

#### CONSEJO DE REDACCIÓN

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

#### COMITÉ ASESOR

Germán ACEDO PAYAREZ, Asdrúbal AGUIAR, José Guillermo ANDUEZA, Ana Elvira ARAUJO GARCÍA, José ARAUJO JUÁREZ, Alfredo ARISMENDI A., Carlos AYALA CORAO, Eloisa AVELLANEDA, Rafael BADELL MADRID, Alberto BAUMEISTER TOLEDO, Alberto BLANCO URIBE, Isabel BOSCÁN DE RUESTA, Mary BOVEDA, Gustavo BRICEÑO, Humberto BRICEÑO, Josefina CALCAÑO DE TEMELTAS, Juan D'STEFANO, Román José DUQUE CORREDOR, Héctor FAÜNDEZ LEDESMA, Gerardo FERNÁNDEZ, Juan GARRIDO ROVIRA, María Amparo GRAU, Eugenio HERNÁNDEZ BRETÓN, Henrique IRIBARREN, Gustavo LINARES, Irma Isabel LOVERA DE SOLA, Henrique MEIER, Alfredo MORLES, José MUCI-ABRAHAM, Pedro NIKKEN, Gonzalo PERÉZ LUCIANI, Rogelio PÉREZ PERDOMO, Gustavo PLANCHART MANRIQUE, Armida QUINTANA, Manuel RACHADELL, Belén RAMÍREZ LANDAETA, Judith RIEBER DE BENTATA, Armando RODRÍGUEZ G., Nelson RODRÍGUEZ, Hildegard RONDÓN DE SANSÓ, Gabriel RUAN SANTOS, Ana María RUGGERI RODRÍGUEZ, Magdalena SALOMÓN DE PADRÓN, Nelson SOCORRO, Gustavo URDANETA

#### CONSEJO CONSULTIVO

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

#### Revista de Derecho Público

#### 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](mailto: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](mailto: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: DC2016000334  
ISBN Obra Independiente: 978-980-365-355-2

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

Panamá, República de Panamá.  
Email: [ejvinternational@gmail.com](mailto:ejvinternational@gmail.com)

ESTUDIOS

Artículos

- El Arbitraje de Derecho Administrativo. Reflexiones y propuestas en tiempos de crisis*, por Marta **GARCÍA PÉREZ** ..... 7
- La libertad económica como derecho fundamental en la Constitución venezolana de 1999. Sus límites y su relación con otros derechos fundamentales*, por Vicente E. **GONZÁLEZ DE LA VEGA** ..... 33

Comentarios Monográficos

- El Abuso y el Poder en Venezuela. Segunda parte: De cómo se consumaron hechos de corrupción electoral en la elección del 14 de abril de 2013*, por José Ignacio **HERNÁNDEZ G.** ..... 51

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

- Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el segundo trimestre de 2013*, por Marianella **VILLEGAS SALAZAR** ..... 65

Comentarios Legislativos

- El Centro de Estudio Situacional de la Nación, la necesidad y la peligrosidad de limitar la información*, por Rodrigo E. **LARES BASSA** ..... 75

<i>El castellano como idioma oficial y los idiomas autóctonos (a propósito de la regulación de la ley de idiomas indígenas),</i> por José Rafael <b>BELANDRIA GARCÍA</b> .....	79
---	----

## JURISPRUDENCIA

### Información Jurisprudencial

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): segundo trimestre de 2013,</i> por Mary <b>RAMOS FERNÁNDEZ</b> y Mariannella <b>VILLEGAS SALAZAR</b> .....	97
--	----

### Comentarios Jurisprudenciales

<i>Sobre cómo no debe ejercerse el control difuso de constitucionalidad de las leyes por un juez ordinario. El caso de una sentencia de un Juez de Municipio de Caracas, que para “garantizar la tutela judicial efectiva,” con la excusa de ejercer el control difuso, violó la Constitución y la Ley, distorsionando el contenido del artículo 185-A del Código Civil,</i> por Allan R. <b>BREWER-CARIÁS</b> .....	189
--	-----

<i>Impropiedad del recurso especial de juricidad (según la Sala de Casación Social),</i> por Carlos <b>REVERÓN BOULTON</b> .....	199
--	-----

<i>El Estado, la República y la Nación. Precisión sobre las personas jurídicas estatales en la Constitución de 1999 y sobre el error en el que incurrió la Sala Constitucional al confundir la “Nación” con la “República”,</i> por Allan R. <b>BREWER-CARIÁS</b> .....	205
---	-----

## ÍNDICE

<i>Alfabético de la jurisprudencia</i> .....	219
--	-----

# ESTUDIOS



## Artículos

### *El Arbitraje de Derecho Administrativo. Reflexiones y propuestas en tiempos de crisis\**

Marta García Pérez

*Profesora Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de A Coruña*

**Resumen:** *En el presente trabajo se analiza la situación de la justicia contencioso-administrativa en España, a partir de los datos que ha publicado el Consejo General del Poder Judicial. Se propone la búsqueda de fórmulas que permitan reducir la litigiosidad o, cuando este objetivo no se alcance, la regulación de remedios extrajudiciales, como el arbitraje. Algunas cuestiones claves sobre su régimen jurídico son analizadas con el ánimo de favorecer su implantación en un ordenamiento jurídico, el español, con escasa cultura arbitral.*

**Palabras Clave:** *Justicia. Tutela judicial efectiva. Arbitraje.*

**Abstract:** *This paper analyzes the situation of administrative justice in Spain, from the information published by Consejo General del Poder Judicial. We try to search for ways that will reduce litigiousness or, when this goal is not achieved, the regulation of extrajudicial remedies, such as arbitration. Some key questions about the legal regime of arbitration are analyzed with the aim to encourage its implementation in Spain, where there is few arbitration culture.*

**Key words:** *Justice. Effective judicial protection. Arbitration.*

#### SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ¿“MUERTE POR ÉXITO” DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO?
- III. LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL ARBITRAJE
- IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO
  1. Arbitraje cuasi-jurisdiccional y voluntario.
  2. Ámbito de aplicación del arbitraje.
  3. ¿Arbitraje de Derecho?.
  4. Los árbitros.
  5. Procedimiento arbitral.
  6. El laudo.
- V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS: MITOS Y REALIDAD SOBRE EL ARBITRAJE

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación fundamental no orientada “El Derecho Administrativo bajo el prisma del principio de buena Administración”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Plan Nacional I+D+i 2008-2011 (ref.: DER2010-18993).

## I. INTRODUCCIÓN

Desde hace algunos años, me inquieta la situación de la Justicia en España. Si en 1999 escribía una monografía sobre el objeto del contencioso-administrativo, impulsada por una reforma legal que parecía abrir nuevos horizontes al proceso contencioso-administrativo, en

el año 2011 publiqué un estudio sobre el arbitraje administrativo, con la convicción de que la experiencia y, en definitiva, la edad, me habían obligado a poner los pies en la tierra y a aceptar que ninguno de aquellos horizontes eran si no un espejismo de juventud.

El estudio del arbitraje no ha sido, obviamente, una ocurrencia personal. Del último tercio del siglo XX a esta parte, el fenómeno del arbitraje ha adquirido la “popularidad” propia de un producto de moda. Arropado por el éxito de las *Alternative Dispute Resolution* (ADR) en Estados Unidos<sup>1</sup>, el arbitraje, junto con la mediación, se ha presentado como, si no la única, sí la mejor de las alternativas ante la ineficiente justicia ordinaria.

Entre las principales causas de la atracción de las ADR, la inconfesable, pero tristemente constatable, la ha puesto de manifiesto MICHELE TARUFFO: el éxito de las ADR es directamente proporcional –es más, es su consecuencia inmediata- a la ineficiencia de la justicia del Estado. Bajo esta perspectiva, que evidentemente no es la única, la utilización de las ADR no parece de por sí un fenómeno positivo, sino, más bien, el reflejo de un fenómeno “dramáticamente negativo” representado por el mal funcionamiento de la Justicia del Estado<sup>2</sup>. No le falta razón. Sin distinguir órdenes jurisdiccionales ni instancias judiciales, los números revelan de modo implacable el agotamiento del sistema judicial español para hacer frente a la tarea que le ha encomendado la Constitución de 1978.

Sería un atajo innecesario y poco realista afirmar que la crisis de la justicia tiene sus raíces en la crisis económica global por la que atravesamos. Sin duda habrá sido un factor detonante o multiplicador, pero ha trabajado o ha incidido sobre una realidad preexistente, que trae causa de mucho tiempo atrás. Son significativas las palabras pronunciadas por prestigiosos administrativistas en tiempos diferentes: “... la justicia no funciona bien en nuestro país y la contencioso-administrativa sería mejor, o al menos más barato, suprimirla, y eso que sus protagonistas son por lo general gente preparada, honesta y trabajadora” (MARTIN MATEO, 1989)<sup>3</sup>; “La Administración de Justicia ... se ha hundido en un estado comatoso en el que ya no reacciona ante nada, nadie se siente culpable y todo resbala sobre la resignación y la indiferencia” (A. NIETO, 2008)<sup>4</sup>. El propio órgano de gobierno de los Jueces en España, el Consejo General del Poder Judicial, editaba en el año 1997 el *Libro Blanco de la Justicia*, en el

---

<sup>1</sup> Vid. en general, sobre las ADRs, S. Barona Vilar, *Solución extrajudicial de conflictos. ADR y Derecho procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

<sup>2</sup> Vid. la ponencia “Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos”, presentada por Michele Taruffo en el 9º Seminario sobre Derecho y Jurisprudencia, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, del Colegio de Registradores de España (21 y 22 de julio de 2007), disponible en [www.fcje.org.es](http://www.fcje.org.es), en la que el autor propone una “alternativa a las alternativas”, que consiste, en puridad, en una vuelta al proceso judicial.

<sup>3</sup> Cfr. R. Martín Mateo, *Eficacia social de la jurisdicción contencioso-administrativa*, INAP, Madrid, 1989, en el que se ofrecía una amplia información estadística con la que se reforzaba una idea arraigada que años después trasladó al Prólogo de la monografía de J. Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. XVII.

<sup>4</sup> Con estas palabras hace referencia A. Nieto a la actual crisis de la Justicia en su ensayo *El desgobierno de lo público*, Ariel, 2008, p. 309.

que podía leerse meses antes de la entrada en vigor de la Ley Jurisdiccional de 1998 que “existe en la sociedad un extendido estado de opinión que refleja una profunda insatisfacción con el funcionamiento de la Administración de Justicia y que afecta, o puede afectar muy negativamente a la confianza del pueblo español en ella”.

Desde hace décadas, la doctrina española viene reclamando una revisión profunda del sistema contencioso que, más allá de mejoras procedimentales sin duda alcanzadas por la vigente Ley Jurisdiccional, ponga freno a la “crisis de la eficacia social de la justicia administrativa”<sup>5</sup>. Con esta expresión, ROSA MORENO iniciaba en 1998 un ensayo monográfico sobre el arbitraje administrativo al que le han precedido y seguido otras notables contribuciones pero escasos si no nulos instrumentos de derecho positivo. Común a todas aquellas contribuciones es la idea central de que la justicia administrativa se encuentra en crisis, y que tras ella aflora una crisis mucho más profunda que afecta al propio Estado de Derecho y social<sup>6</sup>.

Los esfuerzos llevados a cabo por el legislador con la aprobación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, resultaron infructuosos e insuficientes para solventar una situación difícilmente reversible<sup>7</sup>. El procedimiento abreviado, el proceso-testigo, la extensión de los efectos de las sentencias o la terminación pactada del proceso no han logrado invertir las inercias creadas. Incluso el producto estrella, la creación de los juzgados unipersonales de lo contencioso-administrativo<sup>8</sup>, se saldó con una decepcionante constatación: la saturación de asuntos contenciosos pendientes de resolución en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no ha mejorado.

Se han conseguido objetivos en la rapidez con que los asuntos están siendo resueltos en la primera instancia cuando se produce ante los juzgados, pero la rapidez en resolver se convierte en nueva paralización en la apelación. La reforma tampoco ha aliviado sustancialmente el funcionamiento de los demás órganos colegiados ni del Tribunal Supremo cuando actúa en

---

<sup>5</sup> La expresión dio título al citado estudio llevado a cabo por R. Martín Mateo, *Eficacia social de la jurisdicción contencioso-administrativa*.

<sup>6</sup> Rosa Moreno hace referencia a la situación de 1998, que lejos de haberse superado se ha agravado. Afirma el autor siguiendo a L. Parejo Alfonso (*Crisis y renovación en el Derecho público*, CEC, Madrid, 1991) y a Tornos Mas (“La situación actual del proceso contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, número 122, 1990), que a la crisis de la justicia le acompaña la crisis de la Administración Pública, crisis también de eficacia. “Sin duda, todo ello se inscribe en la actual crisis del Estado social, con la generalización en la ciudadanía de sentimientos de insatisfacción e inseguridad sobre el actual modelo de desarrollo socioeconómico y, por ende, en las instituciones que lo dirigen, nos hallamos, como apunta Parejo Alfonso, ante una auténtica crisis de confianza del Estado”. *Cfr., op. cit.*, p. 2 y 3.

<sup>7</sup> *Vid.* una reflexión reciente sobre los logros conseguidos por la Ley Jurisdiccional de 1998 en su lucha contra la litigiosidad en el estudio de L.M. Arroyo Yanes, “La justicia administrativa española y su modernización y mejora a partir de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”, en la obra colectiva *Sistemas de garantías de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas*, dirigida por M. Zambonino Pulito y coordinada por M.A. Restrepo Medina, Iustel, 2010, p. 155 y ss. Delgado Barrio, Magistrado del Tribunal Supremo y después su Presidente, escribía en el año 1988 un artículo en *Actualidad administrativa* con un título muy expresivo: “En torno al recurso contencioso-administrativo: una regulación excelente y un resultado decepcionante”.

<sup>8</sup> La medida fue duramente criticada y cuestionada por un amplio sector doctrinal, principalmente por la pérdida de independencia en la función de juzgar a la Administración que supondría la actuación unipersonal y por la falta de especialización de los jueces llamados a cumplir tal misión. *Vid.* algunos comentarios críticos en los estudios de P. Sala Sánchez, J.A. Xiol Rius y R. Fernández Montalvo, *Jurisdicción y competencia en la nueva LJCA*, Bosch, Barcelona, 2001.

casación<sup>9</sup>. La situación descrita se aviene mal con dos preceptos de gran impacto en el ordenamiento jurídico español. Me refiero al artículo 24 de la Constitución española de 1978 y al artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En virtud del primero, todos tienen derecho a la tutela judicial efectiva (apartado 1) y a un proceso sin dilaciones indebidas (apartado 2). El no menos expresivo artículo 47 de la Carta dispone que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. ¿Qué puede decirse de la virtualidad de estos derechos si los contemplamos bajo el rasero de las estadísticas que maneja el Consejo General del Poder Judicial?<sup>10</sup>

## II. ¿“MUERTE POR ÉXITO” DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO?

Los datos nos ponen sobre la pista de un típico caso de “muerte por éxito”<sup>11</sup>. Cualquiera que sea la lectura que quiera darse a la estadística, los números ponen en entredicho la funcionalidad de la Justicia y convierten en papel mojado la declaración constitucional que se recoge en el artículo 24 de la Constitución, no sólo en su apartado 2, que reconoce el derecho “a un proceso sin dilaciones indebidas”, sino también en el apartado 1, “a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales”, intrínsecamente relacionado con el anterior.

El Tribunal Constitucional ha reconocido esta íntima conexión y, sobre todo, la posibilidad de lesión simultánea de ambos derechos. “Desde el punto de vista sociológico y práctico –dice el TC– puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equiva-

<sup>9</sup> “Esfuerzos no han faltado, como se ve, pero el balance final no puede ser más desolador: al cabo de treinta años de promesas democráticas, el servicio público de la Administración de Justicia no sólo no ha mejorado, sino que ha empeorado sensiblemente, sin que haya logrado adaptarse a las demandas sociales, que aumentan cada día. Las buenas intenciones se van frustrando inexorablemente y la apuesta por la complejidad organizativa y por la cantidad de las sentencias ha culminado en un proceso, quizás irreversible, de deterioro, ya que con el forzado apresuramiento de los jueces se ha dañado la calidad de sus resoluciones y las demoras siguen existiendo...”. Son palabras de A. Nieto, en el número 174 de la *Revista de Administración Pública*, en homenaje al Profesor Ramón Parada Vázquez, que forman parte de un artículo titulado “La Administración de Justicia y el Poder Judicial”, p. 31 y ss.

<sup>10</sup> En el documento de La Justicia dato a dato, 2010 se señala que “el tiempo que los asuntos están en los órganos judiciales es otro indicador de la calidad de la Justicia”. Se ofrecen estimaciones de las duraciones medias (expresadas en meses) de los asuntos terminados en cada periodo respecto a cada una de las jurisdicciones. Por lo que se refiere a la Jurisdicción contencioso-administrativa, los datos revelan, en general, una excesiva duración de los procedimientos. Pero, sobre todo, destacan los 25,7 meses de media (aun con su tendencia al descenso desde 2006, con 32,3) asignados a los asuntos que conocen en única instancia los Tribunales Superiores de Justicia.

<sup>11</sup> Tornos Mas se ha referido expresivamente a esta situación como “crisis de crecimiento” de la justicia contencioso-administrativa. *Cfr.* “El arbitraje en el Derecho administrativo: posibilidad de esta figura”, *Bulletín 6 del Tribunal Arbitral de Barcelona*, 1995, p. 13. Recientemente se ha aprobado una ley de medidas de agilización procesal. En la exposición de motivos de su Proyecto se ofrecía el dato del crecimiento de la litigiosidad referido al año 2009 y se achacaba a la confianza cada vez mayor de los ciudadanos en la Justicia: “Los datos estadísticos más recientes sobre entrada de asuntos en nuestros tribunales acreditan que en los últimos tiempos se ha producido una subida exponencial de la litigiosidad. Así, el número de asuntos ingresados en todas las jurisdicciones durante el año 2009 ha tenido un crecimiento cercano al 33% con relación al número de asuntos ingresados 10 años antes. El sobrevenido aumento de la litigiosidad es indicativo de la confianza cada vez mayor que los ciudadanos depositan en nuestra Administración de Justicia como medio para resolver sus conflictos y peticiones, pero al propio tiempo ha puesto de manifiesto la necesidad de introducir profundas reformas para asegurar la sostenibilidad del sistema y garantizar que los ciudadanos puedan disponer de un servicio público de calidad”.

le a una falta de tutela judicial efectiva” (STC 26/1983, de 13 de abril)<sup>12</sup> y, a la inversa, una denegación de tutela no es sino un presupuesto extremo de dilación.

Seguramente un sistema estrictamente judicialista es la panacea del Estado de Derecho, y la justicia dispensada por Jueces y Magistrados especializados, bien formados y asistidos debidamente, no tenga parangón con ninguna otra técnica de resolución de controversias. La misma saturación que nos preocupa es la señal irrefutable de que la sociedad confía en el sistema judicial y que es éste el mecanismo por excelencia para resolver los conflictos. Pero el salto cuantitativo que ha experimentado la Justicia en cuanto al número de asuntos recibidos no ha sido en este caso acompañado de su vertiente cualitativa<sup>13</sup>.

No es, por razones obvias, tiempo propicio para repensar la planta judicial y dotar de medios extraordinarios humanos y materiales a la Judicatura. Sí puede serlo para abrir nuevos horizontes y buscar fórmulas distintas a las que ofrece el proceso judicial.

De entre las propuestas planteadas para hacer frente al colapso de la Justicia, una es común a todo foro de reflexión sobre el contencioso-administrativo: es preciso reducir el flujo de asuntos contenciosos y hacer que lleguen a la sede judicial los que indeclinablemente deben ser resueltos por los jueces. La medida debería pasar por un descenso de la litigiosidad. Pero este empeño puede resultar inalcanzable si se atiende a la complejidad exponencial de los asuntos jurídico-públicos y a la democratización de la justicia, en el sentido de un mayor y más fácil acceso de la ciudadanía al justiciable<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> ¿Qué otra cosa se puede decir de la situación del ciudadano que tarda diez años en obtener una sentencia que decida su pretensión para empezar el calvario de intentar que se lleven a efecto sus mandatos si tiene la suerte de que la resolución le sea favorable? El dato de los diez años es sugerido junto con otras interesantes reflexiones por J. González Pérez en sus clásicos *Comentarios a la LJCA*, Civitas, tercera edición, Madrid, 1999, p. 45. “La cifra no es exagerada ni excepcional”, aclara el autor, para quien “si la lentitud ha sido uno de los males endémicos del proceso, de todo proceso, hoy ha adquirido niveles inadmisibles en el ámbito de la Justicia administrativa”.

<sup>13</sup> Vid. las reflexiones de L. Martín-Retortillo Baquer en la “Presentación” del número 220 de *Documentación Administrativa*, recogidas en la obra *Derecho administrativo de nuestro tiempo*, p. 169: “... los incrementos de cantidad, en cuanto se superan determinados umbrales, inciden con vigor en la calidad (...) Imagínese lo que podría representar el que al multiplicarse las actuaciones en aras de lograr una “tutela efectiva”, por el mero hecho desbordado y de la consiguiente falta de adecuación del sistema, se aboque, en cambio, a una tutela menos efectiva o a menos tutela, a un más débil e ineficaz control”. Huergo Lora, en las páginas introductorias de su trabajo *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000, p. 21, señalaba: “El aumento de la litigiosidad administrativa, que ha contribuido en gran medida a la actual duración de los procesos, es un hecho que hay que asumir como consecuencia inevitable de la vivencia efectiva del Estado de Derecho, ante el cual es necesario reaccionar también incrementando, en calidad y cantidad, los medios de que dispone la jurisdicción contencioso-administrativa y dotándola de una planta adecuada a sus necesidades”.

<sup>14</sup> Ciertamente, en los últimos tiempos la crisis económica parece haber producido este efecto colateral descongestionante de la justicia que en el texto se declara irrealizable. Los asuntos contenciosos han disminuido por un doble efecto. En primer lugar, porque ha disminuido la obra civil y la obra pública, y con ello las licencias, las expropiaciones, las contrataciones, etc. Obviamente a menos actividad, menos conflictividad, ergo menos contenciosos. No es una impresión, sino una constatación de la que me daba cuenta un magnífico magistrado del Tribunal Superior de Justicia, actualmente Presidente de la Sección 2ª, encargada, entre otras cuestiones, del urbanismo. En segundo lugar, las dificultades económicas y la ausencia de crédito son efectos desanimantes, sobre todo tras el incremento de los

De renunciar a dicho propósito, no cabe otra alternativa realista que la de crear cauces de solución de conflictos ajenos al sistema judicial. La propia Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa se manifiesta en términos parecidos: "...es cierto que el control de la legalidad de las actividades administrativas *puede y debe ejercerse* asimismo por otras vías complementarias de la judicial, que sería necesario perfeccionar para evitar la proliferación de recursos innecesarios y para ofrecer fórmulas poco costosas y rápidas de resolución de numerosos conflictos".

Las páginas que siguen pretenden abordar el estudio de una fórmula diferente de resolución de conflictos. Una idea planeará sobre todas las reflexiones y que anticipo: el arbitraje no debe entenderse como la "alternativa" a la jurisdicción, porque será ésta, la contencioso-administrativa, la que seguirá sobrellevando el peso del control de la legalidad administrativa. Pero existe un espacio en el que la técnica arbitral puede representar un interesante papel, porque no sólo aligerará –este es un efecto colateral que no puede convertirse en objetivo- la sobrecargada justicia administrativa, sino que permitirá –he aquí la razón de ser de la técnica- proteger los derechos de la ciudadanía en un tiempo razonable y de modo eficiente.

### III. LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL ARBITRAJE

Desde hace más de dos décadas viene debatiéndose, primero respecto al arbitraje privado y después en relación con el arbitraje en las relaciones jurídico-públicas, la admisión del arbitraje a la luz de la Constitución española de 1978. El punto en que se encuentra en estos momentos el debate científico nos muestra que son dos los principales escollos que la técnica arbitral debe superar: en primer lugar, pesa sobre el arbitraje la sospecha de vulnerar dos preceptos de la Constitución singularmente sensibles o que despiertan un afán de sobreprotección; en segundo lugar, es el del arbitraje un debate inacabado, porque no ha tenido ocasión de pronunciarse expresamente el Tribunal Constitucional sobre una de sus facetas, la que se proyecta sobre las relaciones jurídico-públicas.

Comenzando por esta última afirmación, es necesario ser cauteloso con las valoraciones que se hagan, que serán, en cualquier caso, provisionales. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional se han producido a propósito del llamado "arbitraje privado" porque es éste, y no el de Derecho público, el que ha sido regulado y ha provocado la intervención del Alto Tribunal, unas veces en amparo de derechos fundamentales presuntamente vulnerados, otras veces para resolver recursos o cuestiones de inconstitucionalidad. Falta un pronunciamiento expreso, claro e inequívoco sobre la técnica en su proyección jurídico-pública. Un repaso a los trabajos de los autores que han hecho las más relevantes aportaciones sobre la cuestión nos permite leer conclusiones muy pragmáticas, pero inacabadas, en la línea de avanzar en el estudio del arbitraje jurídico público mientras el Tribunal Constitucional no se pronuncie en contra de esta técnica<sup>15</sup>.

La tarea debe comenzar por la propia Constitución y, en particular, por dos artículos, singularmente sensibles, he dicho unas líneas atrás. Se trata de los artículos 24.1 y 117.3. No son, desde luego, dos artículos más –no quisiera utilizar la expresión "artículo cualquiera" porque el calificativo es absurdo para todos y cada uno de los preceptos de la Constitución,

---

umbrales mínimos exigidos para recurrir en apelación o casación y la inminente subida de las tasas judiciales.

<sup>15</sup> Vid. por todos R. Bustillo Bolado, *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Ed. Aranzadi, 2001, p. 298 y ss. La idea se repite en la 3ª edición de su libro, 2010.

pero sí significar que los artículos 24.1 y 117.3 tienen un *plus* de fuerza respecto a todos los demás al menos en este ámbito-

El artículo 24.1 consagra el derecho a la tutela judicial efectiva. Sobre él ya se ha dicho todo, pero me quedo con los calificativos de “revulsivo”, “gran símbolo de la Constitución” o “derecho-estrella” que han utilizado respectivamente MEILÁN GIL<sup>16</sup>, L. MARTÍN-RETORTILLO<sup>17</sup> y DÍEZ-PICAZO<sup>18</sup>. No se escapa, pues, que cualquier propuesta reformista que pueda hacer tambalear el laureado precepto estará abocada al más estrepitoso de los fracasos al menos mientras no se pronuncie en su defensa el Tribunal Constitucional. Y lo ha hecho, aunque en referencia al arbitraje *inter privados*. En su argumentación, ha considerado el carácter *prestacional* del derecho a la tutela judicial efectiva, el *derecho a promover* la actividad jurisdiccional y *a renunciar* a ella por los cauces que el legislador establezca. Desde esta perspectiva, el TC justifica que los titulares del derecho a la tutela judicial efectiva opten *libremente* por no ejercerla porque esta posibilidad está prevista en las leyes.

El *principio de libertad* es, pues, fundamento y motor del arbitraje. Al propio tiempo, es la razón de su constitucionalidad<sup>19</sup>. Que las partes contendientes *decidan* resolver sus conflictos al margen de los Tribunales de Justicia no menoscaba el derecho constitucional de la tutela judicial efectiva:

“Tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría privar al arbitraje, *cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente* (SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterogéneo de arreglo de controversias que se fundamenta en la *autonomía de la voluntad de los sujetos privados*; lo que constitucionalmente le vincula con la *libertad como valor superior del ordenamiento* (art. 1.1 CE). De manera que *no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el de-*

<sup>16</sup> Cfr. Meilan Gil, J.L., “El objeto del proceso contencioso-administrativo”, en *El proceso contencioso-administrativo*, EGAP, 1994, p. 33.

<sup>17</sup> Cfr. “El Derecho fundamental al proceso debido”, *Derecho administrativo de nuestro tiempo*, Civitas, 2ª ed., 2010, p. 173, reproduciendo el “Prólogo” al libro de J.M. Bandrés Sánchez-Cruza, *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1992.: “Permitaseme decir de entrada que yo vería la afirmación que contiene el artículo 24 de que todas las personas tienen derecho a la tutela judicial efectiva como el gran símbolo de la Constitución española de 1978. El gran símbolo, así, de todo lo que ha venido a representar la vigente Constitución española. Y no se crea que son apreciaciones de leguleyo, deformaciones de jurista profesional. El autor de este prólogo sabe que una Constitución es muchas cosas y, de entre ellas, un símbolo cualificado para un determinado tiempo histórico. Pues bien, si dentro de las simplificaciones que la tarea de elegir símbolos implica siempre hubiera que representar en esquema algo de lo más significativo del texto del 78, yo optaría sin dudar, tras pensarlo mucho, por el artículo 24. En la reconducción de poderes – individuales, sociales y políticos– que toda Constitución efectiva implica, mucho es lo que representa el artículo 24 si nos atenemos al curso de la azarosa historia española”.

<sup>18</sup> Cfr. “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Poder Judicial*, número 5, 1987, p. 41: “Si existe un derecho-estrella en el firmamento constitucional español actual, este título le corresponde, sin discusión alguna, al artículo 24 y, en especial, a su párrafo primero...”.

<sup>19</sup> Constitucionalidad sobre la que el TC parece no tener dudas: “... la cuestión que tenemos planteada no es la de si el arbitraje, en términos generales, es o no compatible con la Constitución, *que, sin duda, lo es*” (STC 174/1995, de 23 de noviembre, F.J.3). La doctrina invoca también el principio de libertad (artículo 1.1 y 9.2 CE) y la libre disposición (autonomía de la voluntad, art. 10.1 CE, en su manifestación más extensa del libre desarrollo de la personalidad) para fundamentar la constitucionalidad del arbitraje.

*recho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos*” (STC 176/1996, de 11 de noviembre, F.J. 4).

Por su parte, el artículo 117.3 atribuye *exclusivamente* a los jueces y tribunales la función jurisdiccional. El verdadero alcance de esta declaración ha sido puesto de manifiesto por S. MUÑOZ MACHADO, que propuso hace ya varias décadas que la Constitución había introducido en este precepto una “reserva de la función jurisdiccional” en favor de jueces y tribunales frente a indeseables injerencias del Poder Legislativo o Ejecutivo<sup>20</sup>. En la tesis de la reserva jurisdiccional se encuentran algunas claves para entender la jurisprudencia constitucional sobre las leyes de arbitraje y los argumentos para valorar en su justa medida la viabilidad de la técnica arbitral en nuestro sistema constitucional.

La idea de que el Poder Ejecutivo invada la esfera de actuación de jueces y magistrados y las correlativas medidas que se han ido poniendo en marcha para reaccionar frente a dicha invasión son bien conocidas. Más extraños pueden hacerse los intentos del Poder Legislativo de ocupar parcelas de acción de la Judicatura, aunque MUÑOZ MACHADO expone una buena selección de casos. Ocurre, por ejemplo, cuando por ley se admite que ejerzan “jurisdicción” órganos que no son jueces y tribunales; o cuando la propia ley asume directamente el ejercicio de la función de juzgar (por ejemplo, proceder mediante ley a la reposición de las cosas en el estado anterior a una sentencia, al cambio de líneas jurisprudenciales consolidadas, o a convalidar el contenido de decretos anulados o en curso de anulación judicial). ¿Es la regulación del arbitraje un supuesto de inmisión del Poder Legislativo en la reserva jurisdiccional? Esta es la cuestión a la que habrá de responderse con carácter previo a proponer fórmulas arbitrales de solución de controversias en las relaciones jurídicas, y en particular en las públicas. Adelanto dos elementos que serán determinantes para hallar una respuesta razonada y a los que se referirá con claridad el propio Tribunal Constitucional: en primer lugar, la naturaleza jurídica del árbitro y de su función; en segundo lugar, la naturaleza jurídica de la decisión arbitral, contenida en el laudo.

En ese camino sinuoso, de relevantes avances y algunos retrocesos, han sido importantísimas las aportaciones del Tribunal Constitucional, que han permitido apaciguar posiciones enfrentadas de la doctrina y cerrar debates que no conducían a ninguna parte<sup>21</sup>.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado abiertamente sobre “*qué sea el arbitraje desde la perspectiva constitucional*” (ATC 259/1993, de 20 de julio), sentando las bases de su adecuado entendimiento. De la lectura de sus pronunciamientos puede extraerse una idea clave: la valoración de la adecuación de la técnica arbitral a la Constitución debe hacerse desde una correcta comprensión de su verdadera naturaleza jurídica. Y adelanto la conclusión: el arbitraje es, en términos generales, compatible con la Constitución —“sin duda lo es”, puede leerse en la STC 174/1995, de 23 de noviembre—; ni el artículo 24 ni el 117 de la Constitución son obstáculo para la utilización de la técnica arbitral, *siempre y cuando* sea valorada

---

<sup>20</sup> *La reserva de jurisdicción* es, precisamente, el título de una de sus monografías Editada por La ley, 1989.

<sup>21</sup> Así, por ejemplo, destaca la doctrina la posición del TC respecto a la naturaleza del arbitraje, alineada con las posiciones “mixtas” que han surgido para salir al paso de los enfrentamientos dogmáticos entre defensores de las tesis contractualistas y jurisdiccionalistas. Entre otros pronunciamientos, *Vid.* los AATC 259/1993 y 326/1993, así como las SSTC 288/1993 y 174/1995, sobre los que se reflexionará en las páginas siguientes. El TC invoca la naturaleza de equivalente jurisdiccional, cuasi-jurisdiccional o para-jurisdiccional del arbitraje. *Vid.* una exposición sucinta de cada una de las teorías en S. Barona Vilar, *Medidas cautelares en el arbitraje*, Civitas, 2006, p. 41 y ss.

en su justa medida la figura del árbitro –frente al juez- y el laudo arbitral –frente a la sentencia-.

En este sentido y en primer lugar, *los árbitros no pueden ser calificados como Jueces*, en la acepción que a tal figura se adscribe en la Constitución<sup>22</sup>. El Juez es titular único de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (artículo 117 CE) y actúa revestido, por tanto, de *imperium*. El árbitro, sin embargo, “está desprovisto de tal carisma o cualidad” porque su mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia (ATC 259/1993). El árbitro es “un particular que ejerce una función pública”<sup>23</sup>. Es cierto que se afirma que su función es *para-jurisdiccional* o *cuasi-jurisdiccional* pero en ese “casi”, precisamente, está el *quid* de la cuestión<sup>24</sup>. Efectivamente –dice el TC-, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de *potestas* o poder<sup>25</sup>. Precisamente por esto el árbitro “necesita el brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo, mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque sólo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado” (ATC 259/1993, de 20 de julio, F.J.1).

En segundo lugar, *el laudo y la sentencia* son semejantes desde una perspectiva material pero entre ambos existen importantes diferencias. En cuanto a *las semejanzas*, señala el Tribunal Constitucional que “uno y otra son decisiones reflexivas de jurisconsultos o jurisprudencia-

<sup>22</sup> “En tal sentido, los “Jueces avenidores”, escogidos o puestos por las partes para librar la contienda que existan entre ellas, según Las Partidas, o los “Jueces árbitros” cuya existencia garantizaba la Constitución de 1812 (artículo 280), *no pueden ser calificados como Jueces* en la acepción que a tal figura se adscribe en nuestra Ley suprema y en las demás del ramo” (ATC 259/1993).

<sup>23</sup> El TC pone algunos ejemplos: “como en otros sectores pueden mencionarse ejemplos de libro (el notario, el capitán de buque mercante, el párroco) y muchos otros que la jurisprudencia ha ido añadiendo a ese primer repertorio (agentes de aduanas, guardas jurados, habilitados de clases pasivas, etc.)” (ATC 259/1993).

<sup>24</sup> El Tribunal Constitucional califica al arbitraje como “equivalente” jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada (SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995, entre otras).

<sup>25</sup> En el ATC 326/1993, de 28 de octubre, se insiste en esta idea: “... el árbitro designado por los particulares aspira lícitamente a que su labor sea reconocida: a que el laudo dictado por él sea declarado válido y que despliegue sus naturales efectos (...). A tenor de la Ley de Arbitraje de 1988, el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de Derecho actúa *en ejercicio de una potestad de iuris dictio*, pues el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional”, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos efectos de la cosa juzgada (SSTC 62/1991, fundamento jurídico 5º, y 288/1993, fundamento jurídico 3º). Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de *auctoritas*, por imperativo de la Ley; y solo carece del *imperium* necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles...” (F.J. 1). *Vid.* en este mismo sentido las SSTC 62/1991, de 22 de marzo, y 288/1993, de 4 de octubre. En otras ocasiones, más lejanas en el tiempo, el Tribunal Constitucional utilizaba un lenguaje que, al menos, inducía a confusión. Es el caso de la STC 43/1988, de 16 de marzo, en la que se hacía referencia al arbitraje como “jurisdicción” (“A este respecto –comienza el Alto Tribunal su argumentación en el fundamento jurídico 4- es fundamental el dato relativo a la jurisdicción dentro de la cual el litigio se ha resuelto en la instancia, es decir, la de arbitraje”) y al procedimiento arbitral como “proceso especial” (“En la vertiente procesal, esto se traduce en la previsión de un proceso especial, ajeno a la jurisdicción ordinaria, caracterizado por la simplicidad de formas procesales y el uso del arbitrio (“saber y entender”) por los Jueces árbitros designados por las partes...”, F.J. 5).

dentes sobre un conflicto de intereses, cuya vocación es la justicia, conseguir una respuesta justa y cuya función consiste en garantizar la paz social a través de una solución para eso que hemos dado en llamar la seguridad jurídica”. En ambas –indica el Tribunal– se utiliza el Derecho, ese *ars* o esa técnica, como medio para alcanzar la finalidad y cumplir la misión antedicha, ambas consagradas constitucionalmente (artículos 1 y 9 CE). Sin embargo, *las diferencias son también nítidas*. Desde una *perspectiva objetiva*, el laudo está limitado, porque el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición. Desde una *perspectiva subjetiva*, y dada la función del árbitro y sus limitaciones respecto al Juez, precisa de la asistencia de éste último para su ejecución forzosa.

La distinción entre árbitro-juez y laudo-sentencia permite echar por tierra las objeciones a la técnica arbitral basadas en una supuesta vulneración del artículo 117.3 de la Constitución, que atribuye exclusivamente a *Jueces y Magistrados* la función de *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*<sup>26</sup>. El árbitro no ejerce funciones jurisdiccionales, aunque el laudo sea cuasi-jurisdiccional, ni puede hacer ejecutar lo juzgado, porque carece de *imperium*.

Llegados a este punto, estamos en condiciones de afirmar que la doctrina constitucional permite dar un paso más en el estudio del arbitraje. El arbitraje es, en términos generales, compatible con la Constitución; ni el artículo 24 ni el 117 de la Constitución son obstáculo para la utilización de la técnica arbitral. Es el momento de poner aquella doctrina a prueba sobre el arbitraje en las relaciones jurídico-públicas. Habrá que añadir a todas las reflexiones ya hechas la incidencia de otros dos preceptos constitucionales íntimamente vinculados al Derecho administrativo: los artículos 103 y 106 de la Constitución. El primero, artículo 103.1, establece que la Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con varios principios (entre los que está el de eficacia) y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. El segundo, 106.1, declara que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

¿Son los artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución un obstáculo a la utilización del arbitraje en el terreno jurídico-público? La cuestión ha sido abordada por la doctrina administrativa, que se divide no solo al contestar afirmativa y negativamente a la cuestión, sino también en la argumentación de las respectivas posiciones.

En la posición más crítica con el arbitraje está HUERGO LORA, con argumento ciertamente sólidos. En su obra *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo* pesa con singular fuerza la “presencia del interés público” encomendado a la Administración, que parece resistirse a la idea de un arbitraje de Derecho público:

“El arbitraje en sentido estricto ... supone que la potestad de “decir el Derecho”, esto es, de controlar la legalidad de la actuación administrativa, se traslada de los órganos jurisdiccionales a unos sujetos elegidos libremente por las partes, sin que reste otra posibilidad de control judicial que el que se lleva a cabo a través del recurso de anulación contra el laudo. Esa posibilidad de que la Administración, que maneja fondos ajenos, encomiende la resolución de sus pleitos a un órgano codesignado por ella (y que además actúa respecto a procesos concretos, frente a la objetividad y generalidad del Poder Judicial), es vista con desconfianza por el le-

<sup>26</sup> Entre la doctrina procesalista es este uno de los obstáculos más reiterados para poner en cuestión la constitucionalidad del arbitraje. *Vid.* por todos Montero Aroca, *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Civitas, Madrid, 1990, p. 19.

gislador en todo caso, y de ahí las cautelas de los artículos 39 LGP y 40 LPE. Pero *esas cautelas se transforman en exclusión pura y simple cuando lo que está en juego no son únicamente intereses particulares (el de la Administración frente al de otro sujeto, como ocurre en los pleitos de Derecho privado), sino también el interés público en sentido objetivo, como interés colectivo encomendado a la Administración (frente al simple interés fiscal o interés subjetivo de ésta). Si la presencia del interés público y la tutela del mismo mediante un régimen normativo especial (el Derecho administrativo) es lo que transforma una cuestión en administrativa y justifica que su conocimiento no corresponda al orden jurisdiccional civil, sino a uno especializado (el contencioso-administrativo), mal se puede admitir que las partes (que no son titulares del interés público) desplacen a los Tribunales de lo contencioso-administrativo para sustituirlos por unos árbitros designados por ellas, especialmente cuando la Ley de Arbitraje no deja el menor resquicio para llegar a esta conclusión*<sup>27</sup>.

Desde otro sector doctrinal se adopta una posición más favorable al arbitraje, aunque con cautela. Si la Administración Pública accede a someter una controversia a arbitraje, podría parecer, al menos en una primera aproximación, que burla el artículo 103.1, puesto que renuncia a tomar una decisión o a mantener la inicialmente tomada, remitiendo tal responsabilidad a un tercero no jurisdiccional, el árbitro. Sin embargo, el árbitro no sustituye con su actividad a la Administración, que ya ha actuado, sino al órgano judicial. En consecuencia, la legitimidad constitucional del arbitraje, en lo que al artículo 103.1 se refiere, queda reducida a una cuestión de legalidad. Es decir, el arbitraje sería perfectamente posible siempre y cuando se encontrara entre los medios legalmente dispuestos al alcance de la Administración<sup>28</sup>.

Ahora bien, llegados a este punto debemos valorar la posible vulneración del artículo 106.1, que estatuye el efectivo *control* de la actividad administrativa por órganos judiciales, lo que impide que puedan existir “comportamientos de la Administración Pública (...) inmunes al control judicial” (STC 136/1995, de 25 de septiembre). ¿Es admisible entonces que en caso de conflicto pueda la Administración por medio de un convenio excluir un acto o un contrato de la fiscalización de los Tribunales sustituyéndola por la de un árbitro? A mi juicio, la contestación a esta cuestión pasa por recordar las razones perseguidas por el constituyente al referirse al control por los Tribunales (con mayúscula), por tanto, a órganos judiciales en sentido estricto. Lo que la Constitución ha pretendido con el precepto analizado es garantizar el control, sin fisuras, del Poder Ejecutivo por el Poder Judicial como consecuencia de la división de poderes que se articula en la Constitución<sup>29</sup>.

El artículo 106.1, intrínsecamente relacionado con los demás de la Constitución que hacen referencia diferenciada a los dos Poderes, Ejecutivo y Judicial, debe analizarse con perspectiva histórica. La separación de poderes en sus orígenes revolucionarios franceses trajo como consecuencia la independencia de los jueces respecto al Poder Legislativo y al monarca, pero el control de la actividad de la Administración siguió en manos de órganos

<sup>27</sup> *Cfr. op. cit.*, p. 175.

<sup>28</sup> *Cfr.* R. Bustillo Bolado, *op. cit.*, p. 302. Esta misma reflexión le lleva a cuestionar la admisibilidad de someter cuestiones jurídico-públicas a arbitraje de equidad, como se comentará más adelante. *Cfr. op. cit.*, p. 303 y 308 y ss.

<sup>29</sup> En definitiva, Bustillo concluye su análisis con gran pragmatismo reconociendo que la respuesta a la admisibilidad constitucional del sometimiento de las Administraciones Públicas a arbitraje dista de ofrecer una solución apodictica. Existen argumentos para sostener posturas encontradas y será, en última instancia, el Tribunal Constitucional, quien tenga la última palabra en una decisión en la que quizá pesen también argumentos meta-jurídicos.

administrativos, bajo la premisa de que juzgar a la Administración era también administrar<sup>30</sup>. Desde entonces y durante dos siglos, el Derecho Administrativo irrumpe y se desarrolla en el país vecino a golpe de la jurisprudencia del Consejo de Estado, con justicia retenida al principio, delegada, después, hasta llegar a alcanzar su completa jurisdiccionalización<sup>31</sup>.

En España, el contencioso no llegó a liberarse en ninguna de sus etapas de la herencia francesa, ni siquiera cuando la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888 estableció las bases definitivas de la judicialización del contencioso-administrativo. El resultado ha sido casi un siglo de debilitamiento de las formas de control jurisdiccional de la Administración Pública y la progresiva consolidación de privilegios que la situaron ante los Tribunales en un plano distinto del de los particulares.

El artículo 106.1 de la Constitución persiguió desde su gestación, por un lado, garantizar un sistema de control de la Administración ajeno al propio Poder Ejecutivo –la referencia, pues a los “tribunales” reivindica un sistema judicialista pleno -y, por otro lado, sentar una premisa de máximo control de la actuación de aquel Poder –como reacción a los privilegios que impedían el conocimiento por los tribunales de decisiones administrativas de diversa naturaleza-.

No se trata tanto de que todas y cada una de las controversias en las que está implicada la Administración deban ser sometidas a los tribunales, como de evitar que los conflictos se resuelvan en el seno de la propia Administración o, simplemente, sean ajenos a cualquier tipo de control. Por eso, no chocaría con el art. 106 que personas, entes o instituciones ajenas a la Administración controlen su modo de actuar si lo hacen de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico. Se habría cumplido el principal objetivo del precepto constitucional: la separación de poderes y el pleno control. No podría argumentarse, respecto al arbitraje, que se sustrae del acceso a la Justicia determinados asuntos administrativos porque, siempre y en todo caso, quedará abierta la vía judicial para plantear, si fuese procedente, el recurso de anulación contra el laudo.

En cualquier caso, las dificultades expuestas no pueden ser argumentos definitivos para erradicar del Derecho público una técnica que, al menos *a priori*, encuentra en su seno un campo casi virgen muy propicio para su ensayo. La primera afirmación –campo casi virgenes fácilmente constatable; no hay más que repasar la normativa vigente para detectar la escasa implantación del arbitraje en el Derecho público. La segunda afirmación –campo muy propicio- debe aclararse: propicio por su efecto “descongestionante” de la Jurisdicción con-

---

<sup>30</sup> “Los Tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo o suspender la ejecución de las Leyes, ni interferir -troublers- sobre las funciones administrativas o citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones” (Ley de 16-24 de agosto de 1790). Se mantenía, con ello, pes a la Revolución, la regla del Antiguo Régimen precedente enunciada de la siguiente forma: “los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, interferir -troublers- de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos no citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”.

<sup>31</sup> *Vid.* un certero análisis de las reformas operadas en el modelo francés a partir de las leyes de 16 de julio de 1980 y 8 de febrero de 1995, culminadas en el Código de Justicia Administrativa aprobado por Ordenanza de 4 de mayo de 2000 y su Reglamento por Decreto de la misma fecha, en el estudio de E. García De Enterría, “La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un *status* de jurisdicción plena y efectiva”, *Revista de Administración Pública*, número 179, 2009, p. 167 y ss. Destaca –dice el autor-, con toda evidencia, la conversión de la jurisdicción contencioso-administrativa en una jurisdicción “plena”, desapareciendo el viejo principio de “separación” entre la Administración y los Tribunales. Del mismo autor puede consultarse *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1989.

tencioso-administrativa; propicio también, y esta es la verdadera razón de ser de la técnica en su proyección jurídico-pública, porque permitirá proteger los derechos de la ciudadanía en un tiempo razonable y de modo eficiente, haciendo posible la realización del Estado de Derecho y la superación de una crisis en la que tiene mucho que ver la *desgobernanza*, si se me permite la expresión.

#### IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO

El ordenamiento jurídico español no se ha ocupado del régimen jurídico del arbitraje en Derecho administrativo. A lo sumo, algunas disposiciones legales reconocen expresamente la posibilidad de arbitraje sobre determinadas materias y regulan algún que otro requisito procedimental inexcusable<sup>32</sup>; pero no existe una regulación general que aborde el procedimiento arbitral, los árbitros, el tipo de arbitraje o la validez y eficacia del laudo arbitral.

La norma reguladora del régimen jurídico general del arbitraje de Derecho administrativo debe tener *rango de ley*. La exigencia es incontestable y su fundamento radica en una de las notas características de este sistema: la renuncia a la jurisdicción. Dados sus efectos limitativos sobre el derecho fundamental a la tutela judicial, el arbitraje sólo es admisible si y en la medida en que haya sido reconocido y regulado expresamente, y además por una Ley, que es el rango que deben tener las normas básicas en materia procesal, las que introduzcan excepciones a las Leyes procesales básicas o las que modulen el ejercicio de un derecho fundamental, en este caso el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>33</sup>. ¿Qué contenido habría de tener dicha ley de arbitraje, si pretende acomodar las notas fundamentales de la técnica arbitral al Derecho Público? He aquí algunas reflexiones y propuestas encaminadas a favorecer la implantación de la técnica, a sabiendas de las dificultades que provocará, si llega el caso, su puesta en práctica.

##### 1. *Arbitraje cuasi-jurisdiccional y voluntario*

El arbitraje de Derecho público debe disipar, de una vez por todas, las dudas sobre su naturaleza jurídica: bajo esta denominación debe reconocerse el arbitraje cuasi-jurisdiccional y voluntario. Esta afirmación obliga a reconducir a sus justos términos el análisis de algunas técnicas jurídicas que, pese a su apariencia de arbitraje e incluso su mismo *nomen iuris*, esconden en realidad instrumentos muy diferentes al arbitraje en sentido estricto<sup>34</sup>.

Por lo demás, la voluntariedad del arbitraje podría matizarse en su proyección sobre las relaciones jurídico-públicas en el sentido que han hecho algunos de los principales especialistas en la materia, que proponen un arbitraje voluntario para el ciudadano y forzoso para la

---

<sup>32</sup> Es el caso, por ejemplo, de la Ley General Presupuestaria o de la legislación de patrimonio del Estado, que tradicionalmente se han referido a la posibilidad de someter a arbitraje cierto tipo de controversias con determinadas cautelas, como la exigencia de dictamen del Consejo de Estado. Sin embargo, para algunos autores, representados por Huergo Lora, no se puede ver en esta regulación una función habilitante del arbitraje en Derecho administrativo. *Cfr. op. cit.*, p. 172 y ss.

<sup>33</sup> Así lo expresa Huergo Lora, *op. cit.*, p. 169.

<sup>34</sup> Especialmente llamativo es el caso de los arbitrajes creados al amparo de la previsión legal del artículo 107.2 de la Ley 30/1992, que provocó una desorientación bastante general que puede detectarse en muchos de los estudios sobre arbitraje de los años sucesivos a su regulación. Se trata de una técnica sustitutiva de los recursos administrativos en la que no concurren las condiciones enunciadas: el carácter cuasi-jurisdiccional y la voluntariedad (ésta última, al menos cuando la técnica sustitutiva lo sea del recurso de alzada).

Administración. La razón es pragmática y muy comprensible. En el Derecho privado ambas partes tienen interés en la pronta resolución del conflicto, pero la presencia de la Administración y el privilegio de ejecutividad pueden hacer que una de las partes no tenga especial interés en esa prontitud. Para evitar el fracaso de la técnica ante la posible pasividad de la Administración, la futura Ley de reguladora del arbitraje podría establecer el deber de la Administración de aceptar el arbitraje, quedando su “voluntad” suplida por el mandato legal, como ocurre con cualquier potestad reglada<sup>35</sup>. La voluntad del interesado sería, por el contrario, genuinamente libre<sup>36</sup>.

## 2. *Ámbito de aplicación del arbitraje*

La Ley 60/2003, reguladora del arbitraje en las relaciones jurídico-privadas, determina las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición. Tal y como se señala en su Exposición de Motivos, se reputa innecesario que esta Ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias; basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. Si, por razones de política jurídica hay o puede haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable, debe recogerse, en su caso, en disposiciones específicas de otros textos legales.

El Derecho público puede exigir una conclusión distinta. Las dificultades de determinación y la ausencia de unanimidad doctrinal sobre las materias “disponibles” podrían hacer recomendable una concreción de mínimos, es decir, de aquellas materias que no ofrecen duda y respecto a las que puede practicarse la técnica arbitral, sin perjuicio de que otras normas especiales amplíen el ámbito legal del arbitraje cuando se estime oportuno<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Esta fue la opción recogida en el borrador de Anteproyecto de Ley Reguladora del Arbitraje Administrativo de 21 de noviembre de 2001, cuyo artículo 4 establecía que “la voluntad del interesado de someter a arbitraje la resolución de un conflicto administrativo vincula a la Administración Pública afectada. Esta voluntad se manifiesta mediante la presentación de la solicitud de arbitraje”.

<sup>36</sup> Vid. R. Fernández Montalvo, P. Teso Gamella y A. Arozamena Laso, en su obra *El arbitraje: ensayo de alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 45. Vid. también F. López Menudo, “Arbitraje y Derecho Público”, *Justicia Administrativa*, N° 2, 1999, p. 16.

<sup>37</sup> Esta fue la opción escogida por los redactores del fallido Anteproyecto de Ley de Arbitraje Administrativo de 21 de diciembre de 2001, que establecía un elenco de materias susceptibles de arbitraje: la ejecución e interpretación de los contratos de las Administraciones públicas; la aplicación de los convenios celebrados entre las Administraciones públicas y personas privadas, físicas o jurídicas, excluidos del ámbito de aplicación de la legislación contractual; la determinación de la cuantía de las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas; la determinación del justiprecio en los casos de expropiación forzosa y de los intereses de demora por retraso en la determinación y pago del mismo; y cualquier actuación que ponga fin a un procedimiento administrativo que, de acuerdo con su normativa reguladora, pueda finalizar mediante convenio con los interesados en las condiciones previstas en el artículo 88 de la Ley 30/1992, con independencia de que se produzca o no la terminación convencional. PÉREZ MORENO planteó una propuesta de artículo sobre la delimitación negativa y positiva de materias susceptibles de procedimientos de resolución alternativa que podría completar la relación expuesta: “Materias susceptibles de procedimientos alternativos de resolución de impugnaciones: 1. Quedarán en todo caso excluidos de la aplicación de los procedimientos de resolución alternativa las reclamaciones, controversias o conflictos que versen sobre las siguientes materias: a) Infracciones de derechos fundamentales. b) Reconocimiento, modificación o extinción de la titularidad o del ejercicio de potestades administrativas. c) Control de las decisiones administrativas unilaterales sobre valoración directa del interés general. d) Ejercicio de la potestad sancionadora. e)

### 3. *¿Arbitraje de Derecho?*

Suele afirmarse que en el ámbito del Derecho público debe generalizarse el arbitraje de Derecho<sup>38</sup>. Esta idea no choca con las tendencias actuales. De hecho, la Ley 60/2003 invirtió la regla que la Ley de 1988 contenía a favor del arbitraje de equidad, siguiendo la corriente mayoritaria en el derecho comparado. En palabras de su Exposición de Motivos, “resulta, además, muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un Tribunal”. De ahí que se restrinja el arbitraje de equidad a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente:

“Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello” (artículo 34.1).

Pese a la claridad del mandato legal y la opción decidida por limitar el arbitraje de equidad a aquellos supuestos en que las partes hayan pactado dicha modalidad, las determinaciones de la Ley de Arbitraje no han estado, en este punto, exentas de críticas<sup>39</sup>. Sobre todas ellas, hay una crítica especialmente convincente: el atractivo del arbitraje frente al proceso judicial se pierde en parte cuando aquél, como éste, se limita a la imposición del derecho al caso concreto. Cuando las partes optan por ejercer el arbitraje en equidad aspiran a encontrar una satisfacción que la Judicatura no puede ofrecer, porque resolver en equidad, sin más fundamento que el leal saber y entender del árbitro, lleva a sopesar una serie de condicionantes, situaciones subjetivas y demás componentes que en la aplicación del derecho no se barajan o, aun cuando se aportan, no son elementos determinantes del fallo resolutorio (BARONA VILAR<sup>40</sup>). De ahí que se hable de “desconflictivización”, de buscar la paz social, o de “hacer justicia sin perder la amistad”.

¿Qué puede decirse respecto al arbitraje de Derecho público? La doctrina ha apostado mayoritariamente por el arbitraje de Derecho. En alguna ocasión se defiende, más matizadamente, que sostener como regla general esta modalidad de arbitraje no tendría por qué impedir, con carácter excepcional y para supuestos específicos, la previsión de un arbitraje de equidad. SÁNCHEZ MORÓN menciona la posibilidad de que se atribuya a un árbitro con

---

Ejercicio directo de funciones de autoridad. 2. Podrán ser sometidos a los procedimientos alternativos a los recursos administrativos las reclamaciones, controversias o conflictos sobre actuaciones administrativas que, no estando incurso en las exclusiones establecidas en el párrafo anterior, versen sobre las siguientes materias: a) Las susceptibles de transacción. b) La fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones o rescates. c) La determinación de conceptos fácticos legalmente indeterminados. d) La interpretación de las reglas sobre las prestaciones en las relaciones bilaterales. e) La concreción de magnitudes, parámetros y estándares en la aplicación de la legislación de urbanismo, protección del medio ambiente, ordenación del territorio y, en general, en todas las modalidades de planificación sectorial. f) Las demás que se establezcan en normas legales. 3. Corresponde a las Administraciones Públicas acordar la aplicación de los procedimientos alternativos en cada supuesto según los procedimientos que establece esta Ley, a excepción del arbitraje alternativo que deberá someterse al procedimiento especial”. Cfr. “Justicia administrativa y fórmulas alternativas”, en Montoro Chiner (Dir.), *La justicia administrativa: Libro Homenaje al Dr. Entrena Cuesta*, 2003, p. 178-179.

<sup>38</sup> En este sentido, J.C. Maresca Cabot, “El arbitraje en Derecho Administrativo”, *Bulletí N° 5 del Tribunal Arbitral de Barcelona*, 1994, p. 33.

<sup>39</sup> Vid. una crítica contundente en el comentario al artículo 37.1 realizado por S. BARONA VILAR, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Thomson, Civitas, 2004, p. 1205 y ss.

<sup>40</sup> Cfr. *op. cit.*, p. 1206-1207.

suficiente cualificación la resolución de una controversia sobre los términos en que procede ejercer las facultades discrecionales mediante arbitraje de equidad<sup>41</sup>. MARESCA CABOT sugiere tímidamente, después de afirmar la exigencia de un arbitraje de Derecho, que si éste es imprescindible en general, por exigencia del principio de legalidad, podría sostenerse el arbitraje en equidad de las cuestiones puramente convencionales de la Administración<sup>42</sup>.

Detrás de todas estas consideraciones se vislumbra el peso del principio de legalidad y la resistencia –comprensible- a someter las controversias en las que esté implicada la Administración Pública a decisiones no basadas estrictamente en el Derecho. Sin duda está presente la fuerza del artículo 103.1 de la Constitución y la lucha contra las inmunidades del Poder sobre la que tanto se ha escrito<sup>43</sup>. Sin embargo, no puede perderse de vista que el laudo en equidad no implica desconocimiento o contravención del Derecho; la equidad es un concepto superador y complementario del concepto de Ley, que permite a quien resuelve buscar una aproximación a la decisión justa desde un juicio equilibrado, razonable, argumentado e imparcial; y quien decide en equidad escapa por definición de lo arbitrario, parcial, inmotivado, absurdo o ilógico<sup>44</sup>. Aceptadas estas consideraciones, no tendría que extrañarnos, ni mucho menos alertarnos, que una controversia en la que esté presente la Administración se dirima en equidad.

#### 4. Los árbitros

Una exigencia unánime en la doctrina que defiende el arbitraje en las relaciones jurídico-públicas es la *especialización* de los árbitros, al reclamar de ellos al menos tanta formación y especialización como los titulares de órganos judiciales llamados inicialmente a conocer el asunto<sup>45</sup>. Algunos autores incluso ven en la especialización una de las principales armas en defensa del sistema arbitral, por contraposición a la dificultad que tienen en la actualidad los jueces y magistrados de lo contencioso-administrativo para conocer de la complejidad de los asuntos que llegan a sus manos.

Ahora bien, la exigencia de especialización debe articularse adecuadamente en la ley arbitral, para evitar algunas consecuencias perniciosas que ya se han mostrado con ocasión del arbitraje privado.

Así, en primer lugar, será un árbitro adecuadamente formado para llevar a cabo un arbitraje en Derecho el que tenga formación jurídica. Es una exigencia razonable, que no deja de tener una lectura negativa: impide ser árbitro a expertos de otras ramas de la ciencia especializados en el objeto de la controversia y que podrían, sin lugar a dudas, resolverla con mayor facilidad y menor margen de error que un árbitro de estricta formación jurídica. Me refiero, por ejemplo, a los casos en que esté en juego una discrecionalidad técnica, o cuando haya que determinar un concepto jurídico enraizado en conocimientos técnicos o científicos, o, sin agotar la cuestión, si hay que hacer valoraciones cuantitativas en las que los conocimientos

---

<sup>41</sup> Cfr. *Derecho administrativo*, Tecnos, 5ª ed., 2009, p. 840.

<sup>42</sup> Cfr. “El arbitraje ...”, *cit.*, 1994, p. 33.

<sup>43</sup> Vid. la profusa obra de E. García De Enterría y, en particular, el libro que lleva por título *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*, con sucesivas ediciones de Aranzadi (1ª ed., 1974), y antes en la *Revista de Administración Pública*, número 38, 1962.

<sup>44</sup> Estas expresiones pueden encontrarse fácilmente en la jurisprudencia civil sobre arbitraje de equidad.

<sup>45</sup> Vid. por todas la opinión de Bustillo Bolado, *op. cit.*, 3ª ed., p. 463 y ss.

jurídicos ceden protagonismo a los periciales. Creo que en estos casos debería someterse la cuestión a un órgano colegiado arbitral, en el que la formación jurídica solo se debería exigir imperativamente a algunos de sus miembros<sup>46</sup>; o bien, podría ser este el ámbito excepcional de un arbitraje de equidad para el que no se exigiría aquella condición relativa a la formación jurídica<sup>47</sup>.

En segundo lugar, no debe llegarse al extremo que han alcanzado algunas leyes de arbitraje privado al exigir la “condición de abogado en ejercicio”, dejando fuera de juego a muchos otros profesionales del Derecho que podrían encargarse de resolver el conflicto<sup>48</sup>. En este sentido, la reforma reciente de la Ley 60/2003 recoge esta exigencia en unos términos muy aceptables:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la *condición de jurista* al árbitro que actúe como tal.

Quando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista”.

##### 5. *Procedimiento arbitral*

Rapidez, celeridad, flexibilidad, agilidad... Son virtudes predicadas del procedimiento arbitral por contraposición al jurisdiccional y tienen su particular regulación en la Ley de Arbitraje de 2003. Importar tales ideas-fuerza sobre el ámbito jurídico-público exige una predisposición para superar muchas inercias derivadas de la presencia en las relaciones con la Administración del estereotipado acto administrativo y de la resistente concepción revisora del proceso contencioso-administrativo. Con esto quiero decir que no puede acometerse la tarea de articular un procedimiento arbitral sobre la base del procedimiento administrativo ni, obviamente, del procedimiento judicial.

Por más que valoremos como conquistas del Estado de Derecho ciertas garantías que rodean a aquellas estructuras procedimentales, habrá que aceptar que si las extrapolamos sin más al procedimiento arbitral habremos conseguido un sucedáneo, que tal vez recuerde en algo al arbitraje, pero solo eso.

El procedimiento arbitral debe gravitar, como el arbitraje mismo, sobre la voluntad de las partes, que son libres de escoger cómo, dónde, cuándo y con quién quieren resolver la

<sup>46</sup> Este es el sentido de una de las reformas a la Ley 60/2003 que está en estos momentos en tramitación y a la que me referiré unas líneas más abajo.

<sup>47</sup> En este sentido se pronuncia M.J. Montoro Chiner, que pone de manifiesto una evidencia: “los asuntos sometidos al conocimiento de la jurisdicción contenciosa son cada vez más complejos, y la globalización de la sociedad, los avances tecnológicos que configuran la llamada sociedad del riesgo (de la medicina, de la técnica, ambientales) obligan a una especialización de los órganos administrativos que no se corresponde, en cambio, con la especialización de los órganos de la jurisdicción contenciosa. La composición estrictamente jurídica de los órganos jurisdiccionales, y la formación de sus miembros, contrasta con la especialización observada en la configuración de cualquier unidad (productiva, de investigación o de comprobación) en los tiempos modernos. Es así que la introducción de sistemas alternativos de resolución de conflictos, puede revelarse adecuada y aceptable siempre y cuando no se merme el derecho a la tutela judicial”. Cfr. “Técnicas pre y extra-procesales de resolución de los conflictos urbanísticos”, *Bulleti número 9 del Tribunal Arbitral de Barcelona*, 1997, p. 48.

<sup>48</sup> Se pronuncia en este sentido J.L. Navarro Pérez, *Ley de Arbitraje. Comentarios, jurisprudencia y textos positivos complementarios*, Comares, Granada, 1990, p. 29.

controversia. Las reglas que establezca la norma serán casi siempre subsidiarias de lo que hayan acordado, con escasísimos límites: igualdad, audiencia y contradicción, como dispone para el arbitraje privado la Ley 60/2003.

Los plazos, los medios de notificación, la protocolización del laudo, incluso su motivación, queda a la libre voluntad de las partes. Si éstas acuerdan que el laudo no tiene que estar motivado, debemos ser capaces de imaginar una actuación de Derecho público que se habrá adoptado con razón, pero sin que se exprese; y tendremos que evitar rasgarnos las vestiduras por imaginar cualquiera de los supuestos del artículo 54 de la Ley 30/1992 manifestados sin la garantista motivación. Esta actitud permitirá leer las reglas del procedimiento arbitral en la Ley de Arbitraje privado y aceptar con naturalidad que puede servir para ordenar controversias jurídico-públicas. “Por qué no” debe ser nuestra posición inicial, y a partir de ahí hacer las adaptaciones y modulaciones que requiera la controversia por sus singularidades.

En primer lugar, debe existir una autorización al órgano administrativo a utilizar la técnica arbitral. Es una exigencia de nuestro ordenamiento jurídico, como se analizará más adelante, para transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los bienes y derechos de las Haciendas públicas. *De lege ferenda* debería replantearse la competencia para autorizar el arbitraje, reservada a día de hoy a las más altas instancias de la jerarquía administrativa, con poca operatividad y dudosa eficacia<sup>49</sup>, y valorar la posibilidad de liberar de este control previo al arbitraje que recaiga sobre ciertas materias, que deberían quedar claramente establecidas en la ley.

En segundo lugar, la técnica arbitral debe articularse procesalmente. Sin duda es la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa la sede propicia para disponer el momento y la forma en que puede llegar a plantearse el sometimiento a arbitraje una controversia. Intuitivamente, es posible concebir dos situaciones:

1º) El arbitraje pre-judicial: Surgida la controversia a propósito de una actuación o inactividad administrativa, sobre una materia disponible, existe voluntad de las partes de resolver el conflicto por la vía arbitral, renunciando al contencioso.

En este caso lo esencial es que los contactos previos y, sobre todo, la espera por la citada autorización administrativa para someter la contienda a arbitraje no provoquen la imposibilidad de plantear la acción judicial -por transcurso de los plazos de interposición del recurso- si finalmente no llegara a materializarse el arbitraje<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> El Consejo de Estado, a propósito del Anteproyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y en referencia a la regulación del acuerdo o conciliación judicial que recoge hoy en día el artículo 77 de la Ley, puso de manifiesto sus dudas en este sentido. Tras valorar positivamente la regulación declaró que solo la práctica habría de decir si era una previsión útil o meramente retórica; y, entre sus inconvenientes, destacaba precisamente el hecho de que requiera Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y previo dictamen del Consejo de Estado en Pleno, concluyendo que “la puesta en práctica de la conciliación puede poner en evidencia la necesidad de modificar determinadas normas competenciales, especialmente en asuntos de cuantía escasa”.

