos dictados por la Dirección General de Inquilinato del Ministerio de Infraestructura u organismos competentes en materia inquilinaria; siendo que en el caso bajo estudio la actuación cuestionada por la recurrente fue realizada por la autoridad de un Servicio Autónomo, en su condición de “propietario” del inmueble cuyo desalojo se solicita, debe esta Sala declarar que la jurisdicción civil ordinaria es la competente para dilucidar la controversia planteada...*”¹¹. Este criterio ya ha sido objeto de atención por parte de la doctrina¹², y si bien su precaria motivación amerita de un

⁹ Así lo afirmó expresamente la propia Sala Político-Administrativa en decisión 1497 del 16 de noviembre de 2011, al expresar: “...*a juicio de este órgano jurisdiccional, la Audiencia de Juicio prevista en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa respecto a las demandas de nulidad, interpretación y controversias administrativas (como es el caso), se asimila al acto de contestación, toda vez que es la oportunidad en la cual la parte demandada o el ente recurrido esgrime los argumentos que apoyen su defensa, delimitando así la controversia...*”. Este criterio resulta complementado con la concepción que tiene la misma Sala respecto de la *notificación* en las demandas de nulidad regulada por el artículo 78 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al entender que la práctica de ésta debe hacerse con las formalidades de la *citación* del Código de Procedimiento Civil (sentencia 1609 del 3 de agosto de 2011).

¹⁰ Modelo que según la doctrina, no persiste en la actualidad. Véase la nota al pie N° 5.

¹¹ Véanse entre otras, decisiones de la Sala Político-Administrativa 19 del 14 de enero de 2009 y 1125 del 10 de noviembre de 2010.

¹² Cfr. Hernández G., José Ignacio: *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*. Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrati-

detenido análisis, no es esta la oportunidad para ello¹³. Baste con señalar que también en este caso, el máximo tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa concluye que existen manifestaciones de la actividad administrativa cuyo control y tutela judicial no corresponde a los tribunales contenciosos-administrativos sino a los civiles, sin invocar norma legal que permita excepcionar *expresamente* la cláusula general contenida en el artículo 259 constitucional.

II. INICIATIVA DE CONCILIACIÓN EN ESTADO DE SENTENCIA

Como medio alternativo de solución de conflictos, la conciliación es plenamente aplicable al proceso judicial administrativo (artículo 258 constitucional, *in fine*)¹⁴. No obstante, la lógica de tal institución indica que la misma debe producirse *al inicio del procedimiento*, y que la oportunidad ideal es apenas fijados los hechos controvertidos y antes de que tenga lugar el inicio del debate probatorio, de tal forma que el juez llamado a promoverla, previo contacto directo con las partes, tenga conocimiento de los términos en que está fijada la litis y por tanto, maneje la información necesaria para entender cuál es la situación y cuáles son las expectativas de los sujetos procesales tanto desde el punto de vista sustantivo como adjetivo¹⁵. Ello le permitirá un mejor manejo de las técnicas que permiten plantear como alternativa la conciliación o mediación, ilustrando a las partes sobre las posibilidades con que cuenta cada una¹⁶.

No obstante, la Sala Político-Administrativa ha venido manejando esta institución de una manera notablemente contraria a las premisas antes esbozadas, al punto de que en ocasiones,

vo Universidad Católica “Andrés Bello” Nº 27, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 111-112, especialmente la nota al pie Nº 157.

¹³ El asunto se vincula con aspectos sustantivos y adjetivos medulares del Derecho Administrativo, como lo son, entre otros, la llamada “*actividad de Derecho Privado de la Administración*” y los criterios de identificación de la Administración y del acto administrativo como variables de atribución competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa.

¹⁴ Sobre el punto puede verse, refiriéndose al Derecho Procesal Administrativo venezolano: Aguilar C., Ramón Alfredo: *La conciliación en el proceso contencioso administrativo*. En: *El Contencioso Administrativo y los procesos constitucionales*, Colección Estudios Jurídicos Nº 92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 695-722, así como la bibliografía citada en ese trabajo en las notas al pie 39 a la 41 de la página 706.

¹⁵ Es el caso de la audiencia preliminar en los procesos orales o por audiencias, como se señala en: *Ibidem*, p. 697 y 703. Similar posición la sostiene Hernández Mendible, *El proceso administrativo...*, p. 193. En la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la oportunidad específica de la conciliación sólo está prevista expresamente en la audiencia oral del procedimiento breve (artículo 71), no así en los otros procedimientos, aunque se señala que, no obstante el vacío de la Ley, en el procedimiento de las demandas de contenido patrimonial el momento idóneo se produce en las audiencias (preliminar o conclusiva), y en el procedimiento común en la mal denominada audiencia de juicio o en los informes. Se añade que también procedería propiciar la conciliación en las audiencias orales de segunda instancia y del recurso de jurisdicción, aunque no estén previstas legalmente (Aguilar C, *op. cit.*, pp. 703-704). Coincidimos parcialmente con esa posición, pues entendemos que la mejor oportunidad -salvo que un proceder distinto lo aconseje el examen del caso concreto- para plantear la posibilidad de conciliación lo sería *preferentemente* en las audiencias preliminar del procedimiento de las demandas de contenido patrimonial (y así lo expusimos en nuestro trabajo: *Las demandas de contenido patrimonial...*, p. 316; en similar sentido: Hernández Mendible, *El proceso administrativo...*, p. 203), y de juicio en el supuesto del procedimiento común (también en similar sentido: *Ibidem...*, p. 216).

¹⁶ Sobre las funciones del juez en la conciliación, puede verse entre otros: Aguilar C., *op. cit.*, pp. 704-706 y 719-722.

en la oportunidad de dictar sentencia definitiva, en vez de hacerlo, el órgano judicial opta por llamar a las partes a una fase de conciliación, sobre la base de que la regulación legal establece que la misma puede promoverse en cualquier estado y grado de la causa (artículo 6 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)¹⁷.

Ciertamente que la redacción del precepto no parece imponer límites a esta iniciativa, pero una interpretación racional y prudente de éste lleva necesariamente a concluir que ella no puede emplearse indiscriminadamente y de forma inmotivada, sino que, en el supuesto de que la iniciativa a promover una solución alternativa del conflicto a la decisión judicial sea empleada luego de las primeras fases del procedimiento, ello será una opción, sino excepcional, al menos de inusual aplicación, sólo en aquellos casos en los que la ponderación de las circunstancias fácticas y jurídicas del caso y la evaluación de la conducta procesal de las partes y del estado del proceso, lleve a la convicción *debidamente motivada* del juez, de que existen elementos que evidencian que la llamada a optar por los medios alternativos de solución de controversias tiene probabilidades de éxito en el supuesto concreto¹⁸.

De lo contrario, que es precisamente lo que está sucediendo en múltiples procesos judiciales llevados ante la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia¹⁹, el llamado a conciliación -toda vez que no se basa en el examen de las circunstancias que ameritan esa sobrevenida iniciativa sino en una genérica invocación de la base constitucional y legal así como de los fines de los medios alternativos de solución de conflictos- se convierte en una especie de comodín procesal empleado por el órgano jurisdiccional como instrumento para diferir indefinidamente la emanación de la sentencia definitiva, lo cual es contrario, tanto al instituto de la conciliación en sí misma, como a los principios de economía y celeridad procesal, y por consiguiente, a los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas.

¹⁷ Este proceder del máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa lo advertimos para una causa concreta en nuestro trabajo: *La vía de hecho...*, pp. 235-237, al referir la decisión de la Sala Político-Administrativa 1234 del 25 de noviembre de 2010, en la cual, *verificada la audiencia oral* en un procedimiento breve y siendo la oportunidad de pronunciarse sobre el mérito de la causa, en lugar de emitir fallo definitivo, la Sala decidió en forma manifiestamente *contra legem*, entre otras cosas, notificar a las partes y a terceros para su participación en un acto de resolución alternativa de controversias, obviando que ya la audiencia oral había concluido y que *la única actuación posible era la emanación de la decisión*. Se trató de una forma de diferir *indefinidamente* la oportunidad para sentenciar, pues a casi año y medio de tal actuación, la causa sigue sin resolverse.

¹⁸ Similar es la posición que sostiene Aguilar C., *op. cit.*, p. 704, al señalar que la conciliación podrá ser promovida en cualquier estado y grado de la causa “...cuando el juez lo considere viable y conveniente”, circunstancias que, agregamos, deben motivarse –así sea de forma breve- en el auto correspondiente.

¹⁹ Véase entre otros fallos de la Sala Político-Administrativa: auto 15 del 7 de febrero de 2011 (es de destacar que en este caso la tramitación del proceso había concluido en noviembre de 2003); auto 20 del 2 de marzo de 2011 y decisión 1097 del 9 de agosto de 2011. En otras ocasiones el llamado ha sido más justificado, habida cuenta de que ha sido pedido por alguna de las partes, como por ejemplo en el auto 97 del 10 de agosto de 2011. Por último, en otras oportunidades la promoción de la conciliación sí ha sido oportuna, por estar en sus inicios la tramitación del proceso (v.g. sentencia 1073 del 9 de agosto de 2011).

III. INTERÉS PÚBLICO Y NOTIFICACIONES SIN BASE LEGAL Y EN CUALQUIER ETAPA DEL PROCESO

Una práctica similar a la descrita en el anterior epígrafe en sus consecuencias dilatorias respecto a la tramitación de los procesos administrativos, y sobre todo en la oportunidad para decidir, que viene llevando a cabo el máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, se refiere a ordenar la notificación de las partes y de los terceros *en cualquier etapa del proceso*, sin base legal expresa.

Ejemplo de ello lo encontramos en la decisión 104 del 27 de enero de 2011, en la cual, recibida una causa en la cual se había resuelto un conflicto de competencia y se había declarado a ese órgano judicial el tribunal competente para conocer, la Sala Político-Administrativa, en vez de iniciar su tramitación, ordena la remisión del expediente al Juzgado de Sustanciación para que “...una vez que consten en autos las notificaciones de las partes se pronuncie sobre la admisibilidad de la acción interpuesta, con prescindencia de la competencia ya decidida en este fallo...”. No invoca el órgano judicial la norma que determine la procedencia de esa notificación en el caso concreto²⁰, máxime si se considera que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la citación de las partes debe realizarse *una vez admitida la demanda*, y que, de declararse la inadmisibilidad de la misma u ordenarse su corrección de acuerdo con las previsiones del artículo 36 *eiusdem*, es tal decisión la que debía notificarse a la parte demandante (salvo que ya se hubiera producido actuación del legitimado pasivo, lo que no se evidencia de la narrativa de la decisión), dado que el pronunciamiento interlocutorio se habría dictado con posterioridad a los tres días previstos en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable a tenor del reenvío dispuesto en el artículo 31 encabezamiento de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En posterior ocasión, se evidencia que en auto 34 del 6 de abril de 2011, la Sala Político-Administrativa ordena notificar, verificada la tramitación de un proceso y en el plazo para dictar decisión, a un tercero “...denunciante en el procedimiento administrativo que dio origen al acto administrativo impugnado...” que no había sido notificado ni participado en tal causa, a los fines de que “... concorra a exponer lo que a bien tenga en defensa de sus derechos...”. En ese sentido, la referida actuación resulta improcedente, toda vez que en todo caso lo que procedía en tal supuesto era ordenar *la reposición de la causa* al estado de notificar a todas las partes²¹ para que luego procediese la continuación de la misma en la fase de pruebas. Ello por cuanto no tiene mayor sentido notificar en estado de sentencia, toda vez que han transcurrido los plazos para alegar y probar, es decir, para ejercer en primera instancia las manifestaciones de la garantía constitucional del debido proceso.

En esa hipótesis pues, la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa ordena una notificación inoficiosa, y además con vulneración de los derechos de las partes intervinientes, toda vez que, de comparecer la parte notificada y exponer alegatos y pruebas en defensa de sus derechos e intereses, no existe ya plazo alguno para su tramitación y por

²⁰ En todo caso la notificación que procedía era la del Municipio co-demandado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 155 *in fine* de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, pero la misma luce inoficiosa para el caso concreto toda vez que, de admitirse la demanda, operaría su citación conforme a las previsiones legales pertinentes. No obstante, no hay invocación de norma alguna de esta Ley en la sentencia bajo análisis.

²¹ Conforme además al criterio de la Sala Constitucional establecido a partir de la sentencia 2029 del 19 de agosto de 2002, acogido por la Sala Político-Administrativa.

tanto, tampoco para que sus contrapartes ejerzan sus derechos a contra alegar y probar así como a ejercer el control y contradicción de las actuaciones de la notificada²². De allí que lo procedente en tal caso era, una vez más, acordar la reposición de la causa si había méritos para ello, o abstenerse de notificar si tal actuación no lucía procedente.

Esa misma tendencia se observa en la decisión 1421 del 2 de Noviembre de 2011 (sobre ella se volverá más adelante), en la cual la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa ordena la notificación de un sindicato que, a pesar de haber intervenido en el procedimiento administrativo previo a la interposición de la pretensión de nulidad, no fue notificado en el proceso judicial. En ese supuesto, aun cuando la tramitación de la causa ya había concluido según se evidencia de la propia narrativa de la sentencia, se ordena “...notificar al mencionado Sindicato (sic), para que en un lapso de veinte (20) días de despacho más el término de la distancia, contados a partir de que conste en autos su notificación, presente los argumentos y promueva y evacue las pruebas que estime pertinentes a los fines de la defensa de sus derechos e intereses...”. Cabe preguntarse cómo es posible –en sana lógica procesal– que se reabran los plazos de alegación y prueba (¿únicamente para la parte notificada?) en un proceso judicial en estado de sentencia, en lugar de ordenarse la reposición del mismo, solución que es la que se impone en resguardo de la garantía del debido proceso y del derecho a la igualdad procesal de todas las partes y terceros intervinientes, y que es la única que se aviene a las reglas procesales respectivas, de conformidad con lo previsto en los artículos 202 y 204 del Código de Procedimiento Civil, preceptos que exigen la existencia de base legal expresa para reabrir plazos judiciales y la *comunidad* de lapsos para todas las partes procesales salvo disposición legal en contrario²³.

Más recientemente, la Sala Político-Administrativa vincula la práctica de estas improcedentes notificaciones con un concepto jurídico indeterminado, a saber, el “*interés público*”. Ello se evidencia en la sentencia 1721 del 8 de Diciembre de 2011.

En el caso concreto, en la tramitación de una demanda de contenido patrimonial, específicamente, la interposición de una pretensión de condena al pago de una cantidad de dinero planteada por el Distrito Metropolitano de Caracas contra un ente no estatal y de Derecho Privado, la Sala Político-Administrativa, de oficio y basándose en el alegato de que “...la contratación que origina el litigio que se ventila en la presente causa, involucra al interés público en virtud de su objeto...”, ordena la notificación tanto del Distrito Metropolitano de Caracas como de la Jefa de Gobierno del Distrito Capital, e igualmente de la Procuraduría

²² Un proceder semejante pero con disímiles consecuencias lo evidenció la Sala Político-Administrativa en la decisión 1156 del 11 de agosto de 2011, en la cual, luego de constatar la falta de publicación del cartel a que se refiere el artículo 80 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, acuerda librarlo en la oportunidad de dictar sentencia, y niega la petición del Ministerio Público en cuanto a reponer la causa entendiendo que la misma sería contraria a la celeridad procesal, para luego advertir de forma ambigua “...si aparecieren terceros, que atacaren alguno de o algunos de los actos no invalidados, los cuales por necesidad del proceso hubiera que amularlos, la Sala procederá en consecuencia, atendiendo a la Ley y los principios del proceso...”. ¿Qué significa proceder en consecuencia, atendiendo a la Ley, si ya se ha producido una vulneración de la garantía constitucional del debido proceso?

²³ Si esa es la única solución posible en el procedimiento administrativo, como destaca Hernández G., José Ignacio: *Lecciones de Procedimiento Administrativo*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2011, p. 183, lo es más en el proceso judicial. Además, la práctica de la Sala Político-Administrativa de notificar a terceros sin reabrir plazos para todas las partes es contrario, como ya se señaló, al propio criterio de la Sala Constitucional, emitido en atención a resguardar derechos constitucionales.

General de la República, a fin de que “...realicen las actuaciones que estimen pertinentes en ejercicio de las competencias que le han sido atribuidas para la defensa de los intereses del Distrito Metropolitano de Caracas...”.

Vale destacar que del contenido de los dispositivos legales invocados por la Sala Político-Administrativa como supuesta base jurídica para ordenar tales notificaciones, a saber, el artículo 21 de la Ley Especial sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital y la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Especial de Transferencia de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital, lo se evidencia en todo caso es la obligatoriedad de notificar a la Procuraduría General de la República en los procesos judiciales en que sea parte el Distrito Metropolitano. En todo caso, esta referencia genérica al “*interés público*”, que pudiera considerarse una invocación intrasendente o inoficiosa en el caso concreto, dada la existencia de normas legales expresas (más allá de la constitucionalidad o no de éstas)²⁴, no lo es tanto, si se considera que se trata de uno de los términos que comienza a invocar la Sala Político-Administrativa de manera habitual como justificación a los fines de modificar –por vía de sentencia– el régimen de la perención de la causa²⁵. A ello nos referimos en el siguiente epígrafe.

IV. PERENCIÓN, ORDEN PÚBLICO, INTERÉS PÚBLICO E INTERÉS GENERAL. ¿OPERA LA PERENCIÓN CONTRA LOS ENTES PÚBLICOS?

Otra tendencia jurisprudencial de la Sala Político-Administrativa se refiere a obviar el régimen legal de la perención de la instancia en el caso de que la demanda haya sido interpuesta por la Administración en sus diversas personificaciones, aun cuando ese instituto procesal opera contra los entes públicos (artículo 268 del Código de Procedimiento Civil), y en su lugar, o de plano declara su improcedencia, o bien ordena la notificación de los demandantes (y por tanto, en principio los perjudicados con la constatación y reconocimiento formal de la perención), a los fines de que los mismos manifiesten si tienen interés en continuar el proceso y aleguen lo que consideren pertinente.

Un ejemplo del primer supuesto se evidencia en la decisión 1541 del 23 de noviembre de 2011, en la cual se declara la improcedencia de la perención (aún consumados sus requisitos, a saber, la inactividad procesal de las partes por más de un año habiendo tenido la carga del impulso del juicio, a tenor de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), invocándose una etérea vinculación de la causa “...*con el derecho de la población a la seguridad alimentaria...*” (se trataba de una demanda interpuesta por un ente público estatal contra una empresa particular por cobro de bolívares derivado de incumplimiento de un contrato de préstamo otorgado para el financiamiento de actividades agrícolas), para luego señalar que “...*al advertirse en el caso bajo examen estar involucrada por una parte la consecución de un fin social, en tanto que el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Asociación demandada incide directamente en solucionar una necesidad básica de la población y, por la otra, los intereses patrimoniales indirectos de la República; considera la Sala que declarar la perención en la causa bajo examen resultar-*

²⁴ Véase los diversos trabajos contenidos en la obra colectiva: *Leyes sobre Distrito Capital y del Área Metropolitana de Caracas*, Colección Textos Legislativos Nº 45, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009.

²⁵ En decisión posterior (1607 del 29 de noviembre de 2011) la Sala Político-Administrativa, ante la interposición de una demanda por el Distrito Metropolitano de Caracas, ordena las notificaciones de la Jefa de Gobierno del Distrito Capital y de la Procuraduría General de la República, y se abstiene de pronunciarse sobre la perención de la causa, como se verá en el siguiente epígrafe.

ía violatorio al orden público así como los intereses generales que debe proteger esta Máxima Instancia...”. Luego de ello, el órgano judicial “...en aras de salvaguardar los derechos constitucionales implicados y los intereses indirectos de la República Bolivariana de Venezuela...” ordena la notificación de la Procuraduría General de la República y del Gobernador del Estado Guárico (aunque este último no ejercía la representación del legitimado activo, toda vez que el demandante era un ente estatal descentralizado funcionalmente), a los fines de que “... manifieste en un lapso de treinta (30) días continuos a partir de que conste en autos su notificación, el interés en culminar este proceso”.