<sup>50</sup> Podría introducirse un nuevo apartado en el artículo 46, relativo a los plazos de interposición del recurso, para recoger la posibilidad de que, antes del vencimiento de los plazos señalados en dicho artículo, el interesado presente ante el órgano jurisdiccional un escrito manifestando su voluntad de someter a arbitraje la contienda, suspendiéndose el plazo para presentar el recurso mientras se sustancian las actuaciones previas al acuerdo definitivo sobre arbitraje. A. PÉREZ MORENO se ha planteado esta situación y propone lo siguiente: dentro del plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo la parte actora pediría al Juez o Tribunal la iniciación de un procedimiento especial de

2º) El arbitraje intra-judicial: En estos casos la controversia ya se ha judicializado, pero en algún momento de la contienda el juez propone o las partes manifiestan su voluntad de someter sus pretensiones, en su totalidad o en alguna de sus partes, al juicio de un árbitro<sup>51</sup>. En tal caso, debe preverse qué hacer con las actuaciones en curso durante el procedimiento arbitral y cómo integrar la decisión arbitral en el pleito cuando se produzca<sup>52</sup>.

Sin duda, la intervención judicial confiere a la técnica arbitral seguridad y certeza jurídicas. Cosa distinta es si este sistema podría hacer caer en saco roto algunas de las principales ventajas del propio sistema arbitral. Probablemente, la Justicia Administrativa no es la más idónea para soportar el peso que se propone<sup>53</sup>, por lo que deberían buscarse fórmulas alternativas, a ser posible, sin merma de las garantías de los implicados en la controversia ni menoscabo de los intereses públicos. Al menos, el impulso de un sistema arbitral para asuntos jurí-

---

autorización del arbitraje. Previa audiencia de la Administración, el órgano jurisdiccional resolvería sobre la procedencia del arbitraje y nombraría a los árbitros. Adoptaría medidas cautelares y fijaría el plazo para dictar el laudo. Este se comunicaría a dicho órgano jurisdiccional que lo tendría por válido y eficaz mediante Auto, siempre que ninguna de las partes lo hubiese impugnado por vicios de nulidad tasados y siempre que no fuese en contra del ordenamiento jurídico. El Auto sería ejecutivo en los mismos términos previstos en el artículo 113 de la Ley Jurisdiccional. *Cfr.* “El arbitraje administrativo”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, Nº 43, 2001, p. 297.

<sup>51</sup> Taruffo habla de un sistema ya ensayado en EEUU: el juez, cuando lo considere oportuno, deriva a las partes a un conciliador (*court-annexed mediation*) o a un árbitro (*court-annexed arbitration*). En el primer caso, si las partes alcanzan un acuerdo el procedimiento termina, mientras que, si no lo alcanzan volverán al juez para seguir adelante con el procedimiento judicial. En el segundo caso, las partes pueden aceptar la resolución del árbitro poniendo fin al procedimiento o pueden rechazarla, en cuyo caso el procedimiento judicial sigue adelante. En ambas situaciones, pueden preverse consecuencias negativas –por lo general, en términos de costas procesales- a cargo de la parte que haya rechazado una resolución del litigio –conciliatoria o arbitral- si luego resultara ser más favorable para ella que la establecida por el juez al finalizar el proceso. *Cfr. op. cit.*

<sup>52</sup> La fórmula podría estar en el artículo 77 de la Ley Jurisdiccional, que está dedicado a la consecución de un acuerdo transaccional que ponga fin a la controversia, aunque podría extenderse a otras formas de terminación anticipada del proceso judicial; o bien en la regulación de un procedimiento especial en la Ley Jurisdiccional. En ambas situaciones se descansaría sobre la magistratura la “preparación” del arbitraje: conocer y poner en conocimiento de los demás contendientes la voluntad de someter la contienda a arbitraje, acordar la suspensión de las actuaciones judiciales y, sobre todo, ejercer la función de control ex ante sobre la materia. Además, lógicamente, de las funciones que le corresponderían durante y después del procedimiento arbitral. *Vid.* A. Pérez Moreno, “Artículo 77”, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, *Revista Española de Derecho administrativo*, número 100, 1998, p. 551.

<sup>53</sup> Refiriéndose al arbitraje “privado”, señala Colina Garea que “la rapidez con la que se caracteriza al arbitraje también puede ser puesta en duda cuando resulta necesario acudir al auxilio de la jurisdicción ordinaria en funciones de apoyo o control al procedimiento arbitral. Si partimos de la preconcebida idea de la lentitud de la justicia ordinaria, piénsese simplemente en las dilaciones que en el ritmo normal de un proceso ágil y dinámico pueden ocasionar la designación judicial de los árbitros por ausencia de acuerdo entre las partes, la asistencia judicial en la práctica de pruebas, la adopción de medidas cautelares y ...la ejecución forzosa del laudo ...”. *Cfr. El arbitraje en España. Ventajas y desventajas*, Ed. Grupo Difusión, Madrid, 2009, p. 69 y 70, nota 118. *Vid.* una defensa del arbitraje en el contexto de la Jurisdicción en M. Taruffo, *op. cit.* A juicio de este autor, los procedimientos arbitrales –y los de mediación- no pueden ser “abandonados a su destino” y que las partes actúen por sí mismas para solucionar sus conflictos. Al contrario: puesto que la jurisdicción sigue siendo la primera alternativa además de la principal, las técnicas de mediación y arbitraje pueden emplearse en el contexto de la jurisdicción.

dico-públicos no debería activarse sin considerar pausadamente los posibles problemas que podría provocar en la ya sobrecargada Jurisdicción<sup>54</sup>.

#### 6. *El laudo*

El laudo es la resolución dictada por los árbitros en virtud de la cual se pronuncian sobre el fondo del conflicto. En coherencia con los fundamentos de la técnica arbitral, el laudo debe producirse en un plazo determinado, que se convierte en “esencial” y que no admite las dilaciones o retrasos que presenta la vía judicial<sup>55</sup>.

Por otra parte, la experiencia arbitral en las relaciones jurídico-privadas deja pocas dudas *sobre* la fuerza y los efectos del laudo. El artículo 43 de la Ley de Arbitraje de 2003 dispone sin tibieza que “el laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes”.

La fuerza de cosa juzgada del laudo<sup>56</sup> no tiene por qué requerir de especialidades cuando se vuelque sobre el arbitraje jurídico-público. Lógicamente, la normativa que pudiera llegar a aprobarse tendría que prever un cauce adecuado para excepcionar la cosa juzgada en las dos situaciones en que puede plantearse: en primer lugar, si una de las partes plantea un segundo proceso arbitral ante la insatisfacción o desacuerdo que le hubiera podido provocar la decisión adoptada en el primero; en segundo lugar, si, por las mismas razones de insatisfacción o desacuerdo, pretende plantear en sede judicial la misma controversia<sup>57</sup>.

La acción de anulación tiene pleno sentido en el arbitraje que se sustancie respecto a las relaciones jurídico-públicas. Probablemente sea necesario revisar las causas de anulación para incluir alguna otra, derivada de las causas de nulidad de pleno derecho que para los actos administrativos recoge el artículo 62.1 de la Ley 30/1992<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> Me refiero, fundamentalmente, al papel que inexcusablemente tendrán que llevarse a cabo desde el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sobre todo en dos direcciones: el impulso del sistema arbitral, cuando este se produzca en sede pre-judicial o en el caso de que se tome la decisión de acudir al arbitraje en medio de un proceso en tramitación; y la revisión de los laudos arbitrales cuando concurra alguna de las causas de anulación que contemple la Ley que haya de regular el arbitraje.

<sup>55</sup> El Tribunal Supremo ha insistido en esta cuestión, al decir que “el plazo para emitir el laudo arbitral debe ser respetado *de modo inexorable*, porque es el lapso de tiempo durante el cual las partes voluntariamente renuncian al ejercicio jurisdiccional de sus diferencias y dotan de facultades decisorias a los árbitros, y dotan de facultades decisorias a los árbitros, pasado el cual cesa la potestad de los mismos, por haber rebasado el límite, y *vicia de nulidad cualquier actividad arbitral extemporánea*”. Esta aseveración se encuentra en sentencias dictadas al amparo de la Ley de arbitraje de 1953 (STS de 23 de septiembre de 1974, RJ 1974/3561, y STS de 10 abril de 1991, RJ 1991/2683) y se ha reiterado hasta la actualidad.

<sup>56</sup> *Vid.* una interesante exposición de los efectos positivo y negativo de cosa juzgada respecto de laudos arbitrales en las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio y 23 junio de 2010 (Sala de lo Civil Sección 1ª, RJ 2010/2669 y RJ 2010/4907).

<sup>57</sup> *Vid.* por todas, una Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1991 (RJ 1991/4412): “al quedar firme, las partes aceptaron sus declaraciones, son cosa juzgada para las mismas y por ello no pueden volver sobre los temas en los que hubo pronunciamiento arbitral”.

<sup>58</sup> En este sentido, el Anteproyecto de Ley de Arbitraje de 2001 establecía como causas de anulación del laudo las siguientes, por ejemplo “que el laudo se haya dictado prescindiendo absolutamente del procedimiento establecido”, “que el contenido del laudo lesione derechos fundamentales”, o “cuando el laudo se hubiera dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta o cualquier otra conducta punible que haya sido declarada por sentencia firme”.

Como se expuso al analizar la constitucionalidad del arbitraje, la labor de los árbitros llega hasta donde alcanza la autonomía de la voluntad de las partes. Éstas pueden decidir acudir al arbitraje para dirimir una controversia, siempre que recaiga sobre materias disponibles, pero la autonomía de la voluntad no permite la atribución de la ejecución a los árbitros, porque la fuerza inherente a todo proceso de ejecución es monopolio exclusivo del Estado. Parafraseando al Tribunal Constitucional, el Juez es titular único de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (artículo 117 CE) y actúa revestido, por tanto, de *imperium*. El árbitro, sin embargo, “está desprovisto de tal carisma o cualidad” porque su mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia (ATC 259/1993). El árbitro es “un particular que ejerce una función pública”. La inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de *potestas* o poder. Precisamente por esto, el árbitro “necesita el brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo, mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque sólo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado” (ATC 259/1993, de 20 de julio, F.J.1).

Si llegara a aprobarse una ley de arbitraje para los asuntos jurídico-públicos, debería contener, al menos, una remisión a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a los efectos de la ejecución del laudo. Lo que implicará, sin duda, el gran reto de hacer frente a los graves inconvenientes que acompañan a día de hoy a la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Desde luego, no tendría sentido favorecer la resolución extrajudicial de las controversias si a renglón seguido no se adoptan medidas para lograr una ejecución razonable del laudo arbitral, que pasa, al menos, por lograr la satisfacción de los intereses de las partes afectadas por el laudo en un tiempo acorde con la celeridad que se busca con el procedimiento arbitral y con las máximas garantías de su cumplimiento. Será preciso abordar esta cuestión con serenidad y contundencia, determinando el órgano jurisdiccional competente para llevar a cabo el proceso de ejecución y revisando los trámites procesales a fin de conseguir la fluidez necesaria para no frustrar los intereses de los contendientes.

## V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS: MITOS Y REALIDAD SOBRE EL ARBITRAJE

PÉREZ MORENO decía en 2003 que había que recordar el cuento del rey desnudo para ilustrar la situación carencial en la que se encuentra el Estado de Derecho a consecuencia del desarreglo del Poder Judicial<sup>59</sup>. Las cosas han cambiado sustancialmente desde entonces.

La voz tímida e inocente que un día sugirió la desnudez del monarca ha dado paso a un clamor generalizado del que no se desmarcan ni los directamente responsables de la Administración de Justicia, rendidos como están a la evidencia de que la situación ha llegado a un grado de deterioro si no irreversible, sí difícilmente recuperable. Si el primer paso para lograr la curación es reconocer que se está enfermo, estamos en el camino correcto.

Las fórmulas extrajudiciales de resolución de los conflictos pueden ayudar a descongestionar la Justicia. Sin ser este su objetivo, probablemente como efecto colateral es “resultón” y puede animar a los poderes públicos a tomar cartas en el asunto. Desde los intentos frustrados de elaborar una Ley de Arbitraje de Derecho Público en el año 2001, poco o nada se ha avanzado en este asunto en España. Tímidamente, el arbitraje se ha colado en la esfera pública, casi siempre rodeado de confusión en sus planteamientos y con muy pocas perspectivas

---

<sup>59</sup> Cfr. “Justicia administrativa y fórmulas alternativas”, en *La justicia administrativa*, cit., p. 176.

de consolidarse como alternativa a la vía judicial. Ni el legislador de 1999, con la frustrada tentativa del artículo 107.2, ni el de 2003, que renunció a abrir la Ley de Arbitraje al de carácter público, tuvieron los arrestos y la decisión necesaria para ensayar una fórmula que tenía muy buena prensa en ordenamientos bien considerados.

No sería justo cargar la responsabilidad de la situación actual exclusivamente sobre el legislador. La doctrina especializada ha contribuido en gran medida a frenar los avances de la técnica arbitral en el Derecho administrativo. A una actitud de desconfianza que atañe a la constitucionalidad, se añade un notable escepticismo en torno a la virtualidad de la técnica arbitral para contribuir eficazmente a aligerar la carga de los órganos judiciales<sup>60</sup>.

Las ventajas del procedimiento arbitral por contraposición al proceso judicial han sido reiteradamente expuestas por la doctrina<sup>61</sup>. Pero no han dejado de alzarse algunas voces que elevan a la categoría de “tópico” alguna de las ideas fuerza sobre las que se ha sustentado tradicionalmente esta técnica extrajudicial de resolución de controversias<sup>62</sup>.

La *rapidez y celeridad* del procedimiento arbitral, frente al lento y tedioso proceso judicial, depende en gran medida de la buena fe de los contendientes. No es el procedimiento arbitral un terreno ajeno a las maniobras dilatorias que obstaculizan el curso normal del procedimiento y, aunque la buena fe se presume siempre, no deja de existir cierta desconfianza en la Administración y en su “voluntad” de encontrar soluciones a los conflictos jurídico-públicos, cuando da tantas muestras de lo contrario en sede administrativa<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Vid. una opinión muy fundamentada de R. Bustillo Bolado, *Convenios y contratos*, cit., pág. 298 y ss. Huergo Lora llama la atención sobre las razones de la desconfianza y el ansia de control del legislador sobre los acuerdos convencionales: “la práctica demuestra que los medios extrajudiciales se utilizan básicamente, en todos los países, para la resolución de grandes asuntos, y especialmente en aquellos casos (inversores internacionales, por ejemplo) en que los “administrados” que se relacionan con la Administración tienen la suficiente capacidad de presión económica como para lograr que ésta renuncie a su fuero propio ... los inversores extranjeros no se fían de la imparcialidad de una jurisdicción que ven demasiado ligada a los intereses nacionales (por tanto, los de la otra parte) o temen las pérdidas derivadas de la tramitación de largos procesos ... La actitud del legislador es, coherentemente, de desconfianza y control frente a estos acuerdos, que pueden ser perjudiciales para los intereses públicos y en todo caso introducen una desigualdad entre los distintos administrados, o de autorización para casos concretos, una vez valorada su conveniencia para los intereses públicos”. Cfr. *op. cit.*, p. 27 y 28. El escepticismo en torno al arbitraje no es exclusivo del ámbito jurídico-público. Puede verse una moderna visión sobre las ventajas e inconvenientes del arbitraje en la obra de R. COLINA GAREA. Al comienzo del estudio se reconoce que “se diría que el denominado sistema arbitral interno o doméstico debe sufrir algún tipo de enfermedad que le impide desarrollarse y crecer con toda normalidad, al mismo ritmo que lo hace en otros países de nuestro entorno, no necesariamente pertenecientes al *commom law*”. Cfr. *op. cit.*, p. 24.

<sup>61</sup> Vid. *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Coord.: R. BERCOVITZ), Tecnos, Madrid, 1991; y un actual análisis de la cuestión en R. Colina Garea, *op. cit.*, p. 31 y ss.

<sup>62</sup> Vid. una exposición completa en R. Colina Garea, *op. cit.*, p. 67 y ss. Utilizo para este análisis los ítems o epígrafes que analiza el autor, pero los comentarios que le siguen no son necesariamente compartidos por él.

<sup>63</sup> J. López Medel reflexiona sobre los “otros modos de terminación del proceso” previstos en la Ley Jurisdiccional en su obra *La elaboración parlamentaria de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Aranzadi, 2001, p. 123, y en sus palabras se entrevé perfectamente la idea que quiero expresar, por lo que las tomo prestadas: “Apena a veces contemplar cómo, pese a la carencia absoluta de argumentos, se mantienen por letrados persistentes procesos que están abocados al fracaso e, igualmente, entristece observar cómo a veces la Administración insiste en mantener posiciones que ya los órganos

La *flexibilidad y agilidad* procedimental, frente al rigor del formalismo procesal, corre el riesgo de convertirse en una disminución de garantías, sobre todo si se extienden a la propuesta de regulación *de lege ferenda* del arbitraje de Derecho público las tendencias más actuales materializadas ya en el Derecho privado para transformar en facultad de las partes la protocolización del laudo o para hacer desaparecer la obligación de proceder a su notificación de forma “fehaciente”, como se ha recogido recientemente en la modificación de la Ley 60/2003.

La *economía y menor onerosidad* que puede predicarse del arbitraje con carácter general<sup>64</sup> no es extensible al arbitraje de Derecho público propuesto en las páginas precedentes<sup>65</sup>. Por un lado, se propone un arbitraje de derecho y asumido por árbitros especialistas en lo contencioso-administrativo, que percibirán de las partes, a diferencia de los miembros de la Magistratura, emolumentos, razonablemente proporcionados a su nivel de formación y especialización<sup>66</sup>; por otro lado, si los contendientes aspiran a presentarse con igualdad de armas, es más que razonable pensar que los afectados actuarán asistidos de abogado, ya que también lo hará así imperativamente la Administración.

La *confidencialidad y privacidad* que se enaltece en los procedimientos arbitrales frente a la publicidad de las contiendas judiciales, se erige, respecto a las controversias jurídico-

---

jurisdiccionales han resuelto con firmeza y que en ocasiones suponen condena en costas a la Administración que lógicamente son pagadas con los impuestos que pagamos todos los ciudadanos. Una cosa es que la Administración represente los intereses generales y otra la persistencia en defender argumentos no ya forzados sino a veces insostenibles”. M.J. Montoro Chiner hace hincapié en la idea de que “la aceptación de los instrumentos de resolución de conflictos pasa previamente por la transformación de la actitud de la Administración en sus relaciones con los particulares, por la admisión de posiciones dialogantes, ágiles y cooperativas en el camino conjunto hacia la búsqueda del interés general”; y se muestra optimista al respecto: “Esta tendencia ha empezado a calar ya en los cimientos del Derecho Administrativo, en parte por la confluencia pública y privada en la determinación del interés general que la Constitución propicia, y en parte por la actitud de los particulares, cada vez más dispuestos a aceptar la idea de cooperación y colaboración en lo público, muestra del compromiso individual y la responsabilidad ante el Estado de Derecho”. *Cfr.* “Técnicas...”, *cit.*, p. 47.

<sup>64</sup> No es una cuestión unánime entre la doctrina. Hay incluso autores que destacan entre las grandes desventajas del sistema arbitral su mayor onerosidad en comparación con el proceso judicial. *Vid.* un análisis de este aspecto en el arbitraje privado en R. Colina Garea, *op. cit.*, p. 77 y ss.

<sup>65</sup> Sobre la supuesta economicidad del sistema arbitral manifiesta sus dudas Trayter, “El arbitraje de Derecho Administrativo”, *RAP* N° 143, 1997, p. 77: “este argumento resulta más que discutible aplicado al ámbito administrativo, pues frente a la gratuidad del recurso administrativo ordinario, el arbitraje comporta un coste”; y señala, a pie de página, las tarifas exigidas por los gastos de los árbitros y los gastos administrativos en algunas cortes arbitrales. En cualquier caso, y también lo señala el autor, no puede perderse de vista que el arbitraje sustituye, de forma parcial, al recurso contencioso-administrativo, y es desde esta perspectiva desde la que puede predicarse el factor económico a favor de los sistemas arbitrales. En el mismo sentido, M. Sánchez Morón, para quien “el arbitraje ... suele ser una justicia cara”, aunque hace extensivo el comentario al arbitraje de Derecho privado. *Cfr.* *Derecho administrativo...*, *cit.*, p. 841.

<sup>66</sup> R. Rivero Ortega destaca los “costes de instalación y funcionamiento que deben meditar, y la selección y formación de árbitros realmente neutrales, especialistas y profesionales revestidos de independencia” que “puede ser tan costosa como la selección de los Jueces”. *Cfr.* “Repensando el Estado de Derecho: el arbitraje administrativo como alternativa al colapso jurisdiccional en el control de la Administración”, *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo* (Coord.: F. Sosa Wagner), Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 2497.

públicas, en uno de sus principales inconvenientes, hasta el punto de condicionarse la admisibilidad de la técnica a la publicidad de los laudos<sup>67</sup>.

La *mitigación de la hostilidad* que suele caracterizar el comportamiento de las partes en un juicio es, tal vez, la característica del procedimiento arbitral que se topa con menos resistencias. La cultura del acuerdo favorece la buena marcha de los acontecimientos, aligera de carga emocional la contienda y facilita las relaciones entre las partes contendientes<sup>68</sup>. Si esta actitud ante el conflicto llega algún día a ser predicable de los conflictos jurídico-públicos se habrá logrado un interesante objetivo, que algún autor ha calificado de “factor democratizador” de la actividad administrativa<sup>69</sup>.

La *especialización* de los árbitros, que con tanto énfasis proclaman los defensores del arbitraje porque facilita la resolución de conflictos de especial complejidad<sup>70</sup>, no es un elemento decisivo en un sistema judicial como el español, que cuenta con una Jurisdicción especializada para los asuntos contencioso-administrativos. No deben, por lo demás, extrapolarse al debate sobre el arbitraje consideraciones sobre la formación de jueces y magistrados que, con ser un elemento definitivo para el éxito del sistema judicial, no debe decantar la balanza a favor del arbitraje sino obligar a repensar el modelo de acceso a la judicatura y el devenir de la propia carrera judicial<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> Con mucha dudas, la doctrina considera que la ausencia de publicidad puede llegar a ser una ventaja en el marco de las relaciones comerciales o familiares (por ejemplo, permite no dar publicidad a patentes, secretos profesionales o comerciales o a técnicas de fabricación; o en el ámbito familiar permite dirimir conflictos sin exteriorizar interioridades que pertenecen al ámbito de intimidad). *Vid.* R. Colina Garea, *op. cit.*, p. 39. *Vid.* una opinión muy crítica en Bustillo Bolado, *op. cit.*, p. 465.

<sup>68</sup> Critica Colina Garea el hecho de que se esté atribuyendo al arbitraje una de las bondades características de la mediación o la conciliación cuando es, en realidad, un medio dialéctico de resolución de conflictos en el que hay dualidad de posiciones, confrontación de intereses y enfrentamiento entre las partes, con vencedores y vencidos. *Cfr. op. cit.*, p. 86.

<sup>69</sup> Se refiere Trayter, expresivamente, al factor democratizador de la actividad administrativa en detrimento de la actividad imperativa clásica, que inaugura un nuevo sistema de relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos que la doctrina francesa denomina “táctica de la seducción”. *Cfr. op. cit.*, p. 77.

<sup>70</sup> “El triunfo del arbitraje representa el fracaso de los jueces y el éxito de los peritos”. Con estas palabras se defiende la técnica arbitral en la obra de J. Caupers, “A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, número 18, 1999, p. 7.

<sup>71</sup> La Ley Jurisdiccional de 1998 ha supuesto un paso adelante en la consecución de las aspiraciones del Estado de Derecho proclamado en la Constitución. La ampliación de pretensiones, la justicia cautelar o la reducción a mínimos de obstáculos formales en el proceso contencioso-administrativo son buenas muestras de ello. Pese a todo, es tarea pendiente la mejora de la calidad y del servicio que el ciudadano reclama de la Administración de Justicia. La duración de los procesos y la calidad de las resoluciones judiciales son los mejores ejemplos. Será cuestión de agilizar el proceso, sin merma de garantías esenciales, de medios propios del siglo XXI y de más personal. Pero de poco servirían las reformas si no se cuenta con jueces preparados. “Mientras que una judicatura especializada puede administrar una justicia impecable con instrumentos procesales deficientes, unos jueces ineptos, aun rodeados de las máximas garantías de independencia, serán incapaces de satisfacer las demandas de Justicia de los ciudadanos frente a las arbitrariedades de unas Administraciones Públicas cada día más complejas y tecnificadas”, decía González Pérez en el Paraninfo de la Universidad de A Coruña a propósito de unas *Jornadas de Estudio sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. *Cfr. Jornadas de Estudio sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (Coord. M. García Pérez), Ed. Universidade da Coruña, 1998. Por eso cuidar la formación de los magistrados debería ser preocupación principal de los poderes públicos, no sólo para lograr la calidad de la justicia, sobre todo en materias muchas veces de alta espe-

Las reflexiones anteriores deberían atemperar el entusiasmo desbordante de quienes ven en el arbitraje el remedio definitivo a la crisis actual de la justicia. Pero no pueden ser un freno excesivo que impida buscar fórmulas novedosas e imaginativas que no plantean dificultades insalvables en el Derecho público. En cualquier caso, la apuesta definitiva por la técnica arbitral en las relaciones jurídico-públicas exige un esfuerzo conjunto de todos los poderes públicos, copartícipes necesarios de una imprescindible iniciativa legislativa<sup>72</sup>, de una iniciativa institucional encaminada a crear un cuerpo de árbitros especializados y, sin duda, una iniciativa formativa, porque la cultura del arbitraje no se implanta con la simple aprobación de un cuerpo normativo, aunque se acompañe en la práctica de un colectivo formado y prestigioso de árbitros. En este sentido, es necesario enviar un mensaje claro a los operadores jurídicos, a los ciudadanos e incluso a la magistratura de que el arbitraje es, no sólo posible en términos de constitucionalidad, sino conveniente ante la situación actual de la justicia y muy beneficioso para la satisfacción de los intereses públicos y privados. DELGADO PIQUERAS nos ha hecho llegar una buena muestra del empeño de los creadores de la *Administrative Dispute Resolution Act* en los EEUU por promover el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos, haciendo llegar a las agencias, los jueces y el público en general un mensaje positivo: “*ADR is OK*”<sup>73</sup>.

La toma de conciencia debe llegar con la participación de la doctrina administrativista. Es preciso favorecer los foros de debate, los encuentros con técnicos y especialistas, los proyectos de investigación básica sobre la materia... En definitiva, hay que poner el conocimien-

---

cialización, sino y principalmente para aumentar la confianza de los ciudadanos en el Estado de Derecho. *Vid.* Meilan Gil, “La Jurisdicción contencioso-administrativa y la Constitución española de 1978”, en *Jornadas de Estudio, cit.*, p. 30.

<sup>72</sup> En España, debe ponerse en marcha el engranaje de producción normativa, porque son varias las tareas pendientes si se pretende implantar un sistema de arbitraje jurídico-público en condiciones.

En primer lugar, es necesario o, al menos conveniente, aprobar una ley general de arbitraje de Derecho público que dé certeza a las relaciones jurídicas y seguridad a los operadores públicos y privados. No se descarta la opción de modificar la Ley de Arbitraje vigente, siempre y cuando se acompañe de las necesarias adaptaciones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa para solventar las dificultades que pueda plantear la articulación procesal de la técnica arbitral.

En segundo lugar, resulta imprescindible revisar la regulación existente del arbitraje, con la finalidad doble de clarificar el adecuado uso de la técnica y de adaptar las exigencias que establece el ordenamiento jurídico a una nueva versión del arbitraje más novedosa, imaginativa y ambiciosa. En este sentido, hay que valorar las condiciones de la Ley General Presupuestaria, en el sentido de rebajar el grado de exigencia -respecto a la necesidad de un Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, con dictamen del Consejo de Estado en pleno- a sus límites adecuados para lograr la máxima funcionalidad de la fórmula arbitral. Del mismo modo, es necesario acometer reformas en la Ley de Contratos del Sector Público y en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas para explotar al máximo las posibilidades del arbitraje en materias contractuales y patrimoniales, sobre las que hay un elevado nivel de aceptación. Finalmente, es posible explorar nuevos campos de acción ya sugeridos por la doctrina pero vacíos, hasta el momento, de fórmulas claras y precisas de arbitraje. El campo del derecho urbanístico, de la expropiación forzosa, de la responsabilidad patrimonial de la Administración o de la función pública está por explotar y puede ser el momento de hacerlo.

<sup>73</sup> La *ADR Act* contiene instrucciones concretas a las agencias de cómo han de poner en marcha la Ley. En esta dirección, y junto a otras medidas, ordena a las agencias elaborar y promulgar un programa dirigido a la implantación de los ADR en su actividad ordinaria, designar un alto funcionario como especialista ADR y encargado del seguimiento de dicho programa, dar la oportuna formación a sus funcionarios y revisar los procedimientos de contratación y concesión de subsidios y ayudas para incluir expresamente estos medios en los mismos. *Cfr.* Delgado Piqueras, *op. cit.*, p. 564.

to y la ciencia al servicio de los intereses generales, y en esta faceta los universitarios debemos jugar un importante papel. Porque probablemente sea entre nuestros estudiantes de Derecho donde pueda comenzar a germinar la cultura arbitral.

# *La libertad económica como derecho fundamental en la Constitución venezolana de 1999. Sus límites y su relación con otros derechos fundamentales*

Vicente E. González De La Vega  
*Profesor de Derecho Público Económico en  
Postgrado Universidad Metropolitana*

**Resumen:** *El ejercicio material de la libertad económica es un tema de profundas discusiones entre diversas acepciones políticas, unas que van desde el derecho natural del individuo a hacerlo siempre, en todo lugar y sin limitación alguna y otras que extraen tal posibilidad del individuo y lo reservan a la sociedad en su conjunto. La Constitución venezolana de 1999 consagra la visión del derecho individual a la libertad económica con limitaciones regladas en función de su impacto social, tomando los conceptos fundamentales del estado social de derecho. Este trabajo hace una aproximación al concepto de "libertad económica", a su valía como derecho fundamental y como eje de la constitución económica, la dimensión de sus limitaciones, su relación con otros derechos a la hora de su ponderación y su práctica real en Venezuela.*

**Palabras Clave:** *Libertad económica, constitución económica, derechos fundamentales, economía y derecho, derecho constitucional, derecho económico.*

**Abstract:** *The material exercise of economic freedom is a matter of deep political discussions between various meanings, ranging from a natural right of the individual to always do, everywhere without any limitations and other such possibility that extract the individual and reserved for society as a whole. Venezuela's 1999 constitution enshrines the vision of individual economic freedom with limitations regulated based on their social impact, taking the fundamental concepts of the social rule of law. This paper makes an approach to the concept of "economic freedom", its worth as a fundamental right and an axis of the economic constitution, the dimension of its limitations, its relation to other rights when their weight and their actual practice in Venezuela.*

**Key words:** *Economic freedom, economic constitution, fundamental rights, economics and law, constitutional law, economic law.*

## SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA
- II. NECESIDAD Y CRÍTICAS A LA EXISTENCIA DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA
- III. MODELO ECONÓMICO VENEZOLANO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999
- IV. ¿VENEZUELA SIN LIBERTAD ECONÓMICA COMO DERECHO DESDE 1961?
- V. LIBERTAD ECONÓMICA. ¿ES LA LIBERTAD ECONÓMICA UN DERECHO FUNDAMENTAL? CONSECUENCIAS
- VI. CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD ECONÓMICA

- VII. ¿ES LA LIBERTAD ECONÓMICA UN DERECHO FUNDAMENTAL? LA LIBERTAD ECONÓMICA COMO DERECHO
  - VIII. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA LIBERTAD ECONÓMICA. CARACTERIZACIÓN. RESERVA LEGAL REGLADA OBJETIVAMENTE –LÍMITE DE LOS LÍMITES-
  - IX. CONTENIDO MATERIAL DE LAS LIMITACIONES CONSTITUCIONALES A LA LIBERTAD ECONÓMICA
  - X. RAZONES DE SANIDAD, PROTECCIÓN AMBIENTAL Y SEGURIDAD
  - XI. LIMITACIONES POR RAZONES DE DESARROLLO HUMANO E INTERÉS SOCIAL
  - XII. CONCLUSIONES
- BIBLIOGRAFÍA

La relación dinámica causa-efecto entre derecho y economía, siempre nos presenta preguntas relativas a la posibilidad práctica de ejercer un derecho sin la posesión de los recursos mínimos para lograrlo; o la pretendida autonomía absoluta de las voluntades individuales en la producción e intercambio de bienes y servicios para satisfacer infinitamente variadas necesidades de los seres humanos. Incluso la inexistencia de una norma jurídica específica para un hecho económico concreto, se convierte gracias al principio general de libertad, en una norma jurídica en sí misma hasta que aparezca una expresa que lo regule. Es inconcebible idearse situaciones humanas o naturales que carezcan de algún efecto jurídico o por lo menos que generen la necesidad de analizarla desde el derecho.

Tomando como límite común a los textos constitucionales, el hecho de que su contenido siempre recoge la concepción política general de la sociedad a la que pretende regular, es necesario ver que toda idea política trae aparejada una idea económica; en definitiva, la forma en cómo se obtienen y distribuyen los recursos que satisfacen las necesidades siempre será objeto del interés humano y por tanto objeto del derecho, no solo su ejecución en sí misma sino el derecho de la sociedad o de sus integrantes en hacerse de ese objeto.

Gozar del derecho a desarrollar la actividad económica de la preferencia de cada quien es un tema de profundas discusiones entre diversas acepciones políticas, unas que van desde el derecho natural del individuo a hacerlo siempre, en todo lugar y sin limitación alguna y otras que extraen tal posibilidad del individuo y lo reservan a la sociedad en su conjunto. Nuestra constitución de 1999 consagra la visión del derecho individual a la libertad económica con limitaciones regladas en función de su impacto social, tomando los conceptos fundamentales del estado social de derecho desarrollado durante todo el s. XX.

En este trabajo pretendemos hacer una aproximación al concepto de “libertad económica”, a su valía como derecho fundamental y eje de la *constitución económica*, la entidad de sus limitaciones, su relación con otros derechos a la hora de su ponderación y su práctica real en Venezuela.

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, enmarcado en el Título III “De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes”, Capítulo VII “De los Derechos Económicos”, consagra en su artículo 112:

**“Artículo 112.**

*Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa*

*distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.”*

Como se observa, se consagra un derecho individual a la libertad económica. Este derecho no es absoluto, está sometido a limitaciones expresas que a su vez solo deben ser impuestas en virtud a elementos racionales que el propio texto constitucional plantea; sin embargo el carácter genérico de la redacción de la norma, puede derivar un vaciado del contenido esencial del derecho en análisis, en especial cuando se le pondera frente a otros derechos constitucionales. Categorizar a la *libertad económica* como *derecho fundamental* puede ayudar a precisar las verdaderas dimensiones de su contenido esencial y colocarlo en un justo balance frente a otros derechos a la hora de tal ponderación o en el control de constitucionalidad de textos normativos. Dicha evaluación de la *libertad económica* como *derecho fundamental* debe hacerse en el marco de la teoría de la *constitución económica* para darle la organicidad que requiere el método de interpretación sistemática que plantea las modernas tendencias constitucionalistas.

## II. NECESIDAD Y CRÍTICAS A LA EXISTENCIA DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Según García-Pelayo debemos entender como constitución económica “*aquella que comprende las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y el proceso económico*”<sup>1</sup> Es decir la constitución como un todo que contiene ese tipo de normas como un sub-sistema del propio sistema constitucional<sup>2</sup>; también puede comprenderse como el contenido en sí mismo de esas normas y su impacto en todo el organismo jurídico.

La constitución económica entonces se nos presenta como un cúmulo organizado de derechos y deberes de los particulares por una parte y por otra como fines del estado en la economía y las facultades de los diversos poderes públicos para intervenir en ella. Es del criterio más difundido que tener una *constitución económica* es una gran ventaja, a tal nivel que incluso se agradece que ella exista.<sup>3</sup> Así mismo, se ha considerado que tiene carácter axiológico tanto para la existencia de una constitución económica como para el concepto general de libertad, la consagración de la libertad económica o por lo menos la enunciación de derechos económicos básicos; en este sentido señala Casal (2012): “...*resulta pertinente poner de manifiesto que dentro de esa Constitución económica el derecho a la libertad económica ha de ocupar un lugar capital*”<sup>4</sup>. Podemos decir además, que la historia constitucional de Venezuela siempre ha recogido de alguna forma a la libertad económica como bases de la consti-

<sup>1</sup> Versionado el escrito de García-Pelayo “Consideraciones de las cláusulas económicas de la constitución” por Ferney Moreno, Luis, en: “Teorías de la Constitución Económica” en la *Revista Digital Contexto*.

<sup>2</sup> Casal H., Jesús María: *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*, 3<sup>era</sup>. Edición, 1<sup>er</sup>a. Reimpresión, UCAB, Caracas, 2012, p. 151

<sup>3</sup> Arias Castillo, Tomas A.: “El sistema económico acogido por el constitucionalismo venezolano durante la segunda mitad del siglo XX”, en *La Libertad Económica en el Decreto-Ley sobre Seguridad y Soberanía Alimentaria y en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios* UCAB, Caracas, 2011, (Coordinadores Jesús María Casal y Jorge Luis Suárez) p. 23

<sup>4</sup> Casal H., Jesús María: *op.cit.* (2012), p. 155.

tución económica en el sistema republicano, tal como lo señala Herrera Orellana (2011): “..., la libertad económica y la propiedad privada han sido reconocidos en forma invariable por las diversas Constituciones que han regido la República desde sus orígenes hasta nuestros días, como derechos públicos subjetivos,....”<sup>5</sup>

A pesar que la segunda mitad del siglo XX y lo que va del XXI han sido prolijos en textos fundamentales que recogen la tesis de la *constitución económica*; es conveniente señalar que hay críticas a la intervención judicial constitucional en el tema económico y por tanto a la reputada necesidad de la existencia de la *constitución económica*. Estas críticas estriban principalmente en dos tipos de análisis: unas de tipo técnico según la cual los jueces constitucionales no están en capacidad de prever la dinámica de la economía, evidenciándose que con alguna frecuencia la intervención de los jueces constitucionales han derivado en malas políticas económicas y por ende graves consecuencias sociales, mostrando los riesgos de un eventual *populismo judicial*, en especial en países del tercer mundo. Otras críticas apuntan a la alteración del concepto de la *sociedad democrática*, por una parte criticable es la intervención judicial constitucional en los temas económicos pues extrae de la competencia natural de gobiernos y parlamentos electos sobre la conducción del modelo económico y por otra, igualmente atentatoria de los parámetros de la *sociedad democrática* al constitucionalizar un determinado modelo de desarrollo que no tiene acogida por todos los sectores sociales en un tiempo determinado<sup>6</sup>.

### III. MODELO ECONÓMICO VENEZOLANO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

En el caso venezolano hay quienes afirman que al Estado Social de Derecho solo le encaja la Economía Social de Mercado., o por lo menos ese es el sistema que recogería nuestra constitución<sup>7 8 9 10</sup>; consideración que compartimos. Es también importante señalar que sobre el modelo económico contenido en la Constitución de 1961, algunos autores señalaron que planteaba un modelo neutro o flexible<sup>11</sup>, otros ya asomaban la coherencia entre el modelo jurídico y la Economía Social de Mercado.<sup>12</sup>

<sup>5</sup> Herrera Orellana, Luis Alfonso: “Sistema Económico Constitucional Venezolano: del estado abstencionista a la Economía Social de Mercado (Especial referencia a las Constituciones de 1961 y de 1999)”, en *La Libertad Económica en Venezuela, Balance de una década (1999-2009)* (Coordinadores: Jesús María Casal y Jorge Luis Suárez), UCAB, Caracas, 2011, p. 31.

<sup>6</sup> Uprimny Yepes, Rodrigo: “Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía” en *Precedente-Anuario Jurídico 2001*, Universidad Icesi, Colombia, 2001, pp. 39-41. Tomado digitalmente de [www.bibliotecadigital.icesi.edu.co](http://www.bibliotecadigital.icesi.edu.co)

<sup>7</sup> Arias Castillo, Tomás A., *op.cit.*, p. 125.

<sup>8</sup> Alfonzo Paradisi, Juan Domingo: “La Constitución económica establecida en la Constitución de 1999, el sistema social de mercado y el Decreto 6.071 con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria” en *Revista de Derecho Público* N° 115/2008, p. 396 y ss.

<sup>9</sup> Herrera Orellana, Luis, *op.cit.*, p. 31 y ss.

<sup>10</sup> Cita Herrera en las pp. 42 y 43 de la obra señalada en el mismo sentido a los juristas: Allan Brewer Carías, Enrique Meier, Víctor Hernández-Mendible y José Ignacio Hernández.

<sup>11</sup> Brewer-Carías, Allan R.: “Reflexiones sobre la Constitución Económica”, en *Revista de Derecho Público* N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, p. 7 y ss.

<sup>12</sup> De León, Ignacio: “Consideraciones acerca de los principios económicos de la Constitución venezolana” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 98, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, p. 46 y ss.

Así mismo, se ha considerado que el Estado Social de Derecho contenido en constituciones nacionales europeas, así como en los tratados que conforman el sistema unitario europeo promulgan expresa o tácitamente a la Economía Social de Mercado como el modelo económico continental<sup>13</sup>

Dicho lo anterior, habría que preguntarse si el modelo económico constitucionalmente consagrado y el modelo económico practicado por el estado guardan relación coherente. ¿Las facultades del Poder Ejecutivo como rector de la política económica lo llevan a imponer el modelo que mejor le parezca sin seguir lo que establece la constitución? Todo indica que al menos deberá ajustarse a las líneas generales de la Economía Social de Mercado. No es objetivo de este artículo definir ese modelo económico, su complejidad y variantes la hacen objeto permanente de estudios y críticas, en ella caben tantas acepciones de la economía como acepciones de la política caben en el llamado *centro político*; sin embargo, a riesgos de parecer simplistas traemos a colación una frase con la cual suele definirsele: “*tanto mercado como sea posible, tanto estado como sea necesario*”<sup>14</sup>, identificando la esencia del sistema económico que suponemos consagra la constitución. Esa confluencia de mercado y estado es el terreno donde se ejerce la libertad económica a que se refiere la Constitución de 1999.

#### IV. ¿VENEZUELA SIN LIBERTAD ECONÓMICA COMO DERECHO DESDE 1961?

Si bien es cierto que en nuestra historia constitucional anterior a 1999 el derecho a la libre empresa o a la libertad económica ha estado consagrado desde el inicio de nuestra existencia republicana; en la Constitución Nacional de 1961, junto con una serie de derechos económicos, el derecho a la *libertad económica* fue suspendido por decreto ejecutivo bajo el pretexto de una “crisis económica” dejada por la dictadura perezjimenista por el Decreto Presidencial N° 455 del 22/01/1961, situación que cambió –por lo menos formalmente- en 1991.

A pesar de estar consagrado en nuestro ordenamiento constitucional desde hace mucho tiempo, Venezuela nunca ha tenido hacia la *libertad económica* un aprecio social palpable, ni menos aún un ejercicio jurídico vigoroso. Los efectos de la economía monoprodutora y dependiente del petróleo han marcado el sino de esa falta de libertad económica<sup>15</sup>. Más aún, si se trata de justificaciones para no ponerla en práctica, nunca nos ha faltado una crisis económica para ello. Así mismo es necesario indicar que a partir de la promulgación de la Constitución de 1999 hasta la fecha, si bien no se han suspendido los derechos económicos, la actitud del estado en su conjunto hacia la libertad económica ha sido hostil, pasando desde actuaciones administrativas y leyes hasta sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, o peor aún su omisión frente a numerosas acciones de nulidad por inconstitucionalidad de aquellos actos administrativos y leyes.

---

<sup>13</sup> Miccu, Roberto: “El mercado en la doctrina de la constitución como ciencia de la cultura: la aportación de Peter Häberle” en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 7, Núm. 13, Enero-junio 2010, p. 165 y ss.

<sup>14</sup> Frase atribuida al político y ex Canciller alemán Konrad Adenauer

<sup>15</sup> Ross, Maxim: *¿Capitalismo Salvaje o Estado Depredador?*, Colección Trópicos, Economía; Editorial Alfa, Caracas, 2008, p. 91 y ss.

## V. LIBERTAD ECONÓMICA. ¿ES LA *LIBERTAD ECONÓMICA* UN DERECHO FUNDAMENTAL? CONSECUENCIAS

Quizás uno de los retos más importantes de este análisis es lograr definir ¿qué es *libertad económica*?, entendiendo que la importancia de ello estriba en lograr determinar el *contenido esencial* de la libertad como derecho. Consideramos conveniente traer los conceptos que José Ignacio Hernández y Tomás Arias han vertido en recientes publicaciones ya citadas en este trabajo.

Arias (2011), lo concibe como una suerte de “*ausencia de trabas irrazonables*” para el ejercicio de los particulares de cualquier actividad económica sin “*arbitrarias cortapisas*”<sup>16</sup>. Esta concepción se fundamenta en la visión según la cual el ser humano individual, lleno de necesidades, emprende la cobertura de estas generando los bienes y servicios que de manera natural los satisfacen; es decir se entiende que el individuo, sin que nadie o nada –más allá de sus propias limitaciones y las de la tecnología y recursos disponibles- tenga o no que permitírsele, siendo que luego con la existencia del estado moderno su justificada intervención sea la mínima necesaria para garantizar un orden racional.

Hernández (2011), define a la libertad económica como la posibilidad real –o la expectativa de que ello pueda ocurrir- de los particulares a “*acceder a la actividad económica de su preferencia, explotar esta actividad de acuerdo a su autonomía privada y cesar en el ejercicio de la actividad emprendida*”<sup>17</sup>, no sin dejar de observar que ese concepto se ha mantenido prácticamente inamovible durante toda la historia constitucional venezolana, dejando presente los principios liberales fundamentales que luego evolucionan en el estado social de derecho.

Podemos afirmar que el concepto de *libertad económica* aparejado al derecho constitucional reconocido históricamente en Venezuela, implica una visión traída desde la concepción liberal de la economía y que se encuentra indisolublemente atada a la libertad individual y al desarrollo natural de la actividad económica.

En nuestra opinión la *libertad económica* el ejercicio real por parte de los individuos de todas aquellas actividades de generación, producción y comercialización de bienes y servicios que se desarrollan de manera natural y espontánea y que satisfacen las necesidades individuales y colectivas, en el marco más amplio de posibilidades, donde las limitaciones –distintas a las propias o intrínsecas de la actividad- deben ser una rara excepción en función de mantener un orden racional.

## VI. CONTENIDO ESENCIAL DE LA *LIBERTAD ECONÓMICA*

De su definición podemos desprender dos elementos que nos permiten encontrar su contenido esencial: en primer lugar el libre albedrío del individuo en la elección de una actividad económica a la cual dedicarse, el principio de libertad presente en su máxima expresión, solo cada quien en su fuero interno decide emprender una actividad lucrativa que le permita obtener su sustento y generar bienes y servicios de valor económico. En segundo término la posibilidad real de competencia, es decir entrar, permanecer y/o salir de un mercado determinado sin obstáculos indebidos o ilícitos impuestos por terceros ni imponiéndole a los demás condiciones gravosas ilegítimas.

---

<sup>16</sup> Arias Castillo, Tomás A., *op. cit.* p. 11

<sup>17</sup> Hernández G, José Ignacio: *op. cit.* p. 51

Si podemos desarrollar una actividad económica elegida voluntariamente, desarrollarla según nuestras propias capacidades, sin violentar el derecho legítimo de los terceros y de la sociedad, entrando, permaneciendo o saliendo del mercado sin barreras ilegítimas, entonces podremos hablar de *libertad económica*. Este contenido esencial se convierte en el objeto superior de protección jurídica que genera la norma contenida en el artículo 112 de la Constitución. Este contenido esencial tiene un espacio de desarrollo coherente con el modelo económico constitucional, y ese es el libre mercado con la intervención del estado para asegurarlo.

#### VII. ¿ES LA *LIBERTAD ECONÓMICA* UN DERECHO FUNDAMENTAL? LA *LIBERTAD ECONÓMICA* COMO DERECHO

Antes de entrar a discutir sobre la *fundamentalidad* de la *libertad económica* como derecho, es necesario establecer un punto de partida mínimo. De acuerdo a la interpretación sistemática de la Constitución de 1999, la *libertad económica* es, al menos, un derecho constitucionalmente consagrado, ubicada en el catálogo de derechos de los ciudadanos. La *libertad económica* tiene en sí misma las características elementales para ser catalogada como un derecho constitucional, pues es subjetivamente asignable y objetivamente practicable, no requiere de un pronunciamiento de ley para aprovecharlo y su ejercicio es considerado parte de la libertad en general. Consideramos necesario hacer esta precisión por la tentativa jurisprudencial de catalogar a la libertad económica como una garantía institucional<sup>18</sup> o una suerte de derecho constitucional de menor grado.

Es obligatorio advertir de los peligros que acarrea considerar a la *libertad económica* como una garantía institucional o un fin ulterior del estado, tales categorías tienden a diluir su efectividad y conllevan a recargar su ejercicio con obstáculos irracionales en virtud de su consideración relativa o limitable por el propio texto constitucional. Que se le otorgue al poder público la potestad de limitar su ejercicio no genera una degradación como derecho, muy por el contrario el propio texto constitucional establece límites racionales objetivos dentro de los cuales esa limitación es válida, lo cual confirma su entidad jurídica como derecho constitucional.

Ahora bien, tal como lo señala Casal (2010) siguiendo a Peces-Barba<sup>19</sup>, catalogar a un derecho como fundamental no se trata de un esquema de rigidez semántica en procura de sacralizar su definición, pues encontraremos las más variadas clasificaciones y teorías que, unas por su parte consideran sinónimos: derechos humanos, derechos constitucionales y derechos fundamentales; y otras que, establecen diferencias entre los tres conceptos en función a su génesis, su positivización, su orden de prelación sistemática o su universalidad.

Se nos hace necesario tomar varios conceptos que nos permitan identificar a un derecho como fundamental, en tal sentido nos permitimos invocar a Robert Alexy (1993)<sup>20</sup>, quien en su teoría de los derechos fundamentales plantea un orden esquemático donde resaltan para nuestro análisis los *derechos a algo*, entre ellos al *no impedimento de acciones de los derechos de defensa*, coincidiendo con la visión que nos plantea Arias y las llamadas *libertades jurídicas protegidas* recordándonos los planteamientos de Hernández.

<sup>18</sup> Casal H, Jesús María: *op.cit.* (2012), p. 153.

<sup>19</sup> Casal H., Jesús María: *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*, Editorial Legis, Caracas, 2010, p. 11 y ss.

<sup>20</sup> Alexy, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 189 y ss., y 224 y ss.

Así mismo, traemos a colación la definición de los rasgos característicos de los derechos fundamentales que recoge Casal (2010): “*Los derechos fundamentales pueden ser definidos como derechos subjetivos garantizados constitucionalmente a toda persona o todo ciudadano en su condición de tal, por ser considerados primordiales para el pleno desarrollo del individuo*”, prosigue Casal: “*La fundamentalidad se relaciona con su significación para la persona y para el sistema político-jurídico*”<sup>21</sup>. Siguiendo esta definición podemos, por una parte relacionar el carácter subjetivo de la libertad económica interrelacionada intrínseca e indisolublemente con el libre desenvolvimiento de la personalidad contenido en el artículo 20 constitucional; es inconcebible el ser humano sin una dimensión económica, no es posible entender al individuo sin capacidad para satisfacer sus necesidades, tanto es así que el propio texto constitucional en su artículo 299 nos ofrece una caracterización de un sistema “socio-económico” en función de la satisfacción de tales necesidades. Por otra parte, la libertad económica ha estado presente en prácticamente toda la historia constitucional republicana, tanto en el origen liberal de la nación independiente como en su evolución paulatina al estado social de derecho a partir de 1947 hasta nuestros días.<sup>22</sup>

Tomando en consideración el origen liberal de nuestro sistema constitucional, y comprendiendo que el estado social de derecho es una evolución de sus valores, es menester traer a colación, que en el origen de los derechos humanos tal como los conocemos hoy día, la motivación por una participación libre y sin obstáculos en los asuntos económicos fue uno de sus principales argumentos; señala Schneider (1979):

*“A (los) derechos de protección individual pronto se le sumaron, como su reflejo objetivo, las correspondientes obligaciones de seguridad y protección por parte del Estado. El empuje de la burguesía hacia la participación en la vida política y hacia una actividad económica libre, condujo no sólo a añadir nuevos derechos junto a los viejos derechos de procedencia iusnaturalista (como por ejemplo libertad de prensa, de reunión y de asociación o libertad de comercio y libertad profesional), sino que prestó además a los derechos fundamentales en su conjunto una nueva dimensión: servía a los ciudadanos como prenda de sus posibilidades de influencia en la opinión pública.”* (subrayado nuestro)<sup>23</sup>

Así mismo, como ya lo hemos señalado, la *libertad económica* ha sido identificada como axiomática a todo el conjunto de derechos y garantías de contenido económico. Sin libertad económica no hay empleo privado y por tanto se vería seriamente afectado el derecho al trabajo y a la libertad de profesión u oficio, ni tendría sentido el derecho de propiedad más allá de la propiedad de los objetos personales; sin libertad económica no tendría sentido el sistema tributario y no habría libertad de elección de los consumidores o libre competencia.

Otro de los elementos que abonan a la *fundamentalidad* de un derecho, es su pertenencia a las cláusulas generales de libertad. En este sentido advierte Alexy (1994) sobre la importancia del concepto de libertad para determinar la *fundamentalidad* y a la vez como tal concepto es vago y objeto de las más diversas acepciones filosóficas, sociológicas, políticas, religiosas y obviamente jurídicas. Quizás es menos complejo entender la libertad desde su aspecto negativo, es decir desde las consecuencias de su ausencia y desde la obligación del estado y los terceros de *no hacer*, entendida entonces la libertad como la “*negación de man-*

<sup>21</sup> Casal H., Jesús María: *op.cit.* (2010), pp. 17 y 18

<sup>22</sup> Hernández G., José Ignacio: *op.cit.*, p. 54

<sup>23</sup> Schneider, Hans-Peter: “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado democrático” en *Revista de Derecho Político*, CEC, Número 7, Madrid, 1979, p. 12.

*datos y prohibiciones*”<sup>24</sup> en el ejercicio de una actividad positiva, protegida en sus contenidos subjetivos y materiales y en su relación con el sistema de libertades en su conjunto. En este sentido, podemos señalar que la *libertad económica* se presenta como parte integral de ese sistema de libertades.

De los autores venezolanos, encontramos que la mayoría no duda en calificar a la *libertad económica* al menos como un derecho constitucionalmente consagrado; podemos observar posiciones tajantes como la de Hernández<sup>25</sup> que la califica como un *derecho fundamental* en sí misma, como base de su definición; por otra parte observamos a autores como Arias y Herrera, que en los textos citados no le asignan expresamente la categoría de *derecho fundamental*; pero hacen concurrir los cuatro elementos definidores de un derecho fundamental según la tesis de Alexy, a saber: máximo rango en el sistema jurídico; máxima importancia para la persona, la sociedad y el estado; máxima fuerza jurídica para los poderes públicos y los ciudadanos y la centralidad del precepto en la construcción del sistema constitucional —en este caso de la constitución económica—.

La determinación de la naturaleza de un derecho en específico tendrá que pasar por el tamiz del derecho interno, de su asignación positiva y la aplicación integral del mismo por el sistema jurídico, en especial cuando se trata de categorías jurídicas con acepciones tan diversas como la *libertad económica*, este sentido consideramos conveniente citar a Casal (2012) que al respecto señala:

*“La Constitución de 1999, en consonancia con la evolución precedente, no vacila pies al proclamar la libertad económica como un derecho (subjetivo) constitucional que es regulado junto a los demás derechos o libertades de la persona, con lo cual nuestra Carta Magna se diferencia de las Constituciones de otros ordenamientos jurídicos, en las que la libertad económica o no está contemplada de manera expresa, o se incluye como una categoría separada de los derechos fundamentales o de la declaración constitucional de derechos, adoptando a veces una formulación que tiene a perfilarla como garantía institucional.*

*.../...(omissis)*

*La diversidad de soluciones ofrecidas por los sistemas jurídicos al plasmar la libertad económica aconseja prudencia al trasladar construcciones foráneas y, sobre todo, fidelidad al modelo dibujado por la Constitución venezolana. En nuestro ordenamiento jurídico **la libertad económica es**, ante todo y sobre todo, un derecho constitucional o, si seguimos la acepción amplia del término defendida por parte de la doctrina y reflejada en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, **un derecho fundamental**”* (subrayado nuestro)<sup>26</sup>

Vistos los diversos conceptos recogidos, concluimos que efectivamente nos encontramos frente a un *derecho fundamental* cuando nos referimos a la *libertad económica* prevista en la Constitución de 1999. Se configuran los parámetros generales para estimarlo de esa manera. Su importancia para el ciudadano venezolano y para el sistema es de la mayor valía, su jerarquía jurídica es de la mayor entidad constitucional pues se encuentra en el catálogo de los derechos constitucionales a ser protegidos por todos los órganos del poder público, es susceptible de los más importantes medios de protección jurídica, forma parte de la cláusula general de libertad del ciudadano y es del eje central de la constitucionalidad actual e históricamente considerada.

<sup>24</sup> Alexy, Robert: *op.cit.* p. 218

<sup>25</sup> Hernández G., José Ignacio: *op.cit.* (2011), p. 51

<sup>26</sup> Casal H., Jesús María: *op.cit.* (2012), p. 152

### VIII. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA LIBERTAD ECONÓMICA. CARACTERIZACIÓN. RESERVA LEGAL REGLADA OBJETIVAMENTE –LÍMITE DE LOS LÍMITES-

Definida la *libertad económica* como derecho fundamental, corresponde identificar la naturaleza de los límites a que puede ser sometida. Como ha quedado claro del propio texto normativo y de las más diversas opiniones de la doctrina, la *libertad económica* no es un derecho absoluto, está sometida a limitaciones naturales –las que derivan de la propia capacidad del agente, de la tecnología y del mercado- y a limitaciones objetivas definidas por medio de los instrumentos jurídicos adecuados.

La propia necesidad de protección de la libertad, la concurrencia de intereses y derechos contrapuestos entre los diversos particulares involucrados en la actividad económica, y la protección igualmente necesaria de otros derechos fundamentales; hacen necesario que la práctica de la libertad económica tenga límites razonables fijados de acuerdo al principio general de preservación de la libertad en sí misma. Fijar esos límites requiere del estado un ejercicio democrático que preserve en todo momento el contenido esencial del derecho a ser limitado y que haga posible materialmente su práctica.

Recordemos el texto constitucional sobre las limitaciones a la libertad económica en su artículo 112:

“... sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. .../...”.

Del propio texto se desprenden tres elementos que nos permiten definir los límites aceptables:

A.- La regla general es que no existen limitaciones a la libertad económica diferentes a las que la norma constitucional admite, cualquier otra es lesiva al ordenamiento superior. Esto es la aplicación de la regla *in dubio pro libertate*.<sup>27</sup>

B.- Puede haber limitaciones previstas jurídicamente, sea en la propia Constitución, sea en otras normas de rango legal; aplicándose en este segundo caso la reserva legal o principio de legalidad.<sup>28 29</sup>

C.- Que las limitaciones que se generen mediante ley formal por esa reserva legal, se generen únicamente por las razones materiales específicas que la norma constitucional define. Es decir una reserva legal reglada.

La limitación a un derecho fundamental, no solo debe responder a los parámetros materiales señalados con anterioridad, además deben evaluarse los siguientes parámetros objetivos:

---

<sup>27</sup> Hernández G., José Ignacio: *op.cit.*, p. 67

<sup>28</sup> Casal H., Jesús María: *op.cit.*, (2012), p. 159

<sup>29</sup> Arias C., Tomás A.: *op.cit.*, pp. 49-59

\* Consideraciones a parte habría que hacer sobre la legitimidad material y procedimental de las leyes habilitantes aprobadas en Venezuela durante la vigencia de la Constitución de 1999.

I.- Imprescindibilidad de la limitación, es decir que los efectos lesivos -reales o hipotéticos- que quieren evitarse sobre la propia libertad protegida y otros derechos fundamentales efectivamente tengan el potencial de afectarlos y por tanto se haga imprescindible establecer la limitación.

II.- Idoneidad de la limitación, referida a la capacidad efectiva que la limitación sobre el derecho tenga para evitar una colisión lesiva al mismo derecho ejercido por intereses protegidos contrapuestos u otros derechos fundamentales

III.- Insustituibilidad, comprendida como la cualidad de ser la limitación adecuada y eficiente y que su sustitución por una limitación o decisión menos gravosa sea insuficiente para evitar el efecto lesivo que se quiere evitar.

#### IX. CONTENIDO MATERIAL DE LAS LIMITACIONES CONSTITUCIONALES A LA LIBERTAD ECONÓMICA

Definir materialmente lo límites razonables a la libertad económica pasa por la tarea de intentar darle precisión terminológica a los términos usados por el constituyente. ¿Qué debemos entender por ... *desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social*? Como se observa, prácticamente cualquier aspiración colectiva o propósito político cabe en esas in-definiciones. Desde lo indeterminado que pueden ser desarrollo humano o interés social hasta los extensivo que pueden ser la protección de la sanidad, la seguridad o el ambiente.

#### X. RAZONES DE SANIDAD, PROTECCIÓN AMBIENTAL Y SEGURIDAD.

Tratemos de marcar unas líneas que nos permitan conseguir algún elemento de racionalidad fijo desde el cual movernos.

Para darle precisión a esos límites materiales es necesario conseguir su conexión con otros derechos fundamentales y a los fines prestacionales del estado garantizados por la Constitución, así por ejemplo la relación entre vida/salud y sanidad o vida/salud y protección ambiental parecen evidentes. Siendo además los derechos a la vida y a la salud inobjetablemente derechos fundamentales con un contenido esencial relativamente fácil de identificar, al determinarse una relación causa-efecto con las razones materiales *sanidad o protección ambiental*, logramos definir un espacio común con el contenido esencial de la *libertad económica* donde se puede hacer efectiva una ponderación positiva.

Similar análisis podemos realizar con el concepto *seguridad*, aún cuando este se puede considerar mucho más amplio y del cual ancestralmente se ha abusado insaciablemente por todo tipo de regímenes políticos. Se nos presenta con lógica cartesiana la referencia a la seguridad en la existencia y permanencia del propio estado en su utilidad ulterior de servir a los ciudadanos y la posibilidad real de no ser violentado en la consecución de los fines estatales de los cuales los ciudadanos somos receptores; es decir la seguridad del estado en su finalidad y no en la seguridad material al más pequeño detalle. Igualmente debemos tratar de desentrañar los elementos esenciales de la seguridad que devienen de los derechos fundamentales de los ciudadanos a la vida, a la integridad física, a la salud o a la propiedad –inseparable de la libertad económica-.

#### XI. LIMITACIONES POR RAZONES DE DESARROLLO HUMANO E INTERÉS SOCIAL

Mayores problemas interpretativos nos traen los términos *desarrollo humano e interés social*. La extensión del alcance que puede tener cada expresión abre las posibilidades de

reducir a su mínima expresión el contenido esencial de la *libertad económica*. De hecho algunos autores, falsificando la concepción del estado social de derecho, han llegado a afirmar que este existe para expiar las culpas de la libertad económica en contra de ese desarrollo humano. Otros como Ferrajoli, afirman que la función de los *derechos fundamentales* no es otra que, además de aquellos cuya defensa es esencial para garantizar la paz, proteger a los débiles de los más fuertes, donde la libertad económica no entra en el catálogo de derechos fundamentales sino por el contrario que ellos existen para contrarrestar sus efectos perniciosos de su abuso<sup>30 31</sup>. Es necesario tener presente que efectivamente el estado social de derecho se propugna como una respuesta a la pretendida ineficacia del estado liberal en disminuir la pobreza y de sus bases filosóficas está la importancia capital del estado en erradicar la pobreza.

Hacemos especialmente referencia al tema de la pobreza, porque en nuestro intento por darle racionalidad a los límites materiales señalados en el artículo 112 de la Constitución de 1999, consideramos que por *desarrollo humano* debe entenderse el término técnico que acoge el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, tenido este en su versión original de 1990 como: “*El desarrollo humano es un proceso mediante el cual se amplían las oportunidades de los individuos, las más importantes de las cuales son una vida prolongada y saludable, acceso a la educación y el disfrute de un nivel de vida decente. Otras oportunidades incluyen la libertad política, la garantía de los derechos humanos y el respecto a sí mismo...*”<sup>32</sup>

Este concepto es anualmente revisado en cada informe sobre Desarrollo Humano que publica el PNUD, así como de revisiones sectoriales por área de conocimiento; al mismo se han incorporado los más diversos aspectos que pasan por el acceso al agua potable, la lucha contra la corrupción, las libertades públicas, la libertad cultural, el desarrollo económico, el consumo para el desarrollo, la democracia, la movilidad, y una larga lista de temas.

La constante evolución del concepto de *desarrollo humano*, lejos de aportarle imprecisión a nuestra inquietud, le aporta a la limitación material a la *libertad económica* por razones de *desarrollo humano* precisión técnica y científica en los objetivos a alcanzar. Circunscribirnos al concepto de desarrollo humano planteado por el PNUD permite al estado fijar esos límites materiales a la *libertad económica* con observancia a índices científicos que le indiquen sean idóneos, imprescindibles e insustituibles. En definitiva, limitar la libertad económica por razones de desarrollo humano, implica un riguroso análisis científico, que está mucho más allá que un propósito político general.

Dicho lo anterior, se nos presenta quizás como el más genérico de los conceptos de limitación material, aquellas que convengan al interés social. En esta materia podemos citar sentencias del Tribunal Supremo de Justicia venezolano que han marcado la pauta interpretativa jurisprudencial en la materia.

---

<sup>30</sup> Ferrajoli, Luigi: “Sobre los Derechos Fundamentales”, en *Cuestiones Constitucionales*, N° 15, jul-dic 2006, p. 113 y ss.

<sup>31</sup> Prácticamente en estos términos se fundamenta la conocida Sentencia sobre los créditos indexados. República Bolivariana de Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia del 24 de Enero de 2002 “ASODEVIPRILARA”

<sup>32</sup> Informe de Desarrollo Humanos 1990 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, versión en castellano, p. 33, disponible en la página web [hdr.undp.org](http://hdr.undp.org)

La primera de ellas es obviamente la denominada sentencia sobre los créditos indexados. De ella podemos extraer varias líneas básicas que nos permiten prefigurar la relación entre el contenido esencial de la libertad económica y el interés social, a saber:

*“La Sala considera que él persigue la armonía entre las clases, evitando que la clase dominante, por tener el poder económico, político o cultural, abuse y subyugue a otras clases o grupos sociales, impidiéndoles el desarrollo y sometiéndolas a la pobreza y a la ignorancia; a la categoría de explotados naturales y sin posibilidad de redimir su situación. .../...”*

*También es necesario apuntar que derechos como el de propiedad o el de la libre empresa no quedan abolidos en un Estado Social, sino que quedan condicionados en muchas áreas, al interés social, y en ese sentido deben interpretarse las leyes.”* (subrayado y resaltado nuestro)

Señala la sala la dependencia entre la libertad económica y el interés social, usando el término *condicionado* para establecer el grado de ese vínculo. Sobre este particular muchas han sido las críticas, el Tribunal Supremo ha llevado a una suerte de desmontaje el contenido de la libertad económica frente al interés social, entendiendo a este como el interés de la mayoría oprimida y abusada, una suerte de empoderamiento del subyugado.

La sentencia además señala:

*“Ni la autonomía de la voluntad, ni la libertad contractual pueden lesionar los beneficios que produce el Estado Social, contrariándolo, al contribuir a discriminaciones, subordinaciones, ruptura de la justicia social o desigualdades lesivas, por desproporcionadas, para una de las partes del contrato en materias de interés social. .../...”*

*El Estado promoverá la riqueza, así como la protección de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, de empresa, de comercio e industria, pero siempre con la meta de garantizar la creación y justa distribución de la riqueza. .../...”*

*En las áreas de interés social, la plena autonomía de la voluntad de las partes sólo es tolerada si con ella se persigue el bienestar social, lo que significa que una parte no pretenda -fundada en la autonomía- esquilmar a la otra, como puede ocurrir en el Estado de Derecho Liberal.”* (subrayado nuestro)

De los anteriores extractos podemos concluir que la visión jurisprudencial ha ido más allá de la fijación de límites racionales materiales a la *libertad económica*<sup>33</sup>, la ha supeditado a un propósito finalista de distribución de la riqueza en desagravio a un estado de subyugación económica preexistente.

Ahora bien, ¿qué debe interpretarse como “interés social” a la hora de establecer un límite al derecho a la “libertad económica”? Esa pregunta parece responderla la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el caso conocido como “intereses en tarjetas de crédito”<sup>34</sup> al interpretar que ese denominado interés social protegible y por tanto capaz de ser factor definidor de limitaciones a la libertad económica viene dado por la capacidad de impacto de la materia de que se trate en un amplio sector de la población y en el sistema económico en sí mismo. En este sentido, ante el alegato por el cual el contenido de los contratos de adhesión entre los particulares y las entidades financieras emisoras de instrumentos de crédito al consumo podía ser regulado en específico por las autoridades regula-

<sup>33</sup> La Sala evita usar el término *libertad económica*.

<sup>34</sup> República Bolivariana de Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional sentencia N° 1419, de fecha 10 de Julio de 2007.

torias de la materia más allá de lo que las partes establecieron en virtud del principio de la libre voluntad contractual, la sentencia señaló lo siguiente:

*“Desde un ángulo estrictamente mercantil, puede afirmarse que se está ante contratos entre particulares, donde impera la autonomía de la voluntad y donde es la ley de las partes la que manda.*

*Pero desde otro ángulo, la Sala observa que se está ante un sistema crediticio masivo, que es utilizable por diversas clases sociales, a quienes en la práctica se los obliga a ser usuarios de al menos una tarjeta, ya que la Sala –por tratarse de hechos notorios- conoce que en la mayoría de los hoteles no se acepta el inicio del contrato hotelero sino se garantiza el pago con una tarjeta de crédito; y así mismo, agencias que arriendan vehículos exigen al momento de suscribir el contrato de arrendamiento, que el arrendatario –como garantía- presente su tarjeta de crédito, a la cual se le cargaran los cánones y los gastos. Esto sin contar que los comercios que están afiliados a la red de tarjetas de crédito, asumen esa forma de pago. Además, es un requisito en la actualidad el poseer una tarjeta de crédito o débito de alguna institución financiera, para la obtención de los dólares de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), .../...*

*Esta utilización masiva de las tarjetas, promocionadas publicitariamente, y coercitivamente impulsada en algunos casos, hacen que la tomen mayoritariamente los miembros de las clases sociales media y alta, quienes no sólo se ven compelidos al consumo, sino que pueden hacer nula o disminuir su capacidad de ahorro.”*

*Esta situación –a juicio de la Sala- da al uso de las tarjetas un contenido social, que merece la atención del Estado, máxime cuando el Estado es social de derecho y de justicia (artículo 2 constitucional), y los consumidores de las tarjetas pertenecen a clases sociales, cuyos miembros, al pertenecer a esos sectores sociales, también requieren protección en su calidad de vida.*

La sentencia citada trae consigo algunas consideraciones que es necesario comentar y tratar de conseguir una definición del *interés social*. En primer lugar la pretendida popularización de las tarjetas de crédito –o actividades como acceder al sistema cambiario de divisas u hospedarse en un hotel- no es tal; en este sentido es conocido que Venezuela, al momento de la emisión de dicha sentencia tenía una tasa de bancarización por debajo del 50% de la población económicamente activa y que de ese porcentaje solo una pequeña porción tenía acceso a instrumentos de créditos al consumo<sup>35</sup>. Es decir para el caso señalado el criterio de las *“grandes mayorías subyugadas por el poder económico”* que se deriva de la sentencia de los créditos indexados no sería aplicable al momento de haberse dictado tal sentencia. En segundo lugar la sentencia hace referencia a la obligatoriedad compulsivamente ejercida por la banca sobre los particulares de acceso al sistema de crédito al consumo, cometiendo una imprecisión con el evidente objetivo de hacer ver por vía de la exageración la importancia que tiene el sistema de tarjetas de crédito para un sector poblacional.

Ahora bien, ciertamente la importancia del sistema de tarjetas de crédito en el ejercicio cotidiano de las actividades económicas es innegable; puede desprenderse de la sentencia citada que el *interés social* puede venir dado por la extensión de una determinada situación en amplias capas poblacionales y del impacto generalizado y multiplicador que tal circunstancia tiene en el conjunto social –obviamente el uso de tarjetas de crédito en un factor de movilización de la economía-, sin embargo este concepto puede ser esencialmente injusto. Considerar que el factor determinante del interés social es aquel que determine la *anchura* de la afectación negativa o positiva que genere una determinada situación puede ser excluyente

<sup>35</sup> Información disponible digitalmente en [www.bcv.org.ve](http://www.bcv.org.ve)

en sí misma, puede ir en contra de la protección de sectores vulnerables pero minoritarios o en desmedro de aspiraciones morales del conjunto social a pesar de no afectar a una cantidad *importante* de sus integrantes. Requeriría el análisis material de la limitación a la *libertad económica* en función de un *interés social*, de la determinación de una suerte de mercado jurídico relevante o referente de impacto real en el cual confluyan las aspiraciones de la sociedad, las finalidades prestacionales del estado como garantía del ejercicio de los derechos fundamentales y la propia protección de estos.

## XII. CONCLUSIONES

Ciertamente no estamos ante un tema de fácil análisis, por una parte indeterminación constitucional de los derechos fundamentales y por otra la hostilidad hacia la *libertad económica*, a pesar de la corriente doctrinaria, hace que la población y las instituciones la consideren en menor valía que otros derechos fundamentales e incluso de otros derechos y garantías de menor entidad jurídica.

Indudablemente, la libertad económica es un derecho fundamental, tanto así que ante la falta de un ejercicio vigoroso de ella, los efectos perniciosos que se le atribuyen lejos de desaparecer se incrementan y pone en manos del estado toda la carga de impulsar los destinos económicos de la nación.

Lamentablemente los órganos del estado llamados a la protección de la libertad económica han comprado las tesis anti-libertarias que le enrostran continuas limitaciones, innecesarias, inoportunas, ineficientes pero especialmente inconstitucionales; sin que desde el estado se propugne un ejercicio racional y creador de la economía y que le ponga coto a dichas limitaciones exacerbadas.

Es necesaria la divulgación y discusión sobre la libertad económica para que el conjunto social logre identificarla como un valor superior apreciable realmente y se consolide así como el derecho fundamental que es.

## BIBLIOGRAFÍA

Alfonzo Paradisi, Juan Domingo: “La Constitución económica establecida en la Constitución de 1999, el sistema social de mercado y el Decreto 6.071 con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria” en *Revista de Derecho Público* N° 115/2008

Alexy, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Arias Castillo, Tomás A.: “Régimen General del Sistema Económico y de la Libertad Económica en Venezuela bajo la vigencia de la Constitución de 1999”, en *La Libertad Económica en el Decreto-Ley sobre Seguridad y Soberanía Alimentaria y en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios* UCAB, Caracas, 2011, (Coordinadores Jesús María Casal y Jorge Luis Suárez).

\_\_\_\_\_ “Introducción” *Op. cit.*

\_\_\_\_\_ “Incidencia de la Ley para la Defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios.” *Op. cit.*

Brewer-Carías, Allan R.: “Reflexiones sobre la Constitución Económica”, en *Revista de Derecho Público* N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990.

Casal H., Jesús María: *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*, 3<sup>era</sup>. Edición, 1<sup>era</sup>. Reimpresión, UCAB, Caracas, 2012.

\_\_\_\_\_ *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*, Editorial Legis, Caracas, 2010.

De León, Ignacio: “Consideraciones acerca de los principios económicos de la Constitución venezolana” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 98, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996.

Ferrajoli, Luigi: “Sobre los Derechos Fundamentales”, en *Cuestiones Constitucionales*, N° 15, jul-dic 2006.

Ferney Moreno, Luis, en: “Teorías de la Constitución Económica” en la *Revista Digital Contexto*.

Hayek, Friedrich A.: *Libertad económica y gobierno representativo*. The Institute of Economics Affairs, Londres, 1979.

Hernández G, José Ignacio: “La Libertad Económica en la Constitución de 1999” en *La Libertad Económica en Venezuela, Balance de una década (1999-2009)* (Coordinadores: Jesús María Casal y Jorge Luis Suárez), UCAB, Caracas, 2011

Herrera Orellana, Luis Alfonso: “Sistema Económico Constitucional Venezolano: del estado abstencionista a la Economía Social de Mercado (Especial referencia a las Constituciones de 1961 y de 1999)”, en *La Libertad Económica en Venezuela, Balance de una década (1999-2009)* (Coordinadores: Jesús María Casal y Jorge Luis Suárez), UCAB, Caracas, 2011

\_\_\_\_\_ “La Reserva Legal como garantía de la libertad económica”, en *La Libertad Económica en el Decreto-Ley sobre Seguridad y Soberanía Alimentaria y en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios* (Coordinadores Jesús María Casal y Jorge Luis Suárez), UCAB, Caracas, 2011

Hierro, Liborio L.: “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en *Doxa*.

Miccu, Roberto: “El mercado en la doctrina de la constitución como ciencia de la cultura: la aportación de Peter Häberle” en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 7, N° 13, Enero-junio 2010.

Lamprea M., Everaldo: “Derechos Fundamentales y Consecuencias Económicas”, en *Revista de Economía Institucional*, Volumen 8, N° 14, Primer Semestre, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

Peces-Barba, Gregorio: “Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General”, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1995.

Ross, Maxim: *¿Capitalismo Salvaje o Estado Depredador?*, Colección Trópicos, Economía; Editorial Alfa, Caracas, 2008.

Schneider, Hans-Peter: “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado democrático” en *Revista de Derecho Político*, CEC, Número 7, Madrid, 1979.

Uprimny Yepes, Rodrigo: “Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía” en *Precedente-Anuario Jurídico 2001*, Universidad Icesi, Colombia, 2001, pp. 39-41. Tomado digitalmente de [www.bibliotecadigital.icesi.edu.co](http://www.bibliotecadigital.icesi.edu.co)

Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia:

República Bolivariana de Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia del 24 de Enero de 2002 “ASODEVIPRILARA”

República Bolivariana de Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia N° 1419, de fecha 10 de Julio de 2007



## Comentarios Monográficos

### **EL ABUSO Y EL PODER EN VENEZUELA. SEGUNDA PARTE: DE CÓMO SE CONSUMARON HECHOS DE CORRUPCIÓN ELECTORAL EN LA ELECCIÓN DEL 14 DE ABRIL DE 2013**

José Ignacio Hernández G.

*Profesor de Derecho Administrativo en la UCV y en la UCAB  
Director del Centro de Estudios de Derecho Público, Universidad Monteávila*

*Es un tirano cualquiera que haga pasar por  
ley irresistible e inviolable su voluntad*

*Juan Germán Roscio*

**Resumen:** *El artículo estudia el contexto en el cual se desarrolló la elección presidencial del 14 de abril de 2013, indicando los hechos de corrupción electoral que viciaron a tal elección.*

**Palabras Clave:** *Corrupción electoral, nulidad de elecciones.*

**Abstract:** *The article analyzes the legal context of the presidential election of April 14, 2013, including the study of the electoral corruption that affected the validity of such election.*

**Key words:** *Electoral corruption, elections nullity.*

#### INTRODUCCIÓN

Como explicamos en nuestro artículo anterior, desde el 8 de diciembre de 2012 se produjeron un conjunto de irregularidades en el ejercicio de la Presidencia de la República, cuyo desenlace fue la asunción del cargo de “Presidente de la República encargado” por el entonces Vicepresidente de la República, desde el propio 5 de marzo de 2013, cuando se produjo la falta absoluta del entonces Presidente electo.

Esa condición fue ratificada por la Sala Constitucional en la sentencia, comentada en nuestro trabajo anterior, de 8 de marzo de 2013. Las condiciones bajo las cuales esa sentencia se dictó fueron anómalas, pues ese día había sido declarado no hábil, en virtud de preverse la realización del sepelio presidencial. La sentencia además permitió al Vicepresidente, como Presidente Encargado, mantenerse en el ejercicio del cargo, ignorando así que de acuerdo con la Ley Orgánica de Procesos Electorales (LOPRE) y el Reglamento Electoral, salvo en caso de reelección, la separación del cargo es preceptiva.

Casi de inmediato, el Consejo Nacional Electoral convocó -el sábado 9 de marzo- la elección presidencial para el 14 de abril. El lapso de las postulaciones fue ciertamente breve: apenas dos días, correspondientes al 10 y 11 de marzo. La campaña electoral comenzaría el 2 de abril y finalizaría el 11 de ese mes.

Desde el propio 11 de marzo de 2013, la elección presidencial estuvo marcada por distintas violaciones constitucionales y legales que, además de evidenciar el abuso de poder, eran constitutivas de hechos de corrupción electoral. Es decir, actuaciones abusivas y contrarias a Derecho que incidieron en la voluntad del elector, y que como tal, conducían a la nulidad de todo el proceso.

El objeto de este segundo trabajo es, precisamente, analizar los hechos de corrupción electoral<sup>1</sup>, concomitantes y posteriores a la elección del 14 de abril, así como las acciones judiciales que se intentaron para demandar la nulidad de esa elección. El presente estudio se limita, en tal sentido, al segundo trimestre del 2013.

## I. LA CORRUPCIÓN ELECTORAL EN LA ELECCIÓN DEL 14 DE ABRIL

### 1. *La corrupción electoral previa a la elección del 14 de abril. Especial consideración a los abusos cometidos durante la campaña electoral*

De acuerdo con el cronograma aprobado por el Consejo Nacional Electoral el 9 de marzo, los días 10 y 11 correspondían a la postulación de candidatos, iniciándose la campaña electoral el 2 de abril, hasta el día 11<sup>2</sup>. Conforme al régimen electoral general y las normas aprobadas para esa elección, quedaba prohibido todo acto de campaña realizado fuera de las fechas permitidas. A tal fin, por campaña electoral debe entenderse cualquier acto orientado a promover una determinada candidatura<sup>3</sup>.

Sin embargo, desde el propio 11 de marzo el entonces Presidente encargado realizó y promovió actos ilegales con un claro contenido electoral. Así, la propia postulación, materializada ese día 11, fue un acto ilegal pues, como vimos, tanto la LOPRE como el Reglamento

<sup>1</sup> El concepto de corrupción electoral no se desprende, como se sabe, del concepto de corrupción administrativa vinculada con el uso indebido del patrimonio público. En realidad, el término expresa todo abuso que afecta las condiciones de transparencia y objetividad bajo las cuales debe desarrollarse todo proceso electoral, lo que incide en la voluntad de los electores. Luego, la corrupción electoral no cuestiona tanto el resultado electoral, sino las condiciones bajo las cuales ese resultado fue expresado. En la elección del 14 de abril, precisamente, un conjunto de abusos cometidos y promovidos desde el Gobierno Nacional, incidieron en el resultado electoral que, como se verá, arrojó un muy estrecho margen a favor del entonces Presidente encargado y candidato presidencial. Véase el tradicional concepto del Instituto Interamericano de Derechos Humanos en [https://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red\\_diccionario/corrupcion%20electoral.htm](https://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/corrupcion%20electoral.htm)

<sup>2</sup> La convocatoria, y los principales regulaciones aplicables a esa elección, pueden consultarse en: [https://www.cne.gob.ve/web/normativa\\_electoral/elecciones/2013/presidenciales/index\\_principal.php](https://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/elecciones/2013/presidenciales/index_principal.php)

<sup>3</sup> El artículo 71 de la LOPRE define la campaña electoral como las actividades públicas desarrolladas por los candidatos, organizaciones con fines políticos y grupos de electorales y electorales, con el “propósito de captar, estimular o persuadir al electorado para que vote a favor de un candidato o una candidata dentro del lapso señalado por el Consejo Nacional Electoral”. La campaña incluye los elementos contentivos de estos mensajes, denominados “propaganda electoral”, la cual cumple un fin muy específico: debe contener mensajes que “expresen llamados a votar por determinada candidatura o por alguna parcialidad política” (artículo 202 del Reglamento). En tal sentido, la propaganda electoral se rige por las limitaciones previstas en el artículo 75 de la LOPRE y en el artículo 204 del Reglamento, las cuales salvaguardan su veracidad, objetividad y certeza. Junto a este marco general, el Consejo Nacional Electoral dictó reglas especiales para la campaña del 14 de abril (Resolución N° 130309-0029 de 9 de marzo de 2013).

electoral exigían la separación del cargo del Vicepresidente actuando como Presidente encargado. La sentencia de la Sala Constitucional de 8 de marzo obvió este requisito y permitió así que el Vicepresidente, sin separarse del cargo, se postulara como candidato presidencial<sup>4</sup>.

Además, tal postulación fue realizada en un acto público de claro contenido electoral, todo lo cual suponía no sólo un acto de campaña política fuera del cronograma, sino además, un acto electoral que utilizó recursos públicos, resultando por ello contrario, además, a los artículos 7 y 13 de la Ley contra la Corrupción<sup>5</sup>.

En realidad, desde el día de su postulación -11 de marzo- el entonces Vicepresidente en condición de Presidente encargado, junto a otros funcionarios, realizó actos públicos que pueden ser considerados actos de campaña electoral, utilizando para ello recursos públicos, en especial, los medios de comunicación del Estado. Incluso, esos actos fueron llevados a cabo con ocasión a la transmisión forzosa de mensajes en radio y televisión (las llamadas “cadenas”), usando desviadamente la potestad reconocida en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión<sup>6</sup>. Además, los actos de campaña del Presidente encargado y candidato fueron ampliamente difundidos en medios de comunicación del Estado, lo que constituye un doble abuso: por violación al deber de información objetiva de los medios en campaña electoral, y por el uso de recursos públicos con fines políticos.

Cabe destacar que no sólo la normativa electoral prohíbe que funcionarios, en tal condición y con recursos públicos, realicen actos de campaña política. Además, esa conducta viola el estatuto constitucional y legal del funcionario público, que se basa en el principio de objetividad, el cual se opone a que el ejercicio de la función pública esté basada en parcialidades políticas (artículo 145 de la Constitución). El régimen general del estatuto de la función pública reitera esta prohibición, la cual además está desarrollada en los ya citados artículos 7 y 13 de la Ley contra la Corrupción.

El inicio de la campaña electoral, el 2 de abril, no varió esta tendencia. Por el contrario, el candidato presidencial, aprovechando su condición de Presidente encargado, realizó diversos actos de campaña electoral usando recursos públicos, incluyendo la transmisión forzosa de mensajes en radio y televisión. Fue común la participación, en esa campaña, de distintos funcionarios públicos. Hasta tal punto llegó el abuso señalado que actos de Gobierno fueron realizados públicamente en un contexto de claros mensajes electorales<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Tan es así que el Consejo Nacional Electoral modificó el Registro Electoral Definitivo, a fin de permitir al entonces candidato y Presidente encargado sufragar en Caracas.

Cfr.: <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/121027/cambio-de-nicolas-maduro-contradice-argumento-del-CNE>. El 32 del Reglamento Electoral, por el contrario, señala que “una vez aprobado el Registro Electoral Definitivo, no podrá ser modificado”.

<sup>5</sup> Véase la nota de prensa oficial de ese acto público, en: <http://www.avn.info.ve/contenido/nicolas-maduro-inscribe-candidatura-presidencial-ante-cne>.

<sup>6</sup> Durante la campaña, la cobertura informativa deberá ser objetiva y equilibrada (artículos 79 y 81 de la LOPRE, y artículos 211 y 213 del Reglamento). Ello basta para prohibir el ejercicio de la potestad que permite al Ejecutivo ordenar la transmisión forzosa de mensajes en radio y televisión con fines de propaganda política.

<sup>7</sup> Una muestra de estos abusos, fue el llamado del entonces Ministro de la Defensa para votar a favor del candidato del Gobierno, llamado además difundido en medios de comunicación del Estado. Cfr.: <http://www.diarioexpreso.com.ve/general/27807-molero-la-fan-debe-estar-unida-para-llevar-a>

El resultado final fue que, en la práctica, la campaña electoral no se realizó entre dos candidatos, sino entre un candidato y el Gobierno. Sin duda, un elemento que facilitó este abuso fue la permanencia del entonces Presidente Encargado en tal cargo, pese a postularse como candidato en un cargo que no era de reelección.

De allí que los órganos y entes de la Administración, que de acuerdo con el artículo 141 constitucional deben estar al servicio de los ciudadanos, actuaron en la práctica al servicio de la candidatura política del Presidente encargado<sup>8</sup>. Pese a las diversas denuncias que recibió, el Consejo Nacional Electoral se abstuvo de intervenir para corregir tales abusos, los cuales afectaron la función básica de toda campaña electoral, cual es transmitir información objetiva al electorado sobre las distintas opciones que participan en tal contienda<sup>9</sup>.

A estas desviaciones en la campaña electoral cabe agregar otros actos de abuso desde el poder, como el cierre de la frontera terrestre con Colombia<sup>10</sup>. Así, el Poder Ejecutivo, lejos de honrar el mandato constitucional que le llamaba a mantener una conducta objetiva, especialmente en el contexto de la campaña electoral, realizó un conjunto de actos que además de abusivos –por ilegales– crearon claras ventajas a favor del entonces candidato y Presidente encargado.

El abuso fue incluso más evidente pues la imagen del Presidente Chávez fue insistentemente empleada desde el Ejecutivo Nacional como un claro mensaje electoral, en tanto esa imagen se empleó para la promoción del candidato presidencial del Gobierno.

Ello fue particularmente grave pues muchas instalaciones de los órganos y entes de la Administración Central emplearon signos alusivos al Presidente Chávez, que más que una muestra de respeto por su fallecimiento, constituían claros mensajes de contenido electoral<sup>11</sup>.

---

maduro-a-ser-presidente.html y <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/130307/ministro-de-defensa-llamo-a-darle-en-la-madre-a-los-fascistas>

<sup>8</sup> Uno de los principios básicos de toda elección es la prohibición del uso de funcionarios públicos con fines políticos. Este principio está recogido de manera especial en los artículos 75, numeral 13 y 76, numeral 1 de la LOPRE, y los artículos 205, 221 y 222 del Reglamento.

<sup>9</sup> En efecto, tanto la Mesa de la Unidad Democrática como el Comando Simón Bolívar (comando político del entonces candidato Henrique Capriles) denunciaron actos ilegales de campaña electoral ante el Consejo Nacional Electoral, sin obtener respuesta alguna a tales pedimentos.

<sup>10</sup> Cfr. [www.el-nacional.com/regiones/Cierran-frontera-Colombia-Venezuela\\_0\\_169183117.html](http://www.el-nacional.com/regiones/Cierran-frontera-Colombia-Venezuela_0_169183117.html)

<sup>11</sup> Fue evidente el abusivo uso de la alocución del Presidente Chávez la noche del 8 de diciembre de 2012, en la cual anunció su decisión en cuanto a la eventual candidatura presidencial del entonces Vicepresidente, Nicolás Maduro. <http://www.vtv.gob.ve/articulos/2013/03/05/transcripcion-del-ultimo-mensaje-del-presidente-chavez-2012-dios-sabe-lo-que-hace2012d-6210.html>. Tan fue así que el comando de campaña del candidato del Gobierno fue llamado bajo el nombre del Presidente Chávez, destacando cómo sus principales responsables eran a la vez Ministros del Ejecutivo Nacional. Cfr.: <http://www.comandochavez.org.ve/comando-campana-hugo-chavez>

## 2. *La corrupción electoral durante la elección del 14 de abril*

Durante el día de la elección se mantuvieron algunos de estos actos de gobierno que, en la práctica, eran verdaderos actos de campaña realizados con recursos públicos<sup>12</sup>. Junto a ello, y como fue observado por distintos medios<sup>13</sup>, se recogieron distintas denuncias relacionadas con actos de violencia en mesas electorales y denuncias en cuanto a la suplantación de identidad.

Estas últimas denuncias se relacionan con las observaciones que diversas organizaciones políticas habían venido formulando sobre la dinámica del proceso electoral. Para la elección del 14 de abril, el Consejo Nacional Electoral reiteró la aplicación de un dispositivo especial, conocido como “Sistema de Autenticación Integral” (“SAI”), tradicionalmente denominado “capta huella”. El dispositivo se incluyó dentro de la mesa electoral, como paso previo al acto de votación, para lo cual, el elector debía registrar su huella dactilar, supuestamente, con la finalidad de comprobar su identidad. Es decir, que no era suficiente la identificación con la cédula de identidad, sino que además, se requirió la identificación del elector por medio de la huella. Este requisito, no contemplado en la Ley como condición para el ejercicio del voto, causó alarma por la posible violación del secreto del voto<sup>14</sup>.

En realidad, de acuerdo con el artículo 323 Reglamento, la identificación de la huella no era condición necesaria para votar. Es decir, que el elector podía votar aun cuando el SAI no reconociese la huella registrada, lo que es consecuencia del principio general según el cual no pueden establecerse limitaciones al ejercicio del derecho al sufragio distintas a las que estén establecidas en la Constitución y la Ley. Por lo tanto, legalmente era posible ejercer el derecho al sufragio aun cuando el SAI no comprobaba la coincidencia entre la huella registrada y la huella del elector. Precisamente, este punto permitía que en la práctica se presentasen problemas con la identificación de los electores, lo cual, aunado a las observaciones existentes en cuanto al Registro Electoral, justificaron un conjunto de observaciones que, incluso de manera previa al 14 de abril, fueron formuladas<sup>15</sup>.

Avanzada la noche de ese 14 de abril, el Consejo Nacional Electoral procedió a anunciar los resultados considerados “irreversibles” en un primer boletín que, no obstante, no incluía la totalidad de los votos.

Ese primer boletín arrojó una diferencia a favor del Presidente encargado de aproximadamente el 1% de los votos, resultado que no varió significativamente al culminar el proceso de totalización<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Como por ejemplo, declaraciones de Ministros con claro contenido electoral. Cfr.: <http://www.patriagrande.com.ve/temas/venezuela/ministro-villegas-hace-llamado-al-voto-para-preservar-la-independencia-conquistada/>

<sup>13</sup> [http://www.el-nacional.com/tu\\_decides\\_2013/Multiples-denuncias-colman-proceso-electoral\\_0\\_172182887.htm](http://www.el-nacional.com/tu_decides_2013/Multiples-denuncias-colman-proceso-electoral_0_172182887.htm)

<sup>14</sup> Desde el Gobierno, incluso, se rechazó que el SAI violase el secreto al voto. Cfr.: <http://www.minci.gob.ve/2012/09/bondades-del-cne-permitiran-proceso-rapido-seguro-y-transparente/>

<sup>15</sup> Véase la siguiente noticia: <http://www.elmundo.com.ve/Noticias/Actualidad/Noticias/Estas-las-exigencias-de-la-oposicion-para-efec.aspx>.

<sup>16</sup> Cfr.: [http://www.cne.gob.ve/web/sala\\_prensa/noticia\\_detallada.php?id=3165](http://www.cne.gob.ve/web/sala_prensa/noticia_detallada.php?id=3165)

Esto quiere decir que los abusos cometidos incluso el propio día de la elección, tenían capacidad para incidir en el resultado, visto el estrecho margen con el cual resultó favorecido el entonces Presidente. Ante ello, el candidato Capriles requirió públicamente la realización de una auditoría, la cual incluso fue aceptada por el Presidente encargado al dar su discurso luego de conocidos los resultados anunciados por el Consejo Nacional Electoral.

Sin embargo, al día siguiente -15 de abril- el Consejo Nacional, sin haber culminado el proceso de totalización y antes del lapso previamente fijado a tal fin en el cronograma, procedió a proclamar como candidato electo al candidato, Vicepresidente y Presidente encargado, Nicolás Maduro<sup>17</sup>.

3. *La corrupción electoral luego de la elección del 14 de abril. Los abusos de poder relacionados con la auditoría del proceso electoral*

Desde 15 de abril, diversos representantes del Gobierno nacional y del partido de Gobierno comenzaron a rechazar la procedencia de la auditoría<sup>18</sup>, que había sido aceptada por el ahora Presidente proclamado. Junto a ello, se realizaron diversos actos públicos a favor y en contra del resultado anunciado por el Consejo, con lamentables hechos de violencia<sup>19</sup>. Pese a que el Comando Simón Bolívar y la Mesa de la Unidad Democrática, desde el propio 15,<sup>20</sup> habían solicitado al Consejo un pronunciamiento sobre la auditoría<sup>21</sup>, éste sólo se pronunció en una alocución pública del 18 de abril, un día antes de la juramentación del Presidente electo. En esa oportunidad el Consejo Nacional Electoral anunció que realizaría la auditoría requerida como extensión de la verificación ciudadana, sobre aquellas mesas que no habían sido objeto de esa verificación<sup>22</sup>.

De acuerdo con la LOPRE y el Reglamento, la verificación ciudadana es un proceso de auditoría que se realiza aleatoriamente culminado el acto de votación, y consiste en la verificación de los datos contenidos en el acta de escrutinio, lo cual incluye los comprobantes de votación y la revisión del cuaderno de votación, en el cual consta –entre otros datos- los electores que sufragaron. En realidad, la Mesa de la Unidad Democrática y el Comando

<sup>17</sup> En cuanto al discurso del Presidente encargado Maduro luego de conocerse el anuncio primero del Consejo, vid. <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/elecciones-2013/130414/maduro-tenemos-un-triunfo-electoral-justo-legal-y-constitucional>. La posición del entonces candidato Capriles puede ser vista en: <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/elecciones-2013/130415/capriles-el-derrotado-aqui-es-maduro-y-su-gobierno>. La nota oficial del Consejo Nacional Electoral sobre la proclamación, puede verse aquí: [https://www.cne.gob.ve/web/sala\\_prensa/noticia\\_detallada.php?id=3171](https://www.cne.gob.ve/web/sala_prensa/noticia_detallada.php?id=3171).

<sup>18</sup> Por ejemplo, <http://www.vtv.gob.ve/articulos/2013/04/15/cabello-conteo-de-votos-es-un-capricho-de-la-burguesia-que-no-quiere-reconocer-el-triunfo-7226.html>. Hasta la entonces Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, en rueda de prensa, sostuvo que la auditoría carecía de base legal. El resumen de esas declaraciones puede verse en <http://www.televen.com/luisa-estella-morales-senalo-que-la-auditoria-electoral-no-se-puede-hacer-de-forma-manual/>

<sup>19</sup> Por ejemplo, véase: <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/elecciones-2013/130415/Capriles-es-el-momento-de-la-razon-no-de-la-emocion>

<sup>20</sup> Fueron tres comunicaciones presentadas los días 15, 16 y 17. Pueden consultarse en: <http://venezuelasomostodos.com>

<sup>21</sup> Incluso, desde la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), se expresaron muestras de apoyo a la auditoría. Cfr.: Vid.: <http://www.elnacional.com/politica/Insulza-auditoria-propiciara-tranquilidad> y <http://www.unasursg.org/inicio/centro-de-noticias/archivo-de-noticias/declaraci%C3%B3n-de-los-jefes-de-estado>

<sup>22</sup> Ver: [https://www.cne.gob.ve/web/sala\\_prensa/noticia\\_detallada.php?id=3173](https://www.cne.gob.ve/web/sala_prensa/noticia_detallada.php?id=3173)

Simón Bolívar, desde el mismo día 15, insistieron no sólo en la verificación de los cuadernos de votación, sino además, en la verificación de los diversos instrumentos de votación electrónicos derivados de la elección, y en especial, los registros del SAI, para determinar la existencia de incidencias por la no coincidencia de los registros de las huellas de los electores que sufragaron así como el posible registro de duplicidad de huellas, es decir, huellas que quedaron registradas en el SAI con más de un elector<sup>23</sup>. Este pedimento de la auditoría encontraba expreso reconocimiento en el artículo 156 de la LOPRE, conforme al cual, todo el material electoral –físico o electrónico- es auditable. Junto a ello, por supuesto, el principio de transparencia, base de toda democracia, justificaba ampliamente el pedimento efectuado.

Sin embargo, en realidad, lo decidido por el Consejo Nacional Electoral el 18 de abril no respondía al pedimento originalmente efectuado. De otro lado, la posición asumida era ambigua: la verificación ciudadana sólo está prevista para ser realizada el mismo día de la elección, una vez suscrita el acta de escrutinio y sobre un número de mesas aleatoriamente seleccionadas. Ninguna norma legal expresamente habilitaba al Consejo para “ampliar” esa verificación, tanto más cuando el pedimento inicial de auditoría era mucho más amplio. En todo caso, luego de este anuncio, el 19 de abril el Presidente proclamado prestó juramento<sup>24</sup>.

El Consejo, pese a anunciar esa “auditoría”, guardó silencio sobre la metodología a emplear, hasta una nueva alocución pública transmitida la noche del sábado 27 de abril. Allí, el Consejo Nacional Electoral criticó abiertamente el pedimento de auditoría formulado, insistiendo que no había base legal para proceder conforme a lo solicitado y menos para auditar los cuadernos de votación. Con lo cual la auditoría se limitaría a la revisión de los comprobantes de votación depositados y el número total de votos de acuerdo con el acta de escrutinio<sup>25</sup>.

Ese pronunciamiento fue arbitrario. Primero, el Consejo Nacional introdujo notables matizaciones a la auditoría, que no fueron anunciadas el 18 de abril. De otro lado, el Consejo Nacional partió de un falso supuesto: considerar que no existía base legal para auditar los cuadernos de votación, cuando lo cierto es que de acuerdo con la LOPRE, el Reglamento y la práctica del Consejo, la verificación ciudadana implica examinar los cuadernos de votación<sup>26</sup>. Finalmente, nada dijo el Consejo en relación con la auditoría sobre los registros electrónicos del SAI.

La negativa arbitraria del Consejo Nacional Electoral afectó, todavía más, la transparencia de la elección. Otra muestra de esa falta de transparencia es que la totalización sólo culminó el 29 de abril, mucho tiempo después de la anticipada proclamación. La totalización anunciada ese día arrojó una brecha de 1,49%<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Véase el reportaje de Eugenio Martínez en El Universal del 29 de abril: <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/130429/cne-invirtio-bs-244-millones-en-plataforma-de-capta-huellas>

<sup>24</sup> En el discurso, el ahora Presidente en ejercicio volvió a cuestionar el pedimento de la auditoría. [http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc\\_4787089991ecca0438d29e6a94d3887130482609.pdf](http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_4787089991ecca0438d29e6a94d3887130482609.pdf)

<sup>25</sup> Véase el texto de esa alocución en: [http://www.cne.gob.ve/web/sala\\_prensa/noticia\\_detalle.php?id=3177](http://www.cne.gob.ve/web/sala_prensa/noticia_detalle.php?id=3177)

<sup>26</sup> Basta la revisión del modelo de acta de verificación ciudadana para comprobar cómo se requiere examinar los cuadernos de votación para comprobar los electores que sufragaron.

<sup>27</sup> [http://www.cne.gob.ve/resultado\\_presidencial\\_2013/r1/reg\\_000000.html](http://www.cne.gob.ve/resultado_presidencial_2013/r1/reg_000000.html)

La negativa injustificada de realizar una auditoría cónsona con el principio de transparencia, junto a la deliberada manipulación en cuanto a los instrumentos electorales que podían ser objeto de estudio, impidió conocer con exactitud la información sobre las condiciones bajo las cuales se desarrolló la elección del 14 de abril.

Ello, aunado a los abusos cometidos desde el mismo 5 de marzo, inevitablemente, arrojaron una sombra de duda sobre el resultado electoral que, incluso tardíamente, fue suministrado por el Consejo Nacional Electoral, y en el cual la ventaja a favor quien fuera Presidente encargado fue ciertamente baja, como vimos.

## II. LA IMPUGNACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL 14 DE ABRIL

### 1. *Los fundamentos del recurso contencioso-electoral de nulidad de elecciones presentado por el entonces candidato presidencial Henrique Capriles Radonski*

Contra la elección del 14 de abril fueron interpuestos distintos recursos contencioso-electorales, lo que resulta algo poco usual al tratarse de elecciones nacionales.

Destacamos, entre ellos, el recurso formulado por quien fuera candidato presidencial, Henrique Capriles, demandando la nulidad de toda la elección por “fraude, cohecho y violencia”, en los términos del artículo 215.2 de la LOPRE.

Tal supuesto de nulidad, cuestionado por un sector de la doctrina, responde en todo caso a la tradición de nuestro Derecho electoral. No se trata propiamente de un caso de “fraude” consistente en el indebido cómputo de votos, sino en la realización de elecciones bajo condiciones fraudulentas o abusivas, tanto antes de la elección (formación del Registro electoral, por ejemplo) como durante la elección (abusos durante el acto de votación). Esas condiciones afectan la objetividad y transparencia en la cual deben desarrollarse las elecciones, las cuales dejan de ser libre. Se trata, así, del mismo concepto de corrupción electoral estudiado en Derecho comparado<sup>28</sup>.

Este vicio de nulidad es claramente excepcional, pues incide sobre todo el proceso electoral y no ya sobre una de sus fases, como la votación. Por ello, tradicionalmente, se han exigido dos condiciones para la procedencia de tal vicio: (i) la existencia de elementos objetivos de abuso y (ii) que esos abusos hayan podido incidir en el resultado electoral. De allí que margen arrojado por ese resultado es determinante, pues mientras mayor es el margen mayor será la contundencia exigida para determinar la nulidad, mientras que en márgenes estrechos, los abusos son más susceptibles de incidir en el resultado electoral.

La elección del 14 de abril podía ser subsumida, precisamente, en causal de nulidad, básicamente, por dos hechos: (i) los abusos cometidos antes y durante el acto de votación, los cuales fueron corroborados por los abusos materializados luego de la votación, principalmente, con ocasión a la auditoría, y (ii) el estrecho margen con el cual resultó adjudicado el cargo de Presidente, todo lo cual permitía considerar que los abusos cometidos tenían capacidad para incidir en el ese resultado. Pero la procedencia o no del recurso era un tema de fondo sujeto como tal a las pruebas.

---

<sup>28</sup> Véase la visión crítica en Peña Solís, José, “Los recursos contencioso electorales en Venezuela”, FUNEDA, Caracas, 1994, pp. 233 y ss. “Nuestra posición en torno a este vicio” en Urosa, Daniela y Hernández G., José Ignacio, *Estudio analítico de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política*, FUNEDA, Caracas, 1998, pp. 83 y ss.

Lo importantes entonces es que, de acuerdo con las reglas procesales de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el Juzgado de Sustanciación de la Sala Electoral admitiera este recurso, siendo que además éste cumplía con los requisitos de admisibilidad taxativamente indicados en el artículo 180 de la Ley<sup>29</sup>.

2. *Las irregularidades procesales en la sustanciación de los recursos por parte de la Sala Electoral*

A pesar que el trámite de admisión del recurso contencioso electoral es sencillo, no fue cumplido por la Sala Electoral. La recusación de tres de los Magistrados que componen esa Sala, en contra de los principios procesales aplicables, paralizó *de hecho* la sustanciación, en tanto nunca se emitió pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso. Así, luego de rechazarse dos de esas recusaciones, el expediente fue paralizado de hecho, en espera de la decisión sobre la tercera recusación y, presumiblemente, la decisión sobre la admisión<sup>30</sup>.

3. *El abusivo avocamiento de la Sala Constitucional*

Pero la Sala Electoral no llegó a pronunciarse sobre la admisión del recurso, pues en violación a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Constitucional decidió, de oficio, avocarse no sólo al recurso incoado por el entonces Presidente, sino a todos los recursos intentados con ocasión a la elección del 14 de abril.

Así, la sentencia de la Sala Constitucional N° 795 de 20 de junio de 2013, la Sala Constitucional de oficio (por “notoriedad judicial”), decidió avocarse a distintos recursos contencioso-electorales conocidos por la Sala Electoral y relacionados con la elección presidencial del 14 de abril de 2013. En esa sentencia, la Sala Constitucional obvió las limitaciones que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia había establecido al reconocer su competencia para avocarse a juicios de otras Salas. De esa manera, pese a que la Ley condicionó el avocamiento de la Sala Constitucional a la presunción de violación del orden público constitucional, la sentencia comentada acordó el avocamiento considerando, simplemente, que la elección que había sido cuestionada era de trascendencia nacional:

“En el caso de autos, con mayor razón, existen méritos suficientes para que esta Sala estime justificado el ejercicio de la señalada potestad, pues ha sido cuestionada la transparencia de un proceso comicial de la mayor envergadura, como el destinado a la elección del máximo representante del Poder Ejecutivo, así como la actuación de órganos del Poder Público en el

---

<sup>29</sup> Según esa norma, en el escrito correspondiente se indicará con precisión la identificación de las partes y contendrá una narración circunstanciada de los hechos que dieron lugar a la infracción que se alegue y de los vicios en los que haya incurrido el supuesto o supuesta agravante. Cabe recordar que el trámite de inhibición está contemplado en los artículos 184 y 185 de la Ley: el mismo día, o al día siguiente de la recepción de la demanda, se requerirá un informe al Poder Electoral junto a los antecedentes, y luego de recibido (en un plazo máximo de tres días), se pronunciará sobre la admisión dentro de los dos días siguientes. La regla procesal es que la admisión debe acordarse en la medida en que no sea evidente la existencia de una causal de inadmisión. Este trámite, de hecho, fue suspendido por la Sala, en espera de la decisión sobre las recusaciones.

<sup>30</sup> La sentencia que declaró sin lugar la recusación de dos de los Magistrados de la Sala Electoral fue dictada el 27 de mayo de 2013, curiosamente, por el Juzgado de Sustanciación, a quien no le correspondía dictar esa decisión. De acuerdo con la sentencia, que los Magistrados recusados hayan militado en el partido de Gobierno o hayan sido funcionarios del Gobierno del Presidente Chávez, no constituía una causal de inhibición. En juicios electorales, por el contrario, la objetividad política de los Jueces debe extremarse, de forma tal que ante pruebas que acrediten, por ejemplo, militancia política de reciente data, debería preferirse la inhibición.

ejercicio de sus atribuciones constitucionales, de lo que se deduce la altísima trascendencia para la preservación de la paz pública que reviste cualquier juzgamiento que pueda emitirse en esta causa”.

Tal justificación no sólo se desvía de las limitaciones establecidas en la Ley, sino que además, es difícilmente defendible. En efecto, la Sala Constitucional se limitó a motivar el avocamiento en la trascendencia de la elección cuya “transparencia” fue cuestionada, a saber, la elección presidencial.

Sin embargo, lo cierto es que en los términos de la Constitución, la LOPRE y la propia Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, todo recurso contencioso electoral relacionado con la elección presidencial debe ser conocido por la Sala Electoral, pese a que siempre se tratará –en palabras de la Sala Constitucional- de un juicio que incide en la elección del máximo representante del Poder Ejecutivo. ¿Es que acaso puede haber un juicio electoral que cuestione una elección presidencial, sin que sea considerado un asunto de trascendencia nacional? ¿O es que, para la Sala Constitucional, no todo recurso contencioso electoral contra la elección presidencial es de trascendencia nacional?

La justificación dada por esta sentencia es, en realidad, irrelevante. La única razón por la cual la Sala Constitucional se avocó a esos juicios es por cuanto decidió, “graciosamente”, que tal avocamiento era prudente. No se trata entonces de una sentencia que aplicó la Ley al caso concreto, sino que aplicó la decisión que los Magistrados de la Sala Constitucional adoptaron sobre criterios meramente subjetivos. Ello evidencia que tal avocamiento no es tratado como una competencia sujeta a la Ley, sino como una especie de “prerrogativa” basada en la sola voluntad de la Sala Constitucional.

Como no podía ser de otra manera, la sentencia comentada se dictó en consideración a las “*altas funciones que como máximo garante de la constitucionalidad y último intérprete del Texto Fundamental*” le “corresponden” a la Sala Constitucional. Una frase que permite a la Sala Constitucional adoptar cualquier decisión, incluso, al margen de sus competencias definidas en la Constitución que dice interpretar.

La gravedad de la sentencia comentada es mayor, cuando se consideran los antecedentes de los recursos contencioso-electorales a los cuales se avocó la Sala Constitucional, y en especial, el recurso intentado por el entonces candidato Henrique Capriles. Ese recurso, como señalamos, se fundamentó en hechos de corrupción electoral realizados antes, durante y después de la elección del 14 de abril, que determinan la nulidad de toda la elección, de acuerdo con el artículo 215.2 de la LOPRE. Uno de los supuestos de fraude electoral denunciado es que el entonces candidato Nicolás Maduro pudo actuar como “Presidente Encargado” y candidato presidencial, en virtud de dos sentencias de la Sala Constitucional.

En efecto, la Sala Constitucional en sentencias de 9 de enero y 8 de marzo de 2013, permitió la continuidad del Gobierno del período 2007-2013 luego del vencimiento de ese período y, posteriormente, confirmó que el Vicepresidente Ejecutivo (para el período ya fenecido para el 10 de enero de 2013) debía asumir como Presidente Encargado luego de producirse la falta absoluta del Presidente electo, hecho acontecido el 5 de marzo. Finalmente, y sin motivación de ningún tipo, la sentencia de la Sala Constitucional creó un privilegio para el Vicepresidente Ejecutivo y ahora “Presidente Encargado”, al permitirle postularse como candidato a la elección presidencial que debía convocarse, sin necesidad de separarse del cargo.

De esa manera, la Sala Constitucional, al avocarse indebidamente a ese juicio contencioso electoral, terminaría conociendo de denuncias que cuestionan sus propias decisiones. Ello pone en evidencia, por un lado, el desviado ejercicio de la potestad de avocamiento, que

es de por sí una potestad inconstitucional, y además, comprueba la falta de objetividad de la Sala Constitucional para conocer de un juicio en el cual ella, lejos de ser Juez, pasa a ser actor principal.

Lo anterior queda corroborado por el examen de la decisión en N° 826 de 27 de junio de 2013 de Sala Constitucional, dictada en la causa de avocamiento. Aun cuando la Sala Electoral no había remitido los expedientes a los cuales la Sala Constitucional se había avocado, en esa decisión se decidió requerir al Consejo Nacional Electoral “*un informe contentivo de las resultas de las auditorías efectuadas por el ente comicial en el proceso de verificación ciudadana, incluyendo la verificación ampliada por decisión de su directorio del 18 de abril 2013, respecto del proceso electoral celebrado el 14 del mismo mes y año, así como los instrumentos que considere pertinentes a fin de ilustrar el criterio de esta Máxima Juzgadora*”.

La Sala Constitucional, incluso admitiendo su competencia para avocarse a los expedientes en cuestión, no podía solicitar tal información, innecesaria para los fines del avocamiento y, en todo caso, innecesaria para decidir sobre la admisión de los recursos incoados, como correspondía a la etapa procesal en la cual esos juicios se encontraban. Ello además evidencia cómo la Sala Constitucional no requirió los expedientes para decidir si se avocaba o no, ni ejerció esa competencia para declarar la nulidad de algún acto procesal por violación del orden constitucional. En realidad, los juicios a los cuales se avocó la Sala Constitucional no habían sido siquiera admitidos, con lo cual, en la práctica, la Sala Constitucional asumió el conocimiento de esos juicios para decidir si los admite o no.

Ahora bien, para decidir sobre la admisión de los recursos contencioso-electorales a los cuales se avocó, era innecesario solicitarle al Consejo Nacional Electoral el informe sobre los resultados de la auditoría, en tanto la decisión de admisión depende únicamente del cumplimiento de los extremos tasados en el artículo 180 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Además, la Sala Constitucional anticipó pronunciamiento sobre una de las cuestiones debatidas, a saber, la naturaleza de la “auditoría” realizada por el Consejo Nacional Electoral. De acuerdo con la comentada sentencia de la Sala Constitucional N° 826, esa auditoría fue realizada según el protocolo de la verificación ciudadana, cuando en realidad, el Consejo Nacional Electoral omitió el examen de los cuadernos de votación, que es uno de los elementos propios de la verificación ciudadana. De allí que la Sala Constitucional prejuzgó sobre una de las denuncias de corrupción electoral que habían sido formuladas en el recurso a cuyo conocimiento, de manera irregular, la propia Sala Constitucional se avocó.

Con esa decisión, se cerró una cadena de actos abusivos que, se insiste, afectaron la transparencia de la elección del 14 de abril y lesionaron, por ello, nuestro sistema democrático.



## LEGISLACIÓN



# Información Legislativa

## LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL SEGUNDO TRIMESTRE DE 2013

Recopilación y selección  
por Marianella Villegas Salazar  
*Abogado*

### SUMARIO

#### I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*. Administración Central. a. Órganos Desconcentrados de las Regiones Estratégicas de Desarrollo Integral (REDÍ). b. Comisión Presidencial. 2. *Poder Electoral: Registro Civil*

#### II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema de Control*. A. Auditoría de Estado. B. Declaración Jurada de Patrimonio. 2. *Sistema de Personal: Remuneraciones de los funcionarios y obreros de la Administración Pública Nacional*. 3. *Sistema Impositivo*. A. *Impuesto Sobre La Renta: Presentación Electrónica de las Declaraciones*. B. Impuesto al Valor Agregado: Exoneraciones

#### III. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Política de Relaciones Exteriores: Tratados, acuerdos y convenios*. 2. *Seguridad y defensa*. A. Cuerpo de Policía. B. Armas y Municiones. C. Seguridad Ciudadana. D. Infraestructura Penitenciaria. 3. *Régimen de Justicia y seguridad jurídica: Intérpretes Públicos*

#### IV. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. *Régimen Cambiario: Casas de Cambio*. 2. *Régimen de los bancos y otras instituciones financieras*. A. Créditos al sector manufacturero. B. Cartera Agraria. C. Encaje Legal. 3. *Régimen del comercio interno: Producción y comercialización de productos*. 4. *Régimen de la Energía Eléctrica: Plan de Uso Racional y Eficiente de Energía Eléctrica*. 5. *Régimen del Petróleo y la Minería: Empresas Petroquímicas*. 6. *Régimen de la Actividad Aseguradora*

#### V. RÉGIMEN DEL DESARROLLO SOCIAL

1. *Régimen de la Salud*. A. Control de Medicamentos. B. Servicios Médicos. 2. *Régimen del Patrimonio Cultural*. 3. *Régimen del Trabajo*. A. Salario Mínimo. B. Enfermedades Ocupacionales y Accidentes de Trabajo. 4. *Régimen del Deporte: Prevención y Convivencia en las Instalaciones Deportivas*. 5. *Régimen del Turismo*.

#### VI. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen del transporte y tránsito*. A. Transporte y tránsito terrestre. a. Servicio de Transporte Interurbano. b. Transporte Comunal. c. Tarifas. d. Trámites ante el INTI. B. Transporte y Tráfico Aéreo: Regulaciones Aeronáuticas. 2. *Régimen de las Comunicaciones*. A. Calificación de los equipos de uso libre. B. Servicio de Correos.

## I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

### 1. Régimen del Poder Ejecutivo Nacional

#### A. Administración Central

##### a. Órganos Desconcentrados de las Regiones Estratégicas de Desarrollo Integral (REDÍ)

Resolución N° 031 de la Vicepresidencia de la República, mediante la cual se establece la Estructura y Normas de Funcionamiento de los órganos Desconcentrados de las Regiones Estratégicas de Desarrollo Integral (REDÍ). *G.O.* N° 40.193 de 20-6-2013.

##### b. Comisión Presidencial

Decreto N° 9.445 de la Presidencia de la República, mediante el cual se designa la Comisión Presidencial para el resguardo, estudio, preservación y difusión del legado del Comandante Supremo de la Revolución Bolivariana, potenciando, facilitando y agilizando actividades divulgativas a corto plazo.

### 2. Poder Electoral: Registro Civil

Resolución N° 130320-0113 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se resuelve dictar el Instructivo Relativo a los Criterios Únicos de Rectificación de Actas o Cambio de Nombres en Sede Administrativa. *G.O.* N° 40.178 de 30-5-2013.

## II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

### 1. Sistema de Control

#### A. Auditoría de Estado

Resolución N° 01-00-000090 de la Contraloría General de la República, mediante la cual se dicta las Normas Generales de Auditoría de Estado. *G.O.* N° 40.172 de 22-5-2013.

#### B. Declaración Jurada de Patrimonio

Resolución N° 01-00-000055 de la Contraloría General de la República, mediante la cual se exige la presentación anual de la Declaración Jurada de Patrimonio actualizada a las máximas autoridades, funcionarios que ocupen cargos de alto nivel o de confianza en los órganos y entes del Poder Público Nacional, Estadal y Municipal de los estados que en ella se especifican. *G.O.* N° 40.153 de 24-4-2013.

Resolución N° 01-00-000091 de la Contraloría General de la República, mediante la cual se resuelve que los días transcurridos desde el 10 de mayo y hasta el 31 de mayo de 2013, no se computarán a los efectos del lapso de treinta (30) días previsto para que los funcionarios o empleados públicos presenten su Declaración Jurada de Patrimonio con ocasión al ingreso o cese del ejercicio del cargo o función. *G.O.* N° 40.174 de 24-5-2013.

### 2. Sistema de Personal: Remuneraciones de los funcionarios y obreros de la Administración Pública Nacional.

Decreto N° 149 de la Presidencia de la República, mediante el cual se establece el sistema de remuneraciones de las funcionarias y funcionarios de la Administración Pública Nacional. *G.O.* N° 40.178 de 30-5-2013.

Decreto N° 150 de la de la Presidencia de la República, mediante el cual se establece el ajuste al sistema de remuneraciones de las obreras y obreros de la Administración Pública Nacional. *G.O.* N° 40.178 de 30-5-2013.

### 3. *Sistema Impositivo*

#### A. *Impuesto Sobre La Renta: Presentación Electrónica de las Declaraciones*

Providencia N° SANTA/2013/0034 del SENTÍA, mediante la cual se establece el deber de presentación electrónica de las Declaraciones del Impuesto Sobre la Renta. *G.O.* N° 40.190 de 17-6-2013.

#### B. *Impuesto al Valor Agregado: Exoneraciones*

Decreto N° 9.468 de la Presidencia de la República, mediante el cual se exonera del pago de Impuesto al Valor Agregado, en los términos y condiciones previstos en este Decreto, a las importaciones definitivas de bienes muebles corporales realizadas por los Órganos y Entes de la Administración Pública Nacional, destinados exclusivamente al Proyecto «Construcción de Planta Industrial de Cemento con capacidad de un millón de toneladas métricas al año de Cemento Portland» que en él se señalan. *G.O.* N° 40.143 de 9-4-2013.

Decreto N° 9.469 de la Presidencia de la República, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto al Valor Agregado, en los términos y condiciones previstos en este Decreto, a las importaciones definitivas de bienes muebles corporales realizadas por los Órganos y Entes de la Administración Pública Nacional, enmarcadas exclusivamente en el Proyecto «Consolidación de la Capacidad Industrial del Sector de Piezas Sanitarias para el Uso del Pueblo Venezolano» que en él se señalan. *G.O.* N° 40.143 de 9-4-2013.

Decreto N° 9.470 de la Presidencia de la República, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto al Valor Agregado, en los términos y condiciones previstos en este Decreto, a las importaciones definitivas de bienes muebles corporales realizadas por los Órganos y Entes de la Administración Pública Nacional, destinados exclusivamente a la Misión Soldado de la Patria para los integrantes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana que en él se señalan. *G.O.* N° 40.143 de 9-4-2013.

## III. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

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

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Camerún. *G.O.* N° 40.185 de 10-6-2013.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Polonia. *G.O.* N° 40.185 de 10-6-2013.

Resolución N° DM/084 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se informa la entrada en vigor del «Convenio entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre la Creación y las Condiciones de Funcionamiento de los Centros de Ciencia y Cultura», conforme al Artículo 17 de su texto, a partir del 30 de abril de 2013. *G.O.* N° 40.180 de 3-6-2013.

Resolución N° DM/085 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se suscribe el «Memorando de Entendimiento entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Cuba para la Conformación de una Agenda Económica Bilateral a Mediano y Largo Plazos». *G.O.* N° 40.180 de 3-6-2013.

Resolución N° DM/086 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se publica el texto del «Acuerdo Administrativo para la Aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República del Ecuador» y su anexo. *G.O.* N° 40.180 de 3-6-2013.

Resolución N° 095 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se procede a la publicación del «Adenda N° 18 al Convenio Integral de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Argentina». *G.O.* N° 40.196 de 26-6-2013.

Resolución N° 096 Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se procede a la publicación del «Memorándum de Entendimiento entre la República Bolivariana de Venezuela y el Estado Plurinacional de Bolivia para establecer Alianzas Estratégicas en materia de Comunicación e Información». *G.O.* N° 40.196 de 26-6-2013.

Resolución N° 097 Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se procede a la publicación del «Memorándum de Entendimiento entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Nicaragua en materia de Cooperación Policial». *G.O.* N° 40.196 de 26-6-2013.

Resolución N° DM/098 Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se procede a la publicación de la Decisión N° 35/00 relativa a los «Mecanismos de Cooperación Consular entre los Países del MERCOSUR, Bolivia y Chile». *G.O.* N° 40.196 de 26-6-2013.

Resolución N° DM/098 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se procede a la publicación de la Decisión N° 35/00 relativa a los «Mecanismos de Cooperación Consular entre los Países del MERCOSUR, Bolivia y Chile».- (Se reimprime por error de imprenta). *G.O.* N° 40.197 de 27-6-2013.

## 2. *Seguridad y defensa*

### A. Cuerpo de Policía

Providencia N° 003 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia (Sistema Integrado de Policía), mediante la cual se prorroga por treinta (30) días continuos el lapso para la postulación de los ciudadanos y ciudadanas a constituir las listas regionales y la lista nacional de los integrantes de los Consejos Disciplinarios del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana y demás Cuerpos de Policía estatales y municipales. *G.O.* N° 40.140 de 4-4-2013.

### B. Armas y Municiones

Ley para el Desarme y Control de Armas y Municiones. *G.O.* N° 40.190 de 17-6-2013.

### C. Seguridad Ciudadana

Resolución Conjunta N° 092 y N° 00618 de los Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia y para la Defensa, mediante la cual se suspende temporalmente el Permiso de Porte y Tenencia de Armas de Fuego y Armas Blancas, el expendio y distribución de bebidas alcohólicas y se prohíben las reuniones y manifestaciones públicas, así mismo, se prohíbe la circulación de vehículos de carga y camiones blindados en todo el territorio nacional en el periodo que en ella se especifica, en los términos que en ella se indican. (Desde el viernes 12/04/2013, a las 06:00 pm. hasta el lunes 15/04/2013 a las 06:00 pm.). *G.O.* N° 40.142 de 8-4-2013.

Resolución Conjunta N° 093 y N° 00619 de los Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia y para la Defensa, mediante la cual se establece estricto control del desplazamiento fronterizo de personas, vehículos y carga, por vía terrestre, durante el periodo y horario que en ella se señalan. (Desde las 06:00 am. del día martes 09/04/2013 hasta las 06:00 am. del día lunes 15/04/2013). *G.O.* N° 40.142 de 8-4-2013.

Resolución Conjunta N° 097 y S/N° de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia y para la Defensa, mediante la cual se suspende temporalmente el Permiso de Porte y Tenencia de Armas de Fuego y Armas Blancas en todo el Territorio Nacional, y se mantiene el acuartelamiento general del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, Cuerpos de Policía Estadales y Cuerpos de Policía Municipales, desde el día martes dieciséis (16) de abril de 2013, a las (06:00 a.m.), hasta el día sábado veinte (20) de abril de 2013, a las 18:00 horas (06:00 pm). *G.O.* N° 40.147 de 15-4-2013.

#### D. *Infraestructura Penitenciaria*

Decreto N° 105 de la Presidencia de la República, mediante el cual se proroga por un lapso de tres (03) meses, contados partir del 22 de abril de 2013, la Emergencia en materia de Infraestructura Penitenciaria, para que el Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario y sus entes adscritos continúen ejecutando las soluciones necesarias para la construcción, recuperación y optimización de los Centros de Procesados Judiciales. *G.O.* N° 40.169 de 19-5-2013.

#### 3. *Régimen de Justicia y seguridad jurídica: Intérpretes Públicos*

Resolución N° 170 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se dicta la Normativa que Regula el Procedimiento para Intérpretes Públicos. *G.O.* N° 40.179 de 31-5-2013.

### IV. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

#### 1. *Régimen Cambiario: Casas de Cambio*

Resolución N° 037-13 DE LA SUDEBAN, mediante la cual se dicta las Normas que Regulan la Organización, Funcionamiento y Cese de Actividades de las Casas de Cambio. *G.O.* N° 40.160 de 6-5-2013.

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

##### A. *Créditos al sector manufacturero*

Resolución N° 13-05-01 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se establece que los Bancos Universales, así como Bancos Comerciales en Proceso de Transformación, no podrán cobrar por las operaciones crediticias que destinen al sector manufacturero, con ocasión de dicha actividad, una tasa de interés anual superior al diecinueve por ciento (19%). *G.O.* N° 40.174 de 24-5-2013.

##### B. *Cartera Agraria*

Resolución N° 028.13 de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, mediante la cual se dictan las «Normas Relativas al Régimen Especial de Requisitos de Información y Constitución de Provisiones para la Cobertura de Riesgo de la Cartera Agrícola». *G.O.* N° 40.140 de 4-4-2013.

### C. *Encaje Legal*

Resolución N° 13-04-01 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se establece el cálculo de la posición de encaje que deberán mantener depositado en el Banco Central de Venezuela las Instituciones Bancarias que hayan adquirido «Certificados de Participación Desmaterializados Simón Bolívar 2013» emitidos por el Fondo Simón Bolívar para la Reconstrucción, S.A. *G.O.* N° 40.155 de 26-4-2013.

#### 3. *Régimen del comercio interno: Producción y comercialización de productos*

Resolución Conjunta N° DM/S/N, DM/039/2013, DM/S/N y DM/S/N de los Ministerios del Poder Popular para la Alimentación, para la Agricultura y Tierras, para el Comercio y de Finanzas, 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), pagado al productor y al mayorista de los productos alimenticios y rubros que en ella se especifican. (Pollo, Carne de Res, Leche, Queso). *G.O.* N° 40.166 de 14-5-2013.

Aviso Oficial Ministerios del Poder Popular para la Alimentación, para la Agricultura y Tierras, para el Comercio y de Finanzas, mediante el cual se corrige la Resolución Conjunta de fecha 14 de mayo de 2013, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.166, de la misma fecha. (Referente al PMVP de Productos Alimenticios). *G.O.* N° 40.167 de 15-5-2013.

Resolución Conjunta N° DM S/N, DM/042/2013, DM S/N y DM S/N de los Ministerios del Poder Popular para la Alimentación, para la Agricultura y Tierras, para el Comercio y de Finanzas, 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), pagado al productor y al mayorista de los productos alimenticios y rubros que en ella se especifican. (Pollo, Carne de Res, Leche y Queso). *G.O.* N° 40.169 de 19-5-2013.

Resolución Conjunta N° DM/045/2013 y N° DM/S N° de los Ministerios del Poder Popular para la Alimentación, para la Agricultura y Tierras, para el Comercio y de Finanzas, mediante la cual se fija en todo el territorio nacional el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP) de la leche en polvo. *G.O.* N° 40.174 de 24-5-2013.

Resolución Conjunta N° DM/035, DM/024/2013, DM/028, DM/003 y DM/033 de los Ministerios del Poder Popular para el Comercio, para la Agricultura y Tierras, para la Alimentación, de Finanzas y de Industrias, mediante la cual se fija el precio mínimo del Girasol de producción nacional, colocado por el productor en los sitios habituales de recepción conforme a la tabla que en ella se indica. (Bs. 5,40). *G.O.* N° 40.190 de 17-6-2013.

#### 4. *Régimen de la Energía Eléctrica: Plan de Uso Racional y Eficiente de Energía Eléctrica*

Resolución N° 014 del Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica, mediante la cual se establece la obligación de Registrarse y Suministrar la Información correspondiente al Plan de Uso Racional y Eficiente de Energía Eléctrica en el portal web de la Corporación Eléctrica Nacional S.A. (CORPOELEC) a los usuarios que en ella se mencionan. (Aquellos con una demanda superior a 2MW, todos los órganos y entes de la administración pública, entre otros). *G.O.* N° 40.166 de 14-5-2013.

#### 5. *Régimen del Petróleo y la Minería: Empresas Petroquímicas*

Normas del Ministerio del Poder Popular para Petróleo y Minería, para la inscripción en el Registro Nacional de Empresas Petroquímicas. *G.O.* N° 40.153 de 24-4-2013.

## 6. Régimen de la Actividad Aseguradora

### Superintendencia de la Actividad Aseguradora

Providencia N° FSA-000747 de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, mediante la cual se establece las Normas Relativas a los Estados Financieros Analíticos Mensuales (*sic*) que deben presentar las Empresas de Seguros autorizadas para operar en Venezuela. *G.O.* N° 40.154 de 25-4-2013.

Providencia de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, mediante la cual se dicta las Normas para la Liquidación Administrativa de los Sujetos Regulados por la Ley de la Actividad Aseguradora. *G.O.* N° 40.160 de 6-5-2013.

## V. RÉGIMEN DEL DESARROLLO SOCIAL

### 1. Régimen de la Salud

#### A. Control de Medicamentos

Resolución N° 035 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se dicta la Lista N° 2 de Medicamentos con Régimen de Venta «Sin Prescripción Facultativa». (Aceclofenac, Acetaminofen, Ácido Bórico, Alcohol, Bencidamina; entre otros). *G.O.* N° 40.143 de 9-4-2013.

Resolución N° DM/011-13 del Ministerio del Poder Popular para la Alimentación, mediante la cual se prorroga por cuarenta y cinco (45) días hábiles el plazo establecido en el Parágrafo Único del Artículo 16 de la Resolución Conjunta de fecha 25 de julio de 2012, emanada de los Ministerios que en ella se señalan, en la cual se instrumenta el Sistema Integral de Control de Medicamentos (SICM). (*G.O.* N° 39.971 de fecha 25 de julio 2012). Las autoridades militares se abstendrán de exigir la Guía Única de Movilización, Seguimiento y Control de Medicamentos destinados tanto a la comercialización como a la distribución, en el territorio nacional). *G.O.* N° 40.146 de 12-4-2013.

Resolución N° 048 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se deja sin efecto las Resoluciones N° 030 y 035, de las fechas que en ella se señalan. (Resolución N° 030, *G.O.* N° 40.136, mediante la cual se dicta la lista de medicamentos con régimen de ventas sin prescripción facultativa y N° 035 *G.O.* N° 40.143 mediante la cual se dicta la lista N° 2 de medicamentos con régimen de ventas sin prescripción facultativa). *G.O.* N° 40.163 de 9-5-2013.

Resolución N° 049 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se regula la prescripción de medicamentos a seres humanos en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 40.163 de 9-5-2013.

Resolución N° DM/037-13 del Ministerio del Poder Popular para la Alimentación, mediante la cual se prorroga por cuarenta y cinco (45) días hábiles el plazo establecido en el Parágrafo Único del Artículo 16 de la Resolución Conjunta de fecha 25 de julio de 2012, emanada de los Ministerios que en ella se indican. (Mediante la cual se Instrumenta el Sistema Integral de Control de Medicamentos). *G.O.* N° 40.191 de 18-6-2013.

#### B. Servicios Médicos

Providencia N° 294 de la Superintendencia Nacional de Costos y Precios, mediante la cual se Categoriza la Prestación de Servicios Médicos, se establece los procedimientos para la Inscripción de los Centros de Salud Privados en el Registro Nacional de Precios de Bienes y Servicios, y se determinan los Precios de los Servicios Médicos que en ella se señalan. *G.O.* N° 40.196 de 26-6-2013.

## 2. *Régimen del Patrimonio Cultural*

Providencia N° 017/13 del Instituto del Patrimonio Cultural, mediante la cual se declara Bien de Interés Cultural el Centro Histórico de Barinas, ubicado en el municipio Barinas del estado Barinas. *G.O.* N° 40.176 de 28-5-2013.

Decreto N° 201 de la Presidencia de la República, mediante el cual se declara Monumento Nacional la obra arquitectónica denominada «La Flor de Venezuela», ubicada en la esquina Avenida Bracamonte con la Avenida Venezuela de la ciudad de Barquisimeto, Estado Lara, en virtud del valor que para la historia nacional tiene este preciado bien, y la necesidad de exaltar las cualidades por las cuales se le considera una extraordinaria obra, que enaltece la cultura venezolana, sus tradiciones, símbolos y costumbres. *G.O.* N° 40.197 de 27-6-2013.

## 3. *Régimen del Trabajo*

### A. *Salario Mínimo*

Decreto N° 30 de la Presidencia de la República, mediante el cual se fija un aumento del Salario Mínimo mensual obligatorio, en todo el Territorio Nacional, para los trabajadores y las trabajadoras que presten servicios en los sectores público y privado. (20% 01/05/2013 Bs. 2457,02; 10% 01/09/2013 Bs. 2702,73 y entre 5% y 10% a partir de 01/11). *G.O.* N° 40.157 de 30-4-2013.

### B. *Enfermedades Ocupacionales y Accidentes de Trabajo*

Providencia N° 03 del INPSASEL, mediante la cual se corrige la Tabla de Limitación de Movimiento de la Columna Cervical, del Capítulo 5, correspondiente al Sistema Musculo esquelético que en ella se menciona. (*G.O.* N° 40.154, Anexo de la Providencia Administrativa N° 17, donde se ordena publicar el Baremo Nacional para la Asignación del Porcentaje de Discapacidad por Enfermedades Ocupacionales y Accidentes de Trabajo). *G.O.* N° 40.193 de 20-6-2013.

## 4. *Régimen del Deporte: Prevención y Convivencia en las Instalaciones Deportivas*

Resolución Conjunta N° 182, 039-13 y 000097, mediante la cual se establecen las Normas que Regulan la Prevención Integral y Convivencia Solidaria en los Estadios o Instalaciones Deportivas. *G.O.* N° 40.183 de 6-6-2013.