Se trata, una vez más, de una decisión carente de base legal y, en el caso concreto de la perención de la instancia, contraria tanto a la regulación de la misma, en el sentido de que tal instituto opera *de pleno derecho* y su consumación no está sometida a la voluntad de las partes (artículo 269 del Código de Procedimiento Civil), como al criterio de la Sala Constitucional emitido, entre otras, en decisión 1466 del 5 de agosto de 2004.

Cabe destacar que no se trata de una decisión aislada, sino que se está en presencia de una verdadera tendencia jurisprudencial dada su reiteración, como puede verse en decisiones previas (en este caso invocándose genéricamente la vulneración de un también etéreo orden público), como la 1453 del 3 de noviembre de 2011 (el argumento para negar la declaración de perención estriba en la afectación del “...derecho de la población a la seguridad alimentaria...” en una controversia que tiene como causa el incumplimiento de un contrato de fianza de fiel cumplimiento para la consignación de documentos de importación de carne bovina), al “...estar involucrada la consecución de un fin social, en tanto que el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la empresa codemandada incide directamente en solucionar una necesidad básica de la población, así como en los intereses patrimoniales de la República...”, o la 1482 del 9 de noviembre de 2011, en cuyo caso la motivación para declarar la improcedencia de la perención se refirió a que el objeto de la controversia (demanda de cumplimiento de contrato de adquisición de ambulancias para un ente público territorial), estaba vinculado “...sin lugar a dudas con el derecho de la población a la salud...”, por lo que en la demanda “...se encuentra involucrado la consecución de un fin social como lo es la salud de la población, lo cual incide directamente en su calidad de vida...”. De allí que “...no procede la declaratoria de perención toda vez que ésta resultaría violatoria del orden público y de los intereses generales protegidos por esta Máxima Instancia...”. En similar sentido, puede verse la decisión 1573 del 23 de Noviembre de 2011, en la cual la invocación al orden público se sustenta en la relación de la causa con los auxilios financieros otorgados por el Estado a instituciones bancarias durante la crisis financiera de 1994 (en el caso concreto se trataba de una demanda por cobro de bolívares contra una institución bancaria sometida a intervención administrativa durante esa crisis)²⁶. En ese último fallo no se señala la finalidad específica de la notificación del demandante pues se limita a ordenar la continuación del proceso.

En otras ocasiones, la Sala Político-Administrativa ha alegado como fundamento para declarar la improcedencia de la perención y ordenar la notificación del ente público demandante inquiriéndole si tiene interés en continuar con el juicio, la vinculación del objeto de la

²⁶ En esa decisión la Sala Político-Administrativa invoca como precedente el fallo emitido por ese mismo órgano judicial 728 del 27 de mayo de 2009, sin reparar que en ese último caso la invocación del orden público se hizo *como complemento* a la declaratoria previa de improcedencia de la perención que se motivó en que *no se cumplía el requisito de la inactividad procesal de las partes*. De nuevo se evidencia en este supuesto la práctica de invocar precedentes que en realidad no son aplicables al caso.

causa con la prestación de un servicio público (cumplimiento de contrato para la adquisición de bienes destinados a la recolección de desechos sólidos), como puede verse en la decisión 1564 del 23 de noviembre de 2011; o bien, en lugar de declarar la improcedencia de la perención, ordena notificar a la parte demandante y a otros entes con el propósito de que manifiesten “...si todavía tiene interés en la continuación de la presente causa” (decisión 1607 del 29 de noviembre de 2011), sobre la base de que “...las obligaciones debatidas en el presente juicio, se encuentran relacionadas con la ejecución de un contrato en el que puede estar involucrado el interés público...” (se trató de una demanda por cumplimiento de contrato de fianza para garantizar las obligaciones de un contratista relacionadas con la prestación del servicio de Internet libre, pretensión de condena interpuesta por el Distrito Metropolitano de Caracas)²⁷.

Para culminar este punto, el máximo tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa ha señalado en otro caso que la presencia de “intereses superiores” amerita la notificación del Ministerio Público antes de pronunciarse sobre la perención de la causa (sentencia 1680 del 17 de noviembre de 2011). Se trató de una pretensión contra la inactividad de una institución educativa en la cual precisamente el Ministerio Público había actuado como accionante en defensa de menores involucrados.

Antes tales fallos, hay que señalar que es obvio que la invocación genérica a la afectación o potencial afectación del interés general, del interés público, de la prestación del servicio público o incluso del orden público, o bien de conceptos jurídicos indeterminados similares, sin que exista una verdadera motivación apoyada en las circunstancias de cada caso concreto, termina dejando a criterio del órgano judicial la decisión de declarar o no la perención, desnaturalizando la esencia y fines de tal instituto, lo cual es especialmente grave si se toma en cuenta que la noción de orden público debe ser empleada con ponderación y de ninguna forma como justificación indiscriminada a los fines de obviar regulaciones procesales.

En el caso del interés general, no es menos grave su uso tópico o la trivialización en su empleo, toda vez que, en última instancia, la actuación de la Administración siempre deberá tener por norte la protección de este interés, en virtud de lo dispuesto en el artículo 141 constitucional²⁸. De tal manera que llevar ello a sus últimas consecuencias y a la luz de los fallos

²⁷ En similar sentido, véanse decisiones de la Sala Político-Administrativa 1608 y 1609 ambas del 29 de noviembre de 2011. En el primer caso se trató de una controversia administrativa interpuesta por el Distrito Metropolitano de Caracas contra el Distrito Capital, relacionada con la prestación del servicio del Cuerpo de Bomberos en el Área Metropolitana de Caracas, a saber, la determinación de su organización y adscripción, por lo que aquí sí podía verse algo más justificada la invocación del orden público de haberse razonado sobre la base de las circunstancias del caso concreto y sus implicaciones para la prestación de tal servicio. En el segundo supuesto, en cambio, se trató de una demanda de resolución de contrato de equipamiento del Servicio de Atención Pre-Hospitalaria planteada por el Distrito Metropolitano contra una empresa privada, es decir, se reclama el reintegro de un anticipo y los daños y perjuicios (es obvio entonces que en tal caso no estaba en juego la situación actual de la prestación de tal servicio), por lo que la genérica invocación al “interés público” en este supuesto es más que discutible. Véase en similar sentido, la decisión 1633 del 30 de noviembre de la misma Sala Político-Administrativa.

²⁸ En nuestra doctrina ha enfatizado este dato Hernández G., *Introducción al concepto...*, p. 50, al señalar por ejemplo: “Por ello, jamás la Administración puede actuar como un particular sometido por entero al Derecho privado. Antes, por el contrario, la Administración sólo puede actuar para servir a los ciudadanos, de acuerdo con los principios superiores que derivan del artículo 141 constitucional...”.

aquí reseñados, implicaría que la perención *nunca* operaría contra los entes públicos²⁹, o en todo caso, su procedencia dependería de la voluntad del demandante, en violación de normas expresas y en contravención al principio de igualdad procesal de las partes, ya suficientemente excepcionado en el contencioso administrativo venezolano por el propio ordenamiento que lo rige. En resumen, se trata de la *creación jurisprudencial* de una nueva y *contra legem* prerrogativa procesal, constatación que evidencia su absurdo lógico y jurídico al confrontársela con la propia naturaleza y fundamento de tales prerrogativas.

V. LAS INCERTIDUMBRES DEL AVOCAMIENTO

El avocamiento, es decir, la asunción de competencia por parte de un Tribunal -en el caso venezolano por cualesquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia- para conocer de una causa en tramitación por un órgano judicial de inferior jerarquía, es un instituto procesal que, si bien en la actualidad ha dejado de ser exclusivo del contencioso-administrativo³⁰, sigue resultando una figura excepcional³¹ cuya aplicación está sometida a rigurosas exigencias en el Derecho Positivo, más allá de los contundentes cuestionamientos que en torno a su constitucionalidad ha formulado la doctrina nacional³².

En todo caso, los artículos 106 al 109 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia delimitan sus requisitos de procedencia, aun cuando valiéndose de una ambigua redacción plagada de conceptos jurídicos indeterminados³³, al señalar que el avocamiento “...será ejercido con suma prudencia y sólo en caso de graves desórdenes procesales o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente la imagen del Poder

²⁹ Lógicamente, en las causas reseñadas, la parte demandante (y por tanto la primera perjudicada con la declaración de la perención) eran entes públicos estatales (en la mayoría de los casos político-territoriales), con excepción de la pretensión contra la inactividad interpuesta por el Ministerio Público contra una institución Educativa, aunque en última instancia en ese supuesto se trató también de la presentación de una demanda por un órgano de la República.

³⁰ Como lo fue durante la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (artículo 42.29).

³¹ Véase entre otros: Orihuela Gonzatti, Roxana D. *El avocamiento de la Corte Suprema de Justicia*. Cuadernos de la Cátedra de Derecho Administrativo “Allan R. Brewer-Carías” N° 11. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1998, así como el prólogo en la misma obra de Brewer-Carías, Allan R. (pp. 9-11); Medina De Zaibert, Roxanna. *El avocamiento*. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2007, pp. 295-324; HARO, José Vicente: *El avocamiento del Tribunal Supremo de Justicia en el sistema jurídico venezolano*. Trabajo especial para optar al grado de Especialista en Derecho Administrativo. Universidad Católica “Andrés Bello” Caracas, 2006. Consulta en línea abril de 2012. <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ5974.pdf>; Dobarro, Susana, Valentina Michelena y Álvaro Garrido: *Observaciones generales sobre el avocamiento en la jurisprudencia venezolana. Especial referencia a la sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 3 de junio de 2003 (N° 809, caso: Jenny Mariela Lugo Méndez)*. En: *Revista de Derecho Administrativo* N° 17, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 199-213.

³² Véase: Peña Solís, José: “El “avocamiento judicial” como instrumento de abuso de poder en Venezuela, a propósito de la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 31 de marzo de 2004”. En: *La Guerra de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia frente al Referendum Revocatorio*, Editorial Aequitas, C.A., Caracas, 2004, pp. 62-81. Previamente Brewer-Carías, *Prólogo...*, p. 9.