## 5. *Régimen del Turismo*

Resolución N° 049 del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, mediante la cual se establecen los requisitos que deberán consignar los prestadores de servicios turísticos, que soliciten la emisión por parte de este Ministerio. *G.O.* N° 40.187 de 12-6-2013.

## VI. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

### 1. *Régimen del transporte y tránsito*

#### A. *Transporte y tránsito terrestre*

##### a. *Servicio de Transporte Interurbano*

Resolución Conjunta N° DM/N° 003-2013, DM/S/N° y DM/013 de los Ministerios del Poder Popular para el Comercio, para Relaciones Interiores y Justicia y para Transporte Terrestre, mediante la cual se establece el Reglamento Técnico que contiene la Tipología para

los vehículos destinados al Servicio de Transporte Terrestre Interurbano en Unidades Tipo Autobús Doble Piso, en los términos que en ella se indican. (Altura de Vehículo, Ancho de Vehículo, Año de fabricación de la carrocería, entre otras). *G.O.* N° 40.146 de 12-4-2013.

b. *Transporte Comunal*

Normas del Ministerio del Poder Popular para las Comunas y Protección Social, de Funcionamiento y Uso del Transporte Comunal que en ella se señala. *G.O.* N° 40.163 de 9-5-2013.

c. *Tarifas*

Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para Transporte Terrestre, para Comercio y para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se fija la tarifa máxima a nivel nacional, del Servicio Público de Transporte Terrestre de Pasajeros en las rutas Interurbanas, en las modalidades que en ella se señalan, a partir del 15 de junio y a partir del 15 de septiembre de 2013. *G.O.* N° 40.182 de 5-6-2013. (Véase *G.O.* N° 6.101 Extraordinario de esta misma fecha).

Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para Transporte Terrestre, para Comercio y para Relaciones Interiores, Justicia y Paz mediante la cual se fija la tarifa máxima a nivel nacional, del Servicio Público de Transporte Terrestre de Pasajeros en las rutas Suburbanas, en las modalidades que en ella se indican, a partir del 15 de junio y a partir del 15 de septiembre de 2013.- *G.O.* N° 40.182 de 5-6-2013. (Véase *G.O.* N° 6.101 Extraordinario de esta misma fecha).

d. *Trámites ante el INTT*

Providencia N° 360-2013 del Instituto Nacional de Transporte Terrestre, mediante la cual se regula la Planilla Única Administrativa de Trámites (PUT), de este Instituto. *G.O.* N° 40.179 de 31-5-2013.

B. *Transporte y Tráfico Aéreo: Regulaciones Aeronáuticas*

Providencias mediante las cuales se dicta las Regulaciones Aeronáuticas Venezolanas (RAV) que en ellas se mencionan, en los términos que en ellas se indican. (Véase *G.O.* N° 6.099 Extraordinario de la misma fecha). *G.O.* N° 40.173 de 23-5-2013.

2. *Régimen de las Comunicaciones:*

A. *Calificación de los equipos de uso libre*

Providencia N° 059 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), mediante la cual se dicta la Reforma de las condiciones para la calificación de los equipos de uso libre. *G.O.* N° 40.185 de 10-6-2013.

B. *Servicio de Correos*

Resolución N° 029 del Ministerio del Poder Popular para Ciencia, Tecnología e Innovación, mediante la cual se dicta la Normativa para la Apertura de Cuenta Auxiliar para el registro del Franqueo Postal Obligatorio a favor del Instituto Postal Telegráfico de Venezuela (IPOSTEL) percibidos por los Operadores Postales Privados. *G.O.* N° 40.165 de 13-5-2013.



## Comentarios Legislativos

### EL CENTRO DE ESTUDIO SITUACIONAL DE LA NACIÓN, LA NECESIDAD Y LA PELIGROSIDAD DE LIMITAR LA INFORMACIÓN

Rodrigo E. Lares Bassa

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela*

**Resumen:** *El Centro de Estudio Situacional de la Nación fue creado con la intención de proveerle al Poder Ejecutivo Nacional toda información que facilite la toma de decisiones estratégicas para proteger los intereses y objetivos vitales de la Nación, y para facilitar la ejecución de las políticas públicas y el cumplimiento de los cometidos esenciales del Estado. Revisando el articulado del Decreto que lo crea surgen interrogantes acerca de si su articulado viola o no el derecho de la libertad de expresión y del debido proceso.*

**Palabras Clave:** *Seguridad de la Nación; Poder Ejecutivo Nacional; derecho a la información; derecho de la libertad de expresión y del debido proceso.*

**Abstract:** *The Center of Situational Study of the Nation was created with the intention of providing the National Executive Power with all the information to facilitate the taking of strategic decisions to protect the vital interests and objectives of the Nation, and to facilitate the execution of public powers and the compliance of the essential tasks of the State. Reviewing the provisions of the Decree that creates such center, questions arise as to whether its provisions infringe or not the right of freedom of speech and due process.*

**Key words:** *National Security; National Executive Power; right of freedom of speech and due process.*

El 1 de junio de 2010 se ordenó la creación del Centro de Estudio Situacional de la Nación. Se trata de un Centro creado para proveerle al Poder Ejecutivo Nacional de toda información que “facilite la toma de decisiones estratégicas para proteger los intereses y objetivos vitales de la Nación, y para facilitar la ejecución de las políticas públicas y el cumplimiento de los cometidos esenciales del Estado”. Al menos así lo establece el artículo 3 del Decreto N° 7.454 que ordenó su creación y que se publicó en la *Gaceta Oficial Gaceta Oficial* N° 39.436 de fecha 1 de junio de 2010. Esto quiere decir que el Centro de Estudio Situacional de la Nación (‘Cesna’ es el acrónimo que el referido Decreto le confiere) no es más que un think tank al servicio del Estado.

No hay, inicialmente, objeciones jurídicas para con las funciones que establece el artículo 5 del Decreto N° 7.454. El Cesna recopilará y estudiará toda información que le suministre el Estado o, bien, los particulares, para que, apoyándose en aquél, el Poder Ejecutivo Nacional tome decisiones informadas, y, por lo tanto, acertadas. Esto, repito, no es susceptible de objeción.

El artículo 9, en cambio, sí es objetable, o, al menos, sobre él debe hacerse un análisis más o menos complejo. Este artículo establece que el Presidente del Cesna, quien, por cierto, será designado por el Ministro de Justicia previa venia del Presidente de la República,

“podrá declarar el carácter de reservada, clasificada o de divulgación limitada a cualesquiera información, hecho o circunstancia, que en cumplimiento de sus funciones tenga conocimiento o sea tramitada en el Centro de Estudio Situacional de la Nación, de conformidad con lo establecido en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el artículo 171 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública”.

Este artículo prevé a favor del Presidente del Cesna la facultad para decidir que “cualquiera información” sea reservada, clasificada o limitadamente difundida. El artículo establece, asimismo, que esta facultad se practicará de acuerdo con las dos disposiciones allí mencionadas: El artículo 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el artículo 171 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

El primero se refiere al derecho de acceso al expediente administrativo. De acuerdo con el artículo 59, los interesados pueden libremente leer y copiar cualquier documento contenido en un expediente, salvo los documentos calificados como confidenciales. Nótese, sin embargo, que esta calificación le corresponde al “superior jerárquico”, quien debe hacerla a través de un acto motivado. La aplicación de esta disposición reduce no sólo eventuales ampliaciones de las funciones del Cesna sino el mismísimo contenido del artículo 9. Si se tiene en cuenta que el Cesna procesa “cualquier información”, quizás podría concluirse que aquél es competente para clasificar, con los efectos que la clasificación aparea, toda la información que se genere en el país, y aún, fuera de él. Que el Cesna, pues, no es sino un contralor universal de contenidos. Una lectura detallada del artículo 9 y del Decreto N° 7.454 nos conducirá a una conclusión distinta.

En primer lugar, el artículo 325 de la Constitución prevé que el Poder Ejecutivo Nacional se reservó la clasificación y la divulgación de los “asuntos que guarden relación directa con la planificación y ejecución de operaciones concernientes a la seguridad de la Nación, en los términos que la ley establezca”. Esta norma, aún cuando no se la mencione expresamente en el Decreto N° 7.454, sí se tiene en cuenta, casi literalmente, en uno de sus considerandos. Esto quiere decir que la limitación de la información a la que alude el artículo 9 está determinada por ese otro artículo 325. Sólo podría limitarse la información que esté relacionada directamente con la seguridad de la Nación. Sin embargo, si se analiza con más detalle, podría incluso objetarse la clasificación informativa del Presidente del Cesna.

¿Por qué? Porque la Constitución remite todo lo referente a esta clasificación a una ley, y, a su vez, la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación (que podría entenderse como la ley a la que remite el artículo 325 de la Constitución) hace otra referencia a una ley cuando en su artículo 27 habla de la clasificación de actividades, informaciones y documentos. No hay, en este caso, una delegación a favor del Poder Ejecutivo Nacional, por lo que la determinación que realice el Presidente del Cesna no encontraría fundamento competencial. Es decir: Carecería de competencia para hacerlo debido a que quien se la atribuyó, en principio, no podía hacerlo.

Sin embargo, una lectura que permita la existencia del artículo 9 sería que la competencia del Presidente del Cesna se circunscriba a documentos emanados del Cesna o relacionados directa, y exclusivamente, a expedientes sustanciados por ante aquél. De no hacerse esta lectura, creo, salvo mejor opinión, que el artículo 9 carecería de sentido jurídico. La declaratoria que realice el Presidente del Cesna en esos términos, empero, no debe ser consecuencia de la más cruda discrecionalidad. Si es así, también carecería de sentido. No en vano el artículo 9 alude expresamente al artículo 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que requiere que el acto que califique la información sea debidamente motivado. La sola referencia a la “seguridad de la Nación” no bastaría, como tampoco lo haría una reserva

absoluta. Es cierto que tal seguridad está protegida jurídicamente y que exige medidas preventivas para asegurar la gobernabilidad (sent. de la Sala Constitucional en el caso *Globovisión* del 18 de junio de 2009), pero, si se aplicase el artículo 9 tal y como está redactado, se establecería una censura que el artículo 57 de la Constitución expresamente prohíbe.

La referencia al artículo 171 de la Ley Orgánica de la Administración Pública también conduce a reducir interpretativamente el referido artículo 9. Y es que esa norma establece que los funcionarios públicos deberán expedir las copias certificadas que se les soliciten, salvo que, en el caso, los documentos y los expedientes se hubieren declarado secretos o confidenciales. Si, por ejemplo, un diario publicó una noticia, y el Presidente del Cesna considera que se trata de una información que debe reservarse, no podrá ordenar el comiso de todos los ejemplares de los diarios, debido a que, de hacerlo, amenazará la libertad de expresión que consiste no sólo en difundir una información, sino también en recibirla.

No me opongo a la existencia de secretos administrativos ni de expedientes confidenciales. En la práctica, hay muchos, e insisto, son necesarios (Rodolfo Porro Aletti, *La Ley Orgánica de la Administración Pública garantiza el goce y ejercicio de los derechos humanos*, Ministerio del Poder Popular para Economía y Finanzas, Caracas, 2009, p. 34). En los procedimientos antitrust, por ejemplo, es usual que se reserve la revisión de los expedientes.

El tema es que esta y todas las disposiciones que limiten la información deben interpretarse restrictivamente debido a que, si no ocurre, se afectará la Constitución. Y no sólo por la violación de la libertad de expresión, sino, también, por la del debido proceso que ampare a quienes resulten afectados por la información limitada. Es así, que en un caso decidido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el que se había ordenado la baja militar de dos alumnos sin informárseles de las razones ni permitirseles el acceso a la decisión sancionatoria, la Corte Primera dispuso que esa reserva informativa violaba el derecho al debido proceso entendido como “la máxima expresión de tutela del Estado de Derecho y de Justicia” (sent. del 25 de febrero de 2009 en el caso *Jesser Paredes*).

El artículo 9 del decreto N° 7.454 debe interpretarse en el entendido que se refiere a informaciones emanadas del Cesna o circunscrita a expedientes directa y exclusivamente sustanciados por aquél, debiendo permitirse, siempre, en este último caso, el acceso de los interesados. Si no se hace eso, creo que el destino judicial de ese artículo 9 sería su nulidad.



# EL CASTELLANO COMO IDIOMA OFICIAL Y LOS IDIOMAS AUTÓCTONOS (A PROPÓSITO DE LA REGULACIÓN DE LA LEY DE IDIOMAS INDÍGENAS)

José Rafael Belandria García  
Abogado\*

**Resumen:** *La investigación precisa cuál es el idioma oficial en Venezuela. Si bien la Constitución parece clara en ese sentido, al indicar que es el castellano, la interpretación y regulación que ha efectuado sobre este tema la Ley de Idioma Indígenas, al decir que éstos también son oficiales en el país, genera confusión. Con fundamento en los diarios de debate del proceso de elaboración de la Constitución, se coloca de relieve la intención de sus redactores y el sentido del precepto, para finalmente concluir que el idioma oficial en Venezuela es el castellano y los idiomas de los pueblos indígenas son oficiales para los integrantes de esos pueblos, en sus relaciones propias. Se advierte la situación de la norma legal cuestionada y las consecuencias jurídicas, en el ámbito público y privado, de que el castellano sea el idioma oficial.*

**Palabras Clave:** *-Castellano, idioma oficial, idiomas indígenas, Constitución.*

**Abstract:** *The research specifies which is the official language in Venezuela. Although the Constitution seems to be clear on this matter, by indicate that it is Spanish, the interpretation and regulation carried out on this topic by the Law of Indigenous Language, by saying that these are also official in the country, generates confusion. Based on the debate minutes from the process of drafting the Constitution, the intention of its drafters and the sense of the precept are highlighted, to finally conclude that the official language in Venezuela is Spanish and the indigenous languages are official for the members of these peoples, in their own relations. It warns the situation of the legal rule questioned, and the legal consequences, in the public and private spheres, that the Spanish is the official language.*

**Key words:** *-Spanish, official language, indigenous languages, Constitution.*

## I. INTRODUCCIÓN

¿Existe en Venezuela, además del castellano, otros idiomas oficiales? La Constitución dice en su artículo 9 que el castellano es el idioma oficial, y lo mismo hacía la derogada Constitución de 1961, en su artículo 6, siendo éstas las únicas Constituciones en la historia de Venezuela, del total de veintiséis que el país tiene<sup>1</sup>, en incorporar una disposición de este

---

\* Universidad de Los Andes, Abogado *Magna Cum Laude*. Universidad Católica Andrés Bello, Especialista en Derecho Administrativo. Universidad Complutense, Madrid, Reino de España, Diploma de Estudios Avanzados y Doctor en Derecho Administrativo *Sobresaliente Cum Laude por unanimidad*.

<sup>1</sup> Aquellas sancionadas en los años 1811, 1819, 1821, 1830, 1857, 1858, 1864, 1874, 1881, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936, 1945, 1947, 1953, 1961 y 1999 (para consultar el contenido de estas Constituciones, salvo la última, puede verse: Las Constitucio-

tipo. La vigente Constitución, sin embargo, se diferencia de su predecesora al señalar que “*Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas...*”. Esta cláusula ha sido interpretada y regulada por una ley, que si bien no es muy conocida, ha dado lugar con ello a una situación confusa. En efecto, la Ley de Idiomas Indígenas, dictada en el año 2008, establece en su artículo 4, lo siguiente: “*Son idiomas oficiales de la República Bolivariana de Venezuela, el idioma castellano y los idiomas de los pueblos indígenas siguientes...*”. Tan pronto se repasa esta disposición, surgen al menos dos interrogantes: ¿Es sólo el castellano el idioma oficial de la República?, ¿Además del castellano también son oficiales los idiomas de los pueblos indígenas?

Esta investigación está destinada a resolver ambas cuestiones, así como aquellas dudas que puedan existir en torno al idioma oficial del país, y sobre todo las implicaciones que ello tiene en el ámbito jurídico, para los sectores público y privado. A tal efecto, se acudirá nada menos que a los diarios de debate del proceso Constituyente del año 1999, donde consta la voluntad de los representantes del pueblo, y el proceso que se siguió para conseguir la misma. Se observarán tan importantes documentos para desentrañar el verdadero sentido del artículo 9 de la Constitución, y así arribar a una conclusión. Sin duda, que la importancia del asunto es múltiple, si bien en lo que respecta a la ciencia jurídica, en concreto al Derecho Administrativo, el interés consiste en las consecuencias de que un idioma sea oficial, y si fueren varios, en las medidas organizativas que deben adoptar los órganos del Estado para atender a los ciudadanos en tales idiomas, inclusive responder en ellos los planteamientos, solicitudes o recursos que llegaran a formular.

1. *Planteamiento del caso: regulación del artículo 9 de la Constitución por la Ley de Idiomas Indígenas*

La Constitución<sup>2</sup> en su artículo 9, establece la siguiente regla general: “*El idioma oficial es el castellano*”<sup>3</sup>, y junto a ello introduce de inmediato una singularidad: “*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*”.

Este tema, sin embargo, resultó afectado con la aprobación y entrada en vigencia de la mencionada Ley de Idiomas Indígenas<sup>4</sup> (en lo sucesivo, LII), pues ésta contempla en su artículo 4 lo que se cita a continuación:

“**Artículo 4.** *Son idiomas oficiales de la República Bolivariana de Venezuela, el idioma castellano y los idiomas de los pueblos indígenas siguientes: kapón (akawayo), amorúa, añu, arauko (lokono), ayamán, baniva (baniwa), baré (bàre), bari, chaima, kubo, kumanagoto, e'ñepà, jodí (jodù), jivi (jivi), japreria, kari'ña, kurripako, kuiva, mako, makushi, ñengatù (jeral), pemón (kamarakoto, arekuna, taurepan), chase (piapoko), puinave, purné, sáliva, sanemá, sapé, timote, uruak (arutani), wotjúja (piaroa), mopuay (mapoyo), warekana, warao, wayuu, yanomami, yavarana (yawarana), ye'kuana (dhe'kuana), y yukpa*”.

---

nes de Venezuela. Universidad Católica del Táchira, Centro de Estudios Constitucionales e Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1985).

<sup>2</sup> Vid. *Gaceta Oficial de la República* N° 5.908 Extraordinario, de fecha 19 de febrero de 2009.

<sup>3</sup> Nótese que allí no se dice que el castellano sea idioma oficial de la República, simplemente se dice que es el idioma oficial. Sin embargo, la ubicación del precepto, entre los principios fundamentales de la Constitución, que son también los principios de la República, permite comprender que éste es el idioma nacional, el idioma del país.

<sup>4</sup> Vid. *Gaceta Oficial de la República* N° 38.981, de fecha 28 de julio de 2008.

Conforme a esta disposición, además del castellano, todos los que están entre paréntesis son idiomas oficiales de la República<sup>5</sup>. Lo que quiere decir que en Venezuela habrían varios idiomas oficiales, y no sólo el castellano. Otras disposiciones de la LII están orientadas en dirección similar. Por ejemplo, el artículo 2, dice así: “*Los idiomas indígenas y el idioma castellano son los instrumentos de comunicación entre el Estado y los pueblos y comunidades indígenas, en cualquier escenario e instancia pública o privada en todo el territorio nacional*”. El artículo 12 prevé lo siguiente: “*Son competencias del Instituto Nacional de Idiomas Indígenas, las siguientes: [...] 11. Fomentar el uso de los idiomas indígenas en los actos públicos, nacionales e internacionales, especialmente en los estados, y municipios con población indígena*”. Toda esta situación, y en especial lo dispuesto en el artículo 4 de la LII, generan un escenario confuso, que conduce a preguntarse si, en realidad, a tenor de la Constitución y del espíritu de sus redactores, los idiomas indígenas son también oficiales en el país; en segundo lugar, si es cierto que éstos son un instrumento de comunicación entre el Estado y las comunidades que los practican; y por último, si los poderes públicos, en consecuencia, estarían obligados a conocer tales idiomas a los efectos de emitir respuesta frente a los planteamientos que les formulen. La investigación persigue resolver estas interrogantes.

2. *Una breve referencia al castellano. De sus orígenes ibéricos a su implantación en territorio nacional*

La utilización actual en Venezuela del castellano obedece, como es obvio, a razones históricas: al ser los españoles los primeros en arribar a lo que hoy en día es el territorio venezolano (y no los ingleses, ni los franceses, ni los portugueses), en agosto de 1498, con intenciones de sumar esas tierras a lo que para la época era el Reino de Castilla, tan pronto alcanzaron su objetivo, impusieron también a los nativos su lengua, que era la castellana – dominio que se extendió por más de trescientos años-.

Fue así como ese idioma pasó a ser patrio. Lo mismo sucedió entre los portugueses y quienes vivían en el actual territorio de Brasil o entre los franceses y quienes habitaban lo que hoy en día es el territorio de Canadá. Narrar la evolución entera del castellano, sin duda, excede los objetivos de este epígrafe. Lo que se pretende ahora, más bien, es ofrecer algunos datos históricos muy puntuales sobre el origen del castellano, su formación y caracteres, para saber de dónde viene el idioma que la Constitución califica como oficial.

Se dice que había “*una pequeña comarca del norte de la península Ibérica, un estrecho cajón limitado al norte por la cordillera cantábrica, al oeste por el río Pisuerga, al este por los montes vascos y al sur por un gran espacio despoblado al que muchos años después los historiadores llamarán el desierto del Duero*”<sup>6</sup>, que había conocido tantas guerras, que por aquellos años, hacia el siglo X, se va “*llenando de fortificaciones, de recios castillos de piedra. Tantos hay que han dado nombre a la región: Castilla*”<sup>7</sup>. Se hablaba allí una lengua que era producto del latín, al haber estado esos territorios bajo el dominio del Imperio Romano.

---

<sup>5</sup> Hay discusión sobre si los pueblos indígenas tienen en realidad idiomas (entiéndase que con gramática, morfología, etc.) o si en realidad se trata de dialectos. A nuestro modo de ver, esos pueblos tienen, con mayor o menor grado de sofisticación, lenguas propias en las que se comunican y es a ellas a las que hace referencia la Constitución.

<sup>6</sup> Tomado de: Escobar, Arsenio. *El largo viaje de una lengua fronteriza*. Revista *GEO: una nueva visión del mundo*, núm. 189 octubre 2002. p. 68.

<sup>7</sup> *Ídem*.

Por su posición geográfica “era Castilla vértice donde habían de confluír las diversas tendencias del habla peninsular [...] El lenguaje de Castilla adoptó las principales innovaciones que venían de las regiones vecinas, dándoles notas propias”<sup>8</sup>.

Para el siglo XV, “el castellano ya era la lengua de cultura de toda la Península, incluso en los territorios donde en la calle se hablaba otra lengua romance. A finales de esa centuria y en la siguiente, cuando salta a América, se convierte en una coiné –lengua común– de un territorio ingente, hasta entonces fragmentado en 123 familias de lenguas de las que, una vez más, el dinámico idioma toma préstamos”<sup>9</sup>. De esa misma época datan también las razones por las que a este idioma se le conoce en el continente americano como castellano. Se dice, en efecto, que “los conquistadores y colonizadores primeros hablaban de Castilla y del Rey de Castilla, más que de España, según se ve en las crónicas de Indias, y, por consiguiente, debieron de llamar al idioma con mucha preferencia castellano”<sup>10</sup>.

En el siglo XVII “una pléyade de escritores excelsos (Cervantes, Quevedo, Góngora, Lópe, Gracian, Calderón...) lo convierten también en la lengua de prestigio en media Europa”. En el siglo XVIII, con la llegada al trono español de una dinastía de origen galo, el castellano “toma una nueva cosecha de términos franceses y los hace suyos. En el siglo XIX y XX se nutre del inglés, del que toma muchos vocablos surgidos de la revolución industrial, el transporte, el turismo, la economía moderna y las nuevas tecnologías”<sup>11</sup>.

A comienzos del siglo XXI, el castellano se sitúa como uno de los idiomas más hablados del mundo. Se estima, para el año 2012, que unos cuatrocientos veinte millones de personas hablan el castellano como lengua materna, y otros ochenta millones más lo tienen como segunda lengua, lo que determina que el idioma sea el tercero más hablado del mundo, después del chino mandarín y el inglés. Asimismo, después de estos idiomas, el castellano es la tercera lengua con más usuarios en Internet (164.968.742 usuarios, lo que representa un 7,8 % del total<sup>12</sup>).

El castellano goza además de una riqueza estimable. Entre los libros más editados, traducidos y conocidos del mundo, después de la propia Biblia, está la obra cumbre de Miguel de Cervantes: *el ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, escrita en castellano. Un idioma que da lugar en la actualidad a numerosas combinaciones, para expresar los pareceres y sentimientos más diversos de quienes lo practican. No en vano cuenta éste, a la fecha, con

<sup>8</sup> Tomado de: Lapesa, Rafael. *Historia de la lengua española*. Editorial Gredos. Novena edición corregida y aumentada. Madrid, 1981. p. 182.

<sup>9</sup> Tomado de: Escobar, *El largo viaje de una lengua fronteriza*, cit., p. 70.

<sup>10</sup> Tomado de: Alonso, Amado. *Castellano, Español, idioma nacional. Historia espiritual de tres nombres*. Editorial Losada. Tercera edición. Buenos Aires, 1958. p. 130. Agrega este autor lo siguiente: “Los más ilustres gramáticos y filólogos americanos, aunque sin polemizar, de hecho han preferido decir castellano, porque su posición ante la lengua es muy análoga a la que tuvo la Academia en el siglo XVIII. Bello declara en la primera página de su Gramática de la lengua castellana: ‘Se llama lengua castellana (y con menos propiedad española) la que se habla en Castilla y que con las armas y las leyes de los castellanos pasó a la América, y es hoy el idioma común de los estados hispanoamericanos’” (p. 131).

<sup>11</sup> Tomado de: Escobar, *El largo viaje de una lengua fronteriza*, cit., p. 70.

<sup>12</sup> En <http://www.internetworldstats.com/stats7.htm>

once premios Nobel de literatura, seis de ellos de América Latina<sup>13</sup>. Todo esto recuerda la corrección a la hora de hablar y escribir en castellano, ya que como sostiene la escritora Milagros Socorro: “...*todos los hablantes deben ajustarse a un pacto de uso de la lengua...*”, porque “...*la ortografía es un factor de cohesión para las lenguas comunes a entornos distintos*”<sup>14</sup>.

Por último, como un hecho histórico que vincula al constitucionalismo venezolano con el castellano, es preciso señalar que la primera Constitución que tuvo Venezuela, dictada el 21 de diciembre de 1811, fue también la primera Constitución en el mundo escrita en idioma castellano, como se verá, antes inclusive que la Constitución de Cádiz, la primera promulgada en España (tras su derogación se le conoció como *La Pepa*, recurso indirecto usado para referirse a ella, debido a que el día de su aprobación -19 de marzo de 1812- coincidió con el día de San José), lo que confiere a Venezuela una especial posición en el constitucionalismo comparado.

### 3. *Discusión en la Asamblea Nacional Constituyente*

El proceso de elaboración de la vigente Constitución no fue especialmente largo, menos si se miran otros, como el de la actual Constitución Española que duró un año y medio (de julio de 1977 a diciembre de 1978<sup>15</sup>), y menos largo fue el período de debates<sup>16</sup>. Sin embargo, la disposición relativa al idioma oficial atrajo la atención de un buen número de constituyentes, así como interesantes comentarios y análisis de éstos. La discusión fue enriquecedora y muy viva, siendo quizás una de las que mayor debate suscitó. Si bien no se resolvieron allí todos los problemas jurídicos que el precepto plantea, no hay duda que ofrece pautas en su correcta interpretación.

Durante la sesión del día 19 de octubre de 1999<sup>17</sup>, en el primer debate al proyecto de Constitución, se dio lectura a una norma –para ese momento, el artículo 8- que tenía la siguiente redacción: “*El idioma oficial es el castellano. El Estado reconoce las lenguas indígenas como forma de expresión autóctona*”. El núcleo de la discusión estuvo en si la Constitución debía decir “*castellano*” o “*español*”, y si debía darse reconocimiento a los idiomas indígenas como “*de uso oficial para los pueblos indígenas*”. Para ello, intervinieron en el debate los siguientes quince constituyentes (por orden de participación): Vinicio Romero, Noelí Pocaterria, Cristóbal Jiménez, Roberto Jiménez Maggiollo, Jorge Olavarría, Leonel Jiménez Carupe, Gustavo Pereira, Manuel Vadell, Atala Uriana, Guillermo Guevara, Liborio Guarulla, Antonio Di Giampaolo, José Luis González, Aristóbolo Istúriz, e Isaías Rodríguez.

---

<sup>13</sup> En orden cronológico, según ganaron el premio: Gabriela Mistral (Chile), Miguel Ángel Asturias (Guatemala), Pablo Neruda (Chile), Gabriel García Márquez (Colombia), Octavio Paz (México), y Mario Vargas Llosa (Perú).

<sup>14</sup> Socorro, Milagros. *Burro con Plata*, artículo publicado en *El Nacional*, edición del 15 de enero de 2012.

<sup>15</sup> Puede consultarse: Martín-Retortillo, Lorenzo. *Materiales para una Constitución*. AKAL / UNIVERSITARIA. Madrid, 1984. pp. 9-32; y también la siguiente página en Internet: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/elaboracion/index.htm>

<sup>16</sup> La redacción de lo que fuera el Anteproyecto de Constitución se hizo entre el 28 de septiembre y el 18 de octubre de 1999, y la discusión y aprobación del Proyecto fue tan sólo del 19 de octubre al 17 de noviembre de 1999 (para ahondar sobre este tema puede consultarse: Brewer-Carías, Allan. *La Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana. Segunda edición. Caracas, 2008. pp. 10-26).

<sup>17</sup> *Vid. Gaceta Constituyente*, sesión ordinaria de fecha 19 de octubre de 1999. pp. 38 a 44.

El primero en intervenir fue el Constituyente Vinicio Romero, quien dijo lo siguiente:

*“...hubo unos comentarios previos a esta sesión, en cuanto a que si debía decir el castellano o el español. Realmente el diccionario de la Real Academia Española considera como sinónimos ambas palabras. De manera que es totalmente indistinto, pero por tradición, en Venezuela las cátedras, inclusive, se llaman ‘Cátedras del Castellano y Literatura’, y desde la época de Andrés Bello, quien fue el que implantó el nombre de ‘castellano’ y ‘Cátedra de Castellano’, ‘Lengua Castellana’. [...]. De manera que apruebo el artículo 8° tal como está”.*

De inmediato tomó la palabra la Constituyente Noelí Pocaterra, quien después de dar argumentos para reivindicar los idiomas de los pueblos indígenas, concluyó lo siguiente:

*“exijo que se reconozca a los idiomas indígenas, que además de decir que: ‘El español o el castellano –como se quiera plantear- es el idioma oficial...’, agregar: ‘y los idiomas indígenas son de uso oficial para los pueblos indígenas en los términos que fije la ley’”.*

Correspondió de inmediato el turno al Constituyente Cristóbal Jiménez, quien dijo:

*“[...] Conozco la gramática de Bello, la de Nebrija, que hablan de una lengua castellana, pero también en la Universidad Central de Venezuela, en la Escuela de Letras se ve un seminario obligatorio que se llama ‘El español de América’. Las razones históricas: para el año 1492, España estaba viviendo un proceso de reconquista, de lucha contra los moros, y el Reino de Castilla se impone sobre los otros, y el castellano se hace lengua imperial. Esa es la lengua o la cultura que llega en el momento de los encuentros, [...].*

*Pero esa lengua que sigue lejos de su tierra se enriquece aquí con el aporte de las lenguas de los pueblos indígenas, con el aporte afronegroide, con los extranjerismos, y con la influencia posterior, del portugués, el inglés y el francés. Esta diferenciación político-geográfica va a traducirse en una diferenciación lingüística. Ya la norma no viene de la Península podemos hablar de un español de América como un subsistema con el insular y el canario...”.*

Para sumarse a la propuesta que antecede, intervino el Constituyente Roberto Jiménez Maggiollo, y en ese sentido, sostuvo lo siguiente:

*“[...] Nuestro idioma es el español, tal como lo es de España, regido y orientado por la Real Academia Española de la Lengua. Constituido en un 92 o 94 % de castellano, lengua de la Provincia de Castilla que por razones geopolíticas y culturales predominó sobre las otras lenguas de la Península Ibérica, algunas que todavía existen, pero que después del descubrimiento de América fue el idioma trasladado al Nuevo Mundo.*

*El español, castellano en mayoría, tiene aportes de la lengua morisca árabe, por lo menos en un 5 %, producto de siete siglos enraizados en España, más aportes africanos y de otras lenguas que se fusionaron con el castellano de origen latino”.*

Luego le tocó la palabra al Constituyente Jorge Olavarría, quien en cambio se adhiere a la propuesta del Constituyente Vinicio Carrero, y en esa dirección, no duda en echar mano de argumentos históricos, políticos y sociales, para sustentar su posición y abonar aquella:

*“Les voy a sugerir, respetuosamente, que dejemos el artículo 9° tal y como está presentado [...] El constituyente Vinicio Romero tiene razón. Castellano y español son sinónimos, de acuerdo al diccionario de la Real Academia, pero políticamente no lo son en España. [...] Ahora, nosotros incluir aquí en la Constitución de Venezuela que la lengua oficial nuestra es el español, nos crea un problema, porque el catalán también es español, y el vasco es español, y el mallorquín es español, y el valenciano es español, y el gallego es español; y nosotros no hablamos ni el gallego, ni mallorquín, ni catalán, ni vasco, hablamos español.*

*Permítame hacerle una aclaratoria al constituyente Cristóbal Jiménez. Cuando en 1492 Colón descubrió a América, y en 1498 llegó al Golfo de Paria, España no existía. Ellos no*

*hablaban español sino castellano. España no existe como unidad política sino en 1519 cuando Carlos V ocupa el trono de España como Carlos I de España y luego V de Alemania. De tal manera pues que el idioma, la lengua con la cual nosotros nacimos con [sic] nación, y nos consolidamos como nación, y nos identificamos como nación, es el castellano”.*

De seguidas habló el Constituyente Leonel Jiménez Carupe, quien abogó por reconocer a los pueblos indígenas su identidad cultural, porque éstos tuvieran la posibilidad de expresarse en su propia lengua, además de hacerlo en castellano. En ese sentido, realizó este Constituyente una propuesta de redacción para el artículo sometido a debate, cuyas últimas líneas merecen ser leídas con la máxima atención:

*“[...] El idioma oficial es el castellano; son también oficiales las lenguas y dialectos indígenas en el ámbito de sus respectivos territorios. **Son también oficiales, es decir, además del castellano, en los territorios indígenas son oficiales sus respectivas lenguas, esa es la proposición”** (Negrillas añadidas).*

Más adelante tomó la palabra el Constituyente Manuel Vadell, quien dice dos cosas importantes: por un lado, su carácter de representante de la Comisión encargada de la elaboración del precepto, y por el otro, advierte que en España, el vocablo “español”, fue un recurso político de integración de las provincias que conforman a ese Estado. En concreto, sostuvo lo siguiente:

*“Para ratificar en nombre de de [sic] la Comisión, el Castellano como lengua oficial de Venezuela. Quiero repetir que el español fue un recurso de integración de las provincias de España. Porque, como todos ustedes saben, allá hay una lucha de preeminencia de los diversos idiomas existentes. Franco fue quien más actuó en ese sentido prohibiendo las lenguas vernáculas e instaurando el español como lengua oficial. A pesar de eso la Constitución actual habla es del castellano en España.*

*Entonces, **nosotros no podemos caer en la provocación de utilizar el español que fue un recurso político para la unidad nacional española”** (Negrillas añadidas).*

De inmediato interviene la Constituyente Atala Uriana, quien además de ser integrante de los pueblos indígenas, en este caso defiende la categoría de idioma de las lenguas que tales pueblos hablan, pero asimismo, en medio de esta contienda, ofrece al final una importante pista hermenéutica para determinar cuál es en realidad el idioma oficial en Venezuela. Dice la Constituyente Uriana lo siguiente:

*“[...] Entonces, si es necesario y en este momento decirles que ya es bueno que se siga hablando de dialectos porque los dialectos son variantes que tienen cada idioma y lo que nosotros hablamos son idiomas entonces es necesario que se reconozca aquí como idioma, **aun cuando sea dentro de los respectivos territorios nuestros”** (Negrillas añadidas).*

Más adelante le tocó el turno al Constituyente Guillermo Guevara, quien dedicó su intervención –de entrada habló en una lengua indígena- a defender la inclusión de esos idiomas en la Constitución, pudiendo destacar entre sus palabras lo siguiente:

*“[...] Si vamos al derecho comparado, también aquí están en muchas constituciones; no les voy a leer los artículos, aquí están escritos, fueron consignados a la Comisión Constitucional; [...] **Por qué no se van a oficializar para nosotros, no para ustedes, no importa que ustedes no las utilicen, pero nosotros queremos que eso sea consagrado en la Constitución para sentirnos orgullosos y que tengamos nuestra identificación”** (Negrillas añadidas).*

Tomó después la palabra el Constituyente Aristóbulo Istúriz, quien lejos de ahondar en argumentos en uno u otro sentido, sugirió recoger las propuestas que existían, para someter las mismas a votación. Consideró el Constituyente Istúriz, que habían tres propuestas, las cuales él resumió en los siguientes términos:

“[...] Encuentro aquí tres propuestas. La de Liborio, por ejemplo, plantea que ‘los idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas siendo respetados y promovidos en todo el ámbito de la República, por constituir patrimonio de la nación y de la humanidad’.

El de Nohelí que es el mismo de Cristóbal dice, ‘Las lenguas indígenas son de uso oficial para los pueblos indígenas en los términos que fije la Ley’.

El de Atala plantea, ‘El Estado reconoce los idiomas indígenas en sus respectivos territorios’.

[...] Pido que lo aprobemos y **pido que tengamos una sola redacción que deje satisfecho a todo el mundo**, porque en los propios compañeros representantes indígenas, que son los que han escrito las propuestas, tienen redacciones diferentes...” (Negrillas añadidas).

Por último, para cerrar el debate, interviene el Constituyente Isaías Rodríguez, quien en sentido similar al del Constituyente Istúriz, abogó por unificar las propuestas e inclusive sugirió a los otros ponentes que se acogieran a la propuesta de Noelí Pocaterra.

Frente al escenario descrito, el Constituyente Luis Miquilena, en su carácter de Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente, sometió las propuestas a votación. En cuanto a la primera, relativa al idioma oficial, dijo:

“Si vamos a acoger la idea de que el idioma oficial de Venezuela será el castellano o será el español. Los que estén de acuerdo con que sea el idioma Castellano que lo manifiesten con la señal de costumbre”.

El resultado fue la aprobación de la propuesta del castellano, siendo de inmediato sometida a votación la segunda, ordenando el Presidente de la Asamblea Nacional, al Secretario de la misma, que leyera la propuesta de Noelí Pocaterra, para ver si tenía apoyo y votarla:

“Los idiomas indígenas son de uso oficial para los pueblos indígenas, siendo respetados en todo el ámbito de la República por constituir patrimonio de la nación y la humanidad”.

Al igual que la anterior, esta propuesta resultó aprobada. Resumido en tales términos el debate que tuvo lugar durante la primera discusión al proyecto de Constitución, interesa destacar que así quedó redactado el precepto relativo al idioma oficial.

Durante la segunda discusión al proyecto de Constitución, el día 12 de noviembre de 1999<sup>18</sup>, se abordó nuevamente el precepto, y en ella participaron dos Constituyentes: Roberto Jiménez y Allan Brewer-Carías, siendo esta discusión, por razones de tiempo, mucho más breve que la anterior. El Constituyente Jiménez insistió en su idea de que “*el idioma oficial de Venezuela es el español*” y no el castellano. En ese sentido, ofreció argumentos sociales, y sobre todo gramaticales, para defender su posición. El Constituyente Brewer-Carías, en cambio, prefirió centrar su intervención en dejar claro cuál es el idioma oficial de la República, es decir, de todo el territorio nacional. Conocedor quizás del verdadero telón de fondo del asunto, de lo que implica para la Nación la existencia de varios idiomas oficiales (entiéndase la obligación de los órganos y funcionarios públicos de manejarlos, para resolver solicitudes e instancias en tales idiomas), sutilmente formuló su opinión de que el idioma oficial debía ser el castellano, pero sin enfrascarse en el tema, y más bien propuso una redacción para la segunda parte de la norma (en concreto, nótese, fue una sola palabra la que sugirió), que viene a despejar cualquier duda sobre el carácter de los idiomas de los pueblos indígenas. Sostuvo el Constituyente Brewer-Carías, lo siguiente:

---

<sup>18</sup> Vid. *Gaceta Constituyente*, sesión ordinaria de fecha 12 de noviembre de 1999. pp. 8 y 9.

“...es en relación a la segunda parte del artículo. Por mi parte no soy especialista en idiomas, pero pienso que el idioma oficial es el castellano y no el español, sobre todo cuando la Constitución española habla de lenguas españolas aquellas de las comunidades autónomas, por tanto, el gallego y el vasco son lenguas españolas y creo que no tenemos por que [sic] meternos en ese problema al elaborar nuestra Constitución.

**Me refiero al segundo aparte, en el sentido que los idiomas indígenas, dice ‘Son de uso oficial para los pueblos’. Pienso que ahí debe decir ‘también son de uso oficial’, porque el idioma oficial es el castellano. La propuesta que he formulado es reformular el segundo párrafo al establecer: ‘Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República’, ‘el territorio de la República por constituir patrimonio cultural’, hay que calificar, ‘de la Nación y de la humanidad’” (Negrillas añadidas).**

Concluida la intervención, tomó de inmediato la palabra el Presidente de la Asamblea Nacional, el Constituyente Luis Miquilena, quien dijo lo siguiente:

“Quiero recordarles que eso fue propuesto por Guillermo García Ponce y aprobado [...]. De tal manera que no hay sino una sola proposición, porque el agregado lo que hace es perfeccionar el sentido del artículo leído. Si no hay ninguna otra objeción se va a dar por aprobado. Con esta lectura se termina el Título I”.

Así pues, quedó aprobado este precepto, y se dio por finalizada la discusión en torno al mismo. Con la prisa de aquellos días, el debate se dirigió a los artículos siguientes, y la norma relativa al idioma oficial fue agregada en tales términos, bajo el número 9, al texto del proyecto de Constitución, que finalmente fue aprobado mediante referéndum.

#### 4. Interpretación del debate Constituyente

El primer aspecto a destacar, que resolvieron los constituyentes durante ese debate, es el carácter del castellano como idioma oficial. Si bien al principio se discutía en torno a si lo correcto era decir castellano o español, al final, salvo por una opinión disidente, hubo acuerdo en que debía hablarse de castellano, calificando a éste como *el idioma oficial*. Esa declaratoria, siguiendo a Manuel Alcaraz Ramos, puede ser analizada desde dos puntos de vista: político y jurídico. Con el primero se persigue asegurar un máximo de libertad e igualdad lingüística, propia de los Estados democráticos y pluralistas. En el área jurídica, en cambio, se pretende “definir la(s) lengua(s) que serán válidas en los intercambios comunicativos entre los ciudadanos, de estos con los poderes públicos y de estos entre sí”<sup>19</sup>.

Otro aspecto a destacar, un poco más complejo, es el del carácter de los idiomas de los pueblos indígenas. Los constituyentes aprobaron que los idiomas indígenas fuesen también de uso oficial para los pueblos indígenas. En la segunda discusión se introdujo el vocablo “también”, que vino a determinar el sentido del precepto en su conjunto. ¿Qué es lo que quiere decir esa palabra? ¿Qué significa que los idiomas indígenas sean *también* oficiales para los pueblos indígenas? Ello implica que, además del castellano, porque recuérdese éste es el idioma oficial, los idiomas indígenas son también oficiales para los pueblos indígenas.

Algunas intervenciones realizadas durante la primera discusión al proyecto de Constitución permiten acercarse a esta conclusión. Por ejemplo, cuando se dice que es necesario que los idiomas de los pueblos indígenas se reconozcan como idiomas “*aún cuando sea dentro de los respectivos territorios nuestros*”, o cuando se pregunta “*Por qué no se van a oficializar*

<sup>19</sup> Alcaraz Ramos, Manuel. *El pluralismo lingüístico en la Constitución Española*. Congreso de los Diputados. Madrid, 1999. pp. 28 y 29.

*para nosotros*". Sin embargo, la intervención de la segunda discusión es decisiva, y es allí cuando se explica con claridad que los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas, para quienes forman parte de dichos pueblos, porque el castellano es el idioma oficial.

Pensar otra cosa, como por ejemplo, que el constituyente utiliza el vocablo *también* para significar que además del castellano, los idiomas indígenas son también oficiales en Venezuela (esta pareciera la interpretación seguida por la Ley de Idiomas Indígenas), se aparta diametralmente de la voluntad y espíritu del constituyente, demostrada en el rótulo anterior. Piénsese en los aprietos en que se vería un funcionario directivo de un ministerio, si a cuenta de lo establecido en el artículo 4 de la LII, se le presenta un recurso administrativo de reconsideración en un idioma indígena, o peor aún, si fuese un juez al que se le presenta un recurso judicial en tal idioma. En este supuesto, el juez se vería obligado a inadmitir el recurso u ordenar su redacción en castellano, en virtud de lo dispuesto en el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil<sup>20</sup>. Lo que se deduce, en realidad, del artículo 9 de la Constitución, de la intención de sus redactores y del acuerdo alcanzado en esa ocasión, es que siendo el castellano el idioma oficial en Venezuela, los idiomas de los pueblos indígenas son también oficiales para dichos pueblos, esto quiere decir: para las personas que los integran, en sus relaciones propias.

Dilucidada esta cuestión, hay otra que aunque más sencilla, podría generar incertidumbre: ¿qué significa que los idiomas indígenas sean *oficiales* para los pueblos indígenas? Este vocablo quiere decir que gozan de autenticidad, es decir, se les ha reconocido certeza y efectividad, de manera que su existencia es una realidad y por ello pueden ser usados por las comunidades indígenas. Así, es posible distinguir su uso en relaciones privadas, ya sea para interactuar, comunicarse entre sí o enseñarlo de una generación a otra. También es posible usar tales idiomas en el ámbito educativo, ya sea en el nivel básico o medio<sup>21</sup>, y esta es una vertiente importante porque potencia la cultura de los pueblos indígenas<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> "Artículo 183. En la realización de los actos procesales sólo podrá usarse el idioma legal que es el castellano".

<sup>21</sup> Sobre este aspecto, el artículo 121 de la Constitución dice: "[...] El Estado fomentará la valoración y difusión de manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones". Por otra parte, el artículo 32 de la LII dispone la corresponsabilidad del Estado, los ciudadanos y la familia indígena en la enseñanza de los idiomas indígenas a los niños indígenas.

<sup>22</sup> Para Ricardo Colmenares Olivár, el problema que se presenta en materia de idiomas indígenas, "lo constituye el proceso de asimilación que genera la cultura nacional al que están sometidos los pueblos y comunidades indígenas, el cual contribuye a la desaparición de su lengua de origen, sobre todo si se trata de núcleos humanos numéricamente pequeños". La solución, para este mismo autor, pasa por instaurar "un sistema educativo substancialmente indígena con participación de maestros de las respectivas etnias en los niveles de administración, planificación y control del proceso etnoeducativo" (Colmenares Olivár, Ricardo. *Los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución de Venezuela de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2001. pp. 166 y 171).

E inclusive podrían usarse, a nuestro juicio, en la celebración de contratos, siempre que las partes dominen el idioma de que se trate, y en caso de proceder a su registro o autenticación, o para cualquier otro efecto frente a instituciones del Estado<sup>23</sup>, sería precisa su traducción<sup>24</sup>.

##### 5. *La regulación de la Ley de Idiomas Indígenas a la luz de la Constitución*

Los idiomas de los pueblos indígenas forman parte del patrimonio cultural de la Nación. Son expresión de la identidad venezolana, de las personas que han habitado el territorio nacional desde tiempos inmemoriales. Según los resultados básicos del censo realizado en el año 2011 por el Instituto Nacional de Estadística, unas 725.128 personas reconocen para esa fecha ser indígenas<sup>25</sup>, lo que representa un 2,7 % de la población total del país. Por otra parte, en relación al número de idiomas, se estima que en el país existen más de veinte lenguas indígenas, que se agrupan en ocho familias lingüísticas<sup>26</sup>.

Esta realidad es la que probablemente condujo a los constituyentes a dedicar una parte del artículo 9 a los idiomas de los pueblos indígenas. La norma es, pues, expresión de la diversidad y pluralismo. Es también un llamado a las instituciones, autoridades y ciudadanos a preservar y fomentar tales idiomas, como manifestación de lo autóctono, de las prácticas y costumbres nacionales. Como ejemplo pueden mencionarse los planes educativos para las comunidades indígenas, el fomento para que las lenguas se transmitan de una generación a otra, etc. Medidas que, sin embargo, tienen que ser bien sopesadas.

Al efectuar un examen de constitucionalidad del artículo 4 de la LII (que dice que en la República son oficiales el castellano y los idiomas de los pueblos indígenas que allí se indican), hay que advertir, en atención a los argumentos expuestos con anterioridad, que el precepto contradice abiertamente al artículo 9 de la Constitución, y asimismo el espíritu y voluntad de quienes redactaron la Carta Magna. El idioma oficial de Venezuela, como ha quedado demostrado, es el castellano; mientras que los idiomas de los pueblos indígenas son también oficiales para los integrantes de tales pueblos, en sus relaciones propias<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> El artículo 13 del Código Civil dice lo siguiente: “*El idioma legal es el castellano. Las oficinas públicas no podrán usar otro en sus actos; y los libros de cuentas de los comerciantes, banqueros, negociantes, empresarios y demás industriales, deben llevarse en el mismo idioma*”.

<sup>24</sup> A estos efectos, la LII establece, por una parte, en su artículo 12, numeral 9, como una competencia del Instituto Nacional de Idiomas Indígenas: formar, capacitar y avalar a los intérpretes y traductores en idiomas indígenas; y por la otra, en su artículo 40, establece que ese mismo Instituto designará a los intérpretes y traductores para facilitar la comunicación entre los pueblos indígenas y el Estado, debiendo para ello, mantener a disposición pública un banco de datos de los intérpretes y traductores calificados en los idiomas indígenas respectivos.

<sup>25</sup> En <http://www.ine.gov.ve/documentos/Demografia/CensodePoblacionyVivienda/pdf/ResultadosBasicosCenso2011.pdf>

<sup>26</sup> Familia arawak, caribe, chibcha, guajibó, sáliva-piaroa, tupí, yanomama, macro-makú.

<sup>27</sup> Desde el punto de vista del castellano como idioma oficial, habría que advertir que en Venezuela no se presenta esa situación que ocurre en otros países, sobre todo europeos, en donde por su larga historia, razones limítrofes o simplemente sociológicas, está bien asentado más de un idioma en un solo país, teniendo inclusive varios el carácter de idioma oficial, como sucede en Bélgica y Suiza, o en la misma España, con los idiomas co-oficiales –catalán, gallego, vasco, etc.- que son oficiales en los territorios de las comunidades autónomas donde se practican.

La contradicción que hay entre el artículo 4 de la LII, y el artículo 9 de la Constitución, puede dar lugar, frente a un control de constitucionalidad a cargo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a que sea declarada la nulidad de la norma y pierda su eficacia. El tema del idioma oficial ha sido abordado por la propia Sala Constitucional de manera directa, en su sentencia núm. 1784, de fecha 30 de noviembre de 2011<sup>28</sup>, donde dice lo siguiente<sup>29</sup>:

**“...el reconocimiento del ‘castellano’ como lengua oficial por la Constitución, comporta un deber específico del Estado de garantizar el conocimiento del idioma, que permita a todos los ciudadanos de la República su correcto y eficaz manejo. No ocurre así, desde el punto de vista constitucional en lo que respecta a los idiomas indígenas que también son de uso oficial (artículo 9 de la Constitución), pero para los pueblos indígenas, por lo que el Estado. –desde el punto de vista constitucional- debe garantizar como mínimo su preservación y difusión en las respectivas comunidades indígenas”** (Negrillas del original).

Una sentencia diáfana, muy clara, cuya interpretación correcta de la Constitución, en la misma dirección en la que se viene haciendo referencia, no deja lugar a dudas en torno a la conclusión de que el castellano es el idioma oficial de la República, y los idiomas de los pueblos indígenas son oficiales en los respectivos pueblos indígenas y no en todo el territorio nacional, ni tampoco para todas las personas que lo habitan. Por otro lado, se insiste, en que partir de este precedente judicial y frente a un control de constitucionalidad, la nulidad del precepto podría ser declarada.

#### 6. Consecuencias jurídicas del castellano como idioma oficial

La declaratoria de oficialidad del castellano tiene consecuencias en las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos y de aquellos entre sí. Aún cuando la Constitución no lo diga de modo expreso, en ambos casos se considera que existe una *facultad de uso*<sup>30</sup> y un *deber de conocimiento*<sup>31</sup> del idioma oficial. Lo primero se traduce en un poder para practicar el idioma. Lo segundo, a su vez, tiene dos implicaciones: por un lado *entender*, que consiste en la imposibilidad de alegar ignorancia, y por el otro *saber*, que es el resultado de un proceso de aprendizaje<sup>32</sup>. El hecho de que el mencionado deber no tenga una sanción específica en caso de incumplimiento, no significa que pierda fuerza jurídica o deje de serlo. El trabajo como hecho social también es un deber y su inobservancia no implica que no lo sea. En la doctrina española, frente a este mismo supuesto, se ha dicho que el mencionado deber crea *“una ‘carga’ generadora de desventajas que, en sí misma, puede provocar un determinado sentimiento de coacción”*<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1784-301111-2011-10-0036.html>

<sup>29</sup> Con menos contundencia, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, también ha tratado, en su sentencia núm. 597, de fecha 26 de abril de 2011, el tema del idioma oficial y los idiomas de los pueblos indígenas.

<sup>30</sup> Véase, en el Derecho español: Baño León, José María. *El ejercicio del pluralismo lingüístico en la Administración Pública. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 54 abril-junio 1987. p. 230.

<sup>31</sup> En el Derecho español, los siguientes autores sostienen esa misma posición: Alcaraz Ramos, *El pluralismo lingüístico...*, cit., p. 29; Nogueira López, Alba. *La regulación del pluralismo lingüístico. Otra lectura del marco constitucional de los derechos y deberes lingüísticos. Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 58 septiembre-diciembre 2000. p. 283.

<sup>32</sup> Tomado de: Alcaraz Ramos, *El pluralismo lingüístico...*, cit., p. 69.

<sup>33</sup> Tomado de: Alcaraz Ramos, *El pluralismo lingüístico...*, cit., p. 72.

La situación jurídica denominada carga, en efecto, “*entraña normalmente una conducta positiva (de hacer), y sobre todo, en que esta compulsión jurídica a realizar la citada conducta está establecida en interés propio del sujeto sobre el que pesa, de tal modo que su incumplimiento no entraña ilicitud alguna, sino la simple pérdida de una ventaja para cuya obtención esa conducta constituye un requisito*”<sup>34</sup>.

Pasando a las consecuencias concretas del deber de conocimiento del castellano en las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos, destaca una presunción absoluta de conocimiento por parte de éstos. Los órganos del Estado deben conocer y manejar el idioma oficial en todo momento, sin poder alegar ignorancia. Desde un punto de vista más específico, a manera de referencia, los órganos del Estado están llamados a manejar el castellano: (i) en todas las relaciones jurídicas, en cualquiera de los niveles político-territoriales, desde aquellas destinadas a suministrar información, hasta las relativas a procedimientos administrativos, legislativos o judiciales, inclusive en la producción de efectos jurídicos concretos, como traslación de la propiedad, cambios en el estado civil, etc.; (ii) en los consulados y embajadas del país en el extranjero, para los nacionales que asistan a solicitar información o realizar trámites; y (iii) en el sistema educativo, comenzando por el nivel básico, hasta el universitario, salvo que se trate de instituciones educativas autorizadas para impartir clases en una lengua extranjera. Por otro lado, se considera que existe un deber genérico de dominio del castellano al momento de optar a la nacionalidad por naturalización.

En el ámbito privado, el castellano prevalece igualmente en las relaciones jurídicas entre particulares, en el entendido de que se presume que éstos lo conocen, si bien admite algunas derogaciones<sup>35</sup>. En la autenticación o registro de documentos producto de relaciones contractuales se debe usar el castellano. También se debe usar este idioma en las relaciones laborales, al momento de transmitir órdenes a los trabajadores, conforme al artículo 14 de la Ley Orgánica del Trabajo<sup>36</sup>, y en los asuntos de comercio, según el artículo 32 del Código de Comercio<sup>37</sup>. Sin embargo, en la comunicación corriente o en aquellas relaciones laborales donde haya intercambio con personas extranjeras, que no impliquen la transmisión de órdenes, ya sea que se encuentren en el país o en el exterior, las partes de común acuerdo pueden elegir el diálogo en un idioma distinto.

---

<sup>34</sup> Tomado de: Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Volumen I. Iustel. Segunda edición. Madrid, 2009. p. 345.

<sup>35</sup> En la citada sentencia N° 1784, de fecha 30 de noviembre de 2011, de la Sala Constitucional, relativa a un recurso de revisión de una decisión de la Sala Político Administrativa, por falta de jurisdicción del Poder Judicial frente a un arbitraje, se desprende que en la celebración de éstos podrán las partes elegir el idioma de su preferencia, aún distinto al castellano. En concreto se dice: “...*las partes bajo el principio de autonomía de la voluntad, pueden someter la resolución de controversias a las normas y las condiciones que consideren más favorables para sus intereses, [...], por lo que no se advierte como la utilización en el arbitraje de un idioma elegido por las partes distinto al ‘castellano’, puede constituir una violación de la Constitución...*”.

<sup>36</sup> “*Artículo 14. [...] las órdenes, instrucciones, manuales de formación y capacitación, entrenamiento y formación laboral y, en general, todas las disposiciones que se comuniquen a los trabajadores y a las trabajadoras, serán en idioma castellano o indígena según sea el caso. Cuando por razones de tecnología sea necesaria la aplicación de un idioma distinto, llevará el equivalente en idioma castellano, o traducidos a sus idiomas para uso de los pueblos indígenas*”.

<sup>37</sup> “*Artículo 32. Todo comerciante debe llevar en idioma castellano su contabilidad, la cual comprenderá, obligatoriamente, el libro Diario, el libro Mayor y el de Inventarios*”.

En este segundo supuesto se enmarcarían también las consecuencias de que los idiomas de los pueblos indígenas sean oficiales para sus integrantes. Al tratarse de particulares ellos podrían usar los idiomas para comunicarse entre sí, enseñarlo de una generación a otra, y en general, los usos mencionados en un epígrafe anterior.

Ello de ningún modo da paso a la cooficialidad, que supone el reconocimiento en un determinado Estado o territorio de varias lenguas oficiales. Desde el punto de vista de lo público, bajo ese escenario, los órganos del Estado deben adoptar medidas de organización administrativa para cumplir con tal reconocimiento<sup>38</sup>. No se trata simplemente de que las personas puedan dirigirse al Estado en una determinada lengua de su elección, sino que éste tiene que estar capacitado para atender los planteamientos que le hagan, de modo de responder a los interesados en el idioma elegido, e inclusive, si fuere el caso, tramitar procedimientos en éste. Si bien el artículo 40 de la LII, dispone que el Instituto Nacional de Idiomas Indígenas, designará intérpretes y traductores cualificados para facilitar la comunicación entre los pueblos indígenas y el Estado, en realidad, la solución para un tema como el de la cooficialidad de idiomas va mucho más allá. En ese supuesto, en los principales órganos del Estado se debería proceder a la formación de funcionarios públicos, de modo que las pretensiones realizadas en idiomas autóctonos sean atendidas de forma oportuna y adecuada por éstos, que se cumpla con el debido proceso y se respeten los derechos de los ciudadanos.

## II. CONCLUSIONES

Conforme al artículo 9 de la Constitución, el idioma oficial en Venezuela es el castellano, lo que implica una facultad en las personas para usarlo, y a la vez un deber de éstas y los poderes públicos de conocerlo. Los idiomas de los pueblos indígenas son oficiales para los integrantes de esos pueblos, en sus relaciones propias. Para ellos, por consiguiente, son oficiales el castellano y sus idiomas propios, los cuales forman parte del patrimonio cultural de la Nación y como tal, merecen preservación. Es falso, en cambio, que los idiomas autóctonos sean oficiales en la República, que es la personificación jurídica del Estado venezolano y sus instituciones. De allí que, la Ley de Idiomas Indígenas contradice la Constitución, cuando en su artículo 4, dice que junto al castellano los idiomas allí mencionados son oficiales en la República. La realidad es que los idiomas indígenas no son un instrumento de comunicación entre el Estado y las comunidades que los practican, tampoco existe un régimen jurídico de cooficialidad lingüística, y por consiguiente, éstos no tienen la obligación jurídica de conocerlos. Ese es el resultado del debate en la elaboración de la Constitución y lo que ella misma indica.

## III. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

-Alcaraz Ramos, Manuel. *El pluralismo lingüístico en la Constitución Española*. Congreso de los Diputados. Madrid, 1999.

-Alonso, Amado. *Castellano, Español, idioma nacional. Historia espiritual de tres nombres*. Editorial Losada. Tercera edición. Buenos Aires, 1958.

-Baño León, José María. *El ejercicio del pluralismo lingüístico en la Administración Pública*. *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 54 abril-junio 1987.

---

<sup>38</sup> Véase: Baño León, *El ejercicio del pluralismo lingüístico...*, cit., p. 232.

-Brewer-Carías, Allan. *La Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana. Segunda edición. Caracas, 2008.

-Colmenares Olívar, Ricardo. *Los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución de Venezuela de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2001.

-Escobar, Arsenio. *El largo viaje de una lengua fronteriza*. *Revista GEO: una nueva visión del mundo*, núm. 189 octubre 2002.

-Lapesa, Rafael. *Historia de la lengua española*. Editorial Gredos. Novena edición corregida y aumentada. Madrid, 1981.

-Martín-Retortillo, Lorenzo. *Materiales para una Constitución*. AKAL / UNIVERSITARIA. Madrid, 1984.

-Nogueira López, Alba. *La regulación del pluralismo lingüístico. Otra lectura del marco constitucional de los derechos y deberes lingüísticos*. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 58 septiembre-diciembre 2000.

-Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Volumen I. Iustel. Segunda edición. Madrid, 2009.

-Socorro, Milagros. *Burro con Plata*, artículo publicado en *El Nacional*, edición del 15 de enero de 2012.



# JURISPRUDENCIA



*Jurisprudencia Administrativa y Constitucional  
(Tribunal Supremo de Justicia y  
Cortes de lo Contencioso Administrativo):  
Segundo Trimestre de 2013*

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

Marianella Villegas Salazar  
*Abogado Asistente*

SUMARIO

**I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO**

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

**II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES**

1. *Garantías Constitucionales. A. La garantía de Acceso a la Justicia: Principio Pro Actione. 2. Derecho a la Educación: Participación de la comunidad educativa. 3. Derechos Políticos: Derecho al Sufragio y Participación Política.*

**III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO**

1. *El Poder Nacional. A. El Poder Legislativo: Inmunidad Parlamentaria. B. El Poder Judicial. a. Competencia del Tribunal Supremo de Justicia: Antejudicio de mérito b. Régimen de los Jueces. a'. Recusaciones de los jueces c. Régimen disciplinario a'. Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. b'. Jueces temporales, ocasionales, accidentales o provisorios.*

**IV. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

1. *El Contencioso Administrativo de Anulación. A. Medidas Cautelares. 2. Acción de Reclamo por la prestación de servicios públicos. 3. El Contencioso Administrativo Agrario.*

**V. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL**

1. *Acción de Inconstitucionalidad. A. Competencia de la Sala Constitucional para conocer de la nulidad de ordenanzas municipales y leyes estatales. B. Objeto: Leyes derogadas. C. Declaratoria de mero derecho. D. Acumulación. E. Medidas Cautelares. 2. Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional: Improcedencia contra sentencias de Tribunales arbitrales 3. Acción de Amparo Constitucional. A. Órganos. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional: Competencia B. Procedimiento: Procedencia *in limine litis*. C. Medidas Cautelares.*

## I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

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

TSJ-SC (624)

30-5-2013

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del artículo 171 de la Ordenanza de Impuestos sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios de Índole Similar del Municipio Jesús Enrique Lossada del Estado Zulia.

**El artículo 171 de la Ordenanza de Impuestos Sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar, publicada el 28 de diciembre de 2005, ordenaba que entre los meses de enero y febrero de 2006, se presentara nuevamente la declaración definitiva de ingresos correspondiente al ejercicio fiscal de 2005, es decir, que supuso la imposición de deberes tributarios a hechos ocurridos con anterioridad al momento de entrada en vigencia de la Ordenanza, en clara violación al principio de irretroactividad.**

En efecto, la norma bajo examen reguló situaciones jurídicas acaecidas con anterioridad a su entrada en vigencia, en franca lesión del principio de irretroactividad de la ley, que como se precisó anteriormente, imposibilita que una norma jurídica se aplique a un hecho ocurrido antes de su publicación, salvo los casos que expresamente admite la Constitución.

Determinado lo anterior, el artículo sobre el cual versan las presentes consideraciones es del siguiente tenor:

**“Artículo 171:**

*La declaración definitiva de los ingresos o ventas brutas correspondientes al ejercicio fiscal 2005, deberá presentarse entre el 02 de enero y el 28 de febrero de 2006”.*

La citada norma, fue analizada tanto por esta Sala como por la Sala Política Administrativa de esta Máximo Tribunal, en el marco de la potestad de control difuso que tienen todos los tribunales de la República, de conformidad con lo previsto en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En ambos casos, se reputó como violatoria del principio de irretroactividad de la ley, a que se refiere el artículo 24 *eiusdem*.

Corresponde entonces realizar un análisis abstracto de su constitucionalidad y, en tal sentido, el artículo 137 del Texto Fundamental, recoge al principio de legalidad, también denominado principio de sujeción a juridicidad, concebido por Villar Palasí (*Derecho Administrativo*. Universidad de Madrid. 1968. Página 274), como un instrumento de sujeción de los poderes del Estado a lo que establece el ordenamiento jurídico.

El principio de legalidad y con él, el principio de competencia, son los responsables de la juridización de la actuación del Poder Público, ya que someten a todas las figuras subjetivas del Estado a actuar conforme a lo que prescribe el ordenamiento jurídico. Es por tanto, un efecto de la institucionalización del poder y por ende, una “máxima opuesta a la arbitrariedad” (Peces-Barba (*Curso de Teoría del Derecho*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons. 1999, 108). Para Souza (2001. *El Uso Alternativo del Derecho*. 1° Edición. Bogotá: Editorial Unibiblos. Página 173), es el axioma según el cual es Estado debe actuar conforme a una fuente jurídica, es decir, basado en un instrumento jurídico formal que habilita a un órgano o ente a desarrollar una determinada actividad.

Como un elemento integrante del principio de legalidad, el artículo 215 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece el principio de publicidad normativa como un requisito de eficacia de las leyes, cuyo cumplimiento hace posible su ejecución en el plano de la realidad. Es decir, que la publicidad normativa representa una formalidad de la cual nace la vigencia de la norma y, de allí, que constituya un elemento de seguridad jurídica necesario para que la ley logre producir efectos jurídicos y, por ende, hasta tanto no se satisfaga dicha exigencia, no debe reputársele efectos jurídico alguno, pues no se está en presencia de derecho positivo.

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

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

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

Entonces, tal como señaló esta Sala en la sentencia de junio de 2001 resulta contrario al principio de irretroactividad de la ley aplicar una norma jurídica a una situación fáctica anterior a su entrada en vigencia. En dicho contexto, el artículo 171 de la Ordenanza de Impuestos Sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar, publicada el 28 de diciembre de 2005, ordenaba que entre los meses de enero y febrero de 2006, se presentara nuevamente la declaración definitiva de ingresos correspondiente al ejercicio fiscal de 2005, es decir, que supuso la imposición de deberes tributarios a hechos ocurridos con anterioridad al momento de entrada en vigencia de la Ordenanza.

En efecto, la norma bajo examen reguló situaciones jurídicas acaecidas con anterioridad a su entrada en vigencia, en franca lesión del principio de irretroactividad de la ley, que como se precisó anteriormente, imposibilita que una norma jurídica se aplique a un hecho ocurrido antes de su publicación, salvo los casos que expresamente admite la Constitución.

En virtud de las consideraciones expuestas, observa esta Sala que la disposición contenida en el 171 de la Ordenanza de Impuestos sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios de Índole Similar del Municipio Jesús Enrique Lossada del Estado Zulia, publicada en la Gaceta Municipal N° 10 extraordinaria, del 28 de diciembre de 2005, conculca el principio de irretroactividad de la ley, dispuesto en el artículo 24 de la Carta Magna y, en consecuencia, se declara su nulidad y así se decide.

Ahora bien, corresponde determinar los efectos de la presente decisión anulatoria en el tiempo y en tal sentido, desde sus inicios (*Vid.* Sentencia del 1° de junio de 2000, entre otras), esta Sala Constitucional hizo suya la doctrina de la extinta Corte Suprema de Justicia, según la cual, la nulidad por inconstitucionalidad produce efectos *ex tunc*, es decir, hacia el pasado.

Salvo que en aras de la seguridad jurídica y para evitar mayores perjuicios, se fijen los efectos anulatorios *ex nunc* o hacia el futuro (Véase: en Revista de Derecho Público, N° 82 2000, pp. 453)

En el caso de autos, dado que la norma objeto de la presente nulidad se encuentra viciada de irretroactividad y ello, supone una afectación gravísima a la seguridad jurídica, así como al principio de juridicidad, esta Sala fija los efectos del fallo anulatorio *ex tunc*, es decir, hacia el pasado, desde el mismo momento en que fue dictada la Ordenanza de Impuestos sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios de Índole Similar del Municipio Jesús Enrique Lossada del Estado Zulia, publicada en la *Gaceta Municipal* N° 10 extraordinaria, del 28 de diciembre de 2005.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se ordena la publicación de esta sentencia en la Gaceta del Municipio Jesús Enrique Lossada del Estado Zulia. Así se decide.

## II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

### 1. Garantías Constitucionales

#### A. La garantía de acceso a la justicia: Principio Pro Actione

**TSJ-SC (433)**

**6-5-2013**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Fundación Movimiento por la Calidad del Agua vs. Ministerio del Poder Popular para el Ambiente y los Recursos Naturales

**Declarar la inadmisión de la pretensión por la incompetencia del tribunal niega el principio *pro actione* y restringe el derecho de acceso a la jurisdicción que postula el artículo 26 constitucional.**

Determinado el órgano jurisdiccional competente para tramitar y decidir la anterior pretensión, esta Sala observa debe aclarar que correspondería, conforme al numeral 4 del artículo 150 de la Ley del Tribunal Supremo de Justicia, en el marco del Capítulo III de su Título XI, *de las demandas de protección de derechos e intereses colectivos y difusos*, inadmitir la demanda:

*“(...) 4. Cuando la pretensión se pueda satisfacer a través de otras vías o cuando por su naturaleza al conocimiento de la pretensión corresponda al contencioso de los servicios públicos o al contencioso electoral.”.*

No obstante la regla antes mencionada, esta Sala Constitucional debe atender a la preeminencia que ha dado en su propio desarrollo jurisprudencial al principio *pro actione*, por el cual *“(...) las normas reguladoras de los requisitos procesales deben interpretarse siempre en el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones procesales”* (Véase: Sentencia en *Revista de Derecho Público*, N° 83, 2000. pp. 94 y ss.) Sentencia del 25 de septiembre de 2001, del 16 de febrero de 2003; (Véase: Sentencia en *Revista de Derecho Público*, N° 101 2005. pp. 88 y ss.) y del 20 de septiembre de 2009.

De esta forma, considera la Sala que declarar la inadmisión de la pretensión por la incompetencia del tribunal niega el principio *pro actione* y restringe el derecho de acceso a la jurisdicción que postula el artículo 26 constitucional de los demandantes en la presente causa, en consecuencia, lo conducente en el presente caso es reconducir la calificación jurídica de la pretensión y, en función de ello, remitir los autos al tribunal competente para su tramitación y

ulterior decisión de la forma que se establece en la parte *in fine* del artículo 353 del Código de Procedimiento Civil, norma tomada por su carácter supletorio, en aplicación del artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), y así se decide.

2. *Derecho a la Educación: Participación de la comunidad educativa*

TSJ-SPA (471)

16-5-2013

Magistrado Ponente: Emilio Ramos González

Caso: Red de Padres y Representantes vs. Ministerio del Poder Popular para la Educación

**La Sala Político Administrativa considera, en etapa cautelar, que en virtud de que las disposiciones descritas de la Ley Orgánica de Educación establecen la necesidad que tiene el colectivo conformado por el estudiantado y los demás integrantes de la comunidad educativa de organizarse democráticamente para el ejercicio de sus derechos y deberes preestablecidos en dicho instrumento jurídico, ello permite suponer, sin que implique prejuzgar sobre la decisión de fondo, que los Consejos Educativos establecidos en la Resolución N° 058 emanada del Ministerio del Poder Popular para la Educación, publicada en la G.O. N° 40.029 de fecha 16 de octubre de 2012, serían la concreción reglamentaria de las mencionadas disposiciones de orden legal, sin las cuales, en principio, se reduciría la eficacia de dicha Ley Orgánica e impediría el desarrollo y acatamiento de los postulados constitucionales que rigen al Estado Docente.**

Al efecto se observa, que la representación judicial de la asociación civil accionante, fundamentó la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, en la presunta violación al derecho que tienen las comunidades organizadas a participar en la gestión pública, “...concretamente en este caso, el derecho de los padres, madres y representantes y demás integrantes de la comunidad educativa, como actores claves y corresponsables del proceso educativo, a la participación democrática y protagónica en la elaboración de las normas reglamentarias que pretendan organizar y regular precisamente la participación de la comunidad educativa en la gestión escolar...”.

En tal sentido, alegó que la Resolución N° 058 recurrida, viola la obligatoriedad de la consulta prevista en los artículos 139 y 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, ya que afirma que fue dictada con prescindencia de dicho procedimiento.

A su vez se observa, que la abogada Mayerling Rosales González, ya identificada, mediante escrito consignado en fecha 29 de enero de 2013 formuló oposición a la medida de suspensión de efectos peticionada por la asociación civil accionante, sosteniendo a tales efectos que, en el presente caso, no se demostró el cumplimiento de los requisitos para el otorgamiento de la referida medida cautelar, los cuales deben cumplirse de manera concurrente.

Por otra parte, argumentó que los alegatos expuestos por la recurrente para fundamentar la medida cautelar requerida son los mismos que se utilizaron para sustentar el recurso de nulidad planteado y en razón de ello estima que cualquier decisión que considere la Sala al respecto, se estaría pronunciando sobre el fondo de la controversia y por tanto, “...adelantando (...) su opinión, al suspender los efectos del acto administrativo por una presunción de violación al derecho de la participación, en consecuencia, estaría prejuzgan-

do sobre la decisión definitiva...”. En primer término se observa, que efectivamente la accionante fundamentó su solicitud cautelar en el derecho que tienen los padres, madres y representantes y demás integrantes de la comunidad educativa a participar en la gestión educativa, en concreto, en la elaboración de las normas dirigidas a su organización y funcionamiento, pero nada alegó para sustentar el *periculum in mora* o daño de difícil o imposible reparación como requisito de procedencia.

No obstante se debe precisar que la referida circunstancia no impide a este órgano jurisdiccional analizar la situación planteada derivado de los amplios poderes cautelares que tiene el juez contencioso administrativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pero fundamentalmente, visto el interés que reviste el tema sobre el cual versa el recurso para la comunidad educativa y ante la eventual lesión que pudiera afectar los derechos colectivos, este Máximo Tribunal, de acuerdo al enunciado del citado artículo 104 *eiusdem* debe ponderar los intereses en juego y en tal sentido, pasa a analizar la solicitud:

En este sentido, se debe acotar que la parte recurrente representada por un grupo de padres y representantes, pretenden obtener con su petición cautelar, la suspensión del contenido total de un acto general o normativo (Resolución N° 058), que si bien se encuentra estructurado en 7 artículos, de su lectura destacan 35 disposiciones sustanciales que desarrollan diversas materias y con respecto a las cuales no planteó ningún alegato en contra.

En virtud de lo anterior, la Sala estima que cualquier pronunciamiento al respecto, dirigido a la suspensión total del referido acto incidirá sobre la esfera de los derechos e intereses de la totalidad de los miembros que integran la *comunidad educativa* (padres, madres, representantes, estudiantes, docentes, trabajadoras, trabajadores administrativos, obreros, obreras, voceros y voceras de las diferentes organizaciones comunitarias vinculadas a las instituciones educativas) y es por ello que, la valoración que debe efectuar este Máximo Tribunal sobre la medida requerida, ha de hacerse ponderando los intereses involucrados.

Así, de la lectura preliminar del acto recurrido se evidencia que la citada normativa se encuentra fundamentada en disposiciones de orden constitucional (artículos 5, 6, 51, 62, 70, 72, 102, 103) y legal y en tal sentido desarrolla las competencias del *Estado docente* (artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica de Educación, Gaceta Oficial N° 5.929 Extraordinario del 15 de agosto de 2009), el cual tiene asignado entre sus facultades la de promover, integrar y facilitar la participación social, bajo el nuevo esquema establecido por el Constituyente (artículo 102 constitucional), que promueve la *corresponsabilidad* en la eficiente prestación del servicio público de educación de las familias, la escuela, la sociedad y el Estado y particularmente, destaca el rol que cumplen las familias las cuales tienen el deber, el derecho y la responsabilidad en la orientación y formación en principios, valores, creencias, actitudes y hábitos en los niños, niñas, adolescentes, jóvenes, adultos y adultas para cultivar respeto, amor, honestidad, tolerancia, reflexión, participación, independencia y aceptación.

Bajo estas premisas, la Resolución N° 058 impugnada, establece que el objeto de la norma (único aparte del artículo 1 de la Resolución en cuestión), consiste en regular la planificación, ejecución, seguimiento, control, supervisión y evaluación de los planes y proyectos del Estado docente, entre los cuales destaca el de la conformación de los *Consejos Educativos* concebidos como la instancia ejecutiva conformada por los referidos actores de la comunidad educativa

“...desde la educación inicial hasta la educación media general y media técnica y todas las modalidades del subsistema de educación básica. También podrán formar parte (...) las personas naturales y jurídicas, voceros y voceras de las diferentes organizaciones comunitarias vinculadas con las instituciones educativas...”. (Artículos 3 y 4 la Resolución N° 058 impugnada).

A su vez, la disposición contenida en el artículo 7 del aludido acto recurrido establece la *organización* de los *Consejos Educativos* bajo la forma de Comités: de Padres, Madres, Representantes y Responsables; Académico; de Seguridad y Defensa Integral; de Comunicación e Información; de Ambiente; de Salud Integral y Alimentación; de Educación Física y Deporte; de Cultura; de Infraestructura y Hábitat Escolar; de Estudiantes; de Contraloría Social y otros que se consideren pertinentes.

Ahora bien, de un análisis preliminar de la citada normativa contenida en el acto impugnado se observa, que la organización de los **Consejos Educativos** a través de las diferentes funciones asignadas a cada **Comité**, conformado por los miembros de la comunidad educativa, tiene su fundamento en el artículo 20 de la *Ley Orgánica de Educación* (expresamente citado en el mencionado artículo 7 de la Resolución impugnada) y en los literales a) y g) del numeral 2; literal e) del numeral 3; literales a) y b) del numeral 4 todos del artículo 6 y artículo 21 de la referida Ley, en los cuales *se previó la necesidad de que los integrantes de la comunidad educativa se organizaran ulteriormente* a la entrada en vigencia del citado instrumento jurídico, para desarrollar los mecanismos y procedimientos que le permitiese ejercer a los integrantes de dicha comunidad la contraloría social y otros derechos y deberes inherentes a la gestión educativa, relativos a la promoción de la salud, la lactancia materna, el respeto por la vida, el desarrollo endógeno, el quehacer comunitario, la defensa de un ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado, las innovaciones pedagógicas, el uso y desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación, la convivencia y el respeto a los derechos humanos, entre otras.

Adicionalmente, en la Ley Orgánica de Educación se establece expresamente la organización del estudiantado bajo la modalidad de los Consejos Estudiantiles, “...*sin menoscabo de otras formas organizativas...*”, (artículo 21 de la Ley Orgánica de Educación), con la finalidad de que actúen junto con la comunidad educativa en los diferentes ámbitos, programas, proyectos educativos y comunitarios, ejerciendo sus derechos y deberes como seres sociales, en un clima democrático, de paz, respeto, tolerancia y solidaridad.

Por lo expuesto, este Máximo Tribunal considera, en esta etapa cautelar, que en virtud de que las disposiciones descritas de la Ley Orgánica de Educación establecen la necesidad que tiene el colectivo conformado por el estudiantado y los demás integrantes de la comunidad educativa de organizarse democráticamente para el ejercicio de sus derechos y deberes preestablecidos en dicho instrumento jurídico, ello permite suponer, sin que implique prejuzgar sobre la decisión de fondo, que los aludidos Consejos Educativos serían la **concreción reglamentaria** de las mencionadas disposiciones de orden legal, sin las cuales, en principio, se reduciría la eficacia de dicha Ley Orgánica e impediría el desarrollo y acatamiento de los postulados constitucionales que rigen al Estado Docente.

Al respecto, cabe destacar que de acuerdo al contenido del artículo 7 de la Resolución N° 058, las mencionadas instancias de participación y gestión dentro del sistema educativo deben actuar “...*en corresponsabilidad con los valores establecidos en la Ley Orgánica de Educación (LOE 2009)...*”, de conformidad con los valores superiores del ordenamiento y fines esenciales del Estado, consagrados en el Texto Fundamental (artículos 2 y 3 constitucionales).

Por consiguiente, este Máximo Tribunal, una vez ponderados los intereses en juego, concluye que, el eventual otorgamiento de la medida requerida *prima facie*, afectaría la esfera de los derechos y de las garantías de la totalidad de los miembros que integran la comunidad educativa, antes mencionados, pues podría reducir, como fue indicado, la eficacia de los mecanismos de participación previstos en la Ley Orgánica de Educación.

En efecto, y sin que ello implique prejuzgar sobre la decisión de fondo, se aprecia que la conformación de los aludidos Consejos Educativos y su ulterior organización en los distintos Comités previstos en la Resolución impugnada, así como la disposición de los Consejos Estudiantiles antes referidos, son instancias ya previstas en la Ley Orgánica de Educación a los fines de profundizar la participación organizada y en consecuencia, *democratizar* el Sistema Educativo como uno de los postulados materiales de la Constitución de 1999, exponente de la **democracia participativa y protagónica** que se erige, conforme con la doctrina del Constitucionalismo Latinoamericano sobre la base fundamental de los acuerdos entre los ciudadanos, el consenso y la representación. Este modelo de dispositivos debe sustentarse indefectiblemente en la deliberación y el diálogo, diagrama éste que además de conducir a la toma de decisiones compartidas intersubjetivamente al estar soportadas en la heterogeneidad, construye un proyecto social sustancial fundamentado en la pluralidad.

Conforme con lo anterior, para la Sala la declaratoria de procedencia de la medida en cuestión, paradójicamente supondría el menoscabo de estos derechos de participación para la totalidad del colectivo educativo, cuya tutela prevalece, resultando en consecuencia improcedente su otorgamiento. Así se decide

### 3. *Derechos Políticos: Derecho al Sufragio y Participación Política*

**TSJ-SE (50)**

**18-6-2013**

Ponencia Conjunta

Caso: Oscar Alfonso Linares Quintero vs. Consejo Directivo Del Instituto De Previsión Social Del Abogado (INPREABOGADO)

**La Sala Electoral determina que el sistema electoral previsto para elegir a los miembros del INPREABOGADO viola el derecho al sufragio y participación política.**

Una vez resueltos los advertidos aspectos preliminares, corresponde a la Sala Electoral pronunciarse en relación con el fondo del asunto para lo cual observa lo siguiente:

Tal como se señaló en párrafos precedentes, se constata que la acción de amparo constitucional tiene su origen en la alegada omisión en la que habría incurrido el Consejo Directivo del INPREABOGADO por abstenerse de convocar a elecciones a fin de renovar a sus integrantes, pese a haberse vencido su período de gestión hace varios años.

Como consecuencia de dicha omisión, la parte accionante actuando en nombre propio y en representación de los intereses de los abogados del país denuncia la transgresión de los artículos 21, 62 y 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Asimismo, solicita la desaplicación del contenido de los artículos 80 de la Ley de Abogados, 84 y 93 del Reglamento de la Ley de Abogados, por cuanto, a su criterio, tales normas vulneran el derecho a la participación y al sufragio universal, directo y secreto así como el derecho a la igualdad, por prever un sistema electoral de segundo grado y por exigir que los integrantes del Consejo Directivo del INPREABOGADO se encuentren domiciliados en la ciudad de Caracas.

Expuesto lo anterior, se debe indicar que tanto de los autos que conforman el expediente judicial como de los alegatos expuestos por las partes con ocasión de la realización de la audiencia constitucional se desprende que no constituye un hecho controvertido la omisión en la que ha incurrido el Consejo Directivo del INPREABOGADO al no convocar el proceso electoral mediante el cual se debe renovar a sus integrantes, pese a no haberse señalado con precisión la fecha en la cual se efectuó la última elección de autoridades. Tampoco se discute el prolongado vencimiento de su período de gestión de dos (2) años, previsto en el Parágrafo Segundo del artículo 80 de la Ley de Abogados.

En efecto, se observa que en escrito de fecha 30 de mayo de 2013, la representación judicial del INPREABOGADO ratifica lo expuesto con ocasión de la audiencia constitucional efectuada ese mismo día, al señalar que “...con la mejor y más absoluta buena fe (...) est[á] en la disposición de solicitar al Poder Electoral que [lo] asesore en las elecciones a realizar...”, sin que se evidencie que durante la tramitación de la causa haya cuestionado la denuncia esgrimida por los accionantes en relación con el vencimiento del período de gestión del Consejo Directivo ni en cuanto a la omisión de convocatoria a elecciones. De allí que sea evidente la transgresión del derecho al sufragio y a la participación ocasionada por tal omisión (corchetes de la Sala).

Ahora bien, observa la Sala que el artículo 80 de la Ley de Abogados prevé lo siguiente:

**Artículo 80:** Los órganos del Instituto son:

a) La Asamblea General que estará integrada hasta por cinco (5) representantes de cada Colegio de Abogados.

(...)

Parágrafo Segundo: Los miembros del Consejo Directivo del Instituto, serán designados por la Asamblea General del mismo, deberán estar domiciliados en el área metropolitana de Caracas y durarán dos años en el ejercicio de sus funciones.

Asimismo, el artículo 84 del Reglamento de la Ley de Abogados reitera lo expuesto en los siguientes términos:

**Artículo 84:** La suprema autoridad del Instituto es la Asamblea General, constituida por representantes de todos los Colegios de Abogados de la República, cuyo número no excederá de cinco por cada Colegio.

Del contenido de las normas transcritas se desprende que, en principio, la elección de los miembros del INPREABOGADO corresponde a una Asamblea General conformada por representantes de cada uno de los Colegios de Abogados del país. Por tanto, la aplicación de dichas normas al caso de autos conduciría a concluir que la reconocida omisión en cuanto a la convocatoria al proceso electoral para renovar a su Consejo Directivo afectaría únicamente los derechos al sufragio y a la participación de quienes conforman la Asamblea General (representantes) y no los del colectivo de abogados inscritos en el Instituto. No obstante, dicha postura resulta manifiestamente inconstitucional por los motivos que a continuación se exponen:

En efecto, en primer lugar debe destacarse que el INPREABOGADO constituye una organización de interés colectivo que tiene como objeto la procura del bienestar social y económico de los abogados y sus familiares, aspecto este que se materializará mediante diversas acciones, tales como: i.- La implantación de mecanismos que permitan afrontar las consecuencias que pudieran afectar a sus integrantes o familiares a causa de muerte, enfermedad o incapacidad del abogado afiliado; ii.- La promoción del ahorro; iii.- Facilitar la adquisición de viviendas propias; iv.- Incentivos económicos que permitan el desarrollo de

actividades que representen un aumento de la calidad de vida del abogado y sus familiares, entre otras, tal como lo prevé el artículo 77 de la Ley de Abogados y lo reitera el artículo 79 de su Reglamento.

Al respecto, resulta pertinente hacer mención al contenido de la sentencia del 10/8/2007, emanada de la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, en la que se precisaron algunos aspectos de los institutos de previsión social en los siguientes términos:

Ahora bien, la existencia de gremios profesionales no excluye la posibilidad de que ciertos profesionales cuenten también, incluso por norma legal, con entes creados para velar por su situación económica y social. Se trata de los comúnmente llamados *Institutos de Previsión*, que tienen por finalidad garantizar la asistencia a las personas que pertenecen a determinado gremio (lo que puede alcanzar a sus familiares o a personas relacionadas con esa profesión), de manera similar a lo que se lograría con el servicio de Seguridad Social del Estado o los seguros privados. Se erigen como instrumentos para que, de manera mancomunada entre quienes tienen intereses comunes, se consiga la seguridad que toda persona requiere.

Como se observa, hay un vínculo necesario entre los colegios profesionales (como especie de los gremios profesionales) y los institutos de previsión, pues ambos están formados por profesionales de un determinado sector de actividad. Sin embargo, son muy distintos sus fines: mientras el gremio vela por la profesión en sí misma para garantizar su correcto ejercicio, el instituto de previsión persigue la asistencia socioeconómica de tales profesionales.

Lo expuesto explica que en el gremio sólo participan los profesionales del área de que se trate, a diferencia de los institutos de previsión, en lo que pueden tener cabida, así sea como beneficiarios de ayudas o servicios, personas que no son profesionales de tal área, pero sí tienen lazos con ellos o relaciones con la actividad concreta.

En la citada sentencia se efectuó una diferenciación entre las organizaciones de carácter gremial y los institutos de previsión social, concluyéndose que, aun cuando ambos se relacionan y se complementan, los referidos institutos se encuentran destinados a procurar una mejor calidad de vida de los profesionales que los conforman y de sus familiares a diferencia de los gremios profesionales, cuya misión se centra en vigilar el apropiado ejercicio de una profesión en específico.

Así pues, partiendo de los objetivos perseguidos por los institutos de previsión social se hace evidente la importancia que dichas organizaciones revisten para los gremios profesionales, tal es el caso del gremio conformado por los profesionales del Derecho. De allí que resulte claro el interés del colectivo de abogados que se encuentran inscritos en el INPREABOGADO en participar, de manera directa, en la elección de las autoridades que lo conducirán.

En efecto, el Consejo Directivo del INPREABOGADO es el órgano a quien corresponde la gestión de los intereses de sus afiliados, asegurando la consecución de los fines encomendados al Instituto por la Ley de Abogados y su Reglamento, por lo que la participación directa de dichos afiliados en la elección de los integrantes del cuerpo directivo encuentra plena justificación en el contenido de los artículos 62 y 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que prevén el derecho a la participación en los asuntos públicos así como el derecho al sufragio mediante elecciones universales, directas, libres y secretas.

No obstante lo señalado, se observa que el sistema electoral previsto por el legislador consiste en una elección indirecta o de segundo grado, en la que cada Colegio de Abogados debe seleccionar a cinco (5) representantes que integrarán la Asamblea General del INPREABOGADO, sin que la Ley de Abogados o su Reglamento precisen cómo deberá efectuarse esa elección. Una vez conformado dicho órgano, la representación de cada Colegio de Abogados contará con un solo voto (independientemente del número de representantes que posea) a fin de elegir al Consejo Directivo del INPREABOGADO.

Ante la situación descrita resulta oportuno hacer mención al contenido de la decisión: (Véase: en *Revista de Derecho Público*, N° 99-100, 2004, pp. 144) emanada de la Sala Electoral, en la que fue abordada una controversia similar a la de autos, señalándose en esa oportunidad lo siguiente:

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). De allí que la concepción del ejercicio del sufragio indirecto o de segundo grado, como lo es en definitiva el que ejercen los abogados colegiados al verse limitados a elegir a los Delegados que a su vez designarán a los órganos directivos de la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela, resulta contraria a las normas y principios que informan la materia electoral y de participación política en el sistema constitucional vigente.

En consecuencia, cabe concluir que la imposición de un mecanismo de esta índole sin justificación alguna incide negativamente en lo que se conoce en el Derecho Comparado como el “contenido esencial” del derecho fundamental de sufragio, desnaturalizándolo y desdibujando sus elementos primordiales, lo cual está vedado al Legislador, que en este aspecto, como también sostiene la doctrina nacional y comparada, no goza de una libertad de configuración absoluta, sino que, si bien ostenta competencias para determinar la modalidad de ejercicio del derecho en cuestión, debe guiarse por las pautas constitucionales. En caso contrario incurre la norma legal en el vicio de inconstitucionalidad, como ocurre en el presente supuesto, al imponerse la modalidad de ejercicio del sufragio indirecto o de segundo grado en forma contraria a los caracteres que determinan este derecho fundamental según la concepción que se recoge en el artículo 63 constitucional, con lo cual “...ya no es posible reconocer los elementos constitutivos que identifican y singularizan el derecho constitucional...” (PRIETO SANCHÍS, citado por PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III de Madrid. p. 597).

Consecuencia de todo lo anterior, es que las normas contenidas en la Ley de Abogados respecto a la forma de elección de los órganos directivos de la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela, al resultar manifiestamente contrarias al texto fundamental, no son susceptibles de ser aplicadas en virtud de la Disposición Derogatoria Única constitucional. En tal razón, esta Sala Electoral arriba a la indubitable conclusión de que el contenido de los artículos 47 y 54 de la Ley de Abogados y el artículo 60 de su Reglamento resultan contrarios a la recta interpretación de los derechos constitucionales al sufragio y a la participación política, y que debe procederse a su desaplicación para el proceso electoral que se ha ordenado convocar. Así se declara.

Las consideraciones expuestas en el fallo que antecede se encuentran referidas a la manera de elegir a las autoridades de una organización de naturaleza gremial como es la Federación de Colegios de Abogados. Sin embargo, tales argumentos deben darse por reproducidos en lo que respecta a los procesos electorales a ser efectuados en el seno de los institutos de previsión social como el INPREABOGADO, considerando los fines que estos persiguen y la importancia que representan para los gremios profesionales, con los que se encuentran íntimamente vinculados, tal como se señaló en párrafos precedentes, al haberse precisado que la elección de las autoridades que conforman el Consejo Directivo del INPREABOGADO es un asunto que corresponde a todos los abogados inscritos en el Instituto, se concluye que la omisión en la que ha incurrido dicho órgano al no convocar al proceso electoral mediante el cual deben ser renovados sus integrantes no constituye una circunstancia que afecte a un grupo limitado de individuos (representantes de los Colegios de Abogados) sino que, por el contrario, implica una flagrantemente violación del derecho a la participación y al sufragio del colectivo de abogados.

De allí que, a fin de restablecer la situación jurídica infringida por el mencionado Consejo Directivo en cuanto al ejercicio de los derechos constitucionales enunciados, resulta procedente ordenar la realización de la convocatoria al proceso electoral mediante el cual deberán ser renovadas tales autoridades, con la participación directa de todos los abogados inscritos en el INPREABOGADO. Así se declara.

Señalado lo anterior, se observa que la parte agraviada solicita la desaplicación del Parágrafo Segundo del artículo 80 de la Ley de Abogados así como del artículo 93 del Reglamento de la Ley de Abogados, por cuanto, a su criterio, limitarían el derecho al sufragio pasivo al prever que los miembros del Consejo Directivo del INPREABOGADO deberán estar domiciliados en la ciudad de Caracas.

En tal sentido, observa la Sala Electoral que el referido Parágrafo Segundo del artículo 80 de la Ley de Abogados establece que:

Artículo 80: Los órganos del Instituto son:

(...)

Parágrafo Segundo: **Los miembros del Consejo Directivo del Instituto**, serán designados por la Asamblea General del mismo, **deberán estar domiciliados en el área metropolitana de Caracas** y durarán dos años en el ejercicio de sus funciones.

Por su parte, el artículo 93 del Reglamento de la Ley de Abogados ratifica lo expuesto, en los siguientes términos:

Artículo 93: **Los miembros principales del Consejo Directivo y sus suplentes deberán estar inscritos en el Instituto, domiciliados en el área metropolitana de Caracas**, ejercerán sus cargos durante dos años y podrán ser reelegidos. En caso de renuncia, continuarán en el cargo hasta que sean reemplazados.

De las normas referidas se desprende que a fin de ejercer algún cargo dentro del Consejo Directivo del INPREABOGADO, deberán cumplirse dos condiciones concurrentes, a saber: i.- Estar afiliado al INPREABOGADO; y, ii.- Tener su domicilio en la ciudad de Caracas.

Tales requisitos constituyen condiciones para ser elegible, por tanto, en interpretación en sentido contrario, el incumplimiento de tales exigencias configurará supuestos de inelegibilidad.

Al respecto debe tenerse en cuenta que las causales de inelegibilidad constituyen limitaciones al sufragio pasivo que, por tal motivo, deben ser establecidas bajo parámetros razonables y proporcionales que no vacíen de contenido el núcleo esencial del derecho constitucional.

En este caso se observa que el legislador ha previsto una discriminación carente de todo fundamento respecto a quiénes pueden optar a desempeñar cargos dentro del Consejo Directivo, la cual se encuentra establecida en función del domicilio, circunstancia esta que, además de afectar el derecho al sufragio en su faceta pasiva, infringe el contenido del artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que prevé la igualdad de todas las personas ante la ley, con la consecuente prohibición de establecer discriminaciones que menoscaben dicha igualdad.

En efecto, la mencionada norma constitucional establece lo siguiente:

**Artículo 21.** Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

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

Respecto al contenido de la norma transcrita, la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, mediante sentencia 9 /2007, señaló lo siguiente:

Esta Sala ha sostenido con anterioridad que el principio de igualdad implica un trato igual para quienes se encuentren en situación de igualdad -igualdad como equiparación-, y un trato desigual para quienes se encuentren en situación de desigualdad -igualdad como diferenciación- (sentencia número (2006, de 17 de febrero). En este último supuesto, para lograr justificar el divergente tratamiento que se pretenda aplicar, el establecimiento de las diferencias debe ser llevado a cabo con base en motivos objetivos, razonables y congruentes.

De lo anterior se desprende que no resulta correcto conferirle un tratamiento desigual a supuestos fácticos que ostenten un contenido semejante y que posean un marco jurídico equiparable, pero debe aclararse que igualdad no constituye sinónimo de identidad, por lo que también sería violatorio del principio de igualdad darle un tratamiento igualitario a supuestos que sean distintos. En otras palabras, no se debe asimilar a los distintos, y no se deben establecer diferencias entre los iguales (sentencia 2006, de 17 de febrero).

De igual forma, esta Sala reitera que el respeto al principio o derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación es una obligación de los entes incardinados en todas las ramas que conforman el Poder Público, de tratar en igual forma a quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho y que todos los ciudadanos gocen del derecho a ser tratados por la ley de forma igualitaria.

Tomando en consideración esta última afirmación, debe señalarse que dos de las modalidades más básicas de este principio son, en primer lugar, el principio de igualdad ante la ley *strictu sensu*, también denominado principio de igualdad en la ley o igualdad normativa, el cual constituye una interdicción a todas aquellas discriminaciones que tengan su origen directo en las normas jurídicas, de lo cual se colige que dicho postulado se encuentra dirigido a los autores de las normas, fundamentalmente, al órgano legislativo; y en segundo término, el principio de igualdad en la aplicación de la ley o igualdad judicial, el cual constituye la barrera a toda discriminación que se pretenda materializar en la aplicación de las normas jurídicas por parte de los tribunales de la República, siendo que este segundo principio se encuentra destinado a los órganos encargados de la aplicación de la Ley (sentencia N° 266/2006, de 17 de febrero).

El principio de igualdad normativa constituye un mecanismo de defensa en manos del ciudadano frente a las posibles discriminaciones que pudiera sufrir por obra del Poder Legislativo, e implica la prohibición de que en los principales actos que sean dictados por esta rama del Poder Público (a saber, las leyes), se establezcan discriminaciones.

Siendo así, la libertad de configuración normativa del órgano legislador nunca podrá traspasar el límite del contenido esencial del derecho fundamental a la igualdad, toda vez que tal avasallamiento de esta barrera es susceptible de conllevar a la movilización del aparato de la justicia constitucional, a los fines de que sea emitido un pronunciamiento que apunte a catalogar como inconstitucional la norma correspondiente, sea en el caso concreto a través de la aplicación del control difuso de la constitucionalidad, o de forma abstracta mediante la motorización del control concentrado de la constitucionalidad.

En consecuencia, visto que tanto el Parágrafo Segundo del artículo 80 de la Ley de Abogados como el artículo 93 del Reglamento de la Ley de Abogados prevén como requisito para desempeñar cargos en el Consejo Directivo del INPREABOGADO estar domiciliado en la ciudad de Caracas, estableciendo una diferenciación de trato que no se encuentra fundamentada en motivos objetivos, razonables y congruentes, se considera necesario desaplicar en el caso de autos las referidas normas, por cuanto su aplicación en la contienda electoral cuya

realización ordenó la Sala conduciría a considerar que únicamente podrán postularse aquellos abogados que residan en la Capital de la República, excluyendo al resto de profesionales del derecho domiciliados en otras ciudades del país, lo cual constituye una manifiesta discriminación que vulnera el derecho a la igualdad y restringe injustificadamente el derecho al sufragio pasivo. Así se declara.

Ahora bien, considerando que en la normativa electoral contenida tanto en la Ley de Abogados, en el Reglamento de la Ley de Abogados como en el vigente Reglamento de la Ley de Abogados sobre Elección en los Organismos Profesionales y en el Instituto de Previsión Social del Abogado (cuya última reforma se produjo mediante Decreto Presidencial de fecha 22 de diciembre de 1992, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.506 Extraordinario del 23 de diciembre de 1992) no se estableció regulación suficiente respecto a la manera de proceder para conformar la comisión electoral que regirá los procesos electorales que se lleven a cabo en el seno de dichos organismos, a fin de evitar mayor dilación en la renovación de autoridades y en aras de garantizar los derechos a la participación y al sufragio de los abogados inscritos en el INPREABOGADO, con fundamento en lo previsto en el numeral 6 del artículo 293 constitucional, se ordena al Consejo Nacional Electoral conformar una Comisión Electoral *Ad-Hoc*, integrada por tres (3) funcionarios designados de su propio seno, dentro del lapso de quince (15) días hábiles de la Administración electoral, contados desde el momento de la efectiva notificación del máximo órgano comicial, a quien corresponderá organizar el referido proceso electoral. Así se declara.

En consecuencia, la Sala Electoral declara que el proceso electoral que deberá ser convocado deberá realizarse dentro del marco de la normativa vigente, contenida en el precitado Reglamento especial el cual, por ser preconstitucional, deberá ser adaptado a los principios vigentes en la materia en los términos que serán señalados a continuación:

A tal efecto, se observa que el referido Reglamento de la Ley de Abogados sobre Elección en los Organismos Profesionales y en el Instituto de Previsión Social del Abogado contiene una regulación amplia respecto a las normas aplicables para la elección de las autoridades de los Colegios de Abogados (Capítulo II) y de la Federación de Colegios de Abogados (Capítulo III), no obstante, en cuanto a la elección de las autoridades del Consejo Directivo del INPREABOGADO no ocurre lo mismo, pues se remite a "...las disposiciones del presente Reglamento..." en la medida que "...resulte pertinente..." (Artículos 32 y 33). Ello conduce a considerar aplicables al caso de autos aquellas normas que regulan la elección de los Colegios de Abogados y la Federación de Colegios de Abogados que resulten compatibles con una elección universal, personal, directa y secreta en la que participen todos los abogados inscritos en el INPREABOGADO.

Por tanto, a fin de implementar el proceso electoral ordenado por esta Sala Electoral, deberá considerarse lo siguiente:

1.- En primer lugar, no resulta aplicable la norma contenida en el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Abogados sobre Elección en los Organismos Profesionales y en el Instituto de Previsión Social del Abogado, teniendo en cuenta que la elección del Consejo Directivo del referido Instituto no se realizará en una Asamblea de representantes sujeta a algún quórum mínimo de validez, sino mediante una elección de carácter nacional con la participación de un universo electoral conformado por todos los abogados inscritos en el INPREABOGADO.

2.- Respecto al requisito para postular listas de candidatos, establecido en el artículo 7 del mencionado Reglamento, según el cual se exige el apoyo de un número equivalente al diez por ciento (10%), por lo menos, del total de afiliados, debe tenerse en cuenta que al

analizar una exigencia análoga, prevista en la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares, esta Sala Electoral en sentencia del 25/5/2012 consideró lo siguiente:

Las restricciones de los derechos son validas siempre que se adecuen a la noción de proporcionalidad, lo cual implica, entre otros aspectos, que la limitación no debe ser excesiva, es decir, que si una norma establece un mecanismo que puede ser considerado idóneo a los efectos de lograr el fin perseguido, pero puede ser reducida la incidencia sobre el derecho, sin que esa circunstancia afecte el cumplimiento de la finalidad de dicha previsión, ese grado mayor de afectación resulta innecesario y resulta imperativo proceder a una modulación del nivel de la exigencia. La idea es que el medio de limitación de los derechos no vaya más allá de lo requerido para satisfacer la finalidad de la norma respectiva, lo cual se haya en perfecta consonancia con el mandato constitucional dirigido al Estado y a la sociedad, de facilitar la generación de las condiciones más favorables para el ejercicio del derecho a la participación (Artículo 62 de la Constitución).

Aplicando las consideraciones anteriores al caso de autos, la Sala considera que el *quantum* establecido por la norma (diez por ciento (10%) de los socios), en cuanto al respaldo necesario para que la postulación sea admitida, se traduce en una limitación desproporcionada e irrazonable del derecho a la participación ciudadana. En efecto, a los fines de garantizar que el candidato tenga unas posibilidades mínimas de éxito en el proceso electoral, bastaría con demostrar el apoyo de un porcentaje menor de los asociados. Por tal razón, la Sala ordena que para el proceso electoral en curso, deberá exigirse el porcentaje establecido en el artículo 53 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, es decir, que la postulación de las planchas deberá contar con un respaldo del cinco por ciento (5%) de los socios por lo menos, en calidad de postulantes.

Por tanto, se dan por reproducidas las consideraciones expuestas en el caso de autos por considerar que la exigencia de un respaldo mínimo de un diez por ciento (10%) de afiliados constituye una limitación desproporcionada al derecho a la participación, considerando que actualmente existe un número cercano a los doscientos mil (200.000) abogados inscritos en el INPREABOGADO, razón por la cual, en su lugar, deberá exigirse el porcentaje establecido en el artículo 53 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, es decir, el apoyo de un cinco por ciento (5%) de afiliados a efecto de la postulación.

3.- El requisito referido a la exigencia de solvencia para postular candidatos, previsto igualmente en el artículo 7 del Reglamento, no será exigible en virtud de haber sido declarada su nulidad mediante sentencia del 9/10/2007, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

4.- Tampoco resulta aplicable el artículo 16 del Reglamento de la Ley de Abogados sobre Elección en los Organismos Profesionales y en el Instituto de Previsión Social del Abogado, que exige la solvencia económica del elector en relación con el Colegio de Abogados respectivo y el INPREABOGADO, como requisito para el ejercicio del voto.

En efecto, debe señalarse que la Sala Constitucional, en la ya citada decisión del 9/10/2007, señaló lo siguiente:

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 esta 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 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.

Del fallo transcrito se desprende claramente que la exigencia de solvencia económica en el marco de los procesos comiciales realizados para elegir las autoridades de colegios y organismos profesionales de un gremio en particular constituye una limitante al carácter libre, universal, directo y secreto atribuido por el Texto Constitucional al sufragio.

Al respecto, cabe destacar que en anteriores oportunidades esta Sala Electoral se ha pronunciado respecto a dicho requisito, diferenciando su exigibilidad según la naturaleza de la organización de que se trate. Así, se ha considerado que su previsión en la normativa electoral aplicable a asociaciones privadas de asociación voluntaria, tales como las Cajas de Ahorro, no contradice los derechos constitucionales a la igualdad, a la participación y al sufragio, de allí que el mismo pueda ser exigido. Por el contrario, en organizaciones de naturaleza gremial, cuya afiliación es obligatoria para el ejercicio de una profesión, se ha señalado que su establecimiento resulta lesivo de los referidos derechos constitucionales (*Vid.* sentencias Nro. 105 del 4 de agosto de 2003, ; (Véase: en *Revista de Derecho Público*, N° 129, 2012, pp. 1152 y ss.) Nro. 36 del 29 de mayo de 2013, emanadas de esta Sala Electoral).

En tal sentido, aun cuando en el presente fallo se ha señalado que, a diferencia de los Colegios de Abogados, el INPREABOGADO no es propiamente una organización gremial, también se ha indicado que ambas instituciones se encuentran íntimamente relacionadas y se complementan, pues procuran el bien común de los abogados del país enfocado desde perspectivas diversas como son, por un lado, el correcto ejercicio de la profesión y, por el otro, el aumento de la calidad de vida de los profesionales del derecho y sus familiares.

Asimismo, la vinculación entre ambas organizaciones la ratifica el hecho de que para ejercer legalmente la profesión necesariamente se debe estar inscrito simultáneamente en un Colegio de Abogados y en el INPREABOGADO e, incluso, el artículo 79 de la Ley de Abogados prevé que “[e]l Instituto tendrá su domicilio en Caracas y cada Colegio del interior de la República es una Delegación nata de él...” (corchetes de la Sala).

Por tanto, con base en las consideraciones expuestas, se considera que el requisito referido a la solvencia económica para ejercer el derecho al sufragio no resulta exigible en el proceso electoral cuya realización ordenó la Sala Electoral, por constituir una limitación injustificada al derecho a la participación y al sufragio.

5.- El resto de la normativa contenida en el Reglamento de la Ley de Abogados sobre Elección en los Organismos Profesionales y en el Instituto de Previsión Social del Abogado resulta aplicable por no ser manifiestamente inconstitucional y por ser compatible con la naturaleza de la elección a realizar.

6.- Ahora bien, por cuanto el análisis de la normativa contenida en el precitado Reglamento evidencia la existencia de vacíos en cuanto a aspectos de vital importancia en toda contienda electoral, tales como la elaboración del cronograma electoral, el señalamiento de las atribuciones de la Comisión Electoral, la manera de conformar el registro electoral aplicable a los comicios, entre otros, en aras de garantizar la ejecución del fallo y el cabal cumplimiento de la orden contenida en el presente fallo, se señala que para los aspectos no regula-

dos expresamente en el Reglamento de la Ley de Abogados sobre Elección en los Organismos Profesionales y en el Instituto de Previsión Social del Abogado deberán aplicarse supletoriamente las Normas para Regular los Procesos Electorales de Gremios y Colegios Profesionales, contenidas en la Resolución Nro. 101028-0471, de fecha 28 de octubre de 2010, publicadas en la *Gaceta Electoral de la República Bolivariana de Venezuela* N° 547 del 7 de diciembre de 2010.

No obstante, considerando que el INPREABOGADO no es una organización gremial y que la aplicación supletoria de las referidas Normas deberá hacerse de manera excepcional únicamente a fin de resolver lagunas, deben excluirse expresamente los siguientes aspectos:

1.- No resultan aplicables las disposiciones contenidas en el Capítulo II de las Normas para Regular los Procesos Electorales de Gremios y Colegios Profesionales, referidas a las atribuciones del Consejo Nacional Electoral en elecciones gremiales (inscripción del gremio, aprobación de convocatoria y proyecto electoral, reconocimiento del proceso electoral, entre otros), por cuanto las mismas deben ser ejercidas únicamente en una contienda electoral de naturaleza gremial, no siendo posible atribuirle al máximo órgano comicial, por analogía, "...asuntos que no le competen..." (Vid. sentencia N° 1746 del 10 de agosto de 2007, emanada de la Sala Constitucional).

Por tanto, debe entenderse que las atribuciones contenidas en el mencionado Capítulo II, desarrolladas a lo largo de las Normas para Regular los Procesos Electorales de Gremios y Colegios Profesionales, le corresponderán en este caso a la Comisión Electoral *Ad-Hoc*, en la medida que sea procedente, por constituir el órgano rector del proceso electoral.

2.- No resultan aplicables los numerales 1 y 2 del artículo 13 de las referidas Normas para Regular los Procesos Electorales de Gremios y Colegios Profesionales, al no ser necesaria la inscripción del INPREABOGADO en el registro de organizaciones gremiales que lleva el Consejo Nacional Electoral y al no requerirse la autorización del máximo órgano comicial para efectuar la convocatoria.

3.- En cuanto a la revisión de los actos electorales, no resultan aplicables los artículos 40, 41, 42, 43 y 44 de las Normas para Regular los Procesos Electorales de Gremios y Colegios Profesionales que prevén la posibilidad de recurrir ante el Consejo Nacional Electoral, por cuanto la competencia para conocer y resolver recursos administrativos debe ser ejercida únicamente en el marco de una contienda electoral de naturaleza gremial, no siendo este el caso.

Ahora bien, visto que el proceso comicial cuya realización se ordenó constituye una contienda electoral con una única circunscripción nacional en la que se podrán presentar postulaciones por planchas o individualmente con carácter nacional, correspondiendo el derecho al sufragio a todos los abogados del país inscritos en el INPREABOGADO; a fin de garantizar el ejercicio de dicho derecho a nivel regional deberá contarse con el apoyo logístico e institucional de los Colegios de Abogados respectivos, los cuales de conformidad con lo previsto en el artículo 79 de la Ley de Abogados constituyen Delegaciones del INPREABOGADO, haciendo posible de esta manera la constitución de mesas electorales en cada estado, entre otros aspectos.

Asimismo, debe aclararse que el derecho al voto será ejercido en el lugar correspondiente al Colegio de Abogados donde se encuentre inscrito el elector. Por tanto, considerando que la Ley de Abogados no prohíbe la inscripción de un profesional del Derecho en distintos Colegios a la vez, de ser este el caso, se tomará en cuenta el Colegio donde realizó la última inscripción.

En otro orden, debe señalarse que los gastos que acarrearán la realización de los comicios deberán ser sufragados por el INPREABOGADO, de conformidad con lo previsto en el numeral 6 del artículo 293 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Una vez señalados los anteriores lineamientos, se observa que la parte accionante pretende que el proceso electoral cuya realización ordenó la Sala se realice “...con la participación de todos los abogados del país, en forma libre, directa, universal y secreta...”.

Al respecto debe señalarse que el artículo 78 de la Ley de Abogados prevé que “[s]on miembros del Instituto de Previsión Social del Abogado todos los Abogados de la República que se hayan inscrito en un Colegio de Abogados, de conformidad con el Artículo 7° de la presente Ley...”, lo que es ratificado por el artículo 82 del Reglamento de la Ley de Abogados (corchetes de la Sala). Por tanto, únicamente los abogados que se hayan inscrito en el INPREABOGADO bajo las condiciones antes señaladas tendrán derecho a elegir a las autoridades del referido Instituto, por lo que resulta improcedente la pretensión esgrimida por los accionantes en cuanto a la participación de “...todos los abogados del país...”. Así se declara.

### III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

#### 1. *El Poder Nacional*

##### A. *El Poder Legislativo: Inmunidad Parlamentaria*

**TSJ-SP (7)**

**9-4-2013**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Luisa Ortega Díaz vs. Richar M. Mardo Mardo

**La inmunidad supone un régimen temporal de exención, aplicable mientras quien disfruta del mismo esté en ejercicio de sus funciones, salvo que el cuerpo legislativo correspondiente autorice el enjuiciamiento, acto denominado allanamiento.**

En efecto, en caso de declarar el Tribunal Supremo de Justicia que hay mérito para el caso de los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional, lo que no prejuzga sobre el fondo del asunto, dicho proceso no tendrá lugar si la referida Asamblea Nacional no autoriza el enjuiciamiento; es decir, gozan además estos altos funcionarios del Estado de un régimen de inmunidad, cuyo allanamiento corresponde a la Asamblea Nacional.

Así lo establece, el artículo 200 *eiusdem*, cuyo contenido es el siguiente:

*“Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que cometan los o las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.”*

En tal sentido, la inmunidad supone un régimen temporal de exención, aplicable mientras quien disfruta del mismo esté en ejercicio de sus funciones, salvo que el cuerpo legislativo correspondiente autorice el enjuiciamiento, acto denominado allanamiento, mediante el cual el funcionario en cuestión es despojado de su inmunidad para que pueda ser juzgado penalmente ante el órgano jurisdiccional competente.

B. *El Poder Judicial*a. *Competencia del Tribunal Supremo de Justicia: Antejuiicio de mérito*

TSJ-SP (7)

9-4-2013

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Luisa Ortega Días vs. Richar M. Mardo Mardo

**El antejuiicio de mérito es una prerrogativa procesal de la que sólo son acreedores los altos funcionarios del Estado, que garantiza el ejercicio de la función pública y, por ende, evita la existencia de perturbaciones derivadas de posibles querellas, injustificadas o maliciosas, que se interpongan contra las personas que desempeñan cargos de alta investidura, referidos en la norma constitucional antes transcrita.**

Señalado lo anterior, pasa esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia a pronunciarse respecto de su competencia para conocer de la presente solicitud de antejuiicio de mérito y a tal efecto, observa:

El artículo 266 numeral 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece:

*¿“Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia:*

*...omissis...*

*3. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Vicepresidente o Vicepresidenta de la República, de los integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros o Ministras, del Procurador o Procuradora General, del Fiscal o la Fiscal General, del Contralor o Contralora General de la República, del Defensor o Defensora del Pueblo, los Gobernadores o Gobernadoras, oficiales, generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y de los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República y, en caso afirmativo, remitir los autos al Fiscal o a la Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si fuere el caso; y si el delito fuere común, continuará conociendo de la causa hasta la sentencia definitiva”.*

Así, las personas que se hallan investidas de las más elevadas funciones públicas, gozan de prerrogativas constitucionales para el ejercicio de sus funciones, siendo una de ellas el antejuiicio de mérito, cuyo conocimiento le corresponde a esta Sala Plena.

En efecto, se ha señalado en reiterados fallos que el régimen del antejuiicio de mérito previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, constituye una prerrogativa establecida para las autoridades del Estado, a los fines de proteger la labor de los funcionarios públicos que ocupan y desempeñan cargos de alta relevancia, por lo que procura la continuidad en el desempeño de las tareas esenciales que presupone el ejercicio de la función pública.

Así, el antejuiicio de mérito es una prerrogativa procesal de la que sólo son acreedores los altos funcionarios del Estado, que garantiza el ejercicio de la función pública y, por ende, evita la existencia de perturbaciones derivadas de posibles querellas, injustificadas o maliciosas, que se interpongan contra las personas que desempeñan cargos de alta investidura, referidos en la norma constitucional antes transcrita.

En efecto, en caso de declarar el Tribunal Supremo de Justicia que hay mérito para el caso de los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional, lo que no prejuzga sobre el fondo

del asunto, dicho proceso no tendrá lugar si la referida Asamblea Nacional no autoriza el enjuiciamiento; es decir, gozan además estos altos funcionarios del Estado de un régimen de inmunidad, cuyo allanamiento corresponde a la Asamblea Nacional.

Así lo establece, el artículo 200 *eiusdem*, cuyo contenido es el siguiente:

*“Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que cometan los o las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.”*

En tal sentido, la inmunidad supone un régimen temporal de exención, aplicable mientras quien disfruta del mismo esté en ejercicio de sus funciones, salvo que el cuerpo legislativo correspondiente autorice el enjuiciamiento, acto denominado allanamiento, mediante el cual el funcionario en cuestión es despojado de su inmunidad para que pueda ser juzgado penalmente ante el órgano jurisdiccional competente.

Ahora bien, en el caso bajo examen, el ciudadano Richard Miguel Mardo Mardo, es diputado a la Asamblea Nacional por el Estado Aragua, en efecto, la norma constitucional reconoce, -tal como se señaló anteriormente-, a los integrantes de la Asamblea Nacional, dentro de los altos funcionarios que gozan de la prerrogativa del antejuicio de mérito, en consecuencia, resulta pertinente destacar que el Código Orgánico Procesal Penal, señala lo siguiente:

*“Artículo 376. Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Presidente o Presidenta de la República o de quien haga sus veces y de los altos funcionarios o funcionarias del Estado, previa querrela de el o la Fiscal General de la República”.*

*“Artículo 381. A los efectos de este Título, son altos funcionarios o funcionarias: el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República, Ministros o Ministras del Despacho, Procurador o Procuradora General de la República, Miembros del Alto Mando Militar, Gobernadores o Gobernadoras de los Estados, Diputados o Diputadas de la Asamblea Nacional, Magistrados o Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, Contralor o Contralora General de la República, Fiscal General de la República, Defensor o Defensora del Pueblo, Rectores o Rectoras del Consejo Nacional Electoral, y Jefes o Jefas de Misiones Diplomáticas de la República”.*

En consecuencia, siendo que el referido ciudadano ostenta la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito, corresponde a esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, declararse competente para el conocimiento de la presente solicitud, conforme a lo establecido en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en concordancia con los lineamientos establecidos en el sentencia de la Sala Plena N° 6/2010 . Así se decide.

(...)

A los fines de realizar el correspondiente pronunciamiento, esta Sala Plena considera de importancia señalar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1684/2008, caso: “Carlos Eduardo Giménez”, (Véase: en *Revista de Derecho Público*, N° 116, 2008, pp. 168 y ss) estableció el procedimiento a seguir en la tramitación de las solicitudes de antejuicio de mérito, en tal sentido, señaló lo siguiente:

*“El antejuicio de mérito se desarrolla a través de un procedimiento especialísimo de carácter obligatorio, sumario y previo, el cual rompe el esquema del procedimiento penal ordinario con base en un fuero constitucional y legal. En atención a su naturaleza previa, no le está permitido al órgano jurisdiccional competente (Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena) formular juicios valorativos sobre la acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, sino la simple pero determinante declaratoria de mérito para la formación de la causa penal o enjuiciamiento propiamente dicho del funcionario.*

*...omissis...*

*Ahora bien, la Constitución de 1999, a pesar de mantener en términos generales un enunciado similar al de la Constitución de 1961 en lo que concierne al grupo de altos funcionarios públicos que gozan de la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito, presenta algunas diferencias que resultan pertinentes resaltar; en primer lugar, se incorporan nuevos funcionarios -en virtud de la jerarquía y funciones que tienen asignadas-, entre los que se encuentran el Vicepresidente de la República, el Defensor del Pueblo y los oficiales u oficiales generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y, en segundo lugar, se suprime la referencia que se hacía a los “delitos políticos” y con ello se modifica el criterio para determinar el órgano jurisdiccional competente que deberá continuar conociendo de la causa una vez declarada ha lugar la solicitud de antejuicio de mérito.*

*...omissis...*

*Este cambio de competencia constituye una situación inconsistente con el criterio que históricamente se ha mantenido en nuestro ordenamiento jurídico sobre la naturaleza del delito común y del delito político y con ello del tribunal competente para conocer de los mismos. En el caso de los delitos comunes, el daño puede exceder la esfera jurídica de los particulares y afectar intereses de trascendencia social, pero no existe, como en los delitos políticos, la intención de quebrantar el orden jurídico y social establecido, atentando contra la seguridad del Estado, contra los Poderes y autoridades del mismo o contra la Constitución o principios del régimen imperante. En consecuencia, en virtud de la respectiva entidad de los delitos y la distinta afectación del orden social, la competencia para el conocimiento de los delitos comunes debe corresponder a los tribunales ordinarios, mientras que en el caso de los delitos políticos el bien jurídico protegido a través del mismo es el orden jurídico y social del Estado, por lo tanto en atención a esta particularidad, tradicionalmente el conocimiento de estas conductas delictivas se le ha atribuido al Alto Tribunal de la República en Sala Plena, para que sean todos los Magistrados que lo conforman los encargados de sustanciar y decidir lo concerniente a la acusación que formule en su oportunidad la vindicta pública o quien haga sus veces contra el alto funcionario público involucrado en la comisión de un hecho punible de esa naturaleza.*

*Ahora bien, atribuirle a la Sala Plena de este Máximo Tribunal el conocimiento de las causas instauradas contra los altos funcionarios públicos cuando el delito por ellos presuntamente cometido fuese calificado como “delito común”, revela la existencia de un error material del Constituyente de 1999, y con ello una inconsistencia de la norma, es decir, que la solución aportada no responde a las propiedades que tomó en cuenta el mismo Constituyente para establecer el supuesto de hecho de dicha consecuencia jurídica. Siendo así, se está en presencia de un enunciado que presenta una laguna, que a su vez conduce a una solución jurídica ilógica e inaceptable.*

*...omissis...*

*En tal sentido, a los efectos de dar una solución que resulte coherente o pertinente con las propiedades del supuesto de hecho, esta Sala considera que en caso de darse los elementos anteriormente mencionados, deben remitirse los autos al Fiscal o a la Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si el delito fuere común a los fines contemplados en el Código Orgánico Procesal Penal; y si el delito fuere político, continuará conociendo de la causa el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, hasta la sentencia definitiva”.* (Subrayado del fallo).

Por su parte, el artículo 117 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, establece:

*“Admitida la solicitud de antejuicio de mérito, la Sala Plena, dentro de los treinta días continuos siguientes convocará a una audiencia pública. Iniciada la audiencia, el o la Fiscal General de la República expondrá los argumentos de hecho y de derecho en que fundamenta su solicitud.*

*Seguidamente, el funcionario o funcionaria y su defensor o defensora expondrán los alegatos correspondientes y contarán, en conjunto, con el mismo tiempo concedido al máximo representante del Ministerio Público, Se admitirá réplica y contrarréplica (...)*”

De igual forma, el artículo 379 del Código Orgánico Procesal Penal, ordena:

*“Recibida la querella, el Tribunal Supremo de Justicia convocará a una audiencia oral y pública dentro de los treinta días siguientes para que el imputado o imputada dé respuesta a la querella. Abierta la audiencia, el o la Fiscal General de la República explanará la querella. Seguidamente, el defensor o defensora expondrá los alegatos correspondientes. Se admitirán réplica y contrarréplica.*

*El imputado o imputada tendrá la última palabra. Concluido el debate el Tribunal Supremo de Justicia declarará, en el término de cinco días siguientes, si hay o no mérito para el enjuiciamiento”.*

En consecuencia, atendiendo al procedimiento establecido en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1684/2008 caso: “*Carlos Eduardo Giménez*”, en concordancia con el artículo 117 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el artículo 379 del Código Orgánico Procesal Penal, antes transcritos, vista la referida solicitud de antejuicio de mérito y verificados los requisitos de procedencia de la solicitud incoada por la ciudadana Fiscal General de la República Bolivariana de Venezuela, **LUISA ORTEGA DÍAZ** contra el ciudadano **RICHARD MIGUEL MARDO MARDO**, por la presunta comisión de hechos punibles referidos a Defraudación Tributaria y Legitimación de Capitales; conforme lo dispuesto en el artículo 268 del Código Orgánico Procesal Penal -aplicable supletoriamente conforme lo establece el artículo 118 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia-, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, la **ADMITE** en cuanto ha lugar en derecho. Así se declara.

**TSJ-SC (993)**

**16-7-2013**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena vs. Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.

**La prerrogativa del antejuicio de mérito no protege, *strictu sensu*, a la persona que desempeña un alto cargo, sino que tiene como objeto principal resguardar la continuidad de la función pública que ejerce el Alto Funcionario.**

Declarado el presente caso como un asunto de mero derecho, la Sala procede a resolver el mérito del amparo y, a tal efecto, observa:

Ha sido jurisprudencia reiterada de este Alto Tribunal que el privilegio o prerrogativa procesal del antejuicio de mérito es un procedimiento especial previo “*instaurado en virtud de la querella del Fiscal General de la República y conducido por el principio del contradictorio, tiene por objeto declarar la certeza de si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los*

*altos funcionarios del Estado a los que se refiere el ordenamiento constitucional de la República (...)*" (vid. sentencia de la Sala Plena de mayo de 2000, caso: *Luis Manuel Miquilena Hernández*).

Esta prerrogativa procesal, que está contenida en el artículo 266.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se encuentra desarrollada, entre otros textos normativos, en el Capítulo IV de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y en el Título V del Código Orgánico Procesal Penal y su aplicación corresponde a aquellos casos en los cuales exista un posible enjuiciamiento penal del Presidente o Presidenta de la República, del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva; de los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del Tribunal Supremo de Justicia; de los ministros o ministras del Poder Popular; del Procurador o Procuradora General de la República; del o la Fiscal General de la República; del Contralor o Contralora General de la República; del Defensor o Defensora del Pueblo; del Defensor Público o Defensora Pública General, de los Rectores o Rectoras del Consejo Nacional Electoral; de los gobernadores o gobernadoras; oficiales, generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en funciones de comando y de los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República.

La prerrogativa del antejuicio de mérito le corresponde conocerla y decidirla a la Sala Plena de este Alto Tribunal, previa querrela interpuesta por el Fiscal o la Fiscal General de la República, quien deberá acompañar, con el objeto de que se resuelva la petición, los recaudos probatorios que considere necesarios que hagan verosímiles los hechos que explana en la solicitud del antejuicio de mérito.

Ante la necesidad de que el Fiscal o la Fiscal General de la República haga posible la verosimilitud de los hechos establecidos en la querrela, la Sala considerada que, en la mayoría de los casos, esos recaudos probatorios provienen ineludiblemente de una investigación penal abstracta previa, en la cual pueden surgir elementos de convicción que permitan atribuir la autoría o participación de un presunto hecho punible a un funcionario que goza del antejuicio de mérito. En esta oportunidad, en la que se individualiza la investigación hacia el funcionario de Alta Investidura, es cuando entra en rigor la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito, la cual debe cumplirse antes de cualquier otro acto de investigación, debido a que ya existen fundados elementos que, necesariamente, van a encaminar dicha investigación contra el Alto Funcionario, quien tendrá el derecho, en el caso de que se estime que existe mérito para su enjuiciamiento, de ser notificado de los cargos por los cuales se investiga, como lo señala el artículo 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Lo anterior, tiene una justificación lógica; que consiste en que la prerrogativa del antejuicio de mérito persigue "la necesidad de mantener el buen funcionamiento del Estado, evitando que quienes en un determinado momento resulten piezas fundamentales en la conducción de las políticas públicas, sean desviados de sus obligaciones en razón de acusaciones, infundadas o no, formuladas en su contra, y a las cuales, sin duda, se encuentran permanentemente expuestos" (vid. sentencias de la Sala Plena del 12 de julio de 2000, caso: *Jesús Fernando González Cazorla* y del 5 de mayo de 2000, caso: *Pedro Mantellini González*, acogida esta última por la Sala Constitucional en sentencia N° 233 (Véase: en *Revista de Derecho Público*, N° 101. 2005. pp. 141 y ss)

De modo que, el antejuicio de mérito procura resguardar la continuidad de la función pública que ejerce un funcionario de alta investidura en cualquiera de los órganos del Poder Público, evitando que, por denuncias temerosas, se interrumpa el funcionamiento del Estado realizado por los funcionarios públicos que ocupan y desempeñan cargos de alta relevancia, o que con ello se evite la ejecución de determinadas políticas públicas.

Por lo tanto, la Sala destaca que la prerrogativa del antejuicio de mérito no protege, *strictu sensu*, a la persona que desempeña un cargo de alta investidura, sino que tiene como objeto principal resguardar la continuidad de la función pública que ejerce el Alto Funcionario, por lo que necesariamente va a depender, para su aplicación, si dicho funcionario desempeña el cargo que es compatible con su alta investidura en la oportunidad en que solicite su inicio.

Precisado lo anterior, la Sala pasa a determinar si se encuentra ajustada a derecho la decisión dictada, el 17 de septiembre de 2012, por la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, mediante la cual declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la decisión dictada, el 23 de julio de 2012, por el Juzgado Vigésimo Quinto de Juicio del mismo Circuito Judicial Penal, que decretó: a) la nulidad absoluta del acto de imputación y de la acusación fiscal, del 8 de julio de 2008 y 8 de diciembre de 2008, en su orden; b) la nulidad absoluta de la investigación fiscal; y c) la remisión de las actas penales al Ministerio Público, con el objeto de que se solicite el antejuicio de mérito en contra del ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer; en el proceso penal que se le sigue por la presunta comisión de los delitos de enriquecimiento ilícito y ocultamiento de datos que debe tener la declaración jurada de patrimonio.

A, tal efecto, la Sala observa:

Se constata de las actas que integran la causa penal primigenia, consignada por la parte actora en original, los siguientes hechos incontrovertidos:

1.- Que, el 14 de enero de 2002, la Fiscalía Décima Séptima del Ministerio Público con Competencia Plena a Nivel Nacional, en virtud de "*diversos reportajes publicados en diversos diarios nacionales, en los cuales se hace referencia a presuntos hechos irregulares cometidos en el Proyecto 'PLAN BOLÍVAR(sic) 2000' y el Fondo de Desarrollo Urbano (FONDUR)*", ordenó el inicio de la investigación "a los fines de esclarecer los hechos, de conformidad con lo establecido en el artículo 300 en concordancia con el artículo 283 ambos del Código Orgánico Procesal Penal (folio 35 del anexo 3 del expediente).

2.- Que, el 1° de febrero de 2002, la referida Fiscalía Décima Séptima del Ministerio Público libró oficio N° DF-17-ANN-077-2002, mediante el cual le solicitó al Contralor General de la República que se verificara las declaraciones juradas de patrimonio que presentó el General de División (Ej) Víctor Antonio Cruz Weffer (folio 37 del anexo 3 del expediente).

3.- Que, el 3 de junio 2003, el entonces Ministerio de la Defensa dictó la Resolución N° DG-22250, mediante la cual se pasó a la situación retiro "*con fecha 05 de julio de 2003*", al General de División Víctor Antonio Cruz Weffer, por "**TIEMPO DE SERVICIO CUMPLIDO**" (folios 109 y 110 del anexo 3 del expediente).

4.- Que, el 31 de enero de 2007, la Dirección de Declaraciones Juradas de Patrimonio de la Contraloría General de la República realizó el informe final de la verificación de las declaraciones juradas de patrimonio del ciudadano División Víctor Antonio Cruz Weffer, recomendando que se comunique a la Fiscalía Décima Séptima con Competencia Plena a Nivel Nacional "*de conformidad con las atribuciones conferidas a esta Contraloría General en la Ley Contra La Corrupción*" (folios 183 al 217 del anexo 14 del expediente).

5.- Que, el 18 de abril de 2007, la Fiscalía Quincuagésima Quinta con Competencia Plena a Nivel Nacional imputó al ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer, atribuyéndole los siguientes hechos punibles: enriquecimiento ilícito, falseamiento u ocultamiento de datos de la declaración jurada de patrimonio y concierto con funcionario público con contratista (folios 15 al 17 del anexo 15 del expediente).

6.- Que, el 8 de diciembre de 2008, el Ministerio Público acusó al ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer por la presunta comisión de los delitos de enriquecimiento ilícito y ocultamiento de datos que deba tener la declaración jurada de patrimonio (folios 2 al 98 de la pieza 2 del expediente).

7.- Que, el 22 de julio de 2009, el Juzgado Cuarto de Control del Área Metropolitana de Caracas celebró la audiencia preliminar en la que admitió la acusación fiscal y ordenó el inicio del juicio oral y público del referido acusado (folios 31 al 123 de la pieza 3 del expediente).

8.- Que, el 29 de marzo de 2011, el Juzgado Décimo Cuarto de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas absolvió al ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer, de los hechos punibles que les atribuyó el Ministerio Público (folios 282 al 388 de la pieza 4 del expediente).

9.- Que, el 14 de marzo de 2012, la Sala N° 6 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas declaró con lugar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público; anuló la sentencia absolutoria dictada, el 29 de marzo de 2011, por el Juzgado Décimo Cuarto de Juicio del mismo Circuito Judicial Penal; y ordenó la nueva celebración del juicio oral y público del ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer (folios 37 al 81 de la pieza 6 del expediente).

10.- Que, el 23 de julio de 2012, el Juzgado Vigésimo Quinto de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas decretó, previa solicitud realizada por la defensa privada del imputado, la nulidad absoluta del acto de imputación y la acusación fiscal; y ordenó la remisión de las actas contentivas del expediente penal al Ministerio Público *“a los fines de que este órgano decida imputar definitivamente o no, procediendo a pedir el antejuicio de merito (sic) por intermedio de la Fiscal General de la República, o proceda a archivar el expediente (...), o a solicitar el sobreseimiento en los lapsos previsto (sic) en la ley adjetiva penal”* (folios 171 al 201 de la pieza 6 del expediente).

11.- Que, el 17 de septiembre de 2012, la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la decisión dictada, el 23 de julio de 2012, por el Juzgado Vigésimo Quinto de Juicio del mismo Circuito Judicial Penal, adversada con el presente amparo (folios 132 al 210 de la pieza 7 del expediente).

Ahora bien, los anteriores hechos no controvertidos demuestran, a juicio de la Sala, que no era necesario solicitar el inicio del procedimiento especial del antejuicio de mérito del ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer en la causa penal seguida en su contra, toda vez que en la oportunidad procesal en la que se determinó que existían elementos fundados para atribuirle la comisión de varios hechos punibles, en la investigación penal abstracta que realizó el Ministerio Público, dicho ciudadano había pasado a situación de retiro y, por lo tanto, no ejercía las funciones de comando como General de División del componente Ejército de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana.

En efecto, en la investigación penal que inició, en forma abstracta, la Fiscalía Décima Séptima del Ministerio Público con Competencia Plena a Nivel Nacional, se determinó, el 31 de enero de 2007, a raíz de un informe que elaboró la Contraloría General de la República en esa fecha, que el ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer podía ser autor de tres presuntos hechos punibles, por lo que, desde ese momento, esa investigación estaba encaminada en su contra. Dejó de ser una investigación abstracta y pasó a ser una investigación dirigida en contra de un ciudadano particular.