³³ No otra cosa podía esperarse si se considera que este dispositivo tiene su base en el artículo 18, décimo primer aparte, de la desafortunada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004. Véase al respecto lo señalado por Haro, *op. cit.*, pp. 240-243.

Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática” (artículo 107), fundamentándose en las irregularidades procesales acaecidas en una causa judicial que no hayan sido corregidas a través de los medios ordinarios (artículo 108).

Un ejemplo de tal excepcionalidad en la aplicación del avocamiento, es decir, de lo que debe ser el manejo de un instituto tan cuestionado, puede constatarse en la decisión de la Sala Político-Administrativa 1692 del 7 de diciembre de 2011, en la cual ese órgano judicial caracteriza al mismo como una “*especialísima figura procesal*” que sólo procede “*...en casos graves o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico, y siempre que en criterio de este Supremo Tribunal existan razones de interés público y social que justifiquen la medida...*”, para luego agregar: “*Ha sido pacífica la jurisprudencia de este Alto Tribunal al considerar que la prudente aplicación de la facultad de avocación vinculada al carácter extraordinario de dicho mecanismo y de la propia redacción del texto legal, se desprende implícitamente la necesidad de cumplir un procedimiento por etapas sucesivas, como lo son: análisis de la solicitud para requerir el expediente, el estudio directo del asunto por este Supremo Tribunal antes de pronunciarse acerca de la procedencia del avocamiento, si fuere el caso; el cual sólo habrá de producirse cuando la Sala así lo decida según su prudente arbitrio*”, no obstante luego admitir la posibilidad de que tales etapas se reduzcan a una sola en el supuesto de que “*...de la sola lectura de la solicitud de avocamiento así como de los recaudos consignados, el pronunciamiento inmediato sobre su procedencia o improcedencia se haga factible y hasta necesario*”.

De igual forma, se señala en el mismo fallo que el avocamiento “*... es de carácter excepcionalísimo y, por ende, de aplicación restrictiva, lo que significa que no puede utilizarse para subvertir los procedimientos ni el ejercicio de los recursos ordinarios y extraordinarios, como los medios de impugnación de las sentencias*”³⁴.

No obstante, el mismo órgano judicial no ha sido especialmente consecuente con ese criterio, como se evidencia del contenido de la decisión 1499 del 16 de Diciembre de 2011. En efecto, en tal hipótesis se trató de un caso en el cual, aunque el órgano judicial determina la improcedencia de la declinatoria de competencia que le hiciera un Juzgado Superior Contencioso-administrativo, concluyendo que en ese caso sí es el órgano judicial declinante el competente para conocer de la causas, decide emplear de oficio la potestad de avocamiento, invocando el contenido de los artículos 106 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 23.16 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por considerar que “*...se evidencia que el acto impugnado es de relevancia para la República, por cuanto se trata de revisar la legalidad en la designación de la autoridad (Gobernador), que regirá por el resto del período constitucional 2008-2012 al estado Apure, autoridad que reviste gran importancia, en razón de su carácter de agente del Ejecutivo Nacional*”, por lo cual, luego de transcribir dispositivos legales que regulan las atribuciones de los Gobernadores de Estado, concluye que “*...vista la importancia que revisten las funciones que desempeñan los Gobernadores, como ejecutores de políticas nacionales, esta Sala se AVOCA al conocimiento de la presente causa*”.

³⁴ De allí que en el caso de esa decisión la Sala Político-Administrativa declara inadmisibile el avocamiento solicitado, al considerar que “*...la situación planteada por la solicitante del avocamiento, no trasciende ni afecta gravemente el interés general o público, ni perturba la paz social o genera un estado de zozobra o conmoción en un grupo social determinado directamente interesado en la solución del conflicto*”, así como que “*...aun cuando la sentencia dictada por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital fue apelada y se encuentra actualmente en estado de sentencia en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la accionante ya obtuvo un pronunciamiento judicial sobre la pretensión deducida*”.

No hay pues, alusión a la existencia de alguna irregularidad grave procesal no corregida a través de los medios judiciales ordinarios, o escandalosas violaciones al orden público, o al menos al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática, en los términos empleados por el Derecho Positivo. Simplemente la constatación de la relevancia del caso (variable bastante subjetiva y ambigua) y la trascendencia de las funciones del funcionario cuya designación se objeta (se trata de una pretensión de nulidad de la designación de un Gobernador ante la aparente vacancia absoluta del Gobernador electo), pretenden erigirse como justificación para el uso de esta excepcional y cuestionada figura. Mayores comentarios sobre la falta de motivación y de criterios objetivos y claros en el empleo del avocamiento parecen innecesarios, y simplemente confirman lo sostenido por la doctrina mayoritaria: la institución del avocamiento debe ser suprimida del ordenamiento jurídico, o en su defecto, ser interpretada de forma rigurosamente restrictiva.

Entre tanto, la sola invocación de la trascendencia de un asunto (sin especificar qué tipo de trascendencia, más allá de esgrimir erradamente que un Gobernador tiene el carácter de “*agente del Ejecutivo Nacional*”³⁵), le ha bastado al menos en esta ocasión al máximo tribunal contencioso-administrativo para alterar –injustificadamente– la distribución legal de competencias jurisdiccionales.

VI. EL DESVIADO USO DE LAS INICIATIVAS PROBATORIAS DEL JUEZ CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO MEDIO PARA SUPLIR EL INCUMPLIMIENTO DE CARGAS PROCESALES DE LA ADMINISTRACIÓN: EL CASO DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

Es ampliamente conocida, y establecida por la jurisprudencia contencioso-administrativa, la regla probatoria que señala que la remisión del expediente administrativo por parte de la Administración al juez en el caso de las pretensiones de nulidad de actos administrativos³⁶, no es solamente una obligación cuyo incumplimiento puede generar diversos tipos de respon-

³⁵ Olvida la Sala Político-Administrativa que esa duplicidad de roles de los Gobernadores de Estado (titulares de la rama Ejecutiva del Poder Público Estatal y agentes del Ejecutivo Nacional) tenía su justificación en el artículo 21 de la Constitución de 1961, pero resulta inadmisibles bajo el actual marco constitucional. En realidad, el equívoco se mantiene por cuanto la Sala Constitucional ha entendido vigente la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, instrumento dictado para desarrollar el mandato del artículo 137 del derogado texto constitucional y que insólitamente, no obstante haber sido derogada de forma implícita a partir de de 1999, ha sido reformada parcialmente y se sigue aplicando, aun cuando su contenido en múltiples aspectos es manifiestamente incompatible con la Constitución vigente. Véanse al respecto, entre otros: Peña Solís, José: “La “muerte” de la descentralización. Examen jurídico de sus causas: La sentencia de la Sala Constitucional del 18-04-2008 y la reforma de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, del 107-03-2009”. En: *100 Años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela*. Tomo II. Universidad Central de Venezuela-Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila- Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2011, pp. 585-644; Subero Mujica, Mauricio: “Comentarios a la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público del 17 de marzo de 2009”. En: *100 Años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela*. Tomo II. Universidad Central de Venezuela-Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila- Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2011 pp. 715-763.

³⁶ Ahora extensible, probablemente por inadvertencia del Legislador, a las pretensiones meramente declarativas de interpretación de textos legales y a las controversias administrativas (véanse los artículos 80 al 82 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

sabilidades para el funcionario responsable de tal envío, sino lo que es más importante a los efectos procesales, que *se trata de una carga, y que por tanto, ante su incumplimiento se producen consecuencias adversas para la parte que incurre en tal omisión*. En el caso concreto, que el juez contencioso-administrativo establezca una suerte de presunción *iuris tantum*, en cuanto a dar por ciertos los hechos afirmados por la parte demandante y cuya constatación (o refutación) correspondía hacerse fundamentalmente con la revisión del contenido de los antecedentes administrativos del caso, salvo que del examen del expediente judicial existan medios probatorios que lo lleven a otra convicción³⁷.

El fundamento de este criterio jurisprudencial estriba en el principio de accesibilidad y facilidad de la prueba, toda vez que, siendo que la misma está disponible para la Administración y no así para el demandante, es lógico que si el órgano o ente demandado no pone a disposición del juez y de su contraparte los medios probatorios que tiene en su poder, habrá de asumir consecuencias adversas desde el punto de vista procesal, como necesaria solución (y prevención) ante su posible conducta desleal o, por decir lo menos, negligente³⁸.

Ahora bien, la tendencia reciente de la Sala Político-Administrativa es a hacer uso de las iniciativas probatorias que le concede el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para suplir el incumplimiento de esta carga procesal de la Administración, con el consecuente favorecimiento de la situación procesal de ésta. Se trata, sin duda alguna, de un inadecuado uso de las iniciativas del juez³⁹, cuyo empleo reiterado implica

³⁷ Cfr. Torrealba Sánchez, *Manual de Contencioso...*, pp. 244-245, así como la bibliografía y jurisprudencia allí citada. Se está en presencia de una regla jurisprudencial que encuentra raigambre en el Derecho Comparado. Véase por ejemplo, las matizaciones que a la misma propone un clásico de la doctrina procesal italiana, al señalar: “*El juez administrativo distribuirá, por tanto, la eventual falta de certeza, en que él por ventura se encuentre después de cerrada la instrucción, fijando en cada caso la regla de juicio a base de la cual emitir la decisión. Regla que le es dictada en general por criterios de experiencia. El primero entre los cuales es la mayor proximidad de una parte a la prueba. Creo, por tanto, que debe aceptarse con reserva la explícita tendencia, doctrinal y jurisprudencial, según la cual la falta de producción de documentos, ordenada por el juez, por parte de la administración pública, importe en todos los casos la admisión de los hechos aducidos por la contraparte, aun cuando no exista norma de ley en este sentido. A mi entender, en cambio, también en tal hipótesis el juez conserva su libertad en la valoración de los resultados conseguidos en la instructoria*” (Micheli, Gian Antonio: *La carga de la prueba*. Traducida por Santiago Sentis Melendo, Editorial Temis, Bogotá, 1989, p 250).