En ese estado de la causa penal, dicho ciudadano ya había pasado a situación de retiro (el “05 de julio de 2003”), por lo que, cuando fue imputado por la Fiscalía Quincuagésima Quinta con Competencia Plena a Nivel Nacional el 18 de abril de 2007, ya no gozaba de la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito, toda vez que no había necesidad de resguardar ninguna función pública esencial del Estado, por no ejercer dicho ciudadano alguna función de comando compatible con el cargo de General de División.

La anterior afirmación se encuentra reforzada por las decisiones dictadas, el 2 de febrero de 2006, por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Plena de este Alto Tribunal, las cuales se traen a colación en uso de la notoriedad judicial, en la cuales se señaló lo siguiente:

En la primera, se indicó:

*Por otro lado podemos observar que es un hecho público y notorio que el ciudadano Lucas Rincón Romero, no ejerce el cargo de Ministro del Interior y Justicia. Por tanto, este Juzgado de Sustanciación al evidenciar que el referido ciudadano ya no goza de la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito a que se refiere el ordinal 3° del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, estima que dicha solicitud es inadmisibile. Así se decide (vid. sentencia N° 20/2006, caso: Hernán José Rojas Pérez).*

Y en la segunda, se señaló:

*En lo que respecta a los ciudadanos José Luis Prieto, Jorge Miguel Sierraalta Zavarce, Luis Alfredo Torcatt Sanabria, Julio José García Montoya, Angel Federico Valecillos Ríos, Eugenio Gutiérrez Ramos y Fernando Miguel Camejo Arenas, se observa que para el momento de la interposición de la querrela en sus contra, efectivamente ostentaban la condición de altos funcionarios de la Fuerza Armada Nacional por lo que resulta indiscutible que sus funciones públicas para ese entonces, los hacían acreedores de la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito, todo de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 266 Constitucional, y al subsumirse la petición bajo el examen en el supuesto previsto en el fallo N° 1.331 del 20 de junio de 2002 de la Sala Constitucional, ut supra transcrito, este Juzgado de Sustanciación se declara competente para conocer de la misma y proveer lo que fuere conducente. Así se decide.*

(...)

*Como consta del expediente, mediante oficio N° 5121 de fecha 2 de noviembre de 2005, suscrito por Ministro de la Defensa, ciudadano Almirante (ARV) Orlando Maniglia Ferreira, los ciudadanos José Luis Prieto, Jorge Miguel Sierraalta Zavarce, Luis Alfredo Torcatt Sanabria, Julio José García Montoya, Angel Federico Valecillos Ríos, Eugenio Gutiérrez Ramos, Fernando Miguel Camejo Arenas, se encuentran en situación de retiro, razón por la cual es evidente que los mismos ya no gozan de la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito a que se refiere el numeral 3 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, causa suficiente para que este Juzgado de Sustanciación estime que dicha solicitud contra los referidos ciudadanos es inadmisibile. Así se resuelve (vid. sentencia N° 18/2006, caso: Gonzalo García Ordoñez).*

De manera que, al no gozar el ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer del privilegio del antejuicio de mérito, la Sala concluye que en el proceso penal que motivó el amparo no se evidencia la falta de aplicación de lo señalado en el artículo en el artículo 266.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por lo tanto, la Sala colige que la decisión dictada, el 17 de septiembre de 2012, por la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, que declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la decisión dictada, el 23 de julio de 2012, por el Juzgado Vigésimo Quinto de Juicio del mismo Circuito Judicial Penal, adversada con el presente amparo, cercenó el derecho a la

tutela judicial efectiva del Ministerio Público, contemplado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto ordenó una reposición *contra legem*, causando una dilación indebida en un proceso penal seguido al imputado desde el 31 de enero de 2007, cuando se determinó su posible autoría de los hechos investigados.

Además, debe destacarse que, aún bajo el supuesto de que dicho imputado gozara desde que se inició el proceso penal en su contra de la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito, tampoco le era permitido en derecho a la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas anular, el 17 de septiembre de 2012, el proceso penal y ordenar su reposición al estado de que la Fiscal General de la República estimase solicitar el antejuicio de mérito, ya que, al momento en que ese juzgado colegiado dictó su decisión, ya había decaído con creces el objeto principal de la prerrogativa procesal, esto es, el resguardo de la continuidad de la función pública que ejerce un funcionario de alta investidura en cualquiera de los órganos del Poder Público, todo ello en virtud de que el ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer se encontraba en situación de retiro y, por lo tanto, no ejercía ningún cargo de Alta Investidura. Se insiste, la prerrogativa del antejuicio de mérito no protege, *strictu sensu*, a la persona que desempeña un alto cargo, sino que tiene como objeto principal resguardar la continuidad de la función pública que ejerce el Alto Funcionario y ello debió ser motivo de análisis de los jueces integrantes de la referida Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones cuando dictaron el pronunciamiento adversado con el amparo.

De modo que, los jueces integrantes de la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, al decretar una reposición de una causa penal no ajustada a derecho, cercenó el derecho a la tutela judicial efectiva del Ministerio Público establecido en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no cumpliendo con su deber previsto en el artículo 334 *eiusdem*, que les imponía ser custodios, dentro del ámbito de su competencia, de asegurar la integridad de la Carta Fundamental, esto es, velar que en los procesos se cumpla con los principios, reglas y normas contenidas en la Carta Magna. Con su decisión, crearon una dilación indebida proscrita por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Además, la Sala estima, dada la inobservancia de lo señalado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que los Jueces Elsa Janeth Gómez Moreno, Orlando Carvajal y Carlos A. Navarro, como integrantes de la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, así como el Juez Wilmer José Wettel Cabeza, integrante del Juzgado Vigésimo Quinto de Juicio del Circuito Judicial Penal, incurrieron en un error inexcusable, lo que trae como consecuencia, conforme con lo señalado en el artículo 53 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana y con base en lo asentado por la Sala en la sentencia N°280 del 23 de febrero de 2007 (caso: *Guillermina Castillo De Joly y otro*), que se ordene la remisión de una copia certificada de la presente decisión al Presidente del Tribunal Disciplinario Judicial, con el objeto de que se inicie el respectivo procedimiento disciplinario en su contra, al haber actuado en forma grotesca.

En consecuencia, visto que el presente asunto fue declarado de mero derecho, lo cual permite que se resuelva inmediatamente el fondo de la presente controversia, la Sala, dada la evidente violación del derecho a la tutela judicial efectiva del Ministerio Público, declara con lugar la acción de amparo constitucional interpuesta por los abogados Daniel Guédez Hernández, Lucy Correa y Agnedys Martínez Barceló, en su condición de Fiscal Quincuagésimo del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena, Fiscal Auxiliar Quincuagésimo del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena y Fiscal Décima Séptima del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena, respectivamente,

contra la decisión dictada, el 17 de septiembre de 2012, por la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, la cual se anula. Así se decide.

b. *Régimen de los Jueces*

a' *Recusaciones de los jueces*

**TSJ-SE (388)**

**27-5-2013**

Magistrado Ponente: Juan José Núñez Calderón

Caso: Henrique Capriles Radonski vs. Elección presidencial del 14 de abril de 2013.

**La Sala Electoral analiza las recusaciones interpuestas contra magistrados de esa Sala, en el marco del procedimiento contencioso electoral contra la elección presidencial del 14 de abril de 2013.**

Previo al análisis de las recusaciones contenidas en autos, deben señalarse los fundamentos que determinan la competencia de quien suscribe para resolverlas y, a tal efecto, se observa que el artículo 57 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia prevé lo siguiente:

*Artículo 57:* Cuando la inhabilitación sea parcial y se produjere en el Tribunal en Sala Plena, se procederá según lo dispuesto en este capítulo. Pero, si se produjere recusación o inhabilitación en otras Salas, el conocimiento de la incidencia corresponderá al Presidente o Presidenta de la respectiva Sala, a menos que se hallare entre los recusados o inhabilitados, en cuyo caso, conocerá su Vicepresidente o Vicepresidenta, y si éste o ésta también estuviese impedido o impedida, decidirá el Magistrado o Magistrada, o suplente no inhabilitado, ni recusado, a quien corresponda conocer, teniendo en cuenta el orden en que aparezcan en las listas de que formen parte, respectivamente. La convocatoria de los o las suplentes compete al Presidente o Presidenta de la Sala respectiva. (Destacado añadido).

De la norma transcrita se desprende que, en principio, corresponderá al Presidente de cada Sala del Tribunal Supremo de Justicia conocer de las recusaciones interpuestas contra los demás Magistrados que integren la Sala respectiva. No obstante, en aquellos casos en los cuales el recusado sea quien se desempeñe como Presidente, corresponderá decidir al Vicepresidente, salvo que hayan sido recusados ambos, supuesto bajo el cual corresponderá decidir al Magistrado que prosiga según el orden previamente establecido.

Ello así, se constata que en el caso de autos se planteó la recusación conjunta de los Magistrados Jhannett Madríz Sotillo y Malaquías Gil Rodríguez, quienes para el momento en que fueron recusados se desempeñaban como Presidenta y Vicepresidente de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, respectivamente, razón por la cual mediante auto del 7 de mayo de 2013 se pasó el expediente al Magistrado quien suscribe, a fin de decidir respecto a la admisibilidad de tales recusaciones, en aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo 57 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia antes referido, por ser el Magistrado que proseguía en el orden preestablecido.

En tal sentido, debe acotarse que en sesión de Sala Plena efectuada el día 8 de mayo de 2013, se resolvió modificar el orden interno de la Sala Electoral, siendo designado como su Presidente el Magistrado Fernando Ramón Vegas Torrealba (*Vid.* acta levantada en esa misma fecha publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 40.165 del 13 de mayo de 2013), por lo que, en principio, a partir de dicha fecha corresponderá a dicho Magistrado la decisión de aquellas recusaciones efectuadas contra los demás

Magistrados que integran esta Sala. No obstante lo expresado, considerando que las recusaciones contenidas en autos fueron admitidas y sustanciadas por quien suscribe, por ser el Magistrado facultado para ello en aquella oportunidad de conformidad con lo previsto en el artículo 57 de la Ley que rige las funciones de este Máximo Tribunal, dada la situación planteada para ese momento; en cumplimiento del principio de inmediación y en resguardo de la seguridad jurídica, corresponde a quien suscribe dictar la decisión respecto al mérito de tales recusaciones. Así se declara.

#### Análisis de las Recusaciones:

Señalado lo anterior, se pasa a resolver las recusaciones planteadas para lo cual se observa lo siguiente:

La recusación constituye una figura procesal prevista por el ordenamiento jurídico que permite a las partes intervinientes en una controversia judicial procurar la imparcialidad del juez que deberá decidir el litigio.

En efecto, mediante la recusación se pretende la separación del juez subjetivamente incompetente por encontrarse cuestionada su imparcialidad para resolver el asunto sometido a su conocimiento, dada la situación individual en la que se encuentra respecto a las partes o en relación con el objeto litigioso. Por tanto, en principio, la recusación procede ante la verificación de alguna de las causales previstas en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, las cuales resultan aplicables supletoriamente a los procesos judiciales que cursan ante el Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la Ley Orgánica que rige sus funciones, aun cuando la jurisprudencia emanada de este Máximo Tribunal ha admitido la posibilidad de invocar causales adicionales (*Vid.* sentencias N° 2140 del 7 de agosto de 2003 y N° 125 del 20 de febrero de 2008, entre otras, emanadas de la Sala Constitucional).

En tal sentido, debe señalarse que quien pretenda recusar a un juez deberá alegar las circunstancias precisas que afectan su imparcialidad y tendrá la carga de aportar los medios probatorios que evidencien los hechos enunciados.

Precisado lo anterior, de seguidas serán analizadas separadamente las recusaciones propuestas en la presente causa.

#### 1.- Recusación interpuesta contra la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo:

Se evidencia que respecto a la referida Magistrada, la parte actora invoca las causales de recusación contenidas en los numerales 12 y 15 del artículo 82 Código de Procedimiento Civil pues, a su criterio, ésta tendría "...intereses políticos comunes tales que comprometen seriamente su imparcialidad..." y por cuanto habría adelantado opinión respecto a la solicitud de auditoría planteada por el ciudadano Henrique Capriles Radonski ante el Consejo Nacional Electoral, "...solicitud que tiene relación directa con el presente juicio...". Por tal motivo, se procederá de seguidas a analizar si se configura o no cada una de las causales alegadas.

A) Análisis de la situación planteada respecto a la causal de recusación prevista en el numeral 12 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

El numeral 12 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil prevé lo siguiente:

Artículo 82: Los funcionarios judiciales, sean ordinarios, accidentales o especiales, incluso en asuntos de jurisdicción voluntaria, pueden ser recusados por alguna de las causales siguientes:

12. Por tener el recusado sociedad de intereses, o amistad íntima, con alguno de los litigantes.

Del contenido de la norma transcrita se desprenden dos situaciones diferenciadas que justifican la separación del juez de la causa sometida a su conocimiento, como son: i.- La existencia de una “sociedad de intereses” o; ii.- La existencia de “amistad íntima”, con alguno de los litigantes.

Dichos supuestos pueden presentarse de manera separada o concurrente, sin embargo, debe tratarse de situaciones concretas existentes para el momento en el cual se plantea la recusación, de allí que corresponda a la parte recusante la carga de alegar y probar en autos las circunstancias que evidencien la configuración de cada uno de tales supuestos.

En tal sentido, el primer caso referido a la existencia de una “sociedad de intereses”, implica la unión o alianza entre dos o más individuos en aras de la obtención de un objetivo común. En efecto, una sociedad constituye una “...agrupación natural o pactada de personas, que constituye unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o alguno de los fines de la vida...” (*Vid. E. Calvo Baca. Terminología Jurídica Venezolana. Ediciones Libra. 2011, p. 788*). Así, toda sociedad supone la existencia de intereses comunes.

Por su parte, el segundo supuesto referido a la existencia de una “amistad íntima” implica la manifestación de lazos profundos entre la persona del juez y alguna de las partes, que conlleven a un trato frecuente, cercano y afectivo. Así, la amistad íntima, “...como apreciación subjetiva enmarcada dentro de las máximas de experiencia, puede definirse: ‘Como grande familiaridad o frecuencia de trato entre dos personas o un grupo de ellas, que genere un sentido de obligación entre quienes se profesan’...” (*Vid. E. Calvo Baca. op. cit. p. 75*).

Adicionalmente se observa que el numeral 12 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil exige que la “sociedad de intereses” o la “amistad íntima” se configuren entre el juez y alguno de los litigantes. Ello resulta relevante destacarlo en la presente causa por cuanto los alegatos esgrimidos por los recusantes se refieren a situaciones que, a su criterio, evidenciarían la vinculación existente entre la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo, el Presidente de República Nicolás Maduro Moros y el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV), sin que estos últimos sean parte formalmente en la presente causa pues, de momento, la controversia ha sido planteada entre el ciudadano Henrique Capriles Radonski (parte recurrente) y el Consejo Nacional Electoral (parte recurrida).

Sin embargo, considerando que mediante el recurso contencioso electoral interpuesto se impugna el proceso electoral llevado a cabo por el Máximo Ente Comicial en virtud del cual el ciudadano Nicolás Maduro Moros, postulado por una serie de partidos políticos entre los que figuró el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV), fue electo como Presidente de la República, se considera necesario efectuar el análisis de las causales de recusación invocadas, dado el evidente interés de dicho ciudadano así como de la referida organización con fines políticos en las resultas del juicio.

Aclarado lo anterior, visto que los recusantes no hacen mención expresa a la eventual “amistad íntima” existente entre la Magistrada recusada y alguna de las partes o interesados, resulta innecesario analizar la configuración de dicho supuesto, por lo que el análisis se circunscribirá respecto a la existencia de la denominada “sociedad de intereses”.

En efecto, se observa que los recusantes invocan únicamente el primer supuesto de recusación previsto en el numeral 12 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, referido a la existencia de la advertida “sociedad de intereses”, pues señalan en su escrito que la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo, dada “...su anterior vinculación jerárquica dentro de la carrera diplomática respecto del entonces Canciller Nicolás Maduro y su directa vinculación

al Partido Socialista unido (sic) de Venezuela (PSUV), implican la existencia de intereses políticos comunes tales que comprometen seriamente su imparcialidad...”. Así, la parte recusante sostiene que la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo habría desempeñado el cargo de Embajadora de la República Bolivariana de Venezuela en Canadá en el año 2010, momento durante el cual el hoy Presidente en ejercicio Nicolás Maduro Moros cumplía funciones como Ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, lo que, a criterio de los recusantes, afectaría la imparcialidad de la recusada en virtud de la “relación jerárquica funcional directa” sostenida en su momento entre ambos funcionarios.

Igualmente señalan que la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo fue “...Diputada y Presidente del Parlamento Andino, resultando electa inicialmente por el MVR...”, lo que implicó su participación activa “...en la política exterior de Venezuela, área de la cual el ciudadano Nicolás Maduro Moros fue Ministro.”

Finalmente indican que “...dicha Magistrada fue aspirante a candidata del PSUV para la Gobernación del Estado Falcón en las elecciones internas de ese partido efectuadas en 2008...” y que en declaración realizada por la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo plasmada en “...varios diarios internacionales, nacionales y regionales...” habría manifestado su opinión respecto al ex Presidente Hugo Rafael Chávez Frías.

De esta manera se observa que la “sociedad de intereses” planteada por los recusantes en el caso bajo análisis como “existencia de intereses políticos comunes”, se sustenta en dos situaciones, a saber: 1.- El desempeño por parte de la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo de cargos relacionados con la política exterior del Estado venezolano (Embajadora – Diputada al Parlamento Andino) y; 2.- Su presunta militancia en el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV).

Así, respecto al desempeño de cargos cuyas funciones se encuentran relacionadas con la política exterior del Estado venezolano, la Magistrada recusada señala que, en efecto, se desempeñó como Embajadora de la República Bolivariana de Venezuela en Canadá durante el año 2010, pero considera que tal circunstancia “...no significa la existencia de una relación jerárquica de carácter personal con el ciudadano Nicolás Maduro...”.

En tal sentido debe señalarse que de conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la Ley de Servicio Exterior, las misiones diplomáticas se encuentran subordinadas al Presidente de la República por órgano del Ministerio de Relaciones Exteriores (hoy Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores), no obstante, dicha subordinación funcional no constituye un elemento del que, en los actuales momentos, pueda desprenderse la existencia de una “sociedad de intereses” entre el Presidente Nicolás Maduro Moros y la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo, que pudiere afectar la imparcialidad de ésta última, pues además de que esta circunstancia no encuadra en la calificación de “sociedad de intereses”, tal vinculación se extinguió desde el momento en que se produjo el cese de sus funciones como Embajadora en Canadá y asumió el cargo de Magistrada del Tribunal Supremo de Justicia, por lo que es evidente que se trata de un vínculo que no mantiene su vigencia y, por tanto, no la hace incurrir en la causal de recusación invocada, no habiendo sido alegada ni probada alguna circunstancia adicional que permita constatar que actualmente subsista alguna relación de subordinación de cualquier índole entre la Magistrada recusada y el Presidente de la República.

Similar circunstancia ocurre respecto a la situación planteada por el desempeño del cargo de Diputada al Parlamento Andino, considerando que ni la Magistrada recusada desempeña actualmente tales funciones ni el ciudadano Nicolás Maduro Moros es Canciller, a lo que cabe agregar que el referido cargo parlamentario era de elección popular, no dependiente jerárquicamente del Poder Ejecutivo, por tanto, no subordinado a las directrices emanadas del

Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, de allí que tampoco bajo tal supuesto se evidencie una “sociedad de intereses” que conlleve a la referida Magistrada estar incurso en la causal de recusación alegada.

Resuelto lo anterior, se observa que los recusantes también invocan la “existencia de intereses políticos comunes” entre el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV), el Presidente Nicolás Maduro Moros y la Magistrada recusada, en virtud de haber desempeñado ésta última el referido cargo de Diputada al Parlamento Andino, siendo postulada inicialmente por el extinto partido político Movimiento Quinta República, transformado posteriormente en PSUV. Asimismo, por haber participado en las elecciones internas efectuadas por dicha organización con fines políticos, en las cuales se eligió a su candidata a gobernadora para el estado Falcón en el año 2008 y, finalmente, por haber manifestado una opinión respecto al hoy fallecido ex Presidente Hugo Rafael Chávez Frías.

En relación con lo expuesto, la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo aun cuando admitió en su informe que militó en el Partido Socialista Unido de Venezuela, señaló que el numeral 5 del artículo 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece que para ser Magistrado o Magistrada se debe renunciar a cualquier militancia político-partidista, razón por la cual el 11 de octubre de 2010 renunció a la militancia política en la referida organización con fines políticos, presentando adicionalmente juramento ante la Notaría Pública Vigésima del Municipio Libertador del Distrito Metropolitano de Caracas en fecha 14 de octubre de 2010, a fin de dejar constancia auténtica de dicha renuncia.

Ello así, a los folios 194 al 197 del expediente, consta declaración jurada efectuada por la Magistrada recusada ante la Notaría Pública Vigésima del Municipio Libertador del Distrito Capital, en fecha 14 de octubre de 2013, (cuya original fue presentada ante la Secretaría de esta Sala *ad effectum videndi*), en la que señaló lo siguiente:

Yo, JHANNETT MARÍA MADRIZ SOTILLO, venezolana, mayor de edad, de profesión Abogada, titular de la cédula de identidad Nro. 6.928.872 bajo Fe de Juramento por medio del presente instrumento, debidamente autenticado, declaro que he renunciado a la militancia que ejercía en el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV), por lo que en la actualidad no tengo militancia con organización política alguna.

De dicha declaración se desprende la clara y expresa voluntad de la Magistrada recusada de renunciar a su militancia política en el Partido Socialista Unido de Venezuela, circunstancia que le permitió ser designada Magistrada del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2010, pues tal como refirió en su escrito, quien aspire a dicho cargo debe “[r]enunciar a cualquier militancia político-partidista...” en aplicación de lo previsto en el numeral 5 del artículo 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (corchetes añadidos).

En efecto, constituye un hecho acreditado en autos la renuncia de la Magistrada recusada a la militancia en cualquier organización con fines políticos. En tal sentido, la declaración rendida bajo juramento y ante notario público está investida de una presunción de buena fe que permite suponer que desde el momento de materializarse la renuncia a su militancia, la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo también se ha desligado de todo interés vinculado con cualquier organización política, en especial, con el Partido Socialista Unido de Venezuela, correspondiendo a quien pretenda sostener la subsistencia de intereses comunes (“sociedad de intereses”) como causal de recusación, la carga de alegar y demostrar su configuración, lo cual debe hacerse necesariamente con base en hechos o situaciones actuales. Tal circunstancia no se configuró en el caso bajo análisis por cuanto los recusantes únicamente alegaron y probaron una situación verificada hasta hace aproximadamente tres (3) años, como fue la extinta militancia política de la Magistrada recusada (reconocida por ésta), pero no demost

ron que actualmente existan intereses comunes entre dicha Magistrada, el Presidente Nicolás Maduro Moros y el Partido Socialista Unido de Venezuela, de allí que no ha sido desvirtuada la presunción de buena fe contenida en la declaración jurada inserta en autos y, por tanto, con base en ello no es posible cuestionar la imparcialidad de la Magistrada para conocer del recurso contencioso electoral interpuesto.

Finalmente, respecto a la presunta declaración realizada por la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo contenida en "...varios diarios internacionales, nacionales y regionales..." en la que habría manifestado conceptos respecto al ex Presidente Hugo Rafael Chávez Frías, más allá de observarse expresiones respetuosas hacia éste, no se desprenden elementos que permitan suponer la existencia de una "sociedad de intereses" entre la Magistrada recusada, el Presidente Nicolás Maduro Moros y el Partido Socialista Unido de Venezuela.

Por tanto, en virtud de las consideraciones expuestas se concluye que la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo no se encuentra incurso en la causal de recusación contenida en el numeral 12 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil. Así se declara.

B) Análisis de la situación planteada respecto a la causal de recusación prevista en el numeral 15 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

El numeral 15 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil prevé lo siguiente:

Artículo 82: Los funcionarios judiciales, sean ordinarios, accidentales o especiales, incluso en asuntos de jurisdicción voluntaria, pueden ser recusados por alguna de las causales siguientes:

(...)

15. Por haber el recusado manifestado su opinión sobre lo principal del pleito o sobre incidencia pendiente, antes de la sentencia correspondiente, siempre que el recusado sea el Juez de la causa.

La norma citada establece el prejuzgamiento como causal de recusación, entendido éste como la opinión clara y concreta manifestada por el juez respecto al contenido principal del litigio o en relación con alguna incidencia surgida durante su desarrollo, siempre y cuando dicha opinión emane del juez a quien corresponda decidir y que la misma sea revelada antes de dictar la respectiva decisión.

Dicha causal lleva implícita la concepción del proceso judicial, con sus diversas fases, como el mecanismo idóneo para hallar la verdad procesal que será declarada por el juez en su sentencia, una vez concluido el debate litigioso. De allí que se considere al adelanto de opinión como elemento condicionante de la actividad procesal de las partes, convirtiendo el juicio en una mera formalidad, pues será evidente que el juez ya poseerá un criterio preconcebido respecto a lo que deberá decidir, aun sin haber analizado los alegatos y pruebas aportados por las partes.

Por tal motivo debe tratarse de una opinión clara y directa respecto al caso concreto sometido al conocimiento del juez. No se trata de una opinión general y abstracta sobre un asunto, ni implica un pronunciamiento relacionado con casos similares surgidos en causas judiciales distintas a la que debe resolver.

Precisado lo anterior, se observa que los recusantes al invocar la causal de recusación contenida en el numeral 15 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, hacen referencia a una información presuntamente publicada en un diario de circulación nacional en la que se señala que la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo habría suministrado a diversos medios de

comunicación un supuesto documento titulado “Aspectos generales sobre la auditoría o verificación ciudadana”, lo cual, a criterio de la parte recusante, constituiría “...un evidente adelanto de opinión de la Presidenta de esa Sala Electoral respecto de la solicitud planteada el 14 de abril de 2013 y formalizada el día 17 del mismo mes y año por el candidato Henrique Capriles ante el CNE, a fin de que se realizara una auditoría de todos los instrumentos de votación para verificar la veracidad de los resultados electorales, solicitud que tiene relación directa con el presente juicio...”.

Al respecto la Magistrada recusada alega que “...para la procedencia de dicha causal de recusación, resulta menester que los argumentos emitidos por el juzgador sean tan directos con lo principal del asunto, que quede preestablecido un concepto sobre el fondo de la controversia concreta sometida a su conocimiento.”

Asimismo añade que “...resulta ineludible que la opinión adelantada por el juzgador haya sido emitida dentro de la causa sometida a su conocimiento...” y rechaza “...que haya emitido opinión sobre el objeto a que se contrae el recurso contencioso de nulidad interpuesto por los recusantes en fecha 2 de mayo de 2013, pues el documento distribuido no es de [su] autoría...” (corchetes añadidos).

Señalado lo anterior, se observa que los recusantes transcribieron parcialmente en su escrito de recusación el texto de la supuesta opinión que habría manifestado la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo, contenida en documento titulado “Aspectos generales sobre la auditoría o verificación ciudadana”, reflejada en el diario El Nacional en su edición del día 18 de abril de 2013. Asimismo, durante la articulación probatoria consignaron como documental la versión impresa de dicha información, publicada en la página web del referido diario, observándose en ambos casos que la supuesta opinión, transcrita parcialmente en tal documental, fue del siguiente tenor:

El término conteo manual es una expresión que no se corresponde con los procesos automatizados. En nuestra legislación electoral sólo se hace referencia al conteo manual cuando en alguna mesa no se ha utilizado el sistema automatizado o en el caso del proceso de votación en el extranjero (...) Al no estar establecido en la ley otro modo de verificación ciudadana después del cierre, el Poder Electoral no puede realizarla. (sic).

Ello así, aun cuando los recusantes alegan que la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo habría suministrado a diversos medios de comunicación el mencionado documento titulado “Aspectos generales sobre la auditoría o verificación ciudadana”, llama la atención que no hayan aportado un ejemplar del mismo, impidiendo con ello la verificación de quién o quiénes lo suscribieron y de cuál es su contenido completo.

Ello resulta relevante destacarlo en virtud de que la Magistrada recusada niega que tal documento sea de su autoría, observándose que los recusantes no demostraron lo contrario en la oportunidad procesal correspondiente, circunstancia que sería suficiente para descartar los motivos de la recusación planteada.

No obstante lo anterior, a fin de reiterar el no prejuzgamiento por parte de la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo debe señalarse que, aun ante el supuesto negado de que el documento al que se ha hecho mención fuese de su autoría, de la transcripción parcial suministrada se desprende que el mismo únicamente contiene una declaración general referida al “...término conteo manual...” como excepción al sistema automatizado y concluye con una frase aislada, extraída de su contexto, según la cual “al no estar establecido en la ley otro modo de verificación ciudadana después del cierre, el Poder Electoral no puede realizarla”, observándose que dicha frase no guarda relación lógica con la cita que le antecede.

En tal sentido, debe señalarse que el objeto principal de la causa de autos lo constituye la interposición de un recurso contencioso electoral contra el proceso electoral efectuado el 14 de abril de 2013 mediante el cual se eligió al Presidente de la República para culminar el período 2013-2019, observándose que se invoca el numeral 2 del artículo 215 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales que prevé la nulidad de la elección "...cuando hubiere mediado fraude, cohecho, soborno o violencia, en la formación del Registro Electoral, en las votaciones o en los escrutinios y dichos vicios afecten el resultado de la elección de que se trate."

Asimismo se constata que la parte actora pretende mediante el recurso interpuesto que la Sala Electoral:

2.- DECLARE CON LUGAR la presente demanda de nulidad, y en consecuencia:

2.1.- ANULE la elección presidencial del 14 de abril de 2013, de acuerdo al artículo 215.2 de la LOPRE;

2.2.- ORDENE AL CNE PROCEDER A CONVOCAR A NUEVAS ELECCIONES, garantizando que el nuevo proceso comicial se realice en condiciones objetivas y transparentes, lo que implica depurar todos los vicios que, aquí denunciados, degeneraron en hechos de "corrupción electoral". A tal fin, solicitamos que en la sentencia definitiva, esa SALA ELECTORAL ordene la realización de todas las actuaciones necesarias para depurar al proceso electoral de los vicios aquí denunciados, entre otros, relacionados con (i) el REP; (ii) la composición y funcionamiento de los centros y mesas electorales, incluyendo la ESTACIÓN DE INFORMACIÓN y el SAI; (iii) la campaña electoral, en la cual deberá asegurarse el recto cumplimiento de las limitaciones legales y reglamentarias aplicables; (iv) la objetividad y transparencia en la realización del acto de votación y actuaciones posteriores. En especial, requerimos que en la sentencia definitiva se tomen las medidas necesarias para asegurar que el funcionamiento del CNE y demás órganos del Poder electoral, cumpla con los postulados de imparcialidad, objetividad y transparencia aplicables.

Al respecto se observa que la realización de un "conteo manual" o de una auditoría no constituye el objeto de la pretensión esgrimida por los recurrentes, pues se evidencia que estos pretenden la declaratoria de nulidad de las elecciones efectuadas el 14 de abril de 2013 y que se ordene al Consejo Nacional Electoral convocar un nuevo proceso electoral.

Asimismo, en sentido contrario, la no realización de un "conteo manual" o de una auditoría tampoco constituye el elemento principal sobre el cual se sustenta el recurso interpuesto, pues en el mismo se alegan una serie de circunstancias que, a criterio de los recurrentes, evidenciarían que se cometió "fraude, cohecho, soborno o violencia" en el proceso electoral efectuado, no observándose que la supuesta opinión manifestada por la Magistrada Jhannet Madríz Sotillo se refiera a la configuración o no de tales vicios, de allí que no pueda concluirse que a partir del sucinto contenido de la declaración invocada por los recusantes se desprenda un criterio concreto de la referida Magistrada en relación al asunto principal que envuelve la presente controversia judicial, es decir, respecto a si se cometió o no fraude, cohecho, soborno o violencia con ocasión de los referidos comicios.

En consecuencia, por las consideraciones expuestas, al no evidenciarse que la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo haya emitido opinión adelantada sobre el asunto principal sometido a su conocimiento, se concluye que la misma no está incurso en la causal de recusación prevista en el numeral 15 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil. Así se declara.

Por tanto, habiendo sido descartada la configuración de la totalidad de causales de recusación alegadas respecto a la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo, se declara sin lugar la recusación interpuesta en su contra. Así se decide.

*2.- Recusación interpuesta contra el Magistrado Malaquías Gil Rodríguez:*

Respecto al Magistrado Malaquías Gil Rodríguez se observa que los recusantes alegan la causal de recusación contenida en el numeral 12 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil "...dada su relación directa y evidente respecto del partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV), partido postulante del candidato proclamado Nicolás Maduro en las elecciones cuya nulidad se pide en este juicio."

En tal sentido, refieren que el Magistrado Malaquías Gil Rodríguez fue Diputado de la Asamblea General entre los años 2000 y 2010, siendo postulado inicialmente por el extinto partido político Movimiento Quinta República y luego por el Partido Socialista Unido de Venezuela. Asimismo, transcriben parcialmente presuntas declaraciones que dicho Magistrado habría manifestado en el año 2010 "...cuando se postuló al cargo de Diputado por el Circuito 1 del Estado Trujillo ante los representantes del PSUV..." y consideran que las mismas "...dejan en total evidencia la identidad de intereses políticos de dicho magistrado (sic) con el PSUV..."

Ello así, debe reiterarse que el numeral 12 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil contiene dos situaciones distintas que dan lugar a la recusación de un juez, como son la existencia de una "sociedad de intereses" o la manifestación de "amistad íntima" con alguna de las partes litigantes.

En el caso bajo análisis los recusantes hacen mención a circunstancias que serían encuadrables dentro del primer supuesto mencionado, esto es, la supuesta existencia de una "sociedad de intereses" entre el Magistrado Malaquías Gil Rodríguez, el Presidente de la República Nicolás Maduro Moros y el Partido Socialista Unido de Venezuela, no observándose que hayan alegado la existencia de "amistad íntima" entre el Magistrado recusado y alguna de las partes litigantes o interesados, razón por la cual no será analizado tal supuesto.

Ahora bien, se observa que el Magistrado recusado señaló en su escrito de informe que "...no existe la alegada 'sociedad de intereses' planteada por la parte recurrente, por cuanto atendiendo a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el cual establece que además de los requisitos establecidos en la Constitución, para ser Magistrado se requiere, entre otros aspectos, que el aspirante proceda a 'Renunciar a cualquier militancia político-partidista', [renunció] en el momento oportuno a la militancia en cualquier organización política, tal como se evidencia en la declaración realizada ante la Notaría Pública del Municipio Autónomo Trujillo del Estado Trujillo en fecha 13 de octubre de 2010..."

Asimismo, refiere el artículo 256 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y señala que "...a partir del contenido de las normas citadas, queda claramente evidenciado que los hechos invocados, (...) son anteriores al momento que [fue] nombrado Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia..."

Señalado lo anterior, se observa a los folios 199 al 204 del expediente, declaración jurada efectuada por el Magistrado recusado ante la Notaría Pública del Municipio Autónomo del Estado Trujillo en fecha 13 de octubre de 2010 (cuya original fue presentada ante la Secretaría de esta Sala ad *effectum videndi*) en la que señaló lo siguiente:

Quien suscribe Malaquías Gil Rodríguez, Venezolano, Abogado, mayor de edad, casado, titular de la Cédula de Identidad N° V-5.352.190, domiciliado en el Municipio Trujillo Estado Trujillo, bajo Fe de Juramento declaro: que a partir de esta fecha no milito en ningún Partido Político ni Nacional ni Regional en la República Bolivariana de Venezuela. Así lo digo por ante la Notaría Pública a la fecha de presentación, y en consecuencia, renuncio a toda militancia política.

De dicha declaración se desprende la clara y expresa voluntad del Magistrado recusado de renunciar a toda militancia política, lo cual incluye al Partido Socialista Unido de Venezuela, circunstancia que le permitió ser designado Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2010, pues tal como refirió en su escrito, quien aspire a dicho cargo debe “[r]enunciar a cualquier militancia político-partidista...” en aplicación de lo previsto en el numeral 5 del artículo 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (corchetes añadidos).

En virtud de ello, deben darse por reproducidas las consideraciones expuestas al analizar la recusación planteada contra la Magistrada Jhannett Madríz Sotillo bajo el mismo supuesto, en el sentido de que también constituye un hecho acreditado en autos la renuncia auténtica del Magistrado Malaquías Gil Rodríguez a la militancia en cualquier organización con fines políticos. En tal sentido, la declaración rendida bajo juramento y ante notario público está investida de una presunción de buena fe que permite suponer que desde el momento de materializarse su renuncia, el referido Magistrado se ha desligado de todo interés vinculado con cualquier organización política, incluyendo al Partido Socialista Unido de Venezuela, correspondiendo a quien pretenda sostener la subsistencia de intereses comunes (“sociedad de intereses”) como causal de recusación, la carga de alegar y demostrar su configuración, lo cual debe hacerse necesariamente con base en hechos o situaciones actuales.

Tal circunstancia no se configuró en el caso bajo análisis por cuanto los recusantes únicamente alegaron y probaron una situación verificada hasta hace aproximadamente tres (3) años, como fue la extinta militancia política del Magistrado recusado (reconocida por éste), pero no demostraron que actualmente existan intereses comunes entre dicho Magistrado, el Presidente Nicolás Maduro Moros y el Partido Socialista Unido de Venezuela, de allí que no fue desvirtuada la presunción de buena fe contenida en la declaración jurada inserta en autos y, por tanto, con base en ello no es posible cuestionar su imparcialidad para conocer del recurso contencioso electoral interpuesto. Así se declara.

Por tanto, al no evidenciarse medios probatorios que permitan considerar al Magistrado Malaquías Gil Rodríguez incurso en la causal prevista en el numeral 12 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar la recusación interpuesta en su contra. Así se decide

c. *Régimen disciplinario*

a'. *Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia*

**TSJ-SC (516)**

**7-5-2013**

Magistrado Ponente: Arcadio De Jesús Delgado Rosales

Caso: Nancy Castro De Várvaro. Impugnación del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana.

**La Sala Constitucional suspende cautelarmente el único aparte del artículo 1 del Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana publicado en la *Gaceta Oficial* N° 39.493 del 23 de agosto de**

**2010, que establece la aplicación de dicho Código a los Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, en forma residual; ya que infunde sospecha de contradicción a la norma de competencia contenida en el artículo 265 constitucional, que reserva el régimen disciplinario de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia a un proceso complejo en el que participan dos poderes públicos: el Poder Ciudadano y el Poder Legislativo.**

El Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana señala en el único aparte del artículo 1, lo siguiente:

Las normas contempladas en el presente Código serán aplicables a los magistrados y magistradas del Tribunal Supremo de Justicia *en cuanto no contradigan lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (resaltado añadido).

De una revisión *prima facie* a la estructura normativa de dicho Código tenemos que éste cuenta con unas disposiciones generales (Capítulo I); hace un enunciado de los deberes del juez y la jueza (Capítulo II); configura un ideal de la conducta del juez y la jueza (Capítulo III); estatuye el régimen disciplinario de los jueces y juezas, a través del cual se tipifican las faltas disciplinarias (Capítulo IV); erige la estructura orgánica de la jurisdicción disciplinaria, esto es, se crean los Tribunales disciplinarios en dos grados (Capítulo V); y diseña el proceso disciplinario que ha de seguirse ante los órganos jurisdiccionales respectivos para determinar la comisión del ilícito correspondiente e imponer la sanción a que hubiere lugar (Capítulo VI).

Esta revisión de la estructura normativa del Código evidencia la necesidad de disipar qué de su contenido le es aplicable a los Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia por no contradecir su régimen específico previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues se ha de tener en cuenta que el régimen disciplinario de los Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia está determinado por el artículo 265 constitucional, que estipula que los mencionados altos funcionarios “...podrán ser removidos o removidas por **la Asamblea Nacional** mediante una mayoría calificada de los dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado o interesada, **en caso de faltas graves ya calificadas por el Poder Ciudadano**, en los términos que la ley establezca” (resaltado añadido).

Ciertamente, las causales de remoción de los Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia aparecen recogidas en los artículos 11 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano y 62 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; y, sin lugar, a dudas en ambos preceptos figura entre las causales de remoción, precisamente, las que estipule el Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana; no obstante, ello pareciera dar lugar apenas a una aplicación muy puntual de la estructura normativa de dicho Código a los Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, ya que el artículo 265 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reserva el régimen disciplinario de los Magistrados y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia a un proceso complejo en el que participan dos poderes públicos: el Poder Ciudadano y el Poder Legislativo, de tal suerte que la residualidad contenida en el único aparte del artículo 1 del Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana es de tal forma general que infunde sospecha de contradicción a la norma de competencia contenida en el artículo 265 constitucional, lo cual requiere la suspensión de su contenido para evitar que su ejercicio simultáneo cause perjuicios irreparables por una potencial invasión de competencias.

Por tanto, hasta tanto esta Sala Constitucional se pronuncie respecto del fondo de esta nulidad, SUSPENDE cautelarmente el único aparte del artículo 1 del Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana publicado en la *Gaceta Oficial* N° 39.493 del 23 de agosto de 2010. Así se decide.

**TSJ-SC (516)**

**7-5-2013**

Magistrado Ponente: Arcadio De Jesús Delgado Rosales

Caso: Nancy Castro De Várvaro. Impugnación del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana

**La Sala Constitucional decreta, de oficio, que las competencias que el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana le asigna a la Oficina de Sustanciación y al Tribunal Disciplinario Judicial para iniciar de oficio o por denuncia las investigaciones contra los jueces o juezas, admitir la denuncia y practicar las diligencias conducentes al esclarecimiento de los hechos, serán propias del Inspector General de Tribunales, en los términos consagrados en la sentencia. En ese sentido, la Sala suspende el segundo párrafo del artículo 35 y los cardinales 2, 3, 5, 7 y 8 del artículo 37 (relativos a la competencia de la Oficina de Sustanciación para realizar la “investigación preliminar”), todos del Reglamento Orgánico y Funcional de la Jurisdicción Disciplinaria y Judicial, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 39.750 del 5 de septiembre de 2011; y el Manual de Normas y Procedimientos para la Oficina de Sustanciación, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 39.797 del 10 de noviembre de 2011.**

El Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana a lo largo de su articulación no hace referencia alguna al Inspector General de Tribunales. En el diseño procesal escogido por el legislador para estructurar la jurisdicción disciplinaria judicial, de cara a la investigación de los hechos y su sustanciación, este se decantó por el funcionamiento de una Oficina de Sustanciación “...como órgano instructor del procedimiento disciplinario, la cual estará constituida por uno o más sustanciadores o sustanciadoras y un secretario o una secretaria, quienes iniciarán de oficio o por denuncia las investigaciones contra los jueces o juezas, y de considerarlo procedente lo remitirán al Tribunal Disciplinario Judicial” (ex: artículo 52); y por la asignación al Tribunal Disciplinario Judicial de la competencia para admitir la denuncia (ex: artículo 55) y para practicar las diligencias conducentes al esclarecimiento de los hechos (ex: artículo 57); competencias que durante la concepción administrativa de la disciplina judicial correspondía al Inspector General de Tribunales.

Dicho diseño procesal contaría con una presunción de validez constitucional (desvirtuable *prima facie* a través del proceso de nulidad), al amparo del principio de libertad de configuración del legislador, si no fuese por el hecho de que el artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone que “Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, **la inspección y vigilancia de los tribunales de la República** y de las Defensorías Públicas” (resaltado añadido); precepto constitucional con base en el cual se señaló, en el artículo 81 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia -y hace énfasis esta Sala en el carácter orgánico de dicha Ley-, que “La Inspectoría General de Tribunales tendrá como función esencial la inspección y vigilancia, por órgano de la Sala Plena, de los tribunales de la República de conformidad con la ley”.

En efecto, se debe resaltar que el artículo 267 constitucional, como toda norma de competencia, posee una doble dimensión: la primera, que podría calificarse de positiva, indica a quién se le asigna la competencia de inspeccionar y vigilar; y la segunda, que bien puede denominarse negativa o restrictiva, excluye de ese ámbito de competencia a los no señalados en la norma. En ese orden de ideas, este rol de inspección y vigilancia fue entendido por la Asamblea Nacional Constituyente, en el Régimen de Transición del Poder Público (Gaceta Oficial N° 36.859 del 29 de diciembre de 1999), como la potestad de iniciar el procedimiento disciplinario con la apertura del expediente y la citación del juez (artículo 29); esto es, la instrucción del expediente y posterior acusación. Dicha concepción fue compartida y desarrollada por la Sala Plena de este Alto Tribunal, quien, el 12 de noviembre de 2008, mediante Resolución N° 2008-0058, dictó las normas concernientes a la organización y funcionamiento de la Inspectoría General de Tribunales, entre cuyas funciones destaca: recibir las denuncias que presenten los usuarios contra los jueces y juezas de la República (artículo 9.1), sustanciar los expedientes en fase disciplinaria hasta la presentación de la acusación (artículo 12.2) y sostener la acusación disciplinaria ante el órgano competente (artículo 12.5).

De ese modo, visto que tanto la inspección como la vigilancia transversalizan la validación constante de la idoneidad y excelencia para la función jurisdiccional de los jueces integrantes del Poder Judicial (ex: artículo 255 constitucional), por principio de coherencia del ordenamiento jurídico, el llamado a inspeccionar y vigilar a los Tribunales de la República debe contar con la posibilidad real de cuestionar e impulsar, ante la jurisdicción disciplinaria judicial, la sanción de los jueces considerados no idóneos para la función jurisdiccional.

Por tanto, considerando que el legislador orgánico estipuló que la función de inspección y vigilancia de los Tribunales de la República (la cual compete al Tribunal Supremo de Justicia) se canalizaría a través del Inspector General de Tribunales; el legislador ordinario, es decir, el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana, ha debido tener en cuenta esta estructura orgánica y darle cabida en su diseño procesal. Y más aún, en atención a la dimensión negativa de la asignación de competencia realizada por el artículo 267 constitucional al Tribunal Supremo de Justicia, el cuestionamiento de la idoneidad y excelencia de los jueces y el impulso de la sanción serían competencias exclusivas de la Inspectoría General de Tribunales.

Siendo ello así, de cara a lo dispuesto en los artículos 25, 137 y 138 constitucionales, resulta necesario garantizar la participación activa y exclusiva, sin perjuicio de los derechos procesales de los interesados -entre ellos los denunciados-, del Inspector General de Tribunales en el proceso disciplinario judicial, a fin de procurar el correcto desempeño de las competencias que la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela le asigna a este Alto Tribunal.

Por lo cual, como medida cautelar innominada hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la presente causa, esta Sala Constitucional DECRETA, de oficio, que las competencias que el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana le asigna a la Oficina de Sustanciación y al Tribunal Disciplinario Judicial para iniciar de oficio o por denuncia las investigaciones contra los jueces o juezas, admitir la denuncia y practicar las diligencias conducentes al esclarecimiento de los hechos, serán propias del Inspector General de Tribunales, en los siguientes términos:

1. Las competencias que los artículos 52 y 55 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana le atribuyen a la Oficina de Sustanciación se reputarán propias de la Inspectoría General de Tribunales; sin menoscabo de las competencias de dicha Oficina como órgano sustanciador pero del proceso judicial;

2. Las competencias que los artículos 55, 57 y 58 le atribuyen al Tribunal Disciplinario Judicial se entenderán propias del Inspector General de Tribunales, con excepción, en el caso del artículo 58, de la facultad para decretar el sobreseimiento, pues éste continúa reputándose como competencia propia del Tribunal Disciplinario Judicial sólo que operará a solicitud del Inspector General de Tribunales;

3. Si finalizada la investigación el Inspector General de Tribunales considera que debe impulsar la sanción del Juez presentará la solicitud ante el Tribunal Disciplinario Judicial, quien procederá con base en el artículo 62 y siguientes del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana;

4. Si durante la investigación el Inspector General de Tribunales considera conveniente la suspensión provisional del denunciado o denunciado del ejercicio del cargo de juez o jueza, así lo solicitará al Tribunal Disciplinario Judicial, quien procederá de acuerdo con el artículo 61 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana; ello sin menoscabo de la potestad que le asiste a este Tribunal de decretar durante el juicio, aun de oficio, dicha cautela;

5. En el caso de la apelación a que se refiere el único aparte del artículo 55 en contra del auto de no admisión de la denuncia, esta se presentará ante el Tribunal Disciplinario Judicial;

6. A tenor de lo dispuesto en el artículo 83 y siguientes del Código de Ética del Juez y la Jueza Venezolana, el Inspector General de Tribunales podrá interponer recurso de apelación de la sentencia definitiva que dicte el Tribunal Disciplinario Judicial;

7. El Inspector General de Tribunal y la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia se reputan incluidos dentro de los órganos destinatarios de las remisiones de las copias certificadas de las decisiones definitivamente firmes emanadas de la Jurisdicción Disciplinaria Judicial, a tenor de lo señalado en el artículo 89 *eiusdem*.

8. Los derechos del denunciante, en su carácter de interesado, se mantienen incólumes (*ex*: artículo 63); sin embargo, los derechos referidos a la participación en la audiencia y a la evacuación y promoción de pruebas penden de que el Inspector General de Tribunales haya estimado necesario impulsar la sanción del juez o jueza denunciado o denunciada.

Razón por la cual, SUSPENDE el segundo párrafo del artículo 35 y los cardinales 2, 3, 5, 7 y 8 del artículo 37 (relativos a la competencia de la Oficina de Sustanciación para realizar la “investigación preliminar”), todos del Reglamento Orgánico y Funcional de la Jurisdicción Disciplinaria y Judicial, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 39.750 del 5 de septiembre de 2011; y el Manual de Normas y Procedimientos para la Oficina de Sustanciación, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 39.797 del 10 de noviembre de 2011.

Vista la declaratoria anterior, las denuncias -admitidas o no- que cursen actualmente ante la Oficina de Sustanciación; así como las que cursen ante el Tribunal Disciplinario Judicial en las cuales no haya habido citación del juez o jueza denunciado deberán ser remitidas a la Inspectoría General de Tribunales, para que dicho órgano lleve a cabo las diligencias correspondientes para el esclarecimiento de los hechos.

b'. *Jueces temporales, ocasionales, accidentales o provisorios.*

**TSJ-SC (516)**

**7-5-2013**

Magistrado Ponente: Arcadio De Jesús Delgado Rosales

Caso: Nancy Castro De Várvaro. Impugnación del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana

**A fin de no contradecir el contenido normativo del artículo 255 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala Constitucional suspende cautelarmente la referencia que hace el artículo 2 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana a los jueces y juezas temporales, ocasionales, accidentales o provisorios y que permite la extensión, a esta categoría de jueces y juezas, del procedimiento disciplinario contemplado en los artículos 51 y siguientes del mencionado Código. De igual manera, la Sala suspende cautelarmente el único aparte del artículo 16 del referido Código, considerando que es competencia de la Comisión Judicial, como órgano delegado de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, la designación de los jueces y las juezas temporales, ocasionales, accidentales o provisorios.**

Señala el encabezado del artículo 2 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana, lo siguiente:

Artículo 2. El presente Código se aplicará a todos los jueces y todas las juezas dentro del territorio de la República Bolivariana de Venezuela. Se entenderá por juez o jueza todo aquel ciudadano o ciudadana que haya sido investido o investida conforme a la ley, para actuar en nombre de la República en ejercicio de la jurisdicción de manera permanente, temporal, ocasional, accidental o provisorio.

El precepto legal transcrito contempla el denominado ámbito subjetivo de la Ley, esto es, quiénes son los sujetos sometidos al régimen jurídico contemplado en el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana; a saber: los jueces y juezas permanentes, temporales, ocasionales, accidentales o provisorios.

El enunciado legal así descrito y sin ninguna consideración adicional guarda consonancia con el orden constitucional; sin embargo, cuando se considera que el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana, además de fijar los referentes éticos con base en los cuales se ha de determinar la idoneidad y excelencia de un juez o una jueza para la función jurisdiccional, estatuye un régimen de inamovilidad propio de la carrera judicial; la extensión de este proceso disciplinario judicial a los jueces temporales, ocasionales, accidentales o provisorios para poder excluirlos de la función jurisdiccional, pese a que formalmente no han ingresado a la carrera judicial, pareciera colidir con el texto Constitucional.

En efecto, señala el artículo 255 constitucional que el ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces o juezas se hará por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los y las participantes. Asimismo, continúa señalando este mismo artículo, los jueces o juezas sólo podrán ser removidos o removidas, suspendidos o suspendidas de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley.

De ese modo, cuando el artículo 255 constitucional refiere que “los” jueces o juezas sólo podrán ser removidos o suspendidos mediante los procedimientos previstos en la ley, alude a aquellos jueces que han ingresado a la carrera judicial por haber realizado y ganado el concurso de oposición público, como lo exige el encabezado del artículo; pues es dicho mecanismo el que hace presumir (de forma *iuris tantum*) la idoneidad y excelencia del juez o jueza; una presunción que es, efectivamente, desvirtuable mediante el proceso disciplinario judicial como parte de la validación constante y permanente de la idoneidad y excelencia; pero que se erige a su vez como una garantía de la inamovilidad propia de la carrera judicial.

Siendo ello así, aun cuando efectivamente el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana le es efectivamente aplicable a todos los jueces -indistintamente de su

condición- como parámetro ético de la función jurisdiccional; no obstante, el procedimiento para la sanción que dicho Código contempla pareciera, salvo mejor apreciación en la definitiva, no ser extensible a los Jueces y juezas temporales, ocasionales, accidentales o provisorios, ya que dicho proceso es una garantía de la inamovilidad insita a la carrera judicial; y se obtiene la condición de juez o jueza de carrera si se gana el concurso de oposición público.

Por tanto, a fin de no contradecir el contenido normativo del artículo 255 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se SUSPENDE cautelarmente, mientras dure el presente juicio, la referencia que hace el artículo 2 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana a los jueces y juezas temporales, ocasionales, accidentales o provisorios y que permite la extensión, a esta categoría de jueces y juezas, del procedimiento disciplinario contemplado en los artículos 51 y siguientes del mencionado Código, por no tratarse de jueces o juezas que hayan ingresado a la carrera judicial, correspondiéndole a la Comisión Judicial la competencia para sancionarlos y excluirlos de la función jurisdiccional, visto que se trata de un órgano permanente, colegiado y delegado de la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia, al que compete coordinar las políticas, actividades y desempeño de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, la Escuela Nacional de la Magistratura y la Inspección General de Tribunal (*ex*: artículo 73 del Reglamento Interno del Tribunal Supremo de Justicia), así como someter a la consideración de la Sala Plena las políticas de reorganización del Poder Judicial y su normativa (artículo 79 *eiusdem*). Así se declara.

Finalmente, visto que el único aparte del artículo 16 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana contempla que “*Antes de proceder a la designación o ingreso de cualquier funcionario o funcionaria se consultará en el Registro de Información Disciplinaria Judicial*” y que cualquier ingreso o designación realizada al margen de dicha norma será nula; considerando, que es competencia de la Comisión Judicial, como órgano delegado de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, la designación de los jueces y las juezas temporales, ocasionales, accidentales o provisorios; y tomando en cuenta que, al no desarrollar los términos en que se ha de verificar la consulta del Registro de Información Disciplinaria ni la naturaleza pública o privada de dicho Registro, la norma reseñada restringe la aludida competencia de la Comisión Judicial, esta Sala Constitucional suspende cautelarmente, hasta tanto se dicte sentencia en el presente juicio, el único aparte del artículo 16 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana. Así se decide.

Visto el contenido decisorio de este fallo, se ordena su publicación en la Gaceta Judicial y en la Gaceta Oficial. Asimismo, se ordena su reseña en el portal web de este Alto Tribunal.

#### IV. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

##### 1. *El Contencioso Administrativo de Anulación*

###### A. *Medidas Cautelares*

**TSJ-SPA (471)**

**16-5-2013**

Magistrado Ponente: Emilio Ramos González

Caso: Red de Padres y Representantes vs. Ministerio del Poder Popular para la Educación.

**Cuando se pretende la suspensión de un acto de efectos generales y de carácter normativo, cobra mayor relevancia el último requisito relativo al riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo. Es así que, para su comprobación deberá verificarse en qué**

**consiste concretamente dicho riesgo cuáles serían los daños irreparables para la parte accionante que surgirían de la ejecución del acto antes de ser decidido el fondo del recurso principal. Por consiguiente, le corresponde al solicitante señalar cómo se afectaría su situación jurídica frente a la aplicación de las disposiciones que denuncia como ilegales e inconstitucionales.**

Vista la solicitud de suspensión de efectos formulada por la parte recurrente, pasa esta Sala a pronunciarse sobre su procedencia, en los términos siguientes:

Previo al análisis, es necesario advertir que la medida de suspensión de efectos actualmente no está prevista expresamente en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, ni en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo cual no implica que no pueda ser acordada, pues es una de las medidas preventivas típicas del contencioso administrativo, por lo que la misma debe analizarse en atención a lo establecido en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Así, ha sido criterio de este Alto Tribunal que la suspensión de efectos de los actos administrativos, constituye una medida mediante la cual, haciendo excepción al principio de ejecutoriedad del acto administrativo -consecuencia de la presunción de legalidad- se busca evitar lesiones irreparables o de difícil reparación al ejecutarse una eventual decisión anulatoria del acto, porque ello podría constituir un menoscabo a la garantía del derecho fundamental de acceso a la justicia y al debido proceso.

Por tal motivo, la medida preventiva de suspensión de efectos procede solo cuando se verifiquen concurrentemente los supuestos que la justifican, esto es, que la medida sea necesaria a los fines de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación, o bien para evitar que el fallo quede ilusorio, y que adicionalmente resulte presumible que la pretensión procesal principal será favorable. Significa entonces que deben comprobarse los requisitos de procedencia de toda medida cautelar: el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y la presunción grave del derecho que se reclama, a lo cual hay que agregar, conforme a lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la adecuada ponderación de los “*intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego*”.

En concreto, el referido artículo 104 dispone lo siguiente:

**“...Requisitos de procedibilidad**

*Artículo 104. A petición de las partes, en cualquier estado y grado del procedimiento el tribunal podrá acordar las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar los resultados del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.*

*El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para proteger a la administración Pública, a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso.*

*En causas de contenido patrimonial, el tribunal podrá exigir garantías suficientes al solicitante...”*

Conforme a lo señalado en la norma transcrita, la medida que se acuerde debe tener como finalidad “*resguardar la apariencia de buen derecho*”, por lo que el juez deberá extraer

de las probanzas aportadas los elementos que permitan establecer una presunción favorable o juicio de verosimilitud de los términos de la pretensión procesal; y adicionalmente, las circunstancias que en el caso concreto hagan necesaria la medida para evitar perjuicios irreparables, de difícil reparación, o la ilusoriedad del fallo como segundo supuesto para su procedencia.

Ahora bien, es preciso indicar que en casos como el de autos, donde se pretende la suspensión de un acto de efectos generales y de carácter normativo, cobra mayor relevancia este último requisito relativo al riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo. Es así que, para su comprobación deberá verificarse en qué consiste concretamente dicho riesgo cuáles serían los daños irreparables para la parte accionante que surgirían de la ejecución del acto antes de ser decidido el fondo del recurso principal. Por consiguiente, le corresponde al solicitante señalar cómo se afectaría su situación jurídica frente a la aplicación de las disposiciones que denuncia como ilegales e inconstitucionales, de manera que permita al juez otorgar la tutela requerida. (*Vid.* Sent. de la SPA del 13 de diciembre de 2006 y del 14 de marzo de 2007).

En tal sentido, este órgano jurisdiccional debe acotar que el operador jurídico al juzgar sobre la procedencia de la medida solicitada deberá ponderar en qué forma la irreparabilidad del daño alegada por el recurrente pudiera afectar el interés general involucrado, el cual prevalece sobre el interés particular en el contexto del modelo de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, puesto que dicho modelo propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico, entre otros, la *solidaridad* y la *responsabilidad social*. (Artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Establecido lo anterior, esta Sala pasa a analizar si en el supuesto bajo análisis se verifican concurrentemente los señalados requisitos, a los fines de determinar la procedencia de la medida cautelar solicitada.

Al efecto se observa, que la representación judicial de la asociación civil accionante, fundamentó la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, en la presunta violación al derecho que tienen las comunidades organizadas a participar en la gestión pública, “...concretamente en este caso, el derecho de los padres, madres y representantes y demás integrantes de la comunidad educativa, como actores claves y corresponsables del proceso educativo, a la participación democrática y protagónica en la elaboración de las normas reglamentarias que pretendan organizar y regular precisamente la participación de la comunidad educativa en la gestión escolar...”.

En tal sentido, alegó que la Resolución N° 058 recurrida, viola la obligatoriedad de la consulta prevista en los artículos 139 y 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, ya que afirma que fue dictada con prescindencia de dicho procedimiento.

A su vez se observa, que la abogada Mayerling Rosales González, ya identificada, mediante escrito consignado en fecha 29 de enero de 2013 formuló oposición a la medida de suspensión de efectos peticionada por la asociación civil accionante, sosteniendo a tales efectos que, en el presente caso, no se demostró el cumplimiento de los requisitos para el otorgamiento de la referida medida cautelar, los cuales deben cumplirse de manera concurrente.

Por otra parte, argumentó que los alegatos expuestos por la recurrente para fundamentar la medida cautelar requerida son los mismos que se utilizaron para sustentar el recurso de nulidad planteado y en razón de ello estima que cualquier decisión que considere la Sala al respecto, se estaría pronunciando sobre el fondo de la controversia y por tanto,

“...adelantando (...) su opinión, al suspender los efectos del acto administrativo por una presunción de violación al derecho de la participación, en consecuencia, estaría prejuzgando sobre la decisión definitiva...”.

En primer término se observa, que efectivamente la accionante fundamentó su solicitud cautelar en el derecho que tienen los padres, madres y representantes y demás integrantes de la comunidad educativa a participar en la gestión educativa, en concreto, en la elaboración de las normas dirigidas a su organización y funcionamiento, pero nada alegó para sustentar el *periculum in mora* o daño de difícil o imposible reparación como requisito de procedencia.

No obstante se debe precisar que la referida circunstancia no impide a este órgano jurisdiccional analizar la situación planteada derivado de los amplios poderes cautelares que tiene el juez contencioso administrativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pero fundamentalmente, visto el interés que reviste el tema sobre el cual versa el recurso para la comunidad educativa y ante la eventual lesión que pudiera afectar los derechos colectivos, este Máximo Tribunal, de acuerdo al enunciado del citado artículo 104 *eiusdem* debe ponderar los intereses en juego y en tal sentido, pasa a analizar la solicitud: (...).

**TSJ-SPA (369)**

**10-4-2013**

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Cosmovisión Estéreo, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

**El correcto análisis acerca de la procedencia de la medida cautelar requiere, además de la verificación del *periculum in mora*, la determinación del *fumus boni iuris*, pues mientras aquel es exigido generalmente como mero supuesto de procedencia por el paso del tiempo que pudiese resultar dañoso; en el caso concreto, esta, la presunción grave de buen derecho es el fundamento mismo de la protección cautelar, dado que en definitiva solo a la parte que tiene la razón en juicio puede causársele perjuicios irreparables que deben ser evitados, bien que emanen de la contraparte o sean efecto de la tardanza del proceso**

Corresponde a la Sala pronunciarse sobre la medida cautelar “*innominada de suspensión de efectos*” requerida por la parte accionante, y en tal sentido observa:

La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en sus artículos 103, 104 y 105, establece lo siguiente:

*“Artículo 103. Este procedimiento regirá la tramitación de las medidas cautelares, incluyendo las solicitudes de amparo cautelar, salvo lo previsto en el artículo 69 relativo al procedimiento breve.*

*Artículo 104. A petición de las partes, en cualquier estado y grado del procedimiento, el tribunal podrá acordar las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar los resultados del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.*

*El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para proteger a la Administración Pública, a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso.*

*En causas de contenido patrimonial, el tribunal podrá exigir garantías suficientes al solicitante.*

*Artículo 105: Recibida la solicitud de medida cautelar, se abrirá cuaderno separado para el pronunciamiento dentro de los cinco días de despacho siguientes.*

*En los tribunales colegiados el juzgado de sustanciación remitirá inmediatamente el cuaderno separado. Recibido el cuaderno se designará ponente, de ser el caso, y se decidirá sobre la medida dentro de los cinco días de despacho siguientes.*

*Al trámite de las medidas cautelares se dará prioridad”.*

Al respecto, esta Sala observa que la accionante calificó la medida cautelar como una “*innominada de suspensión de efectos*”, por lo que se reitera el criterio que se ha venido sosteniendo, en el sentido de que la suspensión de efectos de los actos administrativos, como medida típica para los recursos de nulidad que se proponen en contra de dichos actos, constituye una medida cautelar mediante la cual -haciendo excepción al principio de ejecutoriedad del acto administrativo, consecuencia de la presunción de legalidad- se procura evitar lesiones irreparables o de difícil reparación al ejecutarse un acto que eventualmente resultare anulado, porque ello podría constituir un atentado a la garantía del derecho fundamental de acceso a la justicia y al debido proceso. En estos casos, el Juez debe velar porque su decisión se fundamente no solo en un alegato de gravamen, sino en la argumentación y acreditación de hechos concretos de los cuales nazca la convicción de un posible perjuicio real.

A juicio de esta Sala resulta procedente la suspensión de efectos del acto administrativo impugnado cuando se verifiquen concurrentemente los supuestos que la justifican, los cuales consisten en que sea presumible la procedencia de la pretensión procesal principal, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y eventuales gravedades en juego, siempre que no se prejuzgue sobre la decisión definitiva, tal como lo prevé el citado artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por ello resulta necesario comprobar los requisitos de procedencia de toda medida cautelar: la presunción grave del derecho que se reclama y el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo.

En este sentido, tal como también lo ha reiterado pacíficamente este órgano jurisdiccional, el correcto análisis acerca de la procedencia de la medida cautelar requiere, además de la verificación del *periculum in mora*, la determinación del *fumus boni iuris*, pues mientras aquel es exigido generalmente como mero supuesto de procedencia por el paso del tiempo que pudiese resultar dañoso; en el caso concreto, esta, la presunción grave de buen derecho es el fundamento mismo de la protección cautelar, dado que en definitiva solo a la parte que tiene la razón en juicio puede causársele perjuicios irreparables que deben ser evitados, bien que emanen de la contraparte o sean efecto de la tardanza del proceso.

Consecuentemente, el referido principio se encuentra necesariamente inmerso en las exigencias requeridas actualmente en el artículo 104 antes citado, para acordar, en este caso, la suspensión de efectos, cuando alude la norma en referencia a la ponderación de los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que no se prejuzgue sobre la decisión definitiva (ver sentencia 20 de octubre de 2010).

Establecidos los anteriores lineamientos, pasa la Sala a verificar su cumplimiento en el caso concreto, y en tal sentido observa que con relación al *fumus boni iuris* el representante de la empresa recurrente adujo que su representada “*si bien es cierto (...) no posee habilitación administrativa por parte de Conatel, no es menos cierto que (...) a partir del tres (3) de octubre de dos mil once (2.011), estaba realizando los procedimientos técnicos y jurídicos para salir al aire*”.

En efecto, tal como lo indicó la propia parte accionante, la Sala observa que al momento de dictar esta decisión cautelar, no se evidencia de actas prueba alguna de la existencia de habilitación administrativa, concesión o algún tipo de autorización del organismo regulador de las telecomunicaciones que permita presumir que la empresa sancionada tiene derecho a constituirse como un prestador del servicio radioeléctrico (ver sentencia de esta Sala N° 1579 del 20 de diciembre de 2012). Por tanto, concluye la Sala que no se ha verificado en esta fase cautelar la presunción de buen derecho requerida como presupuesto procesal para conceder la petición cautelar de la parte recurrente, por lo que debe declarar improcedente la medida de suspensión de efectos del acto administrativo, sin entrar a emitir pronunciamiento respecto del otro supuesto de procedencia, debido a que ambos deben cumplirse concurrentemente. Así se declara.

## 2. Acción de Reclamo por la prestación de servicios públicos

TSJ-SC (433)

6-5-2013

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Fundación Movimiento por la Calidad del Agua vs. Ministerio del Poder Popular para el Ambiente y los Recursos Naturales

**Toda reclamación por la prestación de un servicio público de contenido general, implica una demanda o acción colectiva (intereses colectivos o difusos); sin embargo, si existe en el ordenamiento jurídico un mecanismo *ad hoc*, esto es, la acción de reclamo por la prestación de servicios públicos (artículo 259 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), esta será la vía a la cual deberán acudir las personas afectadas por la deficiente prestación del servicio para obtener la satisfacción de sus pretensiones**

Como premisa procesal, corresponde a la Sala la determinación de su competencia para el conocimiento de la presente demanda, planteada por los solicitantes como una “*demandas por derechos e intereses colectivos y difusos*”, en tanto los actores se arrojan la legitimación para actuar como representantes de los derechos e intereses de los residentes de la conurbación urbana del Área Metropolitana de Valencia, en el Estado Carabobo, en virtud de ciertas circunstancias, calificadas como anómalas, en el servicio de agua potable prestado por la sociedad mercantil Hidrológica del Centro, C.A. en esa área geográfica.