³⁸ Es lo que denomina la doctrina los casos de imposibilidad o dificultad probatoria por conducta obstruccionista de una de las partes. Cfr. Devis Echandía, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, 5ª edición, Editorial ABC, Bogotá, Colombia, 1995, pp. 442-444. Véase también, sobre la conducta procesal omisa de las partes en materia probatoria y sus consecuencias: Micheli, *op. cit.*, pp. 133-138, así como sobre la disponibilidad de la prueba y sus efectos en la carga de la misma (*Ibidem*, pp. 139-141 y 146-150). Ello sin perjuicio de que el Derecho Positivo establezca otras consecuencias punitivas ante la falta de presentación oportuna por del expediente administrativo, como por ejemplo, las multas coercitivas y la imposibilidad de contestar a la demanda en el caso español (Cfr. Chaves García, José: *La prueba contencioso-administrativa: Análisis dogmático y jurisprudencial*, Editorial Universitas, S.A. Madrid, 2007, p. 77; Blanquer, David: *La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso-administrativa*. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2006, pp. 262-264). Véanse también los comentarios al criterio de la jurisprudencia española que establece consecuencias procesales análogas a las ya comentadas en lo atinente a la falta de remisión del expediente administrativo (Chaves García, *op. cit.*, pp. 243-244).

³⁹ Y es que en el caso del empleo de las iniciativas probatorias del juez contencioso-administrativo, éste se inspira en el principio de la necesidad de la prueba, por lo que “*La adopción de diligencias para mejor proveer parte de la premisa de que las partes han ejercido diligentemente su derecho a la utilización de las pruebas, y han asumido la carga procesal que les corresponde. Prima facie*

colocar a la parte demandante (usualmente el ciudadano) en una situación desventajosa, en detrimento del principio de igualdad procesal. Ejemplo de esa práctica se encuentra en el auto de la Sala Político-Administrativa 84 del 1º de diciembre de 2010, en el cual se constata que, solicitados tres (3) veces los antecedentes administrativos durante la sustanciación de la causa⁴⁰, al momento de dictar sentencia, el máximo tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa, en lugar de pronunciarse sobre el mérito de la controversia, solicita nuevamente los antecedentes administrativos, invocando el contenido del artículo 39 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En análogo sentido, en el auto 56 del 25 de mayo de 2011, la Sala Político-Administrativa, en lugar de dictar la sentencia de fondo habida cuenta de la culminación de la sustanciación del juicio, ratifica lo acordado en auto para mejor proveer (respecto del cual el propio Tribunal constata que no obtuvo respuesta alguna), ordenando a la Administración que remita una serie de actuaciones llevadas a cabo en un procedimiento administrativo, las cuales, según los informes que había presentado la Procuraduría General de la República “...deberían constar en el expediente administrativo correspondiente”. En el caso concreto, se trató de un informe técnico que podía justificar la actuación de la Administración demandada, actuación que justamente constituye el objeto de la pretensión de nulidad.

Similar conducta se evidencia en auto 80 del 12 de julio de 2011, mediante el cual la Sala Político-Administrativa, dejando constancia de haber solicitado formalmente tres (3) veces los correspondientes antecedentes administrativos “...visto que el mencionado expediente resulta necesario para decidir el recurso contencioso administrativo de nulidad ejercido, esta Sala Político-Administrativa, en aras de garantizar una tutela judicial efectiva, conforme a lo previsto en el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa...”, solicita una vez más, en lugar de dictar sentencia, el referido expediente. Cabe preguntarse para qué es necesario contar con un expediente administrativo cuya falta de remisión constituye el incumplimiento de una carga procesal de la Administración que encuentra una adecuada solución jurisprudencial en cuanto a determinar su efectos adjetivos, así como quién será el destinatario de esa tutela judicial efectiva, tratándose de una causa cuyo inicio tuvo lugar año y medio antes⁴¹.

y con fundamento en el principio de aportación de los hechos por las partes, no es misión del tribunal suplir la falta de diligencia probatoria de las partes (de lo contrario podría perder su posición de neutralidad e imparcialidad...)” (Blanquer, op. cit., p. 208). De ahí también que frente a tales iniciativas probatorias se sostiene que: “...una cosa es que no sean de obligatoria adopción para el Tribunal y, otra distinta es que éste sea absolutamente libre para decidir a su antojo la práctica de diligencias para mejor proveer. En la medida en que éstas implican una quiebra del principio dispositivo, sólo deben realizarse cuando sea necesario para completar algún dato o extremo fáctico que no ha quedado suficientemente esclarecido o seguro...” (Ibidem, p. 209).

⁴⁰ En ese caso, la parte demandada lo constituía la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia y la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

⁴¹ Similar invocación genérica a la tutela judicial efectiva así como a “una adecuada solución del caso” ¿Adecuada para qué o para quién, existiendo una regla probatoria sucedánea ante los incumplimientos en las cargas de cada parte? se encuentra en el contenido del auto 113 del 13 de octubre de 2011 por parte de la Sala Político-Administrativa, mediante el cual, una vez más, en lugar de dictar decisión y constatándose haberse solicitado la remisión del expediente administrativo en dos (2) ocasiones, se reitera tal pedimento. En análogo sentido, en cuanto a la solicitud del envío del expediente administrativo encontrándose la causa en estado de sentencia, véanse los autos del mismo órgano judicial 116 y 118 del 19 de octubre y 122 del 2 de noviembre de 2011.

Otros ejemplos los encontramos en los autos de Sala Político-Administrativa del 65 del 8 de junio y 101 del 11 de agosto de 2011, en cuanto a requerir a la Administración demandada, en fase de sentencia, la remisión del expediente administrativo, no obstante haberlo solicitado repetidas veces el Juzgado de Sustanciación sin obtener respuesta alguna, aún constando la recepción de las correspondientes notificaciones.

Por otra parte, en auto de la Sala Político-Administrativa 105 del 21 de septiembre de 2011, la justificación para ordenar en estado de sentencia, la solicitud del expediente administrativo, en lugar de dictar el fallo se mérito, se refiere a que “...se advierte que no consta en autos el expediente administrativo relacionado con el caso, tal como lo aseveró la representación de la República y se desprende del escrito recursivo que la accionante alega que se encontraba de reposo médico otorgado por la Dirección de Servicio Médicos de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura al momento en que fue “dejada sin efecto su designación como Jueza”...”. Es obvio que ante tal situación, lo procedente era, como ya quedó señalado, dar por ciertos los hechos afirmados por la parte demandante, salvo que del examen de los autos se evidenciara medios de prueba que desvirtuaran tales afirmaciones.

Por último, en una decisión ya previamente comentada, a saber, la 1421 del 2 de noviembre de 2022, la Sala Político-Administrativa, constata que por autos para mejor proveer, solicitó cuatro (4) veces el envío del expediente administrativo, sin que la Administración lo remitiera, y luego envió dos (2) solicitudes adicionales de información⁴². Ante la indiferencia del órgano Administrativo (que da una idea acerca de la importancia que le otorga en la actualidad la Administración Pública venezolana a los requerimientos formales de su máxima instancia judicial de control), el máximo tribunal opta, ante la insuficiencia probatoria, por notificar a un tercero que presumiblemente actuó en el procedimiento administrativo, violentando las reglas de la preclusión procesal y el debido proceso⁴³.

De tal manera que, también en el caso de una carga probatoria, la actuación de la Sala Político-Administrativa termina favoreciendo la posición procesal de la Administración, en detrimento de los derechos del ciudadano que acudió al órgano judicial justamente para lograr la tutela de sus derechos frente a la actuación estatal.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

De la revisión de los fallos judiciales (que en algunos casos parecen llamados a convertirse en verdaderos –y desafortunados- criterios jurisprudenciales) referidos en el presente trabajo, se evidencia que la tendencia de la Sala Político-Administrativa en la aplicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es a ampliar –muchas veces sin base legal y en ocasiones hasta en contravención directa a la Ley y a la propia Constitución– las posiciones y situaciones de ventaja de los entes y órganos públicos frente a los particulares en el proceso administrativo.

De hecho, prácticamente en ninguna de las sentencias referidas el criterio adoptado favoreció al particular en su relación procesal entablada con su contraparte pública o estatal. Al contrario, o bien reforzó y a veces hasta creó situaciones generales más favorables para las figuras subjetivas del sector público en su condición de partes procesales, o bien sirvió en el

⁴² Textualmente se señala en la decisión: “De manera que no habiendo sido remitidos los antecedentes administrativos del caso y visto que a pesar de los múltiples intentos de la Sala por obtener información relevante para la controversia, el referido Ministerio no ha dado respuesta a ninguno de los oficios enviados (los cuales en total suman siete comunicaciones)”.

⁴³ Véase lo antes comentado en el epígrafe 11.

caso concreto para que en la sentencia dictada resultara gananciosa la Administración, en cualesquiera de sus personificaciones. Esta situación no puede ser vista como algo aislado, sino que ha de vincularse con otra ya constatada por estudios doctrinarios previos, en cuanto a que las estadísticas de las sentencias (interlocutorias o definitivas) de la Sala Político-Administrativa a partir del año 2001 muestran una tendencia abrumadoramente propicia a los intereses de la Administración Pública venezolana, en cuanto a declarar en prácticamente todas las ocasiones la conformidad a Derecho de sus actuaciones u omisiones, a desechar petitorios de condena en su contra, y asimismo, a exonerarla de cualquier tipo de responsabilidad patrimonial. Como necesaria contrapartida, ello luce ampliamente desfavorable al reconocimiento de los derechos e intereses del ciudadano cuando litiga contra el Estado y a su posibilidad de restablecimiento⁴⁴.

Así las cosas, aun con la vigencia formal de una ley reguladora del contencioso-administrativo que pretende –con mayor o menor fortuna, eso es otro asunto– desarrollar los postulados constitucionales de control de la legalidad y de tutela judicial efectiva, así como ante la existencia de unos tribunales destinados al control de la Administración y a la defensa de los derechos del ciudadano frente a ésta, la realidad se impone al confrontar el actuar de la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y éste ineludiblemente lleva a concluir que, más allá de las declaraciones retóricas, el estudio tanto de las estadísticas judiciales como de los criterios jurisprudenciales actuales de la Sala Político-Administrativa, revela que uno de los pilares fundamentales para la garantía del Estado de Derecho, como lo es la adecuada actuación de los tribunales contencioso-administrativos, dista mucho de cumplir los cometidos que los artículos 26, 257 y 259 de la Carta Fundamental le asignan⁴⁵.

A ello cabe agregar un dato revelador y ya puesto de manifiesto por otros en anteriores ocasiones: La ruptura del diálogo entre los dos factores que más han contribuido –tanto en Venezuela como en otras latitudes– al desarrollo del Derecho Administrativo, diálogo que en la actualidad es prácticamente inexistente en nuestro país. Nos referimos al intercambio de criterios –a veces coincidente, otros no, pero siempre fructífero– entre la doctrina y la juris-

⁴⁴ Cfr. la bibliografía contenida en la nota al pie N° 11 de la primera parte de este trabajo. Señala también al respecto Hernández G., José Ignacio: “Treinta años de justicia administrativa en Venezuela. Análisis desde los 124 números de la Revista de Derecho Público”. En: *Revista de Derecho Público N° 125*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 16: “Pero lo que marca a la justicia administrativa en esta primera década del presente siglo, sin duda, es el preocupante resultado que arroja el estudio de sus decisiones y que refleja una tendencia favorable a la Administración (...) Siguiendo la metodología empleada por Antonio Canova, hemos analizado las estadísticas de la Sala Político-Administrativa y las Cortes en el primer año de aplicación de Ley (se refiere a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), para concluir, preliminarmente que el 86% de las decisiones de estos tribunales favorecen a la administración. Apenas en el 14% de los casos, los ciudadanos obtienen una sentencia estimativa de su pretensión” (paréntesis añadido).

⁴⁵ De allí que reciente doctrina considera necesario aclarar que en el estudio del contencioso-administrativo venezolano actual hay que diferenciar dos planos: el formal o teórico y el práctico, este último a la luz de las estadísticas y de los criterios jurisprudenciales de la Sala Político-Administrativa (Urosa Maggi..., *El estado actual de la justicia administrativa...*, pp. 8-9 y 27-42). En nuestro criterio, sólo considerando ambos aspectos es que puede formarse una idea cabal del contencioso-administrativo en la Venezuela de los últimos diez años. Sobre el contexto en que se dicta la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, véase lo expuesto por Herrera Orellana, Luis Alfonso: “Las iniciativas procesales del juez en 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, pp. 167-175. Véase también: Brewer-Carías, *Introducción general...*, pp. 9-19.

prudencia contencioso-administrativa⁴⁶. En el caso venezolano, basta la revisión de las sentencias de los tribunales contencioso-administrativos, comenzando por su cúspide, para constatar cómo, salvo contadísimas excepciones, ese diálogo ha sido cerrado en los últimos años por la jurisprudencia, al extremo de que los principios del Derecho Administrativo que se enseñan en las Universidades venezolanas y que se difunden en las obras de investigación, no son *realmente* considerados en la práctica judicial por los Tribunales, especialmente por los de más alta jerarquía. De hecho, éstos órganos judiciales, de una u otra forma, han desterrado a nuestra doctrina de sus disertaciones, y peor aún, de sus soluciones.

En ese sentido, ese intercambio entre la doctrina científica y la jurisprudencia contencioso-administrativa venezolanas, que tanto sirvió para enriquecer a ambas, ha sido sustituido por la invocación en las sentencias contencioso-administrativas, a título de argumento de autoridad y muchas veces mediante la transcripción mecánica y descontextualizada, de páginas enteras de opiniones de autores extranjeros, sin prestar atención no sólo a la utilidad sino incluso a la pertinencia de tal práctica para la solución de los casos concretos⁴⁷.

⁴⁶ Tal fenómeno ha sido definido como el “*poder normativo de la doctrina*”. Al respecto se ha señalado que esta expresión, aunque no interpretada literalmente “...*se refuerza por la unión personal entre operadores jurídicos (empleados administrativos, magistrados, legisladores) y científicos del Derecho, aunque no sean profesores, que es característica de muchos países. En diversa medida, en Italia, Francia, en la República Federal de Alemania, etc., magistrados y funcionarios escriben artículos y libros, profesores de Derecho se sientan en el Parlamento y ejercen la profesión de abogado o asesor, etc.*”. (Cassese, Sabino: *Las bases del Derecho Administrativo*. Traducción de Luis Ortega. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 1994, p. 80).

⁴⁷ La invocación parcial y fuera de lugar de doctrina foránea como intento de justificación de cuestionables conclusiones es también empleada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como demuestran entre otros Peña Solís, José: *La “muerte” de la descentralización...*, pp. 602 y 609-611; Hernández G., José Ignacio: *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*. Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer Carías de Derecho Administrativo. Universidad Católica “Andrés Bello”, N° 27, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 215-216; y Valentín González, José: “El principio de la legalidad administrativa y la sentencia 565-2008 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano”. En: *100 Años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela*. Tomo I. Universidad Central de Venezuela-Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila- Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2011, pp. 480-487. En el caso de los tribunales contencioso-administrativos, tal práctica es acentuada en las Cortes de lo contencioso-administrativo. Reciente ejemplo de ello es la decisión 2011-1472 del 7 de diciembre de 2011 dictada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo (caso *Globovisión vs. Directorio de Responsabilidad Social*). Se trató de una fallo interlocutorio cuyo texto alcanza el centenar de folios y en el cual se citan fragmentos de obras disímiles en temas y enfoques (de autores tanto foráneos como nacionales) como las de, entre otros, Robert Alexy y de Jürgen Habermas, al lado de textos clásicos o recientes de Derecho Administrativo así como estudios monográficos, sin que en la mayoría de los casos luego se evidencie la relación lógica de tales citas con la argumentación del fallo. De forma similar resulta en tal decisión la referencia -incluyendo extensas transcripciones- a una veintena de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia. Frente a esta práctica cabe recordar el drástico reparo de un autor español a la técnica de elaboración de algunos estudios doctrinarios: “*La erudición es propia de quien poco o nada tiene que decir y, en lugar de ofrecer mercancías de sustancia, envuelve productos hueros en papeles de colorines con los que pretende deslumbrar a clientes incautos. En Derecho, sin embargo, hay que ir a la sustancia y distinguir el grano de la paja*”. (Nieto, Alejandro: “Estudio Preliminar”. En: Beladiez Rojo, Margarita: *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Monografías Jurídicas. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1994, p. 29). Esta advertencia luce aún más aplicable a las decisiones judiciales, documentos que, si bien pueden llegar a tener una función didáctica que trascienda la resolución del caso, deben guiarse en sus términos por la precisión, claridad y laconismo, como ordena el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil.

Desde luego que no son desdeñables los aportes del Derecho Comparado, pero sí resulta curiosa la posición de la jurisprudencia patria en cuanto a dar la espalda a sus propios autores en la mayoría de los casos, siendo que éstos habrían de ser los primeros en ser consultados, entre otras razones, porque formulan sus planteamientos a la luz del ordenamiento jurídico venezolano, que es lógicamente el que aplicarán los jueces nacionales. Una vez más, como en ocasiones previas, hacemos votos porque esta lamentable situación pueda revertirse, y porque en un futuro el estudio de la situación del contencioso-administrativo no tenga que considerar como dos planos distintos, y mucho menos contrapuestos, el de las regulaciones constitucionales y legales, con el de su aplicación por los tribunales. Para ello sólo hace falta –ni más ni menos- la voluntad *real* de los Magistrados y jueces contencioso-administrativos de aplicar los principios y normas que regulan su actuación.

Este estudio lo comenzamos invocando un comentario doctrinario referente a que la posibilidad de éxito o fracaso de un buen sistema de normas depende en gran parte de la intención de sus aplicadores. Pues bien, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dista de ser un instrumento normativo óptimo, o siquiera especialmente satisfactorio (no podía esperarse otra cosa de una Ley en cuya apresurada elaboración se desconoce hasta quién intervino⁴⁸), pero de su aplicación podrían obtenerse –mediante una interpretación correctiva conforme a la Constitución- mecanismos razonablemente idóneos para el cumplimiento de los fines constitucionales del contencioso-administrativo venezolano, a saber, el control de juridicidad de la actividad administrativa y la tutela de los derechos e intereses del ciudadano frente a ésta.

No obstante, las peores –y más realistas- expectativas en cuanto a la aplicación de tal Ley se han venido materializando, en cuanto a que la variable fundamental para el éxito de cualquier normativa legal, a saber, la voluntad *real* de sus primordiales aplicadores (en este caso los jueces) para ponerla cabalmente en práctica, no está presente en la actualidad, al menos en el caso de la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa⁴⁹.

En efecto, ese órgano judicial parece entender, o más precisamente aún, parece seguir entendiendo dado que esa ha sido su tendencia a partir del año 2001, que su función es favorecer judicialmente a la Administración cada vez que puede y a como dé lugar, desnaturalizando su posición institucional y asumiendo un rol totalmente ajeno al que le asigna la Carta Fundamental. Entre tanto esta anómala situación persista, poco puede esperarse en cuanto a resultados de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en lo concerniente a cerrar la brecha entre nuestra realidad forense y los postulados constitucionales de tutela judicial efectiva y garantía del principio de legalidad frente a los abusos del Poder.

⁴⁸ Véase Hernández G., *Pasado, presente y futuro...*, pp. 107-112.

⁴⁹ Adicionalmente a lo aquí expuesto, puede verse, como premisa que confirma estas afirmaciones, la desnaturalización que ha sufrido el procedimiento breve regulado en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en cuanto al mandato constitucional de adopción de la oralidad (y por tanto de los principios de concentración e inmediación), por obra de la misma Sala Político-Administrativa. Sobre el punto, *Cfr.* nuestro trabajo: “Oralidad y pruebas en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: Notas a propósito de la sentencia de la Sala Político-Administrativa 1177 del 24 de noviembre de 2010”. *Revista de Derecho Público*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011, pp. 229-239.