En tal sentido, luego de exponer los resultados de varios análisis efectuados, presuntamente, al agua que suministra la mencionada prestadora del servicio, denunciaron que hay elementos biológicos, físicos y químicos en su composición que contrarían las Normas Sanitarias de Calidad de Agua Potable dictadas mediante la Resolución N° S.G.-018-98 del 11 de febrero de 1998, por el extinto Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, publicadas en la *Gaceta Oficial* N° 36.395 del 13 de febrero de 1998, -que establecen los requisitos microbiológicos, organolépticos, físicos, químicos y radiactivos que debe cumplir el agua potable suministrada por los entes responsables de los sistemas de abastecimiento de agua potable públicos o privados-.

También alegaron que los procesos de potabilización y tratamiento de aguas residuales y redes de distribución de agua potable en los municipios Valencia, San Diego, Naguanagua y Libertador del estado Carabobo, además de incumplir con las normas antes indicadas son ineficientes y que el agua suministrada ha perdido calidad por cuanto, según alegan, han proliferado especies vegetales acuáticas como la lemna y la bora; hay un aumento significativo de los niveles de fósforo y nitrógeno, así como de aluminio, generando, en algunos casos, enfermedades de origen hídrico en la población valenciana.

Denunciaron que en los anteriores procesos -concretamente en los de tratamiento primario, secundario y terciario de depuración de las aguas servidas de la ciudad de Valencia antes de ser descargadas al embalse Pao-Pachinche-, se contraviene el artículo 28 de la Ley Penal del Ambiente, que sanciona la degradación, envenenamiento, contaminación y demás acciones o actividades capaces de causar daños a las aguas y que, además, en el proceso de salida de las aguas de las Plantas de Tratamiento de Aguas Residuales (La Mariposa, Los Guayos y Taiguaigui) no se atiende a las Normas para la Clasificación y el Control de la Calidad de los Cuerpos de Agua y Vertidos o Efluentes Líquidos contenidas en el Decreto N° 883, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.021 del 18 de diciembre de 1995, que fija el marco para el control de calidad de los cuerpos de agua y de los vertidos líquidos.

Sobre la base de lo anterior, solicitaron a esta Sala Constitucional que se garantice a través de la tutela jurisdiccional, la operatividad del estado democrático y social de Derecho y Justicia que postula el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; la aplicación de las resoluciones números 7/22 del 28 de marzo de 2008 y 12/8 del 1 de octubre de 2009, relativas al derecho humano al agua potable y el saneamiento del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, el Comentario General número 15 (2002) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales) y el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionados con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento, sobre la base de la cláusula contenida en el artículo 23 de la Constitución vigente; el derecho a la salud del grupo que representan, reconocido en el artículo 83 constitucional; el derecho a disfrutar de un ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado y libre de contaminación, postulado por el artículo 127 del mismo Texto Fundamental; el derecho a la consulta y participación ciudadana en los asuntos inherentes al desarrollo sustentable y en los planes de ordenación territorial, establecido en el artículo 128 *eiusdem*; la exigencia constitucional de estudios de impacto ambiental y sociocultural previo a cualquier actividad de afectación al ambiente, contenido en el artículo 129 *eiusdem*; la prevalencia del valor fundamental de justicia sobre el proceso mismo de su administración, consagrado en el artículo 257 del mismo Texto Constitucional y, en general, normas conexas que sistematizan el “*derecho constitucional ambiental*”, a saber, las contenidas en los artículos 11, 15, 107, 112, 119, 120, 153, 178, 184, 299, 304, 307, 326 y 327 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así mismo, se invocan los parámetros y normas para la prestación del servicio de agua potable contenidas en la “*Ley de Prestación de Servicio de Agua Potable y Saneamiento 5.568 (sic) del 31 de Diciembre de 2008 (sic) Gaceta Oficial Extraordinaria (sic)*”.

Ello a fin de condenar jurisdiccionalmente al Estado venezolano, por órgano del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, a través de la sociedad mercantil Hidrológica de Venezuela C.A. (HIDROVEN) y su filial Hidrológica del Centro C.A. (HIDROCENTRO) a que: *(i)* sustituya el actual trasvase de aguas del Lago de Valencia hacia el embalse Pao-Cachinche por otra alternativa que permita controlar el nivel y crecimiento del Lago de Valencia y que no atente contra la calidad de las aguas del embalse, debido a sus implicaciones

en la degradación de la calidad del agua, las complicaciones técnicas provocadas a nivel del proceso de potabilización de las misma en la Planta “Alejo Zuluaga” y las afectaciones a la salud pública y la calidad de vida “(...) producto del suministro del agua no potable para consumo humano a una población abastecida de aproximadamente 3.000.000 de venezolanos que se sirven por el Acueducto Regional del Centro”; **(ii)** suspenda el actual trasvase de aguas, previo cumplimiento de lo solicitado en el punto anterior, e impidiéndose el inicio de nuevas obras de infraestructura o ampliaciones de las ya existentes, que permitan o incrementen dicho trasvase de las aguas del Lago de Valencia hacia el embalse Pao-Cachinche, “(...) para evitar se agraven e intensifiquen los perjuicios y afectaciones al ambiente y a la ciudadanía (...)”; y **(iii)** en la planificación de cualquier opción de salida de los excedentes de agua de la cuenca hidrográfica del Lago de Valencia, distinta a los antes mencionados, se ordene a todas las instituciones con competencia y facultades en preservación del ambiente y la salud pública, a que realicen previamente los estudios de impacto ambiental y socio-cultural que establece nuestra Constitución y que éstos se hagan del conocimiento y dominio públicos, previo a su ejecución.

Como se observa, la pretensión de los actores persigue la adopción de medidas dirigidas a garantizar los procesos de tratamiento y potabilización del agua por parte del ente público prestador del servicio. En tal sentido, la demanda así planteada, se relaciona con las fases legalmente reguladas de la actividad material de prestación de un servicio público que atañe a un colectivo determinado, cual es la población de Valencia, y que incide en su calidad de vida.

En ese sentido, cabe precisar el contenido y alcance de los derechos e intereses colectivos o difusos, y las formas bajo las cuales se puede solicitar su protección, para establecer por el contenido de la pretensión si se está en presencia de un asunto que atañe a la jurisdicción constitucional o si, por el contrario, debe ser conocida y tramitada por la jurisdicción contencioso administrativa, bajo la forma de un reclamo por servicios públicos (*ex* artículo 65.1 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), en ese sentido, esta Sala debe reiterar parcialmente aquellas premisas de juzgamiento empleadas en su sentencia del 28 de junio de 2011, caso: “*Roberto León Parilli y otros*”, con ocasión de una demanda similar a la aquí planteada contra el Estado venezolano, representado en el Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, en Hidrológica de Venezuela C.A. (HIDROVEN) y en su filial Hidrológica del Centro C.A. (HIDROCENTRO), a los efectos de que se garantizara el derecho al acceso a la información consagrado en el artículo 28 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 66 de la Ley Orgánica de Prestación del Servicio de Agua Potable y Saneamiento; el derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Así, respecto de las demandas por intereses o derechos difusos o colectivos esta Sala Constitucional en sentencia N° 3.648 del 19 de diciembre de 2003, caso: “*Fernando Asenjo Rosillo y otros*”, estableció las premisas que siguen respecto de esta categoría de tutela procesal:

*“DERECHOS O INTERESES DIFUSOS: se refieren a un bien que atañe a todo el mundo (pluralidad de sujetos), esto es, a personas que -en principio- no conforman un sector poblacional identificable e individualizado, y que sin vínculo jurídico entre ellos, se ven lesionados o amenazados de lesión.*”

*Los derechos o intereses difusos se fundan en hechos genéricos, contingentes, accidentales o mutantes que afectan a un número indeterminado de personas y que emanan de sujetos que deben una prestación genérica o indeterminada, en cuanto a los posibles beneficiarios de la actividad de la cual deriva tal asistencia, como ocurre en el caso de los derechos positivos como el derecho a la salud, a la educación o a la obtención de una vivienda digna, protegidos por la Constitución y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*

*DERECHOS O INTERESES COLECTIVOS: están referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque individualmente, de modo que dentro del conjunto de personas existe o puede existir un vínculo jurídico que los une entre ellos. Su lesión se localiza concretamente en un grupo, determinable como tal, como serían a grupos profesionales, a grupos de vecinos, a los gremios, a los habitantes de un área determinada, etcétera.”*

*Los derechos colectivos deben distinguirse de los derechos de las personas colectivas, ya que estos últimos son análogos a los derechos individuales, pues no se refieren a una agrupación de individuos sino a la persona jurídica o moral a quien se atribuyan los derechos. Mientras las personas jurídicas actúan por organicidad, las agrupaciones de individuos que tienen un interés colectivo obran por representación, aun en el caso de que ésta sea ejercida por un grupo de personas, pues el carácter colectivo de los derechos cuya tutela se invoca siempre excede al interés de aquél.*

(...)

*IDONEIDAD DE LA ACCIÓN: Si lo que se pretende es enervar una lesión que proviene de violaciones a derechos y garantías constitucionales, la vía procedente es la acción de amparo para restablecer una situación jurídica ante esas infracciones. Si lo que se pretende es exigir resarcimientos a los lesionados, solicitar el **cumplimiento de obligaciones**, prohibir una actividad o un proceder específico del demandado, o la destrucción o limitación de bienes nocivos, restableciendo una situación que se había convertido en dañina para la calidad común de vida o que sea amenazante para esa misma calidad de vida, lo procedente es incoar una **acción de protección de derechos** cívicos (colectivos o bien sea difusos), en cuyo fallo se podrá condenar al demandado a realizar determinadas obligaciones de hacer o no hacer, y hasta indemnizar a la colectividad, o a grupos dentro de ella, en la forma como ordene el juez, con señalamiento de cuáles instituciones sociales o públicas, o cuáles personas, serán acreedoras de la indemnización”. (Negrillas de esta Sala).*

Conforme al criterio *supra* citado, las demandas así planteadas contienen una *acción de protección de derechos* que, como ya se mencionó, puede ser ejercida para la reivindicación de derechos colectivos o difusos, en este caso, garantizar el cumplimiento de una obligación. Así mismo, la denuncia afecta no solamente el interés personal o directo, y el colectivo de los demandantes en el goce y garantía de sus derechos fundamentales a la salud, a un ambiente sano, de acceso al agua potable y el saneamiento, a disponer de bienes y servicios de calidad, sino a una pluralidad de sujetos indeterminables o cuya proyección subjetiva de protección no es determinable *a priori*, si bien dichos intereses no son consecuencia de la afectación en la esfera de derechos de *todo el mundo*, o de *toda la población*, se circunscribe al área metropolitana de la ciudad de Valencia, que afecta a un grupo de personas de un área del país (usuarios efectivos) -e incluye aquellos transeúntes o no residentes que también ostenten potencialmente la cualidad jurídica de usuario del sistema de distribución y suministro de agua potable (usuarios jurídicamente potenciales)-, por lo que esta Sala considera que el fallo que se dicte en el presente asunto tiene una proyección subjetiva de sus efectos jurídicos que sobrepasa la esfera particular de los demandantes, que, sin embargo, no permite calificarlo preliminarmente como una demanda por intereses colectivos.

Ello por cuanto, se advierte la existencia de un elemento clave en la determinación de la competencia para conocer de la presente acción, como lo es el hecho de que la pretensión de la acción está sustentada en normas constitucionales que atañen, principalmente, a derechos de orden ambiental y a la adecuada prestación del servicio público de suministro de agua potable, concretamente en lo relacionado a los procesos de potabilización y saneamiento de ese vital líquido, en tanto procesos asociados a esta actividad.

Los procesos asociados a la prestación de los servicios de agua potable y de saneamiento constituyen una actividad prestacional de servicio público; por lo que debe esta Sala hacer mención del criterio establecido en sentencia N° 34 del 5 de marzo de 2010, caso: “*Yuraima Rodríguez y otros*”, en la cual se señaló que “(...) *no toda acción dirigida a procurar la satisfacción de los servicios públicos o de una actividad de interés general deba ser tramitada como una acción por intereses colectivos o difusos, ya que afirmar lo contrario, conllevaría a admitir la implícita derogatoria de las reglas de procedimiento de los juicios ordinarios en cuanto a su competencia, así como la derogatoria del artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*”. Dicho criterio recogía lo señalado por esta misma Sala en su sentencia N° 4.993 del 15 de diciembre de 2005, caso: “*Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico*” en la cual se estableció lo siguiente:

*“...Al efecto, se aprecia que la simple alegatoria (sic) de un desmejoramiento en la calidad de vida, elemento constituido por esta Sala para afirmar la existencia de intereses difusos y colectivos, puede conllevar en cualquier oportunidad para cualquier determinado sector de la sociedad su recurribilidad por ante esta Sala, exigiendo el determinado comportamiento de otra colectividad con fundamento en el desmejoramiento de su calidad de vida.*

*...omissis...*

*Así, cuando dentro de la reclamación realizada se encuentre presente la existencia de un órgano administrativo o la prestación de un servicio público, van a estar presentes de manera indubitable un grupo de ciudadanos con unos intereses reflejos que pretenden su protección mediante la coadyuvación (sic) en el proceso incoado por el accionante o en representación de un determinado colectivo en su propio interés.*

*En consecuencia, la asunción de toda reclamación invocando la afectación del derecho a la colectivación (sic) por la anormal prestación o no prestación de un servicio público derivada del ente operador, de la Administración o de un particular, implicaría una cláusula derogatoria de la jurisdicción contencioso administrativa, a través del contencioso de los servicios públicos. De lo expuesto debe resaltarse lo dispuesto en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual expresamente consagra la existencia de un contencioso de los servicios públicos, estableciendo lo siguiente:*

*... omissis...*

*Con fundamento en el referido artículo, se consagra constitucionalmente la existencia de una jurisdicción especializada para el enjuiciamiento del reclamo para la prestación de servicios públicos, correspondiéndole en este sentido, al juez contencioso administrativo determinar cuándo una determinada pretensión debe comprenderse dentro de dicha reclamación no restringiéndose la misma a la noción tradicional del servicio público, constituyéndose este último aspecto en el punto principal y previo del juez contencioso administrativo para establecer si una demanda específica debe ser o no competencia del contencioso administrativo (...).”*

En la sentencia antes citada, esta Sala también precisó los elementos que debe evaluar el operador de justicia para calificar una determinada prestación como servicio público - distintos a los que subyacen en las denominadas actividades de interés general- y, en ese orden, se precisaron los siguientes:

“...1.- Que la actividad sea, en esencia, una actividad de prestación, esto es que apareja una ventaja, beneficio o un bien destinado a la satisfacción de una necesidad de carácter general;

2.- Que dicha actividad sea asumida por el Estado, lo que implica la verificación previa de una decisión exteriorizada y concreta.

3.- Que el Estado puede cumplirla directamente, o bien indirectamente, por medio de concesiones otorgadas a favor de cualquier persona, exigiéndose la capacidad o competencia para poder actuar como concesionarios y;

4.- Que la prestación del servicio, considerado como público, sea regido por un estatuto o régimen especial que le permita distinguirlo de otras actividades públicas, (...) y cuyos caracteres sean la generalidad, uniformidad, igualdad, continuidad, obligatoriedad y, subordinación a normas preponderantemente de Derecho Público, -algunas de las cuales-, comporten prerrogativas exorbitantes, a los fines de mantener la adecuada y suficiente satisfacción del interés general, dejando a salvo la aplicación de principios del Derecho Privado, con el objeto de salvaguardar la seguridad jurídica de los particulares que se hayan arriesgado a la consecución o explotación de tal prestación.

Con lo cual, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, podrán distinguirse, en la medida o el grado en que dicha declaración estatal o ‘publicatio’ apareje una limitación a la libertad económica de las iniciativas privadas que pretendan explotar o desarrollar la actividad prestacional que los servicios públicos comportan, entre: (a) Los servicios públicos exclusivos y excluyentes (Vgr. La generación hidroeléctrica en las cuencas de los ríos Caroní, Paragua y Caura conforme el Parágrafo Único del artículo 3 de la Ley del Servicio Eléctrico); (b) Los servicios públicos exclusivos pero concedibles (Vgr. Transmisión y Distribución de energía eléctrica, explotación de las telecomunicaciones, etc.) y, (c) Los servicios públicos concurrentes (Vgr. La enseñanza)...”.

Conforme a los parámetros determinados por la jurisprudencia de esta Sala, debe verificarse si el suministro de agua potable tiene carácter de servicio público y, en consecuencia, los procesos o fases asociadas a esta actividad. Así, la regulación concerniente al suministro de agua potable se encuentra recogida principalmente en la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, cuya última reforma publicada en la Gaceta Oficial N° 38.763 del 6 de septiembre de 2007. Dicha Ley Orgánica, establece en su artículo 6:

“**Artículo 6.** A los efectos de esta Ley se entiende por servicio público de agua potable la entrega de agua a los suscriptores o usuarios mediante la utilización de tuberías de agua apta para el consumo humano, incluyendo su conexión y medición, así como los procesos asociados de captación, conducción, almacenamiento y potabilización; y se entiende por servicio público de saneamiento, la recolección por tuberías de las aguas servidas de los domicilios, incluyendo su conexión, así como los procesos asociados de conducción, tratamiento y disposición final de dichas aguas servidas”.

Correlativamente, el artículo 35 del mismo instrumento jurídico sistematiza los procesos asociados a dicha actividad en los siguientes términos:

“**Artículo 35.** Los procesos asociados a la prestación de los servicios de agua potable y de saneamiento, a las cuales se refiere la presente Ley, son los siguientes:

*Producción:* incluye la captación de agua, ya sea a partir de cursos superficiales, de embalses, de lagos o acuíferos, su subsiguiente potabilización y su conducción hasta las redes de distribución;

*Distribución de agua potable:* incluye el suministro de agua potable a través de las redes de distribución, hasta su entrega a las conexiones de los usuarios finales;

*Recolección de aguas servidas: incluye la recolección de las aguas servidas desde los puntos de conexión con los usuarios hasta los puntos de entrega para su tratamiento o disposición final;*

*Disposición de aguas servidas: incluye el tratamiento o depuración de las aguas residuales y su posterior conducción hasta los sitios de descarga”.*

Dicha norma deja clara la voluntad del legislador venezolano de definir como servicio público la prestación de los servicios de suministro de agua potable y de saneamiento. En este mismo sentido se expresó la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia N° 224 del 7 de febrero de 2007, caso: “*Armando Casal Casal*”, al señalar que la prestación del “(...) *servicio de agua potable y de saneamiento es un servicio público de vital importancia para toda la población (...)*”.

Con relación al carácter prestacional de las actividades de suministro de agua potable y saneamiento, es significativa la intención del legislador plasmada en el artículo 1° de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento examinada, toda vez que su ámbito objetivo de aplicación abarca la prestación de los servicios públicos de agua potable y de saneamiento; el establecimiento del régimen de fiscalización, control y evaluación de tales servicios y la promoción de su desarrollo, **en beneficio general de los ciudadanos, de la salud pública, la preservación de los recursos hídricos y la protección del ambiente, en concordancia con la política sanitaria y ambiental que en esta materia dicte el Poder Ejecutivo Nacional y con los planes de desarrollo económico y social de la Nación**, de allí que, por las propias notas de generalidad y continuidad ínsitas a la noción de servicio público, esta Sala considera que se está ante una actividad prestacional dirigida a satisfacer un derecho humano esencial, cual es el acceso al agua potable y a su saneamiento.

Lo anterior desde la perspectiva del contenido material de la prestación cuya calidad se cuestiona al operador, de tal forma que, se puede afirmar que lo pretendido se puede encauzar hacia un reclamo judicial por la aparente deficiencia en el cumplimiento de los estándares físicos, químicos, microbiológicos y organolépticos que corresponde al servicio público de agua potable y saneamiento, lo cual tiene cabida -de forma especial- en el amplio espectro de pretensiones que son garantizadas judicialmente por los órganos que integran la jurisdicción contencioso administrativa, conforme al principio de universalidad del control jurisdiccional que le es reconocido por el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en ese sentido, esta Sala Constitucional ha afirmado que “(...) *en el pasado el criterio sostenido por esta Sala era asumir la competencia de este tipo de acciones -demandas por intereses difusos o colectivos- con similares características a la que aquí se plantea, en las cuales se perseguía 'calidad de vida' (Vid. sentencias N° 1571 del 22 de agosto de 2001, caso: Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal [ASO-DEVIPRILARA]; N° 2354 del 3 de octubre de 2002, caso: Elecentro); no obstante, y en atención al criterio sostenido por este sentenciador en el presente fallo, resulta oportuno aclarar que toda reclamación por la prestación de un servicio público de contenido general, implica una demanda o acción colectiva (intereses colectivos o difusos); sin embargo, si existe en el ordenamiento jurídico un mecanismo ad hoc, esto es, la acción de reclamo por la prestación de servicios públicos (artículo 259 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), esta será la vía a la cual deberán acudir las personas afectadas por la deficiente prestación del servicio para obtener la satisfacción de sus pretensiones...” (Cfr. Sentencia de esta Sala Constitucional N° 925 del 8 de julio de 2009, caso: “*Jania Josefina Noriega y otros*”)*

Determinada entonces que la pretensión apunta hacia un reclamo derivado por la prestación de un servicio público y no hacia una demanda por tutela de intereses y derechos difusos o colectivos, por la cual se recalifica en este sentido, corresponde a esta Sala entonces definir la competencia para conocer de la presente acción, pues no resulta ésta competente para ello. En tal sentido, debe hacer referencia a su sentencia N° 1.158 del 10 de agosto de 2009, caso: “*Amanda Oropeza y otros*”, la cual, en concordancia con los fallos antes mencionados, señaló que corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa la competencia para conocer de las acciones, cuando se está en presencia de una actividad de servicio público o una actividad de interés general que afecte la prestación de determinado servicio, en los siguientes términos:

*“Al respecto, esta Sala ha establecido que el derecho que tienen todas las personas a disponer de bienes y servicios de calidad, no implica que toda acción dirigida a procurar la satisfacción de los mismos (servicio público o de una actividad de interés general) deba ser tramitada como una acción por intereses colectivos o difusos, ya que afirmar lo contrario, conllevaría a admitir la implícita derogatoria de las reglas de procedimiento de los juicios ordinarios en cuanto a su competencia, así como la derogatoria del artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Vid. Sentencia N° 4993 del 15 de diciembre de 2005, caso: Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico)”*.

Con posterioridad a este criterio, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), en su artículo 146, señala que: “*Toda persona podrá demandar la protección de sus derechos e intereses colectivos o difusos. Salvo lo dispuesto en las leyes especiales (...)*” ley procesal especial que en el presente caso lo es la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en *Gaceta Oficial* el día 22 de junio de 2010, la cual señala entre sus Disposiciones Fundamentales, que están sujetos al control de este orden competencial, “(...) las entidades prestadoras de servicios públicos en su actividad prestacional.” (Artículo 7, numeral 5); y, que tales serán competentes para conocer de “(...) los reclamos por la prestación de los servicios públicos y el restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas por los prestadores de los mismos.” (Artículo 9, numeral 5). De forma específica, la misma Ley Orgánica, señala en el numeral 1 del artículo 26 que la competencia para el control jurisdiccional de esta actividad la ejercen los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que son competentes para conocer: “1. Las demandas que interpongan los usuarios o usuarias o las organizaciones públicas o privadas que los representen, por la prestación de servicios públicos.”.

No obstante el anterior señalamiento, cabe observar que dado que los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no están aún en funcionamiento, debe atenderse a lo establecido en la Disposición Transitoria Sexta, de la ya mencionada Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que establece, con el propósito de tornar operativa la garantía de acceso a la jurisdicción desde la fecha de entrada en vigor del instrumento jurídico mencionado, lo que sigue:

*“Hasta tanto entren en funcionamiento los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conocerán de las competencias atribuidas por esta Ley a dichos tribunales, los Juzgados de Municipio.”*.

De acuerdo a las normas antes transcritas, y dado que la supuesta afectación en la prestación del servicio público se circunscribe al ámbito territorial de la ciudad de Valencia, es competente para conocer de la presente reclamación por prestación del servicio público de suministro de agua potable y de saneamiento, el Juzgado de Municipio que corresponda por distribución en la ciudad de Valencia del Estado Carabobo, con competencia transitoria en materia contencioso administrativa.

Determinado el órgano jurisdiccional competente para tramitar y decidir la anterior pretensión, esta Sala observa que correspondería, conforme al numeral 4 del artículo 150 de la Ley del Tribunal Supremo de Justicia, en el marco del Capítulo III de su Título XI, de las demandas de protección de derechos e intereses colectivos y difusos, inadmitir la demanda: “(...) 4. Cuando la pretensión se pueda satisfacer a través de otras vías o cuando por su naturaleza al conocimiento de la pretensión corresponda al contencioso de los servicios públicos o al contencioso electoral.”.

No obstante la regla antes mencionada, esta Sala Constitucional debe atender a la preeminencia que ha dado en su propio desarrollo jurisprudencial al principio *pro actione*, por el cual “(...) las normas reguladoras de los requisitos procesales deben interpretarse siempre en el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones procesales” (Vid. Sentencias de esta Sala Constitucional Nros. 759 del 20 de julio de 2000, caso: “Elena Barreto Li”; 1.764 del 25 de septiembre de 2001, caso: “Nello José Casadiego Vivas”; 371 del 16 de febrero de 2003; caso: “Ovidio Rondón Boada”; 97 del 2 de marzo de 2005, caso: “Banco Industrial de Venezuela” y 2.229 del 20 de septiembre de 2009, caso: “Pesajes del Puerto C.A.”).

De esta forma, considera la Sala que declarar la inadmisión de la pretensión por la incompetencia del tribunal niega el principio *pro actione* y restringe el derecho de acceso a la jurisdicción que postula el artículo 26 constitucional de los demandantes en la presente causa, en consecuencia, lo conducente en el presente caso es reconducir la calificación jurídica de la pretensión y, en función de ello, remitir los autos al tribunal competente para su tramitación y ulterior decisión de la forma que se establece en la parte *in fine* del artículo 353 del Código de Procedimiento Civil, norma tomada por su carácter supletorio, en aplicación del artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), y así se decide.

Como consecuencia de la incompetencia antes declarada, esta Sala se abstiene de emitir pronunciamiento alguno respecto de la pretensión cautelar deducida por los demandantes. Así se declara.

Finalmente, se advierte a la instancia que esta Sala Constitucional conoce por notoriedad judicial, en razón de su propia función jurisdiccional, que, como se señaló precedentemente, se ejerció una demanda, que cuenta con la legitimación de algunos de los actores de esta misma causa y cuyo título (*causa petendi*) se apoya en las mismas circunstancias relacionadas con la prestación del servicio público de agua potable y de saneamiento en el Área Metropolitana de la Ciudad de Valencia, Estado Carabobo, la cual también fue declinada al Juzgado de Municipio competente de esa Circunscripción Judicial, como se desprende de la sentencia N° 1.007 del 28 de junio de 2011, caso: “Roberto León Parilli y otros”, con ocasión de una demanda planteada contra el Estado venezolano, representado en el Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, en Hidrológica de Venezuela C.A. (HIDROVEN) y en su filial Hidrológica del Centro C.A. (HIDROCENTRO), razón por la cual deberá evaluar la aplicación de la institución procesal de la acumulación, de ser el caso, a los fines de evitar fallos contradictorios que afecten la regularidad y calidad del servicio público que se cuestiona ante la jurisdicción.

### 3. *El Contencioso Administrativo Agrario*

**TSJ-SC (635)**

**30-5-2013**

Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Samuel Rodríguez Rodríguez y Celina de Jesús Gómez vs. Santiago Barberi, Víctor Manuel Miranda y Carlos Manuel Prieto.

**La Sala Constitucional reinterpreta con carácter constitucionalizante el contenido de los artículos 175, 196 228 y 229 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, señalando que es obligatorio la fundamentación de la apelación en los procedimientos agrarios, debiendo el juez de la primera instancia, proceder a inadmitirla o negarla, en caso que ésta se formule de forma genérica. Asimismo, la Sala determina que se deberá declarar desistido el recurso de apelación propuesto, en caso de no comparecencia de la parte apelante a la audiencia oral de informes, esto, siempre que previamente haya efectuado un prolijo análisis del asunto que le haya permitido determinar la no existencia de violaciones al orden público en la sentencia recurrida, que le imponga el deber del conocimiento oficioso de la apelación.**

....Solicitó la parte actora a esta Sala Constitucional el ejercicio de la facultad de revisión concedida por el cardinal 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con respecto a la sentencia dictada el 15 de octubre de 2009, por el Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Distrito Metropolitano y de los Estados Miranda, Vargas, Guárico y Amazonas, mediante la cual declaró desistida la apelación ejercida contra la decisión dictada el 25 de junio de 2009, por el Juzgado de Primera Instancia del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, que declaró con lugar la querrela interdictal restitutoria ejercida por los ciudadanos Samuel Rodríguez Rodríguez y Celina de Jesús Gómez, contra los ciudadanos Santiago Barberi, Víctor Manuel Miranda y Carlos Manuel Prieto.

Así pues, la parte actora solicitó la presente revisión constitucional con fundamento en que *“(...) la sentencia (...) contiene una decisión evidentemente inconstitucional y contraria a derecho que pretendió basarse en un criterio jurisprudencial que la Sala de Casación Social, precisamente por garantizar los derechos al debido proceso y a la defensa consagrados en nuestra Constitución, había abandonado en fecha anterior”*.

Al respecto, la sentencia N° 93 del 6 de febrero de 2001 (caso: “Corpoturismo”), señaló que la facultad de revisión es *“(...) una potestad estrictamente excepcional, extraordinaria y discrecional (...)”*, por ello *“(...) en lo que respecta a la admisibilidad de tales solicitudes de revisión extraordinaria esta Sala posee una potestad discrecional de admitir o no admitir el recurso cuando así lo considere”*, así *“(...) la Sala puede en cualquier caso desestimar la revisión ‘(...) sin motivación alguna, cuando en su criterio, constate que la decisión que ha de revisarse, en nada contribuya a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales’ (...)”*.

En este sentido, la discrecionalidad que se le atribuye a la facultad de revisión constitucional, no debe entenderse como una nueva instancia y, por lo tanto, la solicitud en cuestión se admitirá sólo a los fines de preservar la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales o cuando exista una deliberada violación de preceptos de ese rango, así como cuando se contraríen los criterios vinculantes de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal, lo que será determinado por la Sala en cada caso, siendo siempre facultativo de esta su procedencia. En el caso *sub iudice*, el peticionario persigue la revisión del acto decisorio del Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Distrito Metropolitana de Caracas y de los Estados Miranda y Vargas, a que se ha hecho referencia, tomando como argumento principal el “abandono de criterio” de la Sala de Casación Social en su Sala Especial Agraria, en cuanto a la comparecencia de la parte apelante en la audiencia oral de informes.

Con respecto a esta situación jurídica, la Sala de Casación Social en su Sala Especial Agraria de este Tribunal ha establecido lo siguiente:

En sentencia 11/2006, relativa al criterio sobre el desistimiento en las apelaciones que conoce este alto Tribunal, ejercidas en los recursos contenciosos administrativos agrarios, se estableció lo siguiente:

*“En el contexto del procedimiento contencioso administrativo especial agrario, el artículo 186 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario dispone: **La apelación deberá contener las razones de hecho y de derecho en que se funde.***

***La norma cuya reproducción antecede, obliga a la parte apelante a ejercer el recurso en cuestión, explicando cuáles son los motivos fácticos y jurídicos por los cuales considera que el fallo apelado debe ser anulado.** Ahora bien, (...) el artículo 188 del mencionado texto normativo señala: Vencido el último de los términos señalados en el artículo anterior, empezará a computarse un lapso de diez (10) días hábiles para que tenga lugar la audiencia oral para los informes. Conforme al artículo previamente transcrito, esta Sala fija una fecha específica para que las partes, en especial la apelante, concurra para tenga lugar la celebración de una audiencia oral en la que se presenten los respectivos informes relacionados con el recurso en cuestión (...). Si bien es cierto que la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario no estableció la obligatoriedad que tienen las partes, en especial el apelante, de acudir a dicha audiencia oral, **es imprescindible señalar que la misma debe adquirir tal carácter sustentado en los principios que rigen el procedimiento agrario; entre los cuales, la oralidad e inmediatez, son básicos para la consecución y materialización de una verdadera justicia social. Más aún, al comparecer a la audiencia se demuestra un interés real y verdadero en la solución de la litis; la no comparecencia de la parte apelante a la audiencia de informes, impide tanto a los Magistrados de esta Sala, así como a los justiciables, la proposición de métodos alternos de resolución de conflictos, que procuren beneficios para las partes y para el mismo sistema de administración de justicia.** (...) En consecuencia, y conforme a lo expuesto previamente, se considerará como **desistido** el recurso de apelación propuesto, cuando la parte apelante no concurra a la audiencia oral de informes establecida en el artículo 188 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario. Así se establece”* (Negrillas de esta Sala).

De acuerdo al criterio parcialmente expuesto, se observa como la Sala de Casación Social en su Sala Especial Agraria, plantea el caso de las apelaciones sin fundamentación jurídica, conjuntamente con la no comparecencia de la parte a la audiencia oral de informes, teniendo esto como consecuencia un desinterés en las resultas del juicio, obteniendo la parte un desistimiento de la apelación.

Posteriormente la Sala de Casación Social en su Sala Especial Agraria, mediante sentencia N° 1528 de fecha 15 de octubre de 2009, estableció lo siguiente:

*“Ahora bien, es preciso indicar que el referido criterio jurisprudencial, evidenciado en sentencias N° 2141 del 15 de diciembre del año 2008, N° 119 y N° 124 del 10 de febrero del año 2009, entre otras, se ampara en la aplicación de principios procesales destinados a la consecución de medios alternos de resolución de conflictos, en procura de una verdadera justicia social, así como también se sustenta en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la cual contiene la normativa aplicable en este alto Tribunal, por lo que el Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y de los estados Miranda, Vargas, Guárico y Amazonas, no debió aplicar tal criterio al tratarse en presente caso de un procedimiento ordinario agrario. Lo anteriormente indicado, estriba en las distintas diferencias que existen entre un procedimiento y otro, principalmente en que la segunda instancia, en el contencioso administrativo agrario, compete a esta Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social de este máximo Tribunal, la cual se erige como un tribunal colegiado que dirimirá sobre el recurso de apelación que se ha propuesto en el tribunal de la causa, siendo menester señalarle al sentenciador que dictó la recurrida,*

*que al estar constituida esta Sala por varios Magistrados integrantes de la cúspide del poder judicial venezolano, sería arduo -amén del retraso que puede causar para decidir otras controversias- reunirlos a todos, antes de la audiencia oral, para plantearle métodos alternos de resolución de conflictos, es por ello, la necesidad de que comparezca el apelante a dicho acto procesal.”*

Ahora bien, se observa en el presente caso, el cambio de criterio de la Sala de Casación Social en su Sala Especial Agraria, específicamente en cuanto a la comparecencia de la parte apelante a la audiencia oral de informes en el procedimiento contencioso administrativo agrario.

En este mismo orden de ideas, se observa que la sentencia objeto de la presente revisión estableció lo siguiente:

*“Igualmente, y en atención que de las actas que conforman el presente expediente no se evidencia de forma alguna que, la querrelada apelante haya fundamentado su apelación tal como fue expresado (...), ni que, en la presente incidencia la misma parte, haya promovido prueba alguna para fundamentar su apelación, aunado a que no compareció a la audiencia de informes, lo cual demuestra evidentemente un desinterés en las results que recaiga sobre la apelación formulada. Motivo por el cual este sentenciador declara desistida la apelación interpuesta”. (Subrayado y negrillas del texto).*

Dicho lo anterior, determina esta Sala Constitucional que en el caso *sub iudice*, el entonces Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Distrito Metropolitano y de los Estados Miranda, Vargas, Guárico y Amazonas, declaró desistida la apelación ejercida contra la sentencia definitiva dictada el 25 de junio de 2009, por el Juzgado de Primera Instancia del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, que declaró con lugar la querrela interdictal restitutoria (acción posesoria) ejercida por los ciudadanos Samuel Rodríguez Rodríguez y Celina de Jesús Gómez, contra los ciudadanos Santiago Barberi, Víctor Manuel Miranda y Carlos Manuel Prieto, motivado a la no fundamentación de la apelación por parte de los apelantes, la no promoción de pruebas por parte de éstos y su no comparecencia a la audiencia oral de informes, por lo que la situación controvertida tiene como marco jurídico en el procedimiento ordinario agrario, previsto en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

Efectivamente, la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, en el Capítulo referido a los procedimientos contenciosos administrativos agrarios y de las demandas contra los entes estatales agrarios, dispone en su artículo 175 lo siguiente:

*“La apelación deberá contener las razones de hecho y de derecho en que se funde”.*

Por otra parte, la referida Ley especial, en el marco del procedimiento ordinario agrario, establece en su artículo 228 en cuanto al régimen aplicable a las apelaciones lo siguiente:

*“La sentencia definitiva es apelable en ambos efectos, dentro de un lapso de cinco días de despacho, computados a partir del día siguiente de la publicación del fallo o de las notificación de las partes si el mismo hubiere sido publicado fuera del lapso establecido en el artículo anterior.*

*En el procedimiento oral las sentencias interlocutorias son inapelables, salvo disposición especial en contrario.”*

Observa esta Sala Constitucional, que el legislador no estableció la exigencia de la fundamentación de la apelación para las causas dirimidas a través del procedimiento ordinario agrario, como efectivamente lo hiciera para el contencioso administrativo agrario en el artículo 175 *ut-supra* citado, sin embargo en el caso de marras, el solicitante de la revisión, realizó una apelación de manera genérica o sin fundamento jurídico alguno, es decir, no expuso las

razones de hecho y de derecho que sustentaran la misma, aunado al hecho cierto que no promovió prueba alguna, y por último tampoco compareció a la audiencia oral de informes, lo cual, como lo sostuviera el Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Distrito Metropolitano de Caracas y de los Estados Miranda y Vargas en la recurrida, demuestra una falta absoluta de interés en las resultas del procedimiento, por lo que mal podría pretender que por vía de revisión constitucional, darle continuidad jurídica a una apelación que no fundamentó.

Por lo que en el presente caso, no se dan los supuestos necesarios para que proceda la revisión solicitada, ya que no se considera que existan “*errores grotescos*” de interpretación de normas constitucionales ni se evidencia que con el mismo se desconozca algún criterio interpretativo de normas constitucionales, que haya sido asentado por esta Sala Constitucional, es decir, no puede señalarse que el referido Juzgado incurrió en el presente caso en una interpretación contraria a algún criterio jurisprudencial previamente establecido por esta Sala, sino que lo que se aprecia es la disconformidad del quejoso con la sentencia de autos que le fuera adversa, lo cual no es suficiente para que proceda el mecanismo extraordinario de la revisión constitucional.

Como consecuencia de lo anterior, esta Sala Constitucional, decide no hacer uso de tal potestad, toda vez que tal como se apuntó, no contribuye de forma alguna a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales, por lo que, en consecuencia, declara no ha lugar la presente solicitud de revisión. Así se declara.

No obstante a lo decidido, considera esta Sala Constitucional que sobre el caso *sub iudice*, resulta necesario formular algunas consideraciones de orden jurisprudencial y doctrinario a los fines de determinar el procedimiento atinente y aplicable a seguir en el supuesto de la no fundamentación de la apelación, así como la no asistencia de la parte apelante a la audiencia oral de informes tanto para el caso del procedimiento ordinario agrario como del contencioso administrativo agrario, todo en aras de la uniformidad de la jurisprudencia sobre los criterios a seguir por los tribunales pertenecientes a la competencia agraria de nuestro país.

Como es sabido, el recurso de apelación está concebido como un recurso de carácter ordinario, que busca un pronunciamiento de un tribunal de alzada (juez *ad-quem*), para que revoque, modifique o anule una determinada resolución judicial.

En principio, la regla general de las normas procesales ha sido que la apelación no debe fundamentarse, de manera que la expresión de los agravios y la sustentación del recurso se pueden realizar por separado ante la instancia superior que conocerá del mismo.

Sin embargo, muchas de las leyes procesales de la República, como la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Código Orgánico Procesal Penal y la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario para el contencioso administrativo, han establecido la obligatoriedad de la fundamentación de la apelación de sentencias, pretendiendo del apelante, que éste delimite los motivos de impugnación que desea formular contra el fallo recurrido, lo cual delimitará la controversia en la segunda instancia, a los fines de que el juez *ad-quem*, en caso de resultar procedente, corrija o enmiende los vicios o irregularidades que se imputan a la decisión.

Ahora bien, en el caso del procedimiento ordinario agrario, como lo indicábamos en líneas precedentes, tal exigencia no fue establecida de manera expresa por el legislador, sin embargo esta Sala Constitucional determina que la parte que ejerce un recurso de apelación debe fundamentar el mismo en la oportunidad en que interponga dicho mecanismo de defensa ante el tribunal que dictó el fallo cuyos efectos se procuran revertir, ya que, como se ha

visto en la práctica, hacerlo de manera verbal ante el juez *ad-quem*, directamente en la audiencia oral de informes, pudiera implicar un desequilibrio procesal entre las partes que han acudido a la sede agraria para dirimir un conflicto con motivo a las actividades agrarias, al no poder conocer una de estas, previo a la audiencia oral de informes, cuáles son los argumentos en que la otra sustentará el recurso ejercido.

Debemos recordar que el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, relativo al derecho a la defensa y al debido proceso, se constituye como un derecho complejo que encierra dentro de sí un conjunto de garantías diversas para el justiciable, que resultan aplicables a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

En este orden de ideas, el derecho a la defensa tiene dentro de sus pilares fundamentales el derecho a que el justiciable pueda acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa, por lo que no permitirle conocer oportunamente los motivos de hecho y de derecho en que se funde la apelación, crearía un desequilibrio procesal en perjuicio de una de las partes, al no poder conocer esta, con el suficiente tiempo antes de la celebración de la audiencia oral de informes, cuáles son los argumentos en que la otra sustentará el recurso ejercido, impidiéndole de esta manera ejercer adecuadamente el ejercicio pleno de su derecho a la defensa, y vulnerando los principios consagrados en los artículos 26 y 257 de nuestra Ley Fundamental, situación que debe ser corregida por esta Sala Constitucional en su diaria labor tuitiva de la Constitución.

Dicho lo anterior, es importante traer a colación sentencia N° 2283 dictada por esta Sala, en fecha 18 de diciembre de 2007 caso: “Agropecuaria El Carmen”, donde se realizó una interpretación constitucionalizante en la casación agrario donde se estableció:

*En atención a lo expuesto, si bien el principio procesal -pro actione- no tiene un igual grado de intensidad en el derecho de los recursos, existe una obligación constitucional para todos los jueces de interpretar las normas de la manera más progresiva posible para poder permitir el acceso a la justicia en todas sus instancias, en consecuencia, dicho principio interpretativo, el cual resulta cónsono con el principio de supremacía constitucional –ex artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-, deben guiar la actividad de los órganos jurisdiccionales nacionales, ya que si bien es cierto que el relajamiento absoluto de los presupuestos procesales por la contrariedad con el libre acceso a los órganos jurisdiccionales podría desembocar en una situación de anarquía recursiva y en un posterior colapso de los órganos judiciales, no es menos cierto que éstos deben atender a la proporcionalidad y razonabilidad de ciertos presupuestos procesales, ya que algunos de ellos lucen como atentatorios al derecho a la tutela judicial efectiva. Así pues, los presupuestos legales de acceso al proceso o a los recursos deben interpretarse de forma que resulten favorables a la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial, lo cual se traduce en la búsqueda de la finalidad del presupuesto legal de acceso por encima del estricto acatamiento de la mera formalidad procesal. Valorados los elementos interpretativos y normas que rigen el caso concreto, esta Sala estima que la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia incurrió en el fallo objeto de la presente revisión constitucional en una interpretación inconstitucional, la cual no sólo se da cuando el juez ordinario aplica una ley inconstitucional y no procede a su desaplicación, disponiendo de los medios utilizables para ello mediante la desaplicación de la norma por control difuso de la constitucionalidad y en respeto y garantía del principio de supremacía constitucional, sino también cuando su decisión infringe los derechos garantizados en la Constitución por cualquier otra causa (desconociéndolos en su totalidad, haciéndolos nugatorios de su ejercicio o menoscabando el desarrollo de los mismos, de manera tal en su esencia que queden desprovistos de toda operatividad), habiendo la referida Sala incurrido como previamente se ha expresado en el segundo de los supuestos mencionados (Vid. RUBIO LLORENTE, Francisco; “¿Divide et obtempera?. Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de protección en los Derechos”, REDC 67/2003, pp. 49-67). En efecto, el juez al momento de*

*interpretar normas que restrinjan derechos constitucionales debe ser cauteloso y precavido en su actuar, por cuanto éste debe tratar de lograr la interpretación más acorde con la norma superior, en este caso, con la norma constitucional, en aras de resguardar el principio de supremacía de las normas constitucionales, por lo que no debe convertirse el juez en un mero subsumidor de hechos en la norma y menos aun cuando éstas no se encuentran consagradas de manera expresa, sino que debe el mismo, propender por la validez y adecuación del derecho en protección de la tutela judicial de los justiciables. De ello resulta pues, que en orden a lograr la debida proporcionalidad que debe observarse entre el requisito exigido y la consecuencia jurídica aplicable, es que los órganos judiciales deben propender a establecer un criterio restrictivo en el ámbito de la inadmisibilidad y, en consecuencia, favorable al enjuiciamiento del fondo del asunto, en aras de proveerle un valor de relevancia al derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los órganos del Estado. En consecuencia, debió la referida Sala en el caso de marras, así como en otros, conforme al criterio expuesto por la mencionada Sala Especial Agraria en fallo N° 531/2002, no sólo verificar que ciertamente el Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Distrito Metropolitano de Caracas y de los Estados Miranda, Vargas, Guárico y Amazonas, se haya pronunciado sobre el argumento expuesto por la parte demandada en cuanto a la aplicación del procedimiento ordinario en segunda instancia para los juicios de ejecución de hipoteca y no el procedimiento establecido en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 4.595/2005-, y pasar a verificar la procedencia del mismo, ya que tal silencio vulneró los derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva (Vid. Sentencias de esta Sala Nros. 1.340/2002, 2.036/2002 y 3.711/2005, entre otras); sino considerar a el fin de conocer el fondo del asunto planteado en las denuncias contenidas en el recurso de casación, que la disconformidad relativa a condenatoria en costas entre la decisión del Juzgado de Primera Instancia Agrario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y el mencionado Juzgado Superior Primero Agrario, resultaba suficiente para el conocimiento del fondo del asunto, todo ello en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva en los términos antes expuestos. Ahora bien, la Sala advierte que si bien no puede aplicar retroactivamente el criterio vinculante contenido en el fallo N° 2.089/07, en aras de tutelar los principios de seguridad jurídica y confianza legítima -atendiendo a la determinación de sus efectos dispuesta en la referida decisión, la cual estableció que “(...) **reinterpreta por interés constitucional con carácter vinculante el artículo 244 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, a partir del presente fallo, en cuanto a la eliminación del requisito de disconformidad de los fallos obtenidos en la instancia para poder ejercer el recurso de casación (...)**” y que “(...) sólo se aplicará este criterio a las nuevas demandas que se inicien con posterioridad a la publicación del presente fallo y para las causas que se encuentren en trámite siempre que el tribunal correspondiente aún no hubiere emitido pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso de casación para la fecha de la publicación de la presente decisión (...)”-lo cierto es que la referida sentencia viola normas constitucionales que tienen incidencia en la preservación de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa, alterando incluso, la igualdad procesal de las partes al no analizar, criticar y valorar sus alegatos; o igualmente viola normas donde está interesado el interés público, especialmente, el de protección del destinatario o beneficiario del texto legal aplicable...’; la Sala podría declarar la admisibilidad del recurso de casación anunciado (...)” y, de esta Sala, en relación a la interrelación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la constitucionalidad de los presupuestos procesales -Vid. Sentencia de esta Sala N° 5.043/2005-. En consecuencia, debe concluir esta Sala que el juez de casación en el fallo objeto de revisión constitucional obvió el respeto y garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...).” (Cursivas, negrillas y Subrayado de la Sala).*

Así pues, considera esta Sala Constitucional necesario establecer con carácter constitucionalizante, en aras de salvaguardar el derecho a la defensa y el debido proceso, previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el contenido de los artículos 175, 228 y 229 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, por lo que deberá entenderse como de obligatorio cumplimiento la fundamentación de la apelación, como me-

dio de gravamen de las sentencias interlocutorias y definitivas dictadas en el marco del procedimiento contencioso administrativo agrario y de las demandas patrimoniales contra los entes agrarios, así como contra aquellas proferidas en el marco del procedimiento ordinario agrario, incluyendo las relativas a las medidas cautelares agrarias establecidas en el artículo 196 *eiusdem*, debiendo el juez de la primera instancia, **proceder a inadmitirla o negarla**, en caso que ésta se formule de forma genérica, es decir, sin las formalidades técnico-procesales como lo son la debida exposición de las razones de hecho y derecho en que se funde.

Otro de los aspectos que resulta importante analizar, es el relativo a la no comparecencia de la parte apelante a la audiencia oral de informes, por cuanto la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario en principio no establece sanción alguna para las partes que no asistan a la misma, en especial el apelante que ha fundamentado debidamente su apelación, por lo que en principio pudiese existir un vacío legal ante esta situación jurídica.

En este caso, es necesario traer a colación los principios rectores del Derecho Procesal Agrario venezolano, entendidos éstos como los principios generales que rigen los procedimientos en esta materia especial, específicamente los referidos a la oralidad, intermediación y el carácter social del proceso agrario, los cuales son de una importancia cardinal para la consecución y materialización de una verdadera justicia social.

En ese sentido, los procedimientos jurisdiccionales agrarios, no obstante estar basados en un sistema mixto o semi-oral, necesariamente están llamados a propiciar el contacto directo con los elementos subjetivos y objetivos que conforman el proceso, en especial entre el juez y las partes, lo cual se verifica con la inmediatez en la obtención de las pruebas, y en especial la celebración de la audiencia oral de informes, como máxima expresión del proceso oral.

Al respecto, el artículo aludido 229 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, relativo al procedimiento a seguir en segunda instancia, establece que:

*“Oída la apelación, al ser recibidos los autos, el Juzgado Superior Agrario les dará entrada y fijará un lapso de ocho (8) días de despacho para promover y evacuar las pruebas permitidas en segunda instancia. El Juzgado podrá instruir las que crea conveniente. En la alzada podrán producirse las pruebas de instrumentos públicos, posiciones juradas y el juramento decisorio. Precluido el lapso probatorio, se fijará una audiencia oral, la cual se verificará al tercer día de despacho siguiente a la preclusión del lapso anterior, en la cual se evacuarán las pruebas y se oirán los informes de las partes. Verificada esta audiencia, se dictará sentencia en audiencia oral dentro de los tres días de despacho siguientes a la preclusión de la misma. El juez o jueza deberá extender la publicación del fallo en el expediente, dentro de los diez días continuos siguientes al proferimiento oral de la sentencia.”*

Como se colige de la citada norma especial, la audiencia oral de informes resulta el acto procesal de mayor importancia con que cuenta la doble instancia agraria en las causas dirimidas por el procedimiento ordinario agrario, donde los principios citados de oralidad, intermediación y concentración se armonizan entre sí para permitirle al juez evacuar directamente las pruebas promovidas y escuchar los informes del apelante que busca enervar los efectos de la recurrida, para luego proceder a dictar una sentencia sobre la base de los resultados de un enriquecedor debate oral. Por lo que la no participación activa en especial de la parte apelante en la referida audiencia oral y pública desdibuja el sentido que pretendió otorgarle el legislador.

Sobre la obligatoriedad de comparecer a las audiencias, esta Sala Constitucional, considera necesario traer a colación lo previsto en el Capítulo V, del Procedimiento de Segunda Instancia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, artículo 164 que establece:

*“En el día y hora señalados por el Tribunal Superior del Trabajo para la realización de la audiencia, se producirá la vista de la causa bajo la suprema y personal dirección del Tribunal. En el supuesto que no compareciere a dicha audiencia la parte apelante, **se declarará desistida la apelación** y el expediente será remitido al Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución correspondiente”.*

En este orden de ideas, y tal y como lo indica la normativa de Derecho laboral *supra* citada, tenemos, que la no comparecencia de la parte apelante a la audiencia oral de informes, no obstante haber fundamentado debidamente su recurso, demuestra un desinterés real y verdadero en la solución de la litis; impidiendo una correcta valoración de la causa en la justa aplicación de los principios rectores del derecho agrario venezolano, así como también, le dificultan al juez plantear la posibilidad de métodos alternos de resolución de conflictos, que procuren beneficios para las partes, ya que sería irresponsable de la parte quien ejerce el referido recurso, activar al sistema de Administración de Justicia para después, demostrar su desinterés en las resultas de caso y abandonar el proceso.

Conforme a lo anteriormente expuesto, esta Sala Constitucional determina que se deberá **declarar desistido el recurso de apelación**, en caso de no comparecencia de la parte apelante a la audiencia oral de informes, esto, siempre que previamente haya efectuado una prolijo análisis del asunto que le haya permitido determinar la no existencia de violaciones al orden público en la sentencia recurrida, que le imponga el deber del conocimiento oficioso de la apelación. Conforme a los principios establecidos en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil. Así se establece.

Ahora bien, a los fines de fijar la aplicación en el tiempo de la interpretación efectuada en el presente fallo a los artículos 175, 228 y 229 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario y las consecuencias procesales que de ésta se deriva, esta Sala Constitucional debe ponderar la incidencia respecto a los juicios existentes y finalizados en aplicación de un criterio de la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.

En tal sentido, los principios constitucionales (justicia formal) enuncian un conjunto de derechos y garantías, en los cuales el proceso judicial se caracteriza por su instrumentalidad ya que el fin primordial de éste, es garantizar que *“las decisiones que se dicten a los efectos de resolver las controversias entre las partes no sólo estén fundadas en el Derecho, en atención a lo alegado y probado en autos, sino también en criterios de justicia y razonabilidad que aseguren la tutela efectiva de quien haya demostrado su legítima pretensión en el asunto a resolver”* -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 692/2005-.

Desde tal perspectiva, deviene en una verdadera obligación del Poder Judicial la búsqueda de medios para propender a armonizar en el marco de un debido proceso, los distintos componentes que conforman la sociedad, a los fines de lograr un justo equilibrio entre los intereses que se debaten en un caso -artículos 253, 254, 256 y 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-. El medio para lograr esa inevitable armonización de la sociedad, debe ser el resultado ineludible de una interpretación de la Constitución que responda a las necesidades de la sociedad en un momento determinado, tomando en cuenta el impacto y alcance de las decisiones que se asuman.

Así, no se concibe una efectiva tutela judicial sin la posibilidad del intérprete de la Constitución, de actuar con pleno conocimiento de la realidad social y una amplia facultad de elección en materia de hermenéutica jurídica, ya que la protección efectiva de los derechos fundamentales, no son únicamente el resultado de una interpretación amplia y liberal de su contenido, sino la respuesta a las necesidades inmediatas y futuras que plantea la sociedad en su devenir -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 692/2005-.

Ahora bien, al ser la Constitución una estructura normativa necesariamente coherente y vinculante, ninguna disposición constitucional debe ser interpretada de forma aislada o con independencia al régimen jurídico estatutario y general, ya que la abstracción o el aislamiento de una norma, puede alterar el equilibrio del sistema normativo, desdibujando su contenido y generando contradicciones con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico -vgr. Igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima, entre otros- y, en consecuencia, en la obtención del bien común general.

En atención a lo expuesto, si bien el principio procesal *-pro actione-* no tiene un igual grado de intensidad en el derecho de los recursos, existe una obligación constitucional para todos los jueces de interpretar las normas de la manera más progresiva posible para poder permitir el acceso a la justicia en todas sus instancias, en consecuencia, dicho principio interpretativo, el cual resulta cónsono con el principio de supremacía constitucional *-ex artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-*, deben guiar la actividad de los órganos jurisdiccionales nacionales, ya que si bien es cierto que el relajamiento absoluto de los presupuestos procesales por la contrariedad con el libre acceso a los órganos jurisdiccionales podría desembocar en una situación de anarquía recursiva y en un posterior colapso de los órganos judiciales, no es menos cierto que éstos deben atender a la proporcionalidad y razonabilidad de ciertos presupuestos procesales, ya que algunos de ellos lucen como atentatorios al derecho a la tutela judicial efectiva.

Así pues, los presupuestos legales de acceso al proceso o a los recursos deben interpretarse de forma que resulten favorables a la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial, lo cual se traduce en la búsqueda de la finalidad del presupuesto legal de acceso por encima del estricto acatamiento de la mera formalidad procesal.

Por ello, la labor del Poder Judicial consiste fundamentalmente en mantener abierta la posibilidad de que en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidos los órganos del Poder Público, deben cumplir con sus objetivos y tomar las decisiones pertinentes en la consecución de los fines del Estado, y una vez que hayan actuado o decidido, según sea el caso, controlar conforme a la competencia que la Constitución le atribuye, la correspondencia de dichas actuaciones con la norma fundamental.

Así, en el marco del Estado Social Democrático de Derecho y Justicia consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, deben darse decisiones judiciales justas aun cuando desde una perspectiva estrictamente normativa y formal ello sea imposible, en la medida que en el marco de la tutela de los derechos fundamentales y conforme al principio de racionalidad del ordenamiento jurídico, es ineludible la obligación que tiene el derecho como sistema de normas de ser un instrumento para el bien común.

En este concepto se inserta la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que en sus decisiones, esta Sala debe tener en cuenta que el derecho aplicable *“se compone de esencias que se articulan entre sí, prefiguran la mejor solución para cualquier conflicto, realizan en cada caso del modo mejor la justicia y el bien y subsisten aun contra la voluntad del legislador legítimo, el entendimiento de los ciudadanos (...) y hasta las determinaciones históricas y sociales” -Cfr. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO. Interpretar, Argumentar, Decidir, en Anuario de Derecho Penal, monográfico sobre Interpretación y Aplicación de la Ley Penal, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo (Suiza), Perú, 2005. p. 32-73-*

Así, esta Sala incluso en supuestos en los que la norma plantea una solución que no se corresponda con la esencia axiológica del régimen estatutario aplicable, ha considerado que la interpretación contraria a la disposición normativa será la correcta, en la medida que es la

exigida por el Derecho Constitucional, en su verdadera y más estricta esencia -Vid. Sentencias de la Sala Nros. 1.488/2006, 2.413/2006, 1.974/2007, 5.379/2007, 700/2008, 49/2009 y 53/2009-.

En resumen, considera esta Sala Constitucional necesario reinterpretar con carácter constitucionalizante, en aras de salvaguardar el derecho a la defensa y el debido proceso, establecido en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el contenido de los artículos 175, 228 y 229 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, por lo que deberá entenderse como de obligatorio cumplimiento la fundamentación de la apelación, como medio de gravamen de las sentencias interlocutorias y definitivas dictadas en el marco del procedimiento contencioso administrativo agrario y de las demandas patrimoniales contra los entes agrarios, así como contra aquellas proferidas en el marco del procedimiento ordinario agrario, incluyendo las relativas a las medidas cautelares agrarias establecidas en el artículo 196 *eiusdem*, debiendo el juez de la primera instancia, **proceder a inadmitirla o negarla**, en caso que ésta se formule de forma genérica, es decir, sin las formalidades técnico-procesales como lo son la debida exposición de las razones de hecho y derecho en que se funde. De igual manera, esta Sala Constitucional determina que se deberá **declarar desistido el recurso de apelación propuesto**, en caso de no comparecencia de la parte apelante a la audiencia oral de informes, esto, siempre que previamente haya efectuado un prolijo análisis del asunto que le haya permitido determinar la no existencia de violaciones al orden público en la sentencia recurrida, que le imponga el deber del conocimiento oficioso de la apelación. Y así se establece. Finalmente, esta Sala considera inoficioso pronunciarse en cuanto a la medida cautelar solicitada. Y así se establece.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, esta Sala a los fines de garantizar los principios jurídicos fundamentales como el de igualdad, confianza legítima y seguridad jurídica que debe procurarse en todo Estado de Derecho, y dado que como consecuencia de la presente revisión y de la fijación de un criterio con carácter vinculante establecido en el presente fallo, se generaría -en caso de establecerse con carácter retroactivo el contenido de la presente decisión- una grave alteración del conjunto de situaciones, derechos y expectativas nacidas del régimen en vigor para el momento en que se produjeron los hechos e incluso un caos procesal en todo el sistema jurisdiccional agrario, en el presente caso se fija la aplicación en el tiempo de la interpretación sobre el aspecto y cargas procesales *supra* señalado en el presente fallo con carácter *ex nunc*, resultando aplicables a las apelaciones formuladas con posterioridad a partir de la publicación de la presente sentencia, de igual manera, se ordena la publicación en la Gaceta Judicial. Así se declara.

Finalmente, visto el contenido de este fallo se ordena su publicación en la Gaceta Judicial y en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, así como su reseña en la página web de este Tribunal. Así se decide.

## V. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

### 1. *Acción de Inconstitucionalidad*

#### A. *Competencia de la Sala Constitucional para conocer de la nulidad de ordenanzas municipales y leyes estatales*

**TSJ-SC (344)**

**16-4-2013**

Magistrada Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Cervecería Polar, C.A. Impugnación de la Ley de Reforma de la Ley de Timbre Fiscal del Estado Aragua

**El criterio acogido por el constituyente y seguido por el legislador para definir las competencias de la Sala Constitucional, atiende a la jerarquía del acto objeto de impugnación respecto de la Carta Magna, esto es, que dicho acto tenga una relación directa con la Constitución que es el cuerpo normativo de más alta jerarquía dentro del ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho contemporáneo.**

Corresponde a esta Sala pronunciarse sobre su competencia para conocer de la presente causa y, a tal efecto, observa:

El caso de autos versa sobre un recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de Reforma de la Ley de Timbre Fiscal del Estado Aragua, sancionada por el Consejo Legislativo del Estado Lara y publicada en la Gaceta Oficial del Estado Lara N° 1.983 del 17 de agosto de 2012.

El artículo 336, cardinal 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece como atribución de la Sala Constitucional, “...[d]eclarar la nulidad total o parcial de las constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República y que colidan con ella”.

En ese mismo sentido, el artículo 25 en su cardinal 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dispone que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia “...[d]eclarar la nulidad total o parcial de las constituciones y **leyes estatales**, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los estados y municipios que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República y que colidan con ella”. (destacado agregado)

De lo anterior se desprende, que el criterio acogido por el constituyente y seguido por el legislador para definir las competencias de la Sala Constitucional, atiende a la jerarquía del acto objeto de impugnación respecto de la Carta Magna, esto es, que dicho acto tenga una relación directa con la Constitución que es el cuerpo normativo de más alta jerarquía dentro del ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho contemporáneo.

En el caso que nos ocupa, observa la Sala que la pretensión principal del recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad es la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Timbre Fiscal del Estado Aragua, motivo por el cual esta Sala, de conformidad con lo expuesto precedentemente, resulta competente para conocer del recurso de nulidad interpuesto; y así se declara.

**TSJ-SC (690)**

**12-6-2013**

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Impugnación de la Ordenanza de Eventos Taurinos del Municipio San Cristóbal

**Las Sala reitera que lo fundamental para la determinación de la competencia, cuando se alega la inconstitucionalidad de una ordenanza, es precisar si la Ordenanza objetada regula de manera primaria alguna de las competencias o de las potestades que la Constitución le otorga a los Municipios en los artículos 178 y 179.**

Corresponde a esta Sala determinar su competencia para conocer del recurso de nulidad ejercido contra los artículos 6, 7, 10, 12, 17, 20, 21, 22, 23, 37, 38, 39, 43, 49, 50 y 250 de la Ordenanza de Eventos Taurinos del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, dictada por el Concejo Municipal de dicho Municipio, y publicada en la *Gaceta Municipal* de esa entidad municipal, N° 156 extraordinario, del 18 de diciembre de 2012, y a tal efecto, observa:

El artículo 336, numeral 2, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece:

*“Artículo 336: Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: (...) 2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella”.*

De igual manera, el artículo 25, numeral 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dispone que es competencia de esta Sala Constitucional:

*“...Declarar la nulidad total o parcial de las constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los estados o municipios que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República y que colidan con ella...”.*

Ahora bien, atendiendo a las normas antes señaladas, resulta claro que la Sala sería competente para declarar la nulidad total o parcial de las ordenanzas municipales, mas es necesario establecer si la naturaleza de la ordenanza objeto del recurso interpuesto, ha sido dictada en ejecución directa e inmediata de la Constitución, o en ejecución indirecta y mediata de dicho Texto Fundamental, puesto que en cada caso variará la competencia para ejercer la ya analizada jurisdicción constitucional.

Así razonó la Sala en su decisión N° 532 del 22 de marzo de 2002, caso: *Bolívar Banco Universal C.A.*, cuando apuntó que “...debe la Sala especificar que la circunstancia de que en algunas Ordenanzas aparezca la alusión a normas legales, como por ejemplo, la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, entre otras, no significa que la misma haya sido, efectivamente, dictada en ejecución directa de la Ley y no de la Constitución, pues lo fundamental para la determinación de la competencia en estos casos, como el de autos, es si –verdaderamente- la Ordenanza objetada regula de manera primaria alguna de las competencias o de las potestades que la Constitución le otorga a los Municipios en los artículos 178 y 179...”

En tal virtud, es del propio texto de la ordenanza recurrida, que debe analizarse su naturaleza, para así determinar la competencia para el conocimiento de la inconstitucionalidad alegada.

Siendo ello así, constata la Sala, sin prejuzgar sobre el fondo del recurso, que la ordenanza tiene por objeto “...establecer las normas para la organización y presentación de eventos taurinos en el Municipio San Cristóbal, ya sea durante la temporada taurina de la Feria Internacional de San Sebastián o los eventos taurinos que se presenten durante el resto del año...” (ex artículo 1 de la Ordenanza impugnada), con lo cual se circunscribe a la materia de espectáculos públicos, en cuanto concierne a los intereses y fines específicos municipales, estando ello dentro de las competencias municipales que el artículo 178, numeral 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela asigna a los municipios, por lo que la ordenanza aquí impugnada ha sido dictada en ejecución directa de dicha disposición constitucional.

En tal sentido, la ordenanza que fue objeto de la demanda de nulidad, al haber sido dictada en ejecución inmediata y directa de la Constitución, está dentro del control concentrado que corresponde a la Sala Constitucional en ejercicio de la jurisdicción en materia constitucional y en consecuencia, esta Sala se declara competente para conocer del presente recurso de nulidad. Así se decide.

B. *Objeto: Leyes derogadas*

**TSJ-SC (624)**

**30-5-2013**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del artículo 171 de la Ordenanza de Impuestos sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios de Índole Similar del Municipio Jesús Enrique Lossada del Estado Zulia.

**El hecho de que la norma se encuentre actualmente derogada, no implica necesariamente la extinción de sus efectos en el tiempo, pues pueden haber actos administrativos que se hayan basado en la misma y cuya validez se encuentre actualmente debatida, con lo cual, el pronunciamiento que se emita sobre su constitucionalidad, en abstracto, incidiría en los eventuales juicios contenciosos que estuvieran pendientes, ya que la nulidad *erga omnes* de la disposición bajo análisis, dejaría a dichos actos administrativos sin fundamento jurídico válido.**

De manera preliminar, esta Sala debe pronunciarse sobre el argumento expuesto tanto por la Síndico Procurador del Municipio Jesús Enrique Lossada del Estado Zulia, como por el Presidente del Concejo Municipal de la referida entidad, sobre la derogatoria de la norma cuya constitucionalidad se analiza y el eventual decaimiento del asunto.

Al respecto, si bien consta en autos que el Municipio Jesús Enrique Lossada del Estado Zulia reformó la Ordenanza de Impuestos sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios de Índole Similar y, dicha reforma, implicó la derogatoria expresa de la Ordenanza del año 2005, en la cual, estaba positivizada la disposición bajo examen, no es menos cierto que, la naturaleza tributaria del artículo cuya constitucionalidad se debate, pudiera seguir presentando ultra actividad como fundamento jurídico de actuaciones de la Administración tributaria municipal sobre la esfera jurídica de los contribuyentes del Municipio.

En efecto, el hecho de que la norma se encuentre actualmente derogada, no implica necesariamente la extinción de sus efectos en el tiempo, pues pueden haber actos administrativos que se hayan basado en la misma y cuya validez se encuentre actualmente debatida, con lo cual, el pronunciamiento que se emita sobre su constitucionalidad, en abstracto, incidiría en los eventuales juicios contenciosos que estuvieran pendientes, ya que la nulidad *erga omnes* de la disposición bajo análisis, dejaría a dichos actos administrativos sin fundamento jurídico válido.