EFECTOS DE LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL N° 120 DEL 22 DE FEBRERO DE 2012 (Caso: BANAVIH)

Carlos Reverón Boulton
Abogado

Resumen: *Análisis de los efectos y antecedentes jurisprudenciales de la decisión por medio de la cual, se estableció que no existe colisión entre la Ley Orgánica del Trabajo y la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, por cuanto, en criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dichas leyes tienen un ámbito de aplicación distinto ya que previamente, esa Sala había afirmado que el aporte al cual se refiere la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat no tiene naturaleza tributaria.*

Palabras Clave: *BANAVIH, FAOV, aporte, imprescriptibilidad, sancionador, tributo, salario.*

Abstract: *Analysis of the effects and Case Law previous considerations of the Venezuelan Supreme Court's decision whereby it held that there is no conflict between "Ley Orgánica del Trabajo" and "Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat", since such statutes differ as to what their scope is. The foregoing conclusion has been drawn from a previous holding of this Court, in which it had held that the contribution included in "Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat" does not constitute a tax".*

Key words: *BANAVIH, FAOV, contribution, imprescriptibility, power to define crimes or outlaws and set punish for them, tax, salary.*

I. INTRODUCCIÓN

La presente nota, tiene por objeto analizar el contenido de la sentencia N° 120, del 22 de febrero de 2012 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por medio de la cual se estableció que no existe colisión entre el artículo 133, parágrafo cuarto de la Ley Orgánica del Trabajo (en adelante "LOT") y el artículo 30, ordinal 1 de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat (en lo sucesivo "Ley BANAVIH").

La Sala precisó que no existe colisión en virtud de que el ámbito de aplicación del artículo 133, parágrafo cuarto de la LOT son las obligaciones de naturaleza tributaria derivadas de la relación de trabajo, mientras que el artículo 30, ordinal 1, de la Ley BANAVIH, hace referencia a un sistema distinto al régimen laboral, dado que ésta última Ley *abarca como norma especial la esfera de la seguridad social para vivienda y hábitat, como parte del sistema de la seguridad social* (en adelante aludida como "la sentencia N° 120").

El estudio se realizará a partir de las distintas sentencias que con relación al aporte del *ahorro obligatorio* que conforma el Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (en lo sucesivo "FAOV") ha dictado en los últimos años el Tribunal Supremo de Justicia, así como, los antecedentes previos a la vigente Ley BANAVIH.

El objetivo del análisis, es ubicar cuáles son los posibles efectos de la sentencia N° 120 en el ámbito material, es decir, cómo en nuestro criterio será entendida y aplicada esa decisión por parte del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH).

En virtud de lo anterior, la presente nota sólo estará dividida en dos partes; una para ubicar los antecedentes de la sentencia N° 120 y la otra, para delimitar lo que a nuestro entender serán los efectos de esa decisión.

II. ANTECEDENTES

El antecedente inmediato de la sentencia N° 120 lo encontramos en la decisión N° 1771 de la misma Sala del 28 de noviembre de 2011, por medio de la cual se estableció que el aporte que conforma el FAOV constituye un ahorro con el fin de garantizar el acceso a la vivienda, por lo tanto *no se rigen bajo el sistema tributario* y, en consecuencia, ese aporte es *imprescriptible*. En concreto, la Sala señaló lo siguiente:

“(…) 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”.

(…)

“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”.

Obsérvese que la Sala creó jurisprudencialmente una obligación cuya exigibilidad de pago es imprescriptible¹, independientemente de que a criterio del Tribunal Supremo de Justicia, el aporte del *ahorro obligatorio* no tenga naturaleza tributaria².

Adicionalmente, a través de esta decisión se delimitaron las bases de la sentencia N° 120, por cuanto al afirmarse que esa obligación no tiene naturaleza tributaria, se excluye de la

¹ Una adecuada definición de lo que es la prescripción la encontramos en el **artículo 1952 del Código Civil Venezolano**: “La prescripción es un medio de adquirir un derecho o de libertarse de una obligación, por el tiempo y bajo las demás condiciones determinadas por la ley.”

² Anteriormente, el *ahorro obligatorio* era entendido como una contribución parafiscal, para ayudar en la obtención de una vivienda o sufragar un gasto relacionado con ésta, para ello el Estado deberá crear un fondo especial. Esos tributos “*derivan del poder de imperio del Estado, pero, a diferencia de aquellos, hallan su justificación en los beneficios o ventajas obtenidos por personas o grupos sociales como consecuencia de la realización de obras públicas o de actividades estatales*” (Giuliani Fonrouge, Carlos. “*Derecho Financiero, Vol. II*”, Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1993, p. 1003). Ver también Villegas, Héctor “*Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*”, Buenos Aires, 2005.

aplicación de la LOT y, en consecuencia, no hay colisión entre esa ley y la Ley BANAVIH, dado que el párrafo cuarto del artículo 133 de la LOT, se refiere al salario que servirá de base para el pago de una obligación tributaria por parte del patrono o del trabajador³.

Previo a esa decisión, el Tribunal Supremo de Justicia, se había pronunciado con relación al pago del aporte del *ahorro obligatorio*, a través de la Sala Político Administrativa al precisarse que conforme al párrafo cuarto del artículo 133 de la LOT, ese aporte se calcularía utilizando el salario normal del trabajador⁴.

Así tenemos, por ejemplo, que mediante la decisión N° 152 del 11 de febrero de 2010⁵, de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, se confirmó el criterio establecido por esa Sala, en las decisiones N° 1102 del 22 de julio de 2009 (caso: *Vehicle Security Resources de Venezuela, C.A.*) y N° 1540 del 28 de octubre de 2009 (caso: *Alimentos Kellogg, S.A.*), según las cuales, la base imponible del aporte para el FAOV debía realizarse con base al salario normal del trabajador⁶.

III. EFECTOS DE LA SENTENCIA N° 120

Luego de haberse revisado los antecedentes jurisprudenciales de la sentencia N° 120, a continuación se expondrán los principales efectos que se desprenden de esa decisión, en la que particularmente se señaló lo siguiente:

³ **Parágrafo cuarto del artículo 133 de la LOT:** “Cuando el patrono o el trabajador estén obligados a cancelar una contribución, tasa o impuesto, se calculará considerando el salario normal correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquél en que se causó.

⁴ La Sala Político Administrativa sostenía ese criterio, en virtud que consideraba que el aporte que conforma el FAOV era un tributo. (Ver sentencias: N° 1303 del 23 de septiembre de 2009, caso: *Administradora de Planes de Salud Clínicas Rescarven, C.A.*, N° 1270 de fecha 09 de diciembre de 2010, caso: *FARMA, S.A.*, N° 844 del 29 de junio de 2011, caso: *Industrias Diana, C.A.*, N° 1007 del 18 de septiembre de 2008, caso: *Festejos Mar, C.A.*, N° 1102 del 22 de julio de 2009, caso: *Vehicle Security Resources de Venezuela, C.A.*, N° 1127 del 29 de julio de 2009, caso: *Estructuras Nacionales, S.A. (ENSA)*, N° 1540 del 28 de octubre de 2009, caso: *Alimentos Kellogg, S.A.*, N° 659 del 7 de julio de 2010, caso: *Transporte Premex C.A.* y N° 591 del 11 de mayo de 2011, caso: *Proyecta Corp, S.A.*).

⁵ “Aplicando la normativa antes transcrita así como los citados criterios jurisprudenciales al caso bajo análisis, concluye esta Sala al igual que lo hizo en casos similares al de autos (Vid. sentencias N° 001102 de fecha 22 de julio de 2009, caso: *Vehicle Security Resources de Venezuela, C.A.* y N° 01540 del 28 de octubre de 2009, caso: *Alimentos Kellogg, S.A.*) que -conforme fue apreciado por el Tribunal a quo- resulta improcedente la exigencia de la diferencia de aportes al Fondo Mutual Habitacional y al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda, correspondientes a los períodos impositivos de 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008, considerados omitidos por el acto recurrido, por cuanto se constató que el Banco Nacional de la Vivienda y el Hábitat (BANAVIH) añadió dentro de la base imponible de los referidos aportes, las partidas por conceptos de horas extras, bonificaciones, bono nocturno, prima de producción, bono de trabajos extras, vacaciones, comisiones, utilidades, las cuales -tal como fue expresado precedentemente- no deben incluirse por no estar contenidas dentro de la base de cálculo del citado aporte patronal, que se encuentra delimitado por el salario normal a que hace alusión el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo”.

⁶ Recuérdese que, sobre este aspecto, ya existe un precedente previo dictado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a través de la decisión N° 301 del 27 de febrero de 2007, por medio de la cual se precisó el alcance del concepto de salario normal a los fines del cálculo del impuesto sobre la renta (ver también las sentencias de la Sala Constitucional N° 390 del 09 de marzo de 2007 y N° 980 del 17 de junio de 2008).

“Tal ha sido el esclarecimiento que esta Sala dio sobre los aspectos controvertido sobre la naturaleza de los aportes destinados al sistema de vivienda y hábitat cuando analizó en la sentencia núm. 1771/2011 que los aportes realizados por patronos y trabajadores al sistema prestacional de vivienda y hábitat no son de naturaleza tributaria; sino que son una modalidad de ahorro que puede estar a disposición de los trabajadores para la adquisición o remodelación de viviendas, por lo que el uso facultativo de los fondos para esa finalidad hacía de por sí que dicha obligación no sea de naturaleza tributaria.

(...)

Al disponer una clara diferenciación con respecto a la naturaleza de los aportes al sistema prestacional de vivienda y hábitat bajo la modalidad de ahorro, se determina con claridad que la norma especial en la materia no colide de manera alguna con la Ley Orgánica del Trabajo, por estar relacionada al régimen tributario referente al cómputo para los aportes destinados a sufragar tasas, impuestos y contribuciones especiales. Se observa que al pertenecer dichas normas a dos sistemas diferentes –una de las obligaciones derivadas de la relación laboral, la otra a los aportes para el sistema de la seguridad social de vivienda y hábitat- determina que no existe contradicción alguna entre ellas. En el presente caso, no existe ninguna antinomia en el sentido abstracto de ambas normas, y ni siquiera puede darse una colisión en su exteriorización o aplicación por comprender dos regímenes totalmente distintos.

(...)

Lo pretendido por las partes demandantes incurre en lo que esta Sala ha denominado “colisión de sistemas normativos” (vid. s. S.C. núm. 356 del 11 de mayo de 2000) en los cuales se trata de comparar de manera aislada dos normas que en cuyo contexto podría arrojar una antinomia; no obstante, al constatar que tales preceptos pertenecen a sistemas distintos y su campo de aplicación resulta uno ajeno del otro, dilucida la falta de colisión”⁷.

En concreto, los efectos de esa decisión son los siguientes:

a. De la sentencia N° 120 se desprende que al no existir colisión entre ambos cuerpos normativos, el aporte del *ahorro obligatorio* que conforma el FAOV deberá ser calculado con base al salario integral del trabajador. Ello por cuanto, al haberse señalado que no tiene naturaleza tributaria esa obligación, no le es aplicable lo establecido en el parágrafo cuarto del artículo 133 de la LOT, sino el artículo 30.1 de la Ley BANAVIH⁸, que dispone que el salario integral será la base de cálculo de ese aporte.

⁷ Se debe precisar que previo a esta decisión, una de las defensas del BANAVIH en juicio en las causas que se sustanciaban en la Sala Político Administrativa, era indicar que existía un recurso de colisión de leyes en virtud de lo dispuesto en la LOT y en la Ley BANAVIH (ver por ejemplo, la decisión de la Sala Político Administrativa N° 1285 del 18 de octubre de 2011).

⁸ **Artículo 30:** “El ahorro obligatorio de cada trabajadora o trabajador se registrará en una cuenta individual en este fondo y reflejará desde la fecha inicial de su Incorporación:

1. El aporte mensual en la cuenta de cada trabajadora o trabajador equivalente al tres por ciento (3%) de su **salario integral**, indicando por separado; los ahorros obligatorios del trabajador equivalentes a un tercio (1/3) del aporte mensual y los aportes obligatorios de los patronos a la cuenta de cada trabajador, equivalente a dos tercios (2/3) del aporte mensual”. (Énfasis añadido), (Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.889 Extraordinario del 31 de julio de 2008).

La Ley BANAVIH derogada exigía que el aporte se calculara con base al ingreso total del trabajador, lo cual es una definición que no contaba con asidero legal o jurisprudencial que definiera lo que debía entenderse por ese ingreso. En efecto, el artículo 172.1, de la derogada Ley establecía lo

Téngase en cuenta que el salario⁹, puede ser entendido en dos acepciones completamente distintas, el normal y el integral. El *salario normal* es la remuneración devengada por el trabajador en forma *regular y permanente* por la prestación de su servicio (*vid.* sentencia de la Sala de Casación Social N° 489 del 30 de julio de 2003). La definición de salario normal se encuentra prevista en el párrafo segundo del artículo 133 de la LOT¹⁰.

Por su parte, el *salario integral* se corresponde con la definición de salario, que en términos generales, se encuentra prevista en el encabezado del artículo 133 de la LOT¹¹. Obsérvese entonces que la definición de salario integral comprende, entre otros conceptos, el pago de las utilidades, tal como lo ha reconocido la Sala de Casación Social, mediante decisión del 2 de noviembre del 2000 (caso: *PEQUIVEN*).

b. Como consecuencia de lo anterior y de lo establecido en la decisión N° 1771 de la Sala Constitucional del 28 de noviembre de 2011, el BANAVIH podrá ejercer el *ius puniendi* de forma ilimitada en períodos previos a la fecha en que se dictó la sentencia N° 120, para verificar el cumplimiento del pago de esa obligación (ahora imprescriptible) con base al salario integral del trabajador.

Esa posibilidad para nosotros es inconstitucional, en virtud de que la potestad sancionadora de la Administración, necesariamente debe tener límites; entre ellos el tiempo para poder ejercerla¹², esto es, el principio de prescripción que informa al derecho sancionador. Con-

siguiente: “La cuenta de ahorro obligatorio para la vivienda de cada trabajador en el Fondo, como cuenta de ahorro individual, reflejará desde la fecha inicial de incorporación del trabajador al ahorro habitacional:

1. El aporte mensual en la cuenta de cada trabajador equivalente al tres por ciento (3%) del **ingreso total** mensual, desglosado por cada uno de los aportes de ahorro obligatorio realizado por el trabajador y por cada una de las contribuciones obligatorias del patrono al ahorro del trabajador”. (Énfasis añadido), (Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat (derogada) publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.867 extraordinaria del 28 de diciembre de 2007). Téngase en cuenta que originalmente el recurso de colisión de leyes se interpuso contra esa disposición y la Sala modificó la pretensión de los accionantes adaptando la solicitud a la ley vigente.

Al igual que en la Ley BANAVIH derogada, el artículo 172.1 de la derogada Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional publicada en la *Gaceta Oficial* N°37.066 del 30 de octubre de 2000, se hace referencia al ingreso total mensual del trabajador.

⁹ En términos generales, el salario ha sido definido por la Sala de Casación Social mediante decisión N° 106 del 10 de mayo de 2005 como: “...la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.

¹⁰ **Parágrafo segundo del artículo 133 de la LOT:** “A los fines de esta Ley se entiende por salario normal, la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente por la prestación de su servicio. Quedan por tanto excluidos del mismo las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que esta Ley considere que no tienen carácter salarial”.

¹¹ **Artículo 133 de la LOT:** “Se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda”.

¹² Sobre este aspecto, recomendamos la lectura de Parejo Alfonso, Luciano, “La actividad administrativa represiva y el régimen de las sanciones administrativas en el derecho penal” en *II Jornadas*

forme a este principio, la Administración no podrá ejercer sus potestades punitivas de forma indefinida en el tiempo, sino que ello sólo podrá realizarlo en un tiempo concreto y específico¹³.

c. Como consecuencia del precedente fijado en la sentencia N° 120, eventualmente, el Tribunal Supremo de Justicia, podrá señalar que otra obligación de naturaleza tributaria derivada de la relación de trabajo (como era anteriormente entendido el *ahorro obligatorio* del FAOV); como por ejemplo, las relacionadas con el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, no tengan tal carácter y por tanto, también sean imprescriptibles. En ese supuesto, la Sala deberá fijar con base a qué salario se debería calcular esa obligación de ser el caso.

IV. CONCLUSIONES

- El antecedente inmediato de la sentencia N° 120 lo encontramos en la decisión N° 1771 de la Sala Constitucional del 28 de noviembre de 2011, por medio de la cual se estableció que el aporte que conforma el FAOV constituye un ahorro con el fin de garantizar el acceso a la vivienda, por lo tanto *no se rige bajo el sistema tributario*. Así, la Sala creó una obligación imprescriptible, a la cual no le será aplicable el parágrafo cuarto del artículo 133 de la LOT.
- Anteriormente, el Tribunal Supremo de Justicia, se había pronunciado en relación con el pago del aporte del *ahorro obligatorio*, a través de la Sala Político Administrativa al precisarse que conforme al parágrafo cuarto del artículo 133 de la LOT, ese aporte se calcularía utilizando el salario normal del trabajador, ya que según esa norma los tributos que deban pagar el patrono o el trabajador se realizarán con base al salario normal.
- De la sentencia N° 120 se desprende que al no existir colisión entre la LOT y la Ley BANAVIH, ese aporte, deberá ser calculado con base al salario integral del trabajador. Ello por cuanto, al no tener naturaleza tributaria esa contribución, no le es aplicable lo establecido en el parágrafo cuarto del artículo 133 de la LOT, sino el artículo 30.1 de la Ley BANAVIH, que dispone que el salario integral será la base de cálculo de esa obligación.
- Otro efecto de la sentencia analizada y de lo establecido en la decisión N° 1771 de la Sala Constitucional del 28 de noviembre de 2011, es que el BANAVIH podrá ejercer el *ius puniendi* de forma ilimitada en períodos previos a la fecha en que se dictó la sentencia N° 120, lo cual para nosotros es inconstitucional ya que esa potestad debería también estar limitada en razón del tiempo.
- Finalmente, el Tribunal Supremo de Justicia, podrá señalar que cualquier otra obligación de naturaleza tributaria, derivada de la relación de trabajo, no tenga tal carácter, y por tanto, también sea imprescriptible.

Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías", FUNEDA, Caracas, p. 147 y ss.

¹³ Para mejor entendimiento consultar: Balasso Tejera, Caterina. *Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos (1980-1993)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998, p. 628 y siguientes.

ÍNDICE

ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

-A-

Actos Administrativos. 212
-Competencia. Delegación. 212
-Requisitos de fondo. 212
Administración Pública. 179
Administración Descentralizada: Empresas del Estado. Privilegios y prerrogativas. 179

-C-

Contencioso Administrativo Poderes del Juez. 213
Contencioso Administrativo de Anulación. 213
-Objeto: Decreto de expropiación. 213
-Suspensión automática de los efectos del acto administrativo (multas). 215
-Perención. 225
Contencioso Administrativo Especial. 231
Contencioso Administrativo Agrario: Garantía de permanencia agraria. 231
Contencioso Administrativo por Abstención. 227

-D-

Demandas de protección de derechos e intereses colectivos y difusos: Competencia. 234
Derechos de los pueblos indígenas. 156
Derechos individuales. 136
-Libertad personal. 136
-Libertad de expresión y a la información. 137
Derechos Laborales: Lapso de prescripción del derecho a accionar. 149
Derechos Políticos. 152

-G-

Garantías Constitucionales. 123
-Tutela Judicial efectiva. 123
Garantías del debido proceso. 125
-Silencio de pruebas. 126
-Juez natural independiente e imparcial. 127
-Principio del *non bis in idem*. 135

-J-

Jerarquía Constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos y ejecución de decisiones de los organismos internacionales. 118

-L-

Ley. Colisión de Leyes. 106

-O-

Obligación tributaria. 184
-Incumplimiento: Intereses moratorios. 184
-Incumplimiento de deberes formales (Delito continuado). 184
Ordenamiento Jurídico. 106

-P-

Poder Judicial. 183
-Administración de Justicia. 183
-Consulta obligatoria de fallos. 183
Procedimiento administrativo sancionatorio. 200
-Legitimación pasiva. 204
-Sanción de multa. 208

-R-

Recurso de revisión de sentencias en materia constitucional. 238
República: Actuaciones internacionales. 115
-Tratados internacionales: Actos ratificatorios. 115

-S-

Sistema prestacional de vivienda. Naturaleza de los aportes.

-T-

Tratados Internacionales: Actos ratificatorios. 115
Tutela Judicial efectiva. 123