Por tal razón, considera esta Sala que persiste un interés jurídico actual en que se realice un análisis abstracto sobre la constitucionalidad del artículo 171 de la Ordenanza de Impuestos sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios de Índole Similar del Municipio Jesús Enrique Lossada del Estado Zulia, publicada en la *Gaceta Municipal* N° 10 extraordinaria, del 28 de diciembre de 2005. Así se declara.

C. *Declaratoria de mero derecho*

TSJ-SC (690)

12-6-2013

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: José Rafael Román Pernía. Impugnación de la Ordenanza de Eventos Taurinos del Municipio San Cristóbal

**En principio, el demandante no puede solicitar *ab initio* la declaración del asunto como de mero derecho, sino que debe esperar a que las demás partes involucradas en el juicio traben la litis y, expresa o tácitamente, muestren su conformidad con el planteamiento efectuado.**

Respecto de la solicitud de tramitación de la causa como un asunto de mero derecho, cabe destacar que conforme al artículo 140 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, es necesario que ninguna de las partes interesadas promueva pruebas distintas a las documentales para que la tramitación del juicio omita la fijación de audiencia y entre, consecuentemente, en fase de sentencia. Por tanto, bajo el esquema procesal previsto en la señalada Ley para las demandas sujetas a tramitación, no sería posible, en principio, que el demandante solicite *ab initio* la declaración del asunto como de mero derecho, sino que debe esperar a que las demás partes involucradas en el juicio traben la litis y, expresa o tácitamente, muestren su conformidad con el planteamiento efectuado (al respecto, vid. sentencias n.ºs 113/2013, caso: *Contralor Municipal del Municipio Guásimos del estado Táchira*; y 529/2013, caso: *Ángel Ramón Villegas Ramos*). En consecuencia, esta Sala desestima la solicitud propuesta, pues considera indispensable en la presente causa seguir la sustanciación normal del proceso de nulidad, para garantizar el derecho a ser oído de las partes y los terceros interesados. Así se decide.

D. *Acumulación*

TSJ-SC (610)

23-5-2013

Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Cecilia Sosa Gómez. Impugnación de la Ley de Costos y Precios Justos.

**La figura de la acumulación procesal consiste en la unificación, dentro de un mismo expediente, de causas que revisten algún tipo de conexión para que, mediante una sola sentencia éstas sean decididas y, con ello, se eviten decisiones contradictorias que puedan versar sobre un mismo asunto, así como garantizar los principios de economía y no contradicción.**

Finalmente, por notoriedad judicial, conoce esta Sala que cursa bajo el expediente N° 12-0293, la demanda de nulidad por inconstitucionalidad interpuesta por los representantes judiciales del Consejo Nacional de Comercio y los Servicios(CONSECOMERCIO), contra el Decreto N° 8.331 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 39.715, del 18 de julio de 2011, demanda la cual fue admitida mediante sentencia N° 1.666 del 6 de diciembre de 2012.

Al respecto, la Sala observa que la figura de la acumulación procesal consiste en la unificación, dentro de un mismo expediente, de causas que revisten algún tipo de conexión para que, mediante una sola sentencia éstas sean decididas y, con ello, se eviten decisiones contra-

dictorias que puedan versar sobre un mismo asunto, así como garantizar los principios de economía y no contradicción. El primero, consiste en el ahorro de tiempo y de dinero en la obtención de la finalidad del proceso, que es realizar el derecho con el mínimo de gasto y esfuerzo; y el segundo, principio lógico jurídico según el cual dos conductas no pueden estar, en el mismo lugar y tiempo, permitidas y prohibidas, y que en el campo específico de las proposiciones lógicas del derecho procesal, postula que dos sentencias contradictorias pasadas en autoridad de cosa juzgada, no pueden ser válidas en un mismo lugar y tiempo.

Para que proceda la acumulación procesal es necesario que se dé la presencia de dos o más procesos y que exista entre ellos una relación de accesoriidad, conexión o continencia. Se requiere, además, que no se den ninguno de los presupuestos que enumera el artículo 81 del Código de Procedimiento Civil, que prohíben la acumulación de autos o de procesos, a saber: cuando éstos no estuvieren en una misma instancia, cuando se trate de procesos que cursen en tribunales distintos, cuando se trate de asuntos que tengan procedimientos incompatibles, cuando en uno de los procesos que deban acumularse estuviere vencido el lapso de promoción de pruebas y cuando no estuvieren citadas las partes para la contestación de la demanda en ambos procesos. En acatamiento de las normas procesales que rigen la acumulación, las cuales resultan aplicables al procedimiento de nulidad por la remisión expresa contenida en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala observa que en ambas causas se solicitó la nulidad de la Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan.

Sobre la base de lo expuesto, esta Sala advierte que en ambas causas existe plena identidad en cuanto al objeto de la pretensión, ya que el acto cuestionado versa, por una parte contra los artículos 4 numerales 1, 2, 3 y 4; artículos 7, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 31 numerales 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, y 20; artículo 37 último aparte, artículo 43 literales b, c y su último aparte, artículo 44 numerales 1 y 2; y los artículos 45, 46, 47, 60, 61, 62, 63, 64, 73, 78, 81, 82 y 85 del Decreto N° 8.331, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 39.715, del 18 de julio de 2011, y la causa, la cual ya fue admitida por esta Sala, comprende la impugnación de la totalidad del referido texto normativo, por lo que, cumplidos con los supuestos de conexidad a los que se refiere la norma procesal, considera necesaria la acumulación para su tramitación y decisión conjuntas. Así se decide. De ello resulta pues, que precisado lo anterior y visto que la causa contenida en el expediente N° 12-0293, previno en relación con la presente causa, esta Sala en atención a lo previsto en el artículo 51 del Código de Procedimiento Civil y no existiendo supuesto alguno de los contemplados en el artículo 81 *eiusdem* que impida la acumulación, procede a acordar ésta, a fin de evitar sentencias contradictorias y en aras de la celeridad y economía procesal.

En consecuencia, se acumula esta causa (Exp. N° 2011-1281) en el expediente que cursa en esta Sala con el N° 12-0293, por lo que se suspende la tramitación del expediente N° 12-0293, hasta tanto la presente causa se encuentre en el mismo estado, conforme al artículo 79 del Código de Procedimiento Civil, y así se declara (*vid.* Sentencia de esta Sala N° 685/2011).

E. *Medidas Cautelares*

**TSJ-SC (344)**

**16-4-2013**

Magistrada Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Cervecería Polar, C.A. Impugnación de la Ley de Reforma de la Ley de Timbre Fiscal del Estado Aragua

**La Sala Constitucional reitera que la exigencia concurrente de los requisitos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* es consustancial a la naturaleza jurídica de toda medida cautelar, tanto así que si el legislador prescindiera de alguno de tales supuestos, estaría desnaturalizando la esencia misma de las medidas cautelares. Asimismo, reitera que la suspensión de normas constituye una respuesta excepcional del juez frente a violaciones al derecho que no encuentran otra forma idónea de ser atendidas.**

Admitida la pretensión de nulidad, esta Sala observa que la parte recurrente, con basamento en lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, solicitó se dictara medida cautelar para que se suspendieran los efectos de la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Timbre Fiscal del Estado Aragua.

En apoyo a su pretensión cautelar, en referencia al *fumus boni iuris*, sostuvo la recurrente que deriva de las denuncias esgrimidas en el libelo de demanda, en específico de la contradicción de la Ley de Timbre Fiscal del Estado Aragua con los artículos 62, 112, 115, 133, cardinal 7 del artículo 164, cardinal 3 del artículo 167, cardinal 2 del 179 y los artículos 211, 316 y 317 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como del desconocimiento de la jurisprudencia dictada por esta Sala.

En referencia al *periculum in mora*, la recurrente sostiene que “se desprende del eventual pago de un tributo posiblemente inconstitucional, queda demostrado en virtud de la abierta desproporción de las tasas impugnadas. Estos tributos deben forzosamente guardar un razonable y proporcional equilibrio entre su cuantía, el costo y la naturaleza del servicio. De allí que la Ley de Timbre Fiscal del Estado Aragua incurre en un supuesto de confiscatoriedad, en términos muy específicos que han sido reconocidos por la jurisprudencia de [esta] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”. Luego de efectuar un cuadro comparativo de los montos pagados bajo el imperio de las Leyes derogadas y la Ley de Timbre Fiscal del Estado Aragua hoy impugnada, llegan a la suma de Bs. 986.255,00, por concepto de renovación de permisos.

Respecto de la ponderación de intereses, sostuvo la parte recurrente que de acordarse la medida no se empeora la situación de las finanzas del Estado Aragua y que existe una afectación plural por el cobro excesivo de tributos que son abiertamente confiscatorios.

Con el propósito de emitir pronunciamiento sobre tal petición, es menester destacar que los extremos requeridos por el artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, son necesariamente concurrentes junto al especialmente consagrado en el párrafo primero del artículo 588 *eiusdem*, es decir, que debe existir fundado temor de que se causen lesiones graves o de difícil reparación, cuyo origen ha de ser la aplicación de la norma impugnada, de manera tal que, faltando la prueba de cualquiera de estos elementos, el Juez constitucional no podría bajo ningún aspecto decretar la medida preventiva, pues estando vinculada la controversia planteada en sede constitucional con materias de Derecho Público, donde puedan estar en juego intereses generales, el Juez debe además realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión de intereses generales en un caso concreto.

Las referidas normas hacen suyo el primero de los requisitos de procedencia propios de toda medida cautelar: la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*). Además, y aunque no lo establezca con la misma claridad, exige el segundo de los requisitos inmanentes a toda medida cautelar, como lo es la verificación del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), desde que dispone que la cautela no tiene otra fina-

lidad que la garantía de las resultas del juicio. No podría entenderse de otra manera, pues la exigencia de ambos requisitos es consustancial a la naturaleza jurídica de toda medida cautelar, tanto así que si el legislador prescindiera de alguno de tales supuestos, estaría desnaturalizando la esencia misma de las medidas cautelares (Piero Calamandrei; *“Providencias Cautelares”*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1984, pp. 69 y ss.).

De allí que el juez dictará la medida preventiva cuando exista presunción del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*) y riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo, esto es, de que no sean plenamente ejecutables las resultas del juicio (*periculum in mora*), ya que en función de la tutela judicial eficaz, las medidas cautelares en este ámbito no son meramente discrecionales de los jueces, sino que, una vez que se verifique el cumplimiento de los requisitos que preceptúa la norma para su otorgamiento, el órgano jurisdiccional debe dictarlas.

En definitiva, el otorgamiento de una medida cautelar sin que se cumplan los requisitos de procedencia violaría flagrantemente el derecho a la tutela judicial eficaz de la contraparte de quien solicitó la medida y no cumplió con sus exigencias; y, al contrario, negarle tutela cautelar a quien observa plenamente los requerimientos implica una violación a ese mismo derecho fundamental, uno de cuyos atributos esenciales es el derecho a la eficaz ejecución del fallo, lo cual sólo se consigue, en la mayoría de los casos, a través de la tutela cautelar (Cfr. Jesús González Pérez; *“El Derecho a la Tutela Jurisdiccional”*, segunda edición, Civitas, Madrid, 1989, pp. 227 y ss). Asunto distinto es que, en la ponderación del cumplimiento de los requisitos exigidos para la tutela cautelar, el juez tenga una amplia facultad de valoración que lo lleve a la conclusión de que, efectivamente, existen condiciones suficientes para el otorgamiento de la medida.

Se insiste, tales extremos deben cumplirse de manera concurrente, por lo que si falta alguno de estos elementos, el juez no podría decretar la medida preventiva. En este orden de ideas, debe agregarse que, en materia de Derecho Público y, más concretamente, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, donde necesariamente están en juego intereses generales, el juez deberá también realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión de intereses generales en un caso concreto, o bien para la determinación de sí, en el caso de autos, el interés general se vería favorecido por el otorgamiento de la medida.

Asimismo, respecto de la procedencia de medidas cautelares sobre normas, esta Sala mediante decisión N.º 2.306 del 18 de diciembre de 2007 (caso: *“Globovisión Tele, C.A.”*), declaró lo siguiente:

*“Es jurisprudencia reiterada de esta Sala que la suspensión de los efectos de las normas constituye una respuesta excepcional del juez frente a violaciones al Derecho que no encuentran otra forma idónea de ser atendidas. Al efecto ha declarado que, por el contrario, en virtud de su presunción de constitucionalidad y legalidad, y debido a su carácter erga omnes, las normas en principio deben mantener su aplicabilidad hasta que el tribunal competente, luego de un serio y detenido análisis, determine su invalidez (...).*

*Por ello, estima la Sala, igual que ha declarado en demandas similares al presente y sobre el mismo asunto (ver, al respecto, fallo N.º 1417/2006), que no es posible acordar la medida de suspensión solicitada. No debe perderse de vista en ningún momento que la protección cautelar no puede ser considerada en los juicios de nulidad contra normas de la misma manera en que se haría frente a actos individuales. Las consecuencias en uno u otro caso son absolutamente distintas. Ello no implica negar el poder cautelar respecto de las normas, pero sí la necesidad de ser en extremo prudente.*

*En el caso de las normas tiene especial preponderancia el equilibrio de los intereses, lo que exige al juez no hacer pronunciamientos que, por generales, pueden causar trastornos que luego serán difíciles de remediar(...).*

*Por lo expuesto, esta Sala niega la medida solicitada, por cuanto la Sala, estima que la demanda requiere un análisis detenido que sólo podrá hacerse en la sentencia de fondo (...)*”.

En el mismo sentido, esta Sala en su decisión N° 287/2008 (caso: “*Morris Sierralta Pe-  
raza y Manuel Rojas Pérez*”), estableció lo siguiente:

*“Como es jurisprudencia reiterada de esta Sala, la suspensión de los efectos de las normas, así se plantee como protección cautelar por medio del amparo constitucional o por la vía del Código de Procedimiento Civil, constituye una respuesta excepcional del juez frente a violaciones al derecho que no encuentran otra forma idónea de ser atendidas.*

*La situación normal debe ser la opuesta, en virtud de su presunción de constitucionalidad y legalidad, y debido a su carácter **erga omnes**, las normas deben mantener su aplicabilidad hasta que el tribunal competente, luego de un serio y detenido análisis, determine su invalidez. Actuar de otra forma puede ocasionar más perjuicios que ventajas, con lo que la tutela provisional puede convertirse, lejos de su verdadera justificación, en un mecanismo para desatender disposiciones sobre las que aún resta hacer el pronunciamiento definitivo (...)*”.

En tal sentido, observa la Sala que en el presente asunto existe una identidad entre las denuncias esgrimidas como fundamento de la nulidad de la norma impugnada y los argumentos expuestos en la medida cautelar, lo que presupone que para poder emitir pronunciamiento respecto de la incidencia planteada con ocasión de la suspensión de efectos requeriría prejuzgar sobre el fondo del asunto debatido, tal es así cuando se discuten elementos propios del debate probatorio, como lo son la metodología empleada por el legislador y la supuesta desproporcionalidad de la norma. Ello así, luego de ponderar los intereses en conflicto en el caso *sub júdice*, esta Sala estima improcedente la medida cautelar solicitada. Así se decide.

**TSJ-SC (516)**

**7-5-2013**

Magistrado Ponente: Arcadio De Jesús Delgado Rosales

Caso: Nancy Castro De Várvaro. Impugnación del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana.

**La inaplicación de un instrumento normativo a través de una medida cautelar colide con la presunción de validez de los actos legales y su obligatoriedad desde su publicación en la Gaceta Oficial de la República, de los Estados o Municipios, circunstancia que pone de manifiesto el hecho de que un manejo desequilibrado de aquella inaplicación causaría un quebrantamiento del principio de autoridad. Por tanto, su otorgamiento requiere de una verdadera y real justificación.**

Para analizar la procedencia de la petición cautelar de suspensión de efectos solicitada por la parte demandante, esta Sala reitera que el poder cautelar del juez constitucional puede ejercerse en el marco de los procesos de nulidad de actos de naturaleza normativa, con el objeto de que se dicten las medidas que resulten necesarias para el aseguramiento de la eficacia de la sentencia definitiva, así como en garantía de la tutela judicial efectiva; teniendo en cuenta, por supuesto, las circunstancias del caso concreto y la ponderación de los intereses en conflicto.

Ahora bien, la parte demandante solicitó decreto de medida cautelar en el sentido de que se ordene la suspensión de los efectos del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana “...hasta tanto se obtenga una sentencia definitiva, ello con el objeto de garantizar que no quede ilusoria la ejecución del fallo que ha (sic) bien tenga dictar esta Sala y ante todo para evitar los daños de difícil e imposible resarcimiento originados por la omisión en que incurrió la Asamblea Nacional al no disponer las normas sobre la transitoriedad para los expedientes que tramita la Inspectoría General de Tribunales y la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, tanto en fase de investigación así como en fase de juicio[...]”; a cuyo efecto argumentó que se encuentran probados el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, como supuestos de procedencia para el decreto de dicha medida.

En relación con el otorgamiento de medidas cautelares de suspensión de instrumentos normativos, es determinante analizar no sólo la idoneidad y proporcionalidad de la protección solicitada, sino también ponderar si la suspensión temporal del instrumento normativo es susceptible de no causar perjuicios al interés colectivo o al eficiente desempeño de órganos o entes administrativos; así como garantizar la paz social y preservar la seguridad en las relaciones jurídicas, a fin de no obstaculizar la actuación de órganos del Estado indispensables para el ejercicio del principio de reciprocidad democrática.

En este sentido, la doctrina de la Sala en materia de solicitud de medida cautelar conjunta con la demanda de nulidad por inconstitucionalidad (*cf.* fallo N° 1181/2001 de 29 de junio, *caso: Ronald Blanco La Cruz*) ha sido conteste en afirmar que la medida de inaplicación requerida supone una interrupción temporal de la eficacia del contenido normativo de la disposición impugnada y que, como tal, constituye una importante excepción legal al principio general, según el cual, con base en la presunta validez intrínseca a todo acto legal, este tiene fuerza obligatoria y produce todos sus efectos desde su publicación en la Gaceta Oficial, aplicándose únicamente como medida excepcional cuando sea difícil reparar por sentencia definitiva los daños que resulten de la aplicación del contenido normativo del texto legal impugnado. Así también, debe tenerse en cuenta para la consideración de la cautelar solicitada que la inaplicación de un instrumento normativo a través de una medida cautelar colide con la presunción de validez de los actos legales y su obligatoriedad desde su publicación en la Gaceta Oficial de la República, de los Estados o Municipios, circunstancia que pone de manifiesto el hecho de que un manejo desequilibrado de aquella inaplicación causaría un quebrantamiento del principio de autoridad. Por tanto, su otorgamiento requiere de una verdadera y real justificación.

Así entonces, partiendo de las premisas fundamentales para el otorgamiento de solicitudes cautelares innominadas en procedimientos de nulidad por motivos de inconstitucionalidad, como son: i) el carácter excepcional de la inaplicación de una norma o instrumento normativo; ii) la verosimilitud del derecho que se dice vulnerado o amenazado; iii) la condición de irreparable o de difícil reparación por la definitiva de la situación jurídica o derecho que se alega como propio; iv) la posibilidad efectiva de que se produzcan nuevos daños a la parte actora u otras personas por la aplicación de la norma cuya nulidad se pretende; y v) la necesidad de evitar perjuicios en la satisfacción de intereses comunes a todos los integrantes de la Sociedad, la Sala considera que no es procedente una suspensión temporal *in totum* del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana, en los términos que ha sido solicitada, por cuanto la suspensión cautelar de la totalidad del articulado del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana constituiría un proveimiento anticipado del objeto de la nulidad, lo cual superaría con creces el fin cautelar de este tipo de solicitudes; en razón de lo cual, la Sala niega la medida cautelar solicitada en los términos descritos. Así se declara.

No obstante, de conformidad con lo establecido en el artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (que contempla la potestad cautelar oficiosa de esta Sala Constitucional), se estima pertinente hacer las siguientes consideraciones cautelares respecto de tres aspectos del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana; a saber: *i*) la aplicación a los Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana; *ii*) la omisión del Inspector General de Tribunales en la estructura disciplinaria judicial así como el rol que ha de desempeñar en el procedimiento disciplinario; y *iii*) la extensión del régimen jurídico aplicable en el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana a los jueces temporales, ocasionales, accidentales y provisorios.

2. *Recurso de revisión de sentencias en materia constitucional: Improcedencia contra sentencias de Tribunales arbitrales*

TSJ-SC (443)

6-5-2013

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Solicitud de revisión interpuesta por la Procuradora General del Estado Monagas, del laudo arbitral dictado por la Junta Arbitral Ad-hoc el 7 de julio de 2004

**Si bien los laudos arbitrales son una manifestación de la función jurisdiccional, no emanan del poder judicial y, en consecuencia, no se ajustan al elemento orgánico que determina el segundo supuesto de la revisión constitucional.**

Corresponde a esta sala proveer sobre la solicitud planteada y a tal efecto observa que el cardinal 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, tiene atribuida la facultad 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 (...)”.

Conforme a la citada disposición constitucional, el legislador estableció en los cardinales 10, 11 y 12, del artículo 25 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que es competencia de esta Sala revisar las sentencias definitivamente firmes dictadas por los tribunales de la República, incluyendo las demás Sala de este Máximo Órgano Jurisdiccional.

De acuerdo con las referidas normas, la revisión constitucional tiene como presupuestos de procedencia: En primer lugar, que la solicitud verse sobre una sentencia, es decir, contra las decisiones que se dictan a consecuencia del ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado. En segundo lugar, que dicha decisión emane del Poder Judicial, ya que, aun cuando el desarrollo de la potestad jurisdiccional no es exclusivo del Poder Judicial, sino que es la potestad preponderante de éste, que como todas las funciones esenciales del Estado, es compartida, conforme al principio de colaboración de poderes, entre las distintas ramas del Poder Público, tanto la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como la Ley que rige las funciones de este Alto Tribunal, hacen expresa mención a que la potestad de revisión recae sobre las decisiones jurisdiccionales que dictan los órganos del Poder Judicial, es decir, los distintos tribunales de la República. En tercer lugar, que la decisión se encuentre definitivamente firme, lo cual supone, un fallo contra el cual no existen o se han agotado los respectivos medios de impugnación

Atendiendo a lo expuesto, se observa que si bien los laudos arbitrales son una manifestación de la función jurisdiccional, no emanan del poder judicial y, en consecuencia, no se ajustan al elemento orgánico que determina el segundo supuesto de la revisión constitucional. Siendo ello así, concluye esta Sala que la presente solicitud no cumple con los supuestos de procedencia de la revisión constitucional y, por tanto, se desestima por improcedente, así se declara.

3. *Acción de Amparo Constitucional*

A. *Órganos. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional: Competencia*

**TSJ-SP (37)**

**25-6-2013**

Magistrada Ponente: Gladys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Richard Miguel Mardo Mardo vs. Luisa Ortega Díaz

**El conocimiento en única instancia, de las acciones de amparo intentadas contra alguno de los funcionarios descritos en el mencionado artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, es de la competencia exclusiva y excluyente de la Sala Constitucional de este Alto Tribunal**

Corresponde a esta Sala Plena pronunciarse sobre su competencia para conocer la acción de amparo interpuesta por el ciudadano RICHARD MIGUEL Mardo Mardo, debidamente asistido por el abogado Rosnell Vladimir Carrasco B., contra la actuación de la ciudadana LUISA ORTEGA DÍAZ, en su carácter de Fiscal General de la República, denunciando al efecto, la presunta vulneración a sus derechos constitucionales al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la defensa, en el marco del proceso de antejuicio de mérito, seguido en su contra por la presunta comisión de los delitos de Defraudación Tributaria y Legitimación de Capitales previstos y sancionados en el artículo 116 del Código Orgánico Tributario y el artículo 4 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada - aplicable *ratione temporis*-, respectivamente.

Sobre este particular es pertinente revisar las competencias de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia y, al respecto, los numerales 2 y 3 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagran lo siguiente:

*“Artículo 266. Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia:*

*(Omissis)*

*3. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, de los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros o Ministras, del Procurador o Procuradora General, del Fiscal o la Fiscal General, del Contralor o Contralora General de la República, del Defensor o Defensora del Pueblo, los Gobernadores o Gobernadoras, oficiales, generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y de los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República y, en caso afirmativo, remitir los autos al Fiscal o a la Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si fuere el caso; y si el delito fuere común, continuará conociendo de la causa hasta la sentencia definitiva...”*

Prosigue el aludido artículo constitucional precisando que las atribuciones señaladas en los numerales 2 y 3, serán ejercidas por la Sala Plena.

En consonancia con esta regulación, el artículo 24 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, estatuye las atribuciones de la Sala Plena en los términos siguientes:

*“Son competencias de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia:*

*1. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Presidente o Presidenta de la República o quien haga sus veces y, en caso afirmativo, conocerá de la causa, previa autorización de la Asamblea Nacional, hasta sentencia definitiva.*

*2. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, de los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los ministros o ministras del Poder Popular, del Procurador o Procuradora General de la República, del o la Fiscal General de la República, del Contralor o Contralora General de la República, del Defensor o Defensora del Pueblo, del Defensor Público o Defensora Pública General, de los Rectores o Rectoras del Consejo Nacional Electoral, de los gobernadores o gobernadoras, oficiales generales y almirantes efectivos y en funciones de comando de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y de los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República y, en caso afirmativo, remitir los autos al o la Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si fuere el caso; y, si el delito fuere político, conocerá de la causa hasta la sentencia definitiva.*

*3. Dirimir los conflictos de no conocer que se planteen entre tribunales de instancia con distintas competencias materiales, cuando no exista una Sala con competencia por la materia afín a la de ambos.*

*4. Las demás que establezcan la Constitución de la República y las leyes...”*

Del examen de tales artículos se concluye que la Sala Plena cuenta con una competencia en lo jurisdiccional, delimitada para conocer de la declaratoria sobre si hay o no mérito para el enjuiciamiento de las máximas autoridades que en tales disposiciones se señalan; para dirimir los conflictos de competencia que se planteen entre juzgados de instancia con distintas competencias materiales, cuando no exista una Sala con competencia por la materia afín a la de ambos; así como para ejercer las demás atribuciones que establezcan la Constitución de la República y las leyes.

En efecto, observa la Sala que actualmente está en conocimiento del asunto para el cual se declaró competente mediante el acto decisorio n.º 10 del 9 de abril de 2013, contentivo de la admisión en cuanto ha lugar en derecho de la solicitud de antejuicio de mérito presentada por la Fiscal General de la República, Luisa Ortega Díaz, contra el ciudadano Richard Miguel Mardo Mardo, por la presunta comisión de los delitos de Defraudación Tributaria y Legitimación de Capitales previstos y sancionados en el artículo 116 del Código Orgánico Tributario y el artículo 4 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada -aplicable *ratione temporis*-, respectivamente.

Ahora bien, se hace preciso distinguir que en el contexto de este procedimiento de antejuicio de mérito que se encuentra en curso, fue interpuesta la solicitud que examina la Sala en la presente ocasión, intitulada por la parte accionante como *“amparo sobrevenido”*.

Sobre la naturaleza de esta figura, la Sala Constitucional determinó en su Sentencia N° 851 del 7 de junio de 2011. Caso: *“Inversiones Imperator R-33 C.A.”* lo siguiente:

*“...[S]e estima imperioso analizar la señalada modalidad de amparo, conocida en la práctica forense bajo la denominación de ‘amparo sobrevenido’, pues el diverso trato que le ha sido conferido a dicho instituto por parte de la jurisprudencia y la doctrina ha llevado a discusiones complejas que, en lugar de remover obstáculos al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, **desincorporó del elenco de herramientas disponibles para el justiciable de un importante instrumento de garantía de sus derechos fundamentales.** Por ello, la Sala estima oportuno revisar los alcances de la doctrina en este sentido, con el fin de procurar una mayor comprensión de esta figura, como mecanismo asegurativo de tutela de los derechos fundamentales.*

(Omissis)

*Es así como esta Sala, apenas iniciándose en su labor jurisdiccional desde su creación en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (cfr. sentencia n° 01/2000 (caso: Emery Mata Millán), advirtió que 'no hay razón alguna para que el juez que dictó un fallo, donde ha debido ser cuidadoso en la aplicación de la Constitución, revoque su decisión, y en consecuencia trate de reparar un error, creando la mayor inseguridad jurídica y rompiendo así el principio, garante de tal seguridad jurídica, que establece que dictada una sentencia sujeta a apelación, ella no puede ser reformada o revocada por el Juez que la dictó'. En razón de ello, se dispuso en la referida sentencia que '[l]as violaciones a la Constitución que cometan los jueces serán conocidas por los jueces de la apelación, a menos que sea necesario restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida, caso en que el amparo lo conocerá otro juez competente superior a quien cometió la falta, diferente a quien sentenció u ordenó el acto que contiene la violación o infracción constitucional, en estos casos, los que apliquen los artículos 23, 24 y 26 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales'.*

*De esta manera, sólo en caso de que las infracciones causadas en el proceso no resultaren imputables al juez, éste quedaba autorizado para resolver lo conducente, ateniéndose al procedimiento previsto en los artículos 23 y siguientes de la ley especial.*

(Omissis)

*Comúnmente, emerge la confusión en cuanto al objeto de tutela en esta especie de amparo. En este sentido, se entendía —y de allí el adjetivo 'sobrevenido'— que tenía lugar para hacer frente a infracciones constitucionales causadas en el decurso de un proceso en trámite, por cualquiera de los sujetos que intervienen en él (integrantes del tribunal, partes, terceros, auxiliares de justicia, etcétera). Bajo esta tesis, el propio juez de la causa era el encargado de revertir la infracción constitucional mediante un proceso tramitado en cuaderno separado, y aun en los casos en los que él mismo fuese el autor de la lesión a la situación jurídica del agraviado, colocando en entredicho su propia imparcialidad y, con ello, amenazando todavía más el derecho al debido proceso del jurisdicente.*

(Omissis)

*[L]os supuestos anotados **constituyen verdaderas modalidades de amparo autónomo** que, a juicio de la Sala, dan cuenta de la poca utilidad del adjetivo 'sobrevenido' para pretender calificar una subespecie del amparo que en nada guarda relación con el supuesto previsto en el artículo 6.5 de la tantas veces referida ley [Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales]. Debe quedar claro, sin embargo, que pueden existir amparos 'sobrevenidos', en el sentido de que se trate de infracciones constitucionales causadas en un proceso en trámite; **pero estas acciones serían amparos autónomos y no cautelares...**". (Resaltados de esta Sala)*

De la anterior transcripción se colige que la figura del "amparo sobrevenido", constituye una modalidad de amparo que ha sido objeto de revisión progresiva en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la cual ha arrojado que la misma consiste en "verdaderas modalidades de amparo autónomo".

En tal virtud, atendiendo a la naturaleza del fallo de la Sala Constitucional parcialmente transcrito y, a la comprensión concatenada de los alegatos esbozados en el escrito que ocupa actualmente a esta Sala Plena, se estima que se está en presencia de un amparo autónomo incoado contra la ciudadana Luisa Ortega Díaz, en su carácter de Fiscal General de la República.

Tal circunstancia conlleva a examinar el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el cual apunta lo siguiente:

*“Artículo 7.- Son competentes para conocer de la acción de amparo, los Tribunales de Primera Instancia que lo sean en la materia afín con la naturaleza del derecho o de la garantía constitucionales violados o amenazados de violación, en la jurisdicción correspondiente al lugar donde ocurrieren el hecho, acto u omisión que motivaren la solicitud de amparo.*

***En caso de duda, se observarán, en lo pertinente, las normas sobre competencia en razón de la materia.***

*Si un Juez se considerare incompetente, remitirá las actuaciones inmediatamente al que tenga competencia...”* (Resaltado de la Sala).

En ese mismo orden establece el artículo 8 *eiusdem*:

***“Artículo 8.- La Corte Suprema de Justicia conocerá, en única instancia y mediante aplicación de los lapsos y formalidades previstos en la Ley, en la sala de competencia afín con el derecho o garantía constitucionales violados o amenazados de violación, de las acciones de amparo contra los hechos, actos y omisiones emanados del Presidente de la República, de los Ministros, del Consejo Supremo Electoral y demás organismos electorales del país, del Fiscal General de la República, del Procurador General de la República o del Contralor General de la República.*** (Resaltado de la Sala).

Asimismo, el artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece:

*“Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia:*

*1. Ejercer la jurisdicción constitucional conforme al Título VIII de esta Constitución.*

*(Omissis)*

*La atribución señalada en el numeral 1 será ejercida por la Sala Constitucional...”*

Sobre este particular, la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, en sentencia n.º 1/2000, (caso: “*EmeryMata Millán*”), estableció:

*“...Antes de examinar la admisibilidad de la solicitud de amparo presentada, es menester que esta Sala Constitucional establezca la cuestión relacionada con su competencia para conocer de la acción propuesta. Al respecto se observa lo siguiente:*

*En la recientemente promulgada Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se creó el Tribunal Supremo de Justicia; a este Tribunal, por intermedio de su Sala Constitucional, le corresponde, conforme a lo dispuesto en el último aparte del artículo 266 de la Constitución, ejercer la jurisdicción constitucional. Además, las interpretaciones que haga la Sala Constitucional, en ejercicio de esa jurisdicción, son de carácter vinculante para las otras Salas de este Supremo Tribunal y demás Tribunales de la República (como se desprende del contenido del artículo 335 *eiusdem*) (sic).*

*La jurisdicción constitucional comprende, entre otros asuntos, no sólo declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el poder público, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango legal (artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), sino también la revisión de las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva (numeral 10 del artículo 336 de la Constitución).*

*Si bien es cierto, que la Constitución dispone la promulgación de una Ley Orgánica para regular el ejercicio de la facultad prevista en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, es principio aceptado en la doctrina constitucional, que los preceptos orgánicos son de inmediata aplicación por todos los poderes públicos, y, en particular, por los órganos a los que la disposición constitucional se refiere. Existan o no las normas que desarrollen la regulación constitucional, ésta es plenamente eficaz por sí misma y, por lo tanto, establece pau-*

*tas para el funcionamiento del órgano al que se refiera la norma constitucional. En consecuencia, aún cuando no haya sido dictada la ley que desarrolle el precepto constitucional, la disposición contenida en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, es de aplicación inmediata por la Sala Constitucional.*

*Por tanto, esta Sala establece que ha sido facultada en materia de amparo de la siguiente forma:*

*Por ser función de esta Sala, según el artículo 335 de la Constitución, la interpretación de dicha Carta Magna, es claro que la materia de su conocimiento abarca las infracciones constitucionales, como lo demuestran las atribuciones que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela otorga a la Sala Constitucional en su artículo 336. **Esta circunstancia la convierte en la Sala que por la materia tiene la competencia para conocer, según el caso, de las acciones de amparo constitucional propuestas conforme a la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Por otra parte, debido a su condición de juez natural en la jurisdicción constitucional, la competencia que contempla el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales ha desaparecido, ya que la materia constitucional corresponde a esta Sala (téngase presente que la creación de una Sala con competencia constitucional, origina un criterio orgánico para delimitar la competencia en el cual se encuentran comprendidos, necesariamente, todos los asuntos relacionados con la Constitución).***

*Por las razones expuestas, esta Sala declara que, la competencia expresada en los artículos 7 y 8 de la ley antes citada, se distribuirá así:*

*1.- Corresponde a la Sala Constitucional, por su esencia, al ser la máxima protectora de la Constitución y además ser el garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, de acuerdo con el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, **el conocimiento directo, en única instancia, de las acciones de amparo a que se refiere el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, incoadas contra los altos funcionarios a que se refiere dicho artículo, así como contra los funcionarios que actúen por delegación de las atribuciones de los anteriores.** Igualmente, corresponde a esta Sala Constitucional, por los motivos antes expuestos, la competencia para conocer de las acciones de amparo que se intenten contra las decisiones de última instancia emanadas de los Tribunales o Juzgados Superiores de la República, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal que infrinjan directa e inmediatamente normas constitucionales. (Resaltados de esta Sala).*

Con base a lo anterior, tenemos que el conocimiento en única instancia, de las acciones de amparo intentadas contra alguno de los funcionarios descritos en el mencionado artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, es de la competencia exclusiva y excluyente de la Sala Constitucional de este Alto Tribunal. Tal enunciado competencial se encuentra contenido, además, en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, a saber:

*“...Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:*

*(Omissis)*

*18. Conocer en única instancia las demandas de amparo constitucional que sean interpuestas contra los altos funcionarios públicos o altas funcionarias públicas nacionales de rango constitucional...”.*

Con base en los razonamientos expuestos, y sin perjuicio de la decisión principal que corresponderá a esta Sala emitir en cuanto al procedimiento de antejuicio de mérito seguido contra el ciudadano RICHARD MIGUEL MARDOMARDO; dado que en el presente caso se planteó amparo constitucional contra la actuación de la ciudadana Luisa Ortega Díaz, en su carácter de Fiscal General de la República, debe esta Sala Plena declarar su incompetencia

para conocer y decidir la presente acción, y en consecuencia, declina su conocimiento en la jurisdicción constitucional, por órgano de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con base a lo establecido en el aparte *in fine* del artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

Finalmente, habida cuenta de la presentación del escrito contentivo del amparo al que se ha hecho referencia en este fallo, en el marco del proceso de antejuicio de mérito seguido contra el ciudadano RICHARD MIGUEL MARDOMARDO, y la consecuente agregación del mismo en el expediente respectivo, se acuerda el desglose de éste y sus anexos, a los fines de su remisión a la Sala Constitucional mediante oficio.

B. *Procedimiento: Procedencia in limine litis*

**TSJ-SC (993)**

**16-7-2013**

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena vs. Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.

**La Sala Constitucional establece, con carácter vinculante, que en las demandas de amparo en las cuales se ventile la resolución de un punto de mero derecho, el Juez constitucional podrá, en la oportunidad de la admisión de la solicitud de amparo, decretar el caso como de mero derecho y pasar a dictar, sin necesidad de convocar y celebrar la audiencia oral, la decisión de fondo que permita restablecer inmediatamente y en forma definitiva la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella.**

Admitida como ha sido la presente demanda de amparo presentada por los representantes del Ministerio Público, la Sala procede a realizar las siguientes consideraciones:

En la sentencia N° 7, febrero de 2000 la Sala ajustó a la nueva Carta Magna el procedimiento de amparo constitucional, de la siguiente manera:

(...)

Se mantuvo en dicha interpretación el criterio de la sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia, N° 644, del 21 de mayo de 1996, con ponencia del Magistrado emérito Doctor Humberto J. La Roche, mediante la cual se declaró la nulidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por ser contrario a lo que disponía el único aparte del artículo del 49 y la última parte del artículo 68, ambos de la Constitución de 1961. Desde entonces, se instauró un procedimiento en el cual, una vez admitida la solicitud de amparo constitucional incoada contra cualquier hecho, acto u omisión proveniente de un particular, órganos del Poder Público nacional, Estadal o Municipal, o contra una decisión judicial, se debe realizar una audiencia oral en la que se va a debatir todos aquellos hechos que conforman la controversia y evacuar, en caso, de haberse promovidos, los medios de pruebas que sustentan los alegatos de las partes involucradas en la acción de amparo.

De modo que, la celebración de la audiencia oral en el procedimiento de amparo se hizo rutinaria para hacer prevalecer el derecho de la defensa y oír a las partes y a los terceros interesados.

Por lo tanto, la exigencia de la celebración de la audiencia oral, a juicio de la Sala en realidad se justifica en aquellos procedimientos de amparo constitucional en los cuales debe oírse ineludiblemente a las partes intervinientes, lo que coincide además con lo señalado en el artículo 49.3 constitucional que establece: “[t]oda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso”. Sin embargo, en los casos en los cuales se interponga una demanda de amparo contra una decisión judicial, la Sala estableció que la falta de comparecencia a la audiencia oral del Juez o de los Jueces que dictaron la sentencia considerada como lesiva no significa la aceptación de los hechos, toda vez que el pronunciamiento judicial adversado no basta por sí solo para contradecir los alegatos plasmados en la solicitud de amparo, por lo que el derecho a la defensa de dichos funcionarios judiciales, en este supuesto, no se encuentra cercenado.

Reinterpretando estos conceptos de cara a la Constitución Nacional de 1961 y a la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debemos señalar que a diferencia de la derogada Constitución Nacional (1961) que concebía el amparo como una acción procesal conforme al artículo 49 que establecía: “[l]os Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley. El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediately la situación jurídica infringida”; la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela además de considerar el amparo en su aspecto procesal como una acción, lo considera también como un derecho al señalar en el artículo 27, lo siguiente:

*Todos tienen derecho a ser amparados por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquéllos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.*

*El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediately la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.*

*La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesta bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.*

*El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.*

De modo que, es la inmediatez y el restablecimiento de la situación jurídica infringida lo que debe prevalecer en la ponderación con otros derechos constitucionales de igual rango como lo sería el derecho a la defensa.

Así pues, tanto la acción de amparo como el derecho al amparo llevan implícita la celeridad y el restablecimiento inmediato de la situación jurídica lesionada constitucionalmente, razón por la cual el artículo 27 constitucional, conforme con el artículo 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, refieren que la autoridad judicial competente tendrá la potestad para restablecer **inmediatamente** la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella; de allí que pueda o no hacerse exigible el contradictorio en el procedimiento de amparo, dependiendo ello del hecho de que el juez constitucional estime el procedimiento más conveniente para el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida que es lo medular en la vía del amparo; si ello no fuese así, el amparo carecería de eficacia. Por lo tanto, cuando el mandamiento de amparo se fundamenta en un medio de prueba **fehaciente** constitutivo de **presunción grave** de la violación constitu-

cional, debe repararse **inmediatamente, en forma definitiva, y sin dilaciones** la situación infringida, sin que se haga necesario abrir el contradictorio, el cual, sólo en caso de duda o de hechos controvertidos, justificará la realización de una audiencia oral contradictoria. Si ello no fuera así se desvirtuaría la inmediatez y eficacia del amparo.

En efecto, existen situaciones de mero derecho o de tan obvia violación constitucional que pueden ser resueltas con inmediatez y sin necesidad del previo debate contradictorio porque se hace obvia igualmente la situación jurídica infringida; ¿por qué demorar entonces la restitución de los derechos constitucionales infringidos?

La Sala considera que el procedimiento de amparo constitucional, en aras de la celeridad, inmediatez, urgencia y gravedad del derecho constitucional infringido debe ser distinto, cuando se discute un punto netamente jurídico que no necesita ser complementado por algún medio probatorio ni requiere de un alegato nuevo para decidir la controversia constitucional. En estos casos, a juicio de la Sala, no es necesario celebrar la audiencia oral, toda vez que lo alegado con la solicitud del amparo y lo aportado con la consignación del documento fundamental en el momento en que se incoa la demanda, es suficiente para resolver el amparo en forma **inmediata y definitiva**.

Así pues, la Sala considera que la celebración de la audiencia oral en estos tipos de acciones de amparo constitucional, en las que se planteen la resolución de puntos de mero derecho, sería antagónico con lo señalado en el artículo 27 de la Carta Magna, que establece que: el “*procedimiento de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer **inmediatamente** la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella*” (destacado de este fallo); debido a que el Juez constitucional debe esperar, aun cuando cuenta con todo lo necesario en autos para dictar la decisión de fondo en forma inmediata, la celebración de la audiencia oral que no va a aportar nada nuevo a la controversia. Se trataría, entonces, de una audiencia inútil o redundante que crearía una dilación innecesaria en el procedimiento de amparo incompatible con su naturaleza.

Ejemplo de ello sería el caso en el cual se interponga una demanda de amparo contra una decisión judicial, firme, que condenó a un ciudadano a la ejecución de una pena de muerte o a cumplir una pena de prisión de cuarenta años. En estos supuestos, esperar la celebración de la audiencia oral para resolver el mérito de la controversia planteada, atentaría contra la posibilidad de la restitución inmediata de la situación jurídica infringida, ya que bastaría, con la sola interposición del amparo y la consignación de la copia de la decisión adversada, que el Juez constitucional concluyera *ipso iure*, por tratarse el asunto de un punto de mero derecho, que toda condena de muerte o la aplicación de una pena que exceda de treinta años es contrario a lo que disponen los artículos 43 y 44.3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, respectivamente.

De modo que, condicionar la resolución del fondo del amparo a la celebración de la audiencia oral sería inútil en aquellos casos en los cuales se intenta el amparo contra una decisión judicial por un asunto de mero derecho o de obvia violación constitucional, toda vez que ello ocasionaría la violación del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 *eiusdem*, que se concreta en materia de amparo constitucional en el artículo 27 *ibidem*, debido a que el Estado no garantizaría, en estos casos, una justicia “*expedita*”.

Por lo tanto, a pesar de que en anterior oportunidad la Sala, con base en la necesidad de celebrar la audiencia oral contradictoria, negó una solicitud de declaratoria de mero derecho en un procedimiento de amparo (*vid.* sentencia N° 988 del 15 de octubre de 2010, caso: *Clarence Daniel Rusian Pérez*), se impone en el presente caso un complemento de la

sentencia N° 7/2000 y se establece, con carácter vinculante, que, en las demandas de amparos en las cuales se ventile la resolución de un punto de mero derecho, el Juez constitucional podrá, en la oportunidad de la admisión de la solicitud de amparo, decretar el caso como de mero derecho y pasar a dictar, sin necesidad de convocar y celebrar la audiencia oral, la decisión de fondo que permita restablecer **inmediatamente y en forma definitiva** la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Así se establece.

Ahora bien, la Sala, tomando en cuenta la anterior doctrina procede a verificar si, en el caso bajo estudio, lo alegado por la representación del Ministerio Público se refiere a la resolución de un punto de mero derecho y, a tal efecto, observa:

Los abogados Daniel Guédez Hernández, Lucy Correa y Agnedys Martínez Barceló, en su condición de Fiscal Quincuagésimo del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena, Fiscal Auxiliar Quincuagésimo del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena y Fiscal Décima Séptima del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena, respectivamente, interpusieron la acción de amparo constitucional contra la decisión dictada, el 17 de septiembre de 2012, por la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, mediante la cual declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la decisión dictada, el 23 de julio de 2012, por el Juzgado Vigésimo Quinto de Juicio del mismo Circuito Judicial Penal, que decretó: a) la nulidad absoluta del acto de imputación y de la acusación fiscal, del 8 de julio de 2008 y 8 de diciembre de 2008, en su orden; b) la nulidad absoluta de la investigación fiscal; y c) la remisión de las actas penales al Ministerio Público, con el objeto de que se solicite el antejuicio de mérito en contra del ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer; en el proceso penal que se le sigue por la presunta comisión de los delitos de enriquecimiento ilícito y ocultamiento de datos que debe tener la declaración jurada de patrimonio.

La parte actora alegó, como motivo esencial de la interposición del amparo, que la referida Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones le vulneró derechos fundamentales al Ministerio Público dado que, a juicio de la quejosa, no debió ordenarse la reposición en el proceso penal seguido al ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer, quien, en el momento en que fue imputado de los “cargos” por los cuales fue investigado, no gozaba de la prerrogativa procesal del antejuicio de mérito. En ese sentido, precisó el Ministerio Público que el ciudadano Víctor Antonio Cruz Weffer fue Comandante General de Ejército cuando sucedieron los hechos presuntamente delictivos, pero que esa condición no la tenía en la oportunidad en que fue imputado, en virtud de que había pasado a situación de retiro. Por lo tanto, estimó la parte actora que la reposición ordenada por la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas era inútil y que no existía un motivo jurídico para decretarla.

Ahora bien, la Sala precisa que el presente caso versa exclusivamente sobre un punto de mero derecho, esto es, sobre la aplicabilidad o no, en el proceso penal primigenio, de la prerrogativa del antejuicio de mérito establecida en el artículo 266.3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no siendo necesario, a los fines de la resolución de fondo de la controversia, la convocatoria y sucedánea celebración de la audiencia oral, toda vez que lo señalado en la solicitud de amparo y el contenido del expediente penal original que consignó la parte actora, constituyen elementos suficientes para que la Sala se pronuncie inmediatamente sobre el fondo de la presente controversia, dado que las partes y los terceros involucrados no aportarían nada nuevo en esa audiencia oral.

Además, la Sala destaca que parte de las actas del presente expediente constan todas las actuaciones originales (consignadas por la quejosa) de la causa penal primigenia, lo que permiten a esta máxima instancia constitucional, sin lugar a ninguna duda, decidir el amparo en esta misma oportunidad. Así se declara.

C. *Admisibilidad*

TSJ-SE (7)

5-4-2013

Magistrado Ponente: Fernando Ramón Vegas Torrealba

Caso: Gilberto Rúa vs. Enrique Capriles Radonski y otros

**Es indispensable -además de la inmediatez de la amenaza- que la eventual violación de los derechos alegados, que podrían materializarse de no ser protegidos mediante el mandamiento que se solicita, deba ser consecuencia directa e inmediata del acto, hecho u omisión que constituyan el objeto de la acción.**

Asumida la competencia, corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de la admisión de la solicitud de amparo constitucional interpuesta en la presente causa, para lo cual observa que conforme a lo previsto en el artículo 6, numeral 2, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la acción de amparo constitucional es inadmisibles si la amenaza de violación denunciada no es “...inmediata, posible y realizable por el imputado...”.

Sobre la referida causal de inadmisibilidad, la Sala Constitucional en sentencia número 374 de marzo de 2011, señaló lo siguiente:

*“Al respecto, esta Sala debe señalar que, con relación a la acción interpuesta, en razón de la posible existencia de una amenaza que pueda vulnerar un derecho constitucional, se han determinado ciertos presupuestos para amparar al agraviado de la presunta vulneración constitucional, como lo es: que sea inminente, cierta y que esté próxima a materializarse. Así, en el supuesto negado de que no concurren tales condiciones el amparo constitucional sería inadmisibles en virtud de lo dispuesto en el artículo 6, numeral 2, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que establece lo siguiente: ‘No se admitirá la acción de amparo: 2. Cuando la amenaza contra el derecho a la garantía constitucionales no sea inmediata, posible y realizable por el imputable’ (...).*

*La disposición normativa antes transcrita ha sido interpretada en diversas oportunidades por esta Sala, entre otras, en la sentencia Nro: 326, del 09 de marzo de 2001 (Caso: Frigoríficos Ordaz S.A.), en la cual expresamente estableció lo siguiente:*

*En otros términos lo señala el numeral 2 del artículo 6 de la misma Ley, al indicar que la amenaza que hace procedente la acción de amparo es aquella que sea inmediata, posible y realizable por el imputado, estableciendo al efecto que tales requisitos deben ser concurrentes, por lo cual es indispensable -además de la inmediatez de la amenaza- que la eventual violación de los derechos alegados, que podrían materializarse de no ser protegidos mediante el mandamiento que se solicita, deba ser consecuencia directa e inmediata del acto, hecho u omisión que constituyan el objeto de la acción(...).*

*A la par, esta Sala estima preciso reiterar el criterio establecido en la sentencia Nro: 1807, de fecha 28 de septiembre de 2001, caso: ‘Josefa Otilia Carrasquel Díaz’, en la cual a la letra se señaló lo siguiente:*

*Ahora bien, al tener el amparo constitucional como objeto la protección frente a las actuaciones que puedan producir lesiones, en forma directa, sobre la esfera de garantías y derechos constitucionales del presunto agraviado, a fin de que se restablezca por esta vía la si-*

*tuación jurídica infringida, es condición esencial para el ejercicio del mismo que la violación o amenaza sea objetiva, real e imputable al presunto agravante (Subrayado de esta Sala). De esta manera, en el presente caso, la actuación imputada no es posible ni realizable por el ciudadano Tareck El Aissami, en su carácter de Ministro del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia supuestamente agravante...”*

En ese orden, se observa que la parte actora alegó que los candidatos a las elecciones presidenciales ciudadanos Enrique Capriles Radonski, María Bolívar, Eusebio Méndez, Reina Sequera Julio Mora y Fredy Tabarquino, haciendo campaña electoral e incitando al voto están “...convalidando agresión contra [su] Estado Democrático Social de Derecho y Justicia...”, el derecho a la defensa y al debido proceso, efectuada por el Presidente encargado Nicolás Maduro Moros, por cuanto “...se auto proclamó Presidente encargado...”, “...no encuadra para recibir Juramento Soléenne Constitucional...” y “...ordenó al Consejo Nacional Electoral convocar elecciones presidenciales para el periodo constitucional 2013-2019...”.

En virtud de lo anterior, esta Sala considera que la actuación imputada no es posible ni realizable por los referidos candidatos presidenciales, por lo que resulta inadmisibles de conformidad con lo previsto en el artículo 6, numeral 2, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

Declarada la inadmisibilidad de la presente acción de amparo constitucional resulta inoficioso pronunciarse sobre la medida cautelar innominada solicitada, en virtud del carácter accesorio de esta pretensión cautelar.

**TSJ-SC (229)**

**5-4-2013**

Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Varios vs. Ministro del Poder Popular de Planificación y Finanzas

**La regulación procesal que la Ley del Estatuto de la Función Pública otorga al recurso contencioso-administrativo funcional o querrela, tiene carácter suficientemente breve y sumario y por tanto idóneo frente al amparo constitucional, que hace a éste inadmisibles.**

Examinada la demanda de amparo constitucional y las pruebas aportadas, esta Sala observa:

Preliminarmente, verificó la Sala que el libelo satisface los requisitos formales exigidos en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, razón por la cual resta examinar la pretensión de tutela constitucional a la luz de los supuestos de inadmisibilidad establecidos en el artículo 6 *eiusdem*.

Según expone el apoderado judicial de los actores, la acción de amparo constitucional tiene como propósito que esta Sala emita mandamiento de amparo constitucional para que el ciudadano Ministro del Poder Popular para la Planificación y Finanzas “(...) decida, ejecute la decisión correspondiente sobre el régimen de las bonificaciones y beneficios contractuales (...)”, que, presuntamente, se adeudan a los actores, aparentemente a partir de recursos previstos y aprobados en los ejercicios fiscales 2008, 2009 y 2010, quienes se presentan como “personal” del Ministerio a su cargo. Conforme a lo expuesto en la demanda, esta Sala puede afirmar que, bajo el supuesto de constituir violaciones a normas constitucionales de orden laboral, el reclamo surge del adeudamiento de conceptos y beneficios socioeconómicos derivados de una relación de empleo público, entre los actores y el mencionado órgano de la Administración Pública Nacional Central.

A partir de ello, la Sala considera que la pretensión esgrimida por los actores no puede encauzarse a través de este medio de protección procesal de derechos y garantías constitucionales, pues se constata la existencia de otras vías procesales regulares que le permiten la satisfacción de su interés, las cuales, como se infiere de sus propios alegatos, no han sido ejercidas ante las instancias jurisdiccionales competentes, que en el presente caso es una materia propia del orden contencioso administrativo funcional.

Al respecto, la Sala debe señalar que la acción de amparo constitucional tiene siempre por objeto el restituir una situación jurídica subjetiva cuando se han producido violaciones constitucionales. En tal sentido, el amparo no debe entenderse como un medio sustitutivo de los recursos procesales ordinarios o extraordinarios, sino que es un mecanismo destinado exclusivamente a proteger el goce y ejercicio de los derechos constitucionales, y su uso no es permitido para un fin distinto del que le es propio (Subrayado de esta Sala).

Partiendo de ello, estima esta Sala oportuno referir que la acción de amparo constitucional es un medio judicial breve y expedito, a través del cual se protegen los derechos fundamentales que la Constitución reconoce. Ahora bien, cuando se puede acudir a la vía procesal ordinaria, sin que la lesión a la situación jurídica se haga irreparable, es precisamente el trámite o el medio procesal ordinario, el instrumento para reparar la lesión y no la acción de amparo y, por tanto, no habría posibilidad de interponer la acción de amparo si estuviese prevista otra acción o un recurso para dilucidar la misma cuestión.

En este sentido, la Sala observa que el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, textualmente dispone lo siguiente:

*“No se admitirá la acción de amparo:*

*... omissis...*

*5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes (...).”*

En relación con el artículo que se transcribió *supra*, esta Sala en fallo N° 2.369 del 23 de noviembre de 2001, (caso: *“Parabólicas Service’s Maracay C.A.”*), dispuso lo siguiente:

*“Ahora bien, para que el artículo 6.5 no sea inconsistente es necesario, no sólo admitir el amparo en caso de injuria inconstitucional, aun en el supuesto de que el agraviado haya optado por la jurisdicción ordinaria, sino, también, inadmitirlo si éste pudo disponer de recursos ordinarios que no ejerció previamente (...).”*

Así, esta Sala ha sido conteste en afirmar que, en los casos de controversias suscitadas en el marco de una relación de empleo público entre funcionarios y la Administración que se encuentra regulada por las normas contenidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, éstas deben dirimirse a través de la acción contencioso-administrativa funcional prevista por el Título VIII de la mencionada Ley (*Vid.* Sentencias Nros. 194 del 8 de febrero de 2002, caso: *“Reinaldo José Hernández Pereira”*; 400 del 19 de marzo de 2004, caso: *“Trina Juárez de Tovar y otros”* y 1.220 del 25 de junio de 2007, caso: *“Servando R. Marcano”*, entre otras).

Esta Sala ha precisado en anteriores oportunidades que, de conformidad con el artículo 93 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el objeto de la querrela es amplísimo, pues da cabida a todas las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de esta Ley; con inclusión de cualquier reclamación de los funcionarios o aspirantes a tales *“cuando consideren lesionados sus derechos por actos o hechos de los órganos de la Administración Pública”* (artículo 93, numeral 1, *eiusdem*). De manera que el ámbito material de la querrela se determina según un criterio objetivo: cualquier pretensión que se suscite en el marco de

una relación funcionarial, con independencia del contenido de esa pretensión y del acto, hecho u omisión administrativa que la motivó (Cfr. Sentencia N° 547 del 6 de abril de 2004, caso: “Ana Beatriz Madrid Agelvis”).

La regulación procesal que la Ley del Estatuto de la Función Pública otorga al recurso contencioso-administrativo funcionarial o querrela, en criterio de esta Sala, carácter suficientemente breve y sumario y por tanto idóneo frente al amparo constitucional. Su eficacia procesal incluso puede reforzarse con alguna petición de carácter cautelar basada en lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo cual hace aplicable al presente caso la causal de inadmisibilidad contenida en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y, en consecuencia, inadmisibile la pretensión conforme a la citada norma.

Allende a la anterior afirmación, esta Sala observa que el apoderado judicial de los actores reitera en su escrito que el recurso contencioso-administrativo funcionarial o querrela, en su criterio, no es un medio procesal suficientemente breve y sumario en comparación al amparo constitucional.

Al respecto, la Sala debe aclarar que no basta la mera exposición de aquellas circunstancias que, a juicio de quien invoca la tutela jurisdiccional, hacen aparecer como insuficiente la vía procesal ordinaria. En tal sentido, deben aportarse argumentos concretos o de suficiente peso -al igual que un respaldo probatorio mínimo de tales asertos- que permitan apreciar objetivamente aquellas circunstancias que hacen viable la acción de amparo constitucional frente a la vía procesal ordinaria, según cada caso. Así, el apoderado judicial de los accionantes esgrime que las denuncias efectuadas involucran la lesión directa de normas constitucionales y no se trataría de un control de legalidad ordinario. Sobre tal argumento en particular, esta Sala aprecia que los hechos que presuponen la lesión de los derechos de los actores recaen, esencialmente, en la relación de empleo público que sostienen los actores con el órgano de la Administración Pública Nacional Central accionado, lo que significa, en caso que ello así sea apreciado por el juez contencioso administrativo, que se trata de lesiones mediatas, indirectas o tangenciales de derechos constitucionales, cuya operatividad y cobertura legal directa viene dada por las normas estatutarias contenidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública.

En el sentido antes indicado se ha pronunciado esta Sala Constitucional al afirmar que:

*“(...) la situación jurídica del ciudadano es un concepto complejo, en el que destacan derechos y deberes, pero la acción de amparo tutela un aspecto de la situación jurídica del ciudadano que son sus derechos fundamentales, pues la defensa de los derechos subjetivos -diferentes a los derechos fundamentales y las libertades públicas- y los intereses legítimos, se realiza mediante recursos administrativos y acciones judiciales. Por ejemplo, no es lo mismo negar la posibilidad a un ciudadano de tener la condición de propietario, que una discusión acerca de la titularidad de un bien entre particulares, cuya protección se ejerce mediante una acción judicial específica: la reivindicación. Pero, si se niega a un ciudadano su derecho a defender su propiedad, se le niega un derecho fundamental, cuyo goce y ejercicio debe ser restituido.*

*Esto trae como consecuencia, que en el procedimiento de amparo el juez enjuicia las actuaciones de los órganos del poder público o de los particulares, que hayan podido lesionar los derechos fundamentales. Pero, en ningún caso, puede 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. No se trata de una nueva instancia judicial o administrativa, ni de la sustitución de los medios ordinarios para la tutela de los derechos o intereses, se trata de la reafirmación de los valores constitucionales, en la cual el juez que conoce del amparo puede pronunciarse acerca del contenido*

*o aplicación de las normas constitucionales que desarrollan los derechos fundamentales, revisar la interpretación que de éstas ha realizado la administración pública o los órganos de la administración de justicia, o establecer si los hechos de los que se deducen las violaciones constitucionales, constituyen una violación directa de la Constitución...” (Cfr. Sentencia de esta Sala Constitucional N° 828 del 27 de julio de 2000, caso: “Seguros Corporativos - SEGUCORP- C.A. y otros”, destacado de este fallo).*

En consecuencia, visto que los argumentos del apoderado judicial de los actores se circunscribe a un mero aserto, carente de argumentos sólidos o de pruebas que lo sustenten y que la lesión denunciada recae en una relación jurídica de naturaleza estatutaria, que no implica una lesión directa e inmediata de los derechos constitucionales aquí denunciados, esta Sala considera que no están dadas las condiciones para preferir la vía del amparo constitucional sobre la querrela funcionarial prevista en la Ley del Estatuto de la Función Pública en el presente caso (*Vid.* Sentencia de esta Sala del 9 de agosto de 2000, caso: “*Stefan Mar*”).

De allí que, esta Sala constata la existencia y falta de agotamiento de las vías procesales ordinarias para obtener la satisfacción del reclamo derivado por el pago de beneficios contractuales y socioeconómicos derivadas de la prestación de una relación de empleo público, razón por la cual considera que la acción de amparo examinada resulta inadmisibles, de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

#### D. *Medidas Cautelares*

**TSJ-SC (685)**

**7-6-2013**

Magistrado-Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Defensoría del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela vs. Facultad de Humanidades y Educación de la Universidad Central de Venezuela.

**La Sala otorga medida cautelar mediante la cual ordena a la Facultad de Humanidades y Educación de la Universidad Central de Venezuela implementar un procedimiento y disponer los recursos técnicos o personales que permitan a los bachilleres con diversidad funcional visual debidamente inscritos presentar la Evaluación Diagnóstica por Área de Conocimiento de Ciencias Sociales 2013.**

Determinado lo anterior, seguidamente esta Sala se refiere a la medida cautelar solicitada por la Defensoría del Pueblo, y, en este sentido, debe señalar que en la (Véase: Sentencia en *Revista de Derecho Público*, N° 81. 2000. pp. 395 y ss.) esta Sala Constitucional asentó la facultad que tiene el juez constitucional para decretar medidas cautelares innominadas dentro del proceso de amparo constitucional.

Por su parte, el artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece que:

*“En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar al tribunal y éste podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes. El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para garantizar la tutela judicial efectiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto”.*

Ahora bien, la Defensoría del Pueblo solicitó como medida cautelar que se ordene a la Facultad de Humanidades y Educación de la Universidad Central de Venezuela que permita a las personas con discapacidad visual que se inscribieron en el lapso pautado por dicha institu-

ción presentar el domingo 9 de junio de 2013 la Evaluación Diagnóstica del Área de Ciencias Sociales 2013, a fin de evitar que la vulneración de derechos humanos devenga en una actuación irreparable, o cualquier otra medida que esta Sala estime pertinente y necesaria para salvaguardar los resultados del juicio y evitar las lesiones constitucionales denunciadas..

En ese sentido, esta Sala Constitucional, haciendo uso de la facultad afianzada en la citada sentencia, considera procedente acordar, a fin de que no se haga nugatorio no sólo el proceso de amparo que cursa ante esta Sala sino también los derechos de los involucrados, la siguiente medida: Se ordena a la Facultad de Humanidades y Educación de la Universidad Central de Venezuela implementar un procedimiento y disponer los recursos técnicos o personales que permitan a los bachilleres con diversidad funcional visual debidamente inscritos presentar la Evaluación Diagnóstica por Área de Conocimiento de Ciencias Sociales 2013.

A tal efecto podrán hacer uso del procedimiento anunciado por el Secretario Ejecutivo de Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas en su oficio del 28 de mayo de 2013 citado anteriormente, según el cual se nombró a una persona encargada de asistir a los alumnos con dicha condición, acompañada de un grupo de estudiantes, para atender a los aspirantes mientras presentaban la prueba, y a tal efecto se dispondría de un aula especial, o de cualquier otro método como la modalidad digital combinada con el uso de una planilla cuyo contenido esté anotado con el sistema Braille o la aplicación de la prueba en forma oral. Ello con el fin de que dichos alumnos puedan presentar la referida evaluación en un plazo breve y razonable. Así se establece.



## Comentarios Jurisprudenciales

### **SOBRE CÓMO NO DEBE EJERCERSE EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES POR UN JUEZ ORDINARIO**

**El caso de una sentencia de un Juez de Municipio de Caracas, que para “garantizar la tutela judicial efectiva,” con la excusa de ejercer el control difuso, violó la Constitución y la Ley, distorsionando el contenido del artículo 185-A del Código Civil**

Allan R. Brewer-Carías

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela*

**Resumen:** *El control difuso de constitucionalidad ejercido por un juez ordinario implica que cuando el juez considere que la norma legal que debe aplicar para decidir el caso concreto es inconstitucional, puede desaplicarla, aplicando preferentemente la Constitución. No puede el juez, so pretexto de ejercer ese control, decidir el caso aplicando la norma legal pero modificando su sentido y contenido. En el caso concreto que se analiza en este comentario, de una decisión de un juez de Municipio, eso fue lo que ocurrió, es un ejemplo de cómo un juez ordinario, no debe ejercerse esa potestad.*

**Palabras Clave:** *Control difuso de la constitucionalidad de las leyes. Método difuso de control de constitucionalidad.*

**Abstract:** *The exercise of judicial review power by ordinary courts implies that the courts, when they considers that a legal provision that they must apply in order to decide the case, is unconstitutional, then ignore it applying instead the text of the Constitution. The ordinary judge, with the pretext of exercising its powers of judicial review, cannot decide the case applying the legal provision, modifying its sense and content. In the judicial case decided by a municipal Judge analyzed in this article, such conduct the one that was followed, being a clear example of how ordinary judges must not exercise such judicial review powers.*

**Key words:** *Judicial Review. Diffuse method of control of constitutionality.*

#### I

Un Juzgado de Municipio del Área Metropolitana de Caracas, al conocer de una solicitud de divorcio por mutuo consentimiento conforme al procedimiento no contencioso previsto excepcionalmente en el artículo 185-A del Código Civil, mediante sentencia dictada de 13 de mayo de 2013,<sup>1</sup> con la excusa de que estaba ejerciendo el *control difuso de constitucionalidad de las leyes* establecido en el artículo 334 de la Constitución de 1999, y desde el siglo XIX, en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil -cuya existencia el Juez ignoró completamente-, procedió, no a desaplicar dicha norma porque la hubiera considerado contra-

---

<sup>1</sup> Juzgado Vigésimo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

ría a la Constitución aplicando preferentemente las previsiones de ésta como hubiera resultado si efectivamente hubiese ejercido dicho control, sino muy por el contrario, procedió a decidir, aplicando dicho artículo -el único, además, en el cual fundamentó su decisión-, pero “reformándolo” íntegramente, trastocando su contenido y sentido, transformado el procedimiento no contencioso previsto en el mismo en uno contencioso, usurpando la competencia de los jueces de primera instancia en lo civil, en un supuesto “proceso contencioso” municipal de divorcio sujeto a la sola voluntad del cónyuge solicitante, sin la necesidad del consentimiento del otro cónyuge, y es más, a pesar de la negación de los hechos por dicho otro cónyuge, y en contra de la objeción formulada por el Ministerio Público.

Con la sentencia, el Juez de Municipio se arrogó la potestad de la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de interpretar la Constitución en los términos del artículo 335 de la Constitución, y asumir la potestad que dicha Sala se ha arrogado, de “reformar” normas legales,<sup>2</sup> particularmente de procedimiento, para “adaptarlas” a las previsiones de la Constitución, altamente cuestionada, y que ha resultado en la “reforma”, por ejemplo, del procedimiento en los juicios de amparo<sup>3</sup> o de las normas adjetivas en materia de lapsos procesales.<sup>4</sup>

La sentencia dictada por el Juez de Municipio, en todo caso, es una muestra *de cómo no debe ejercerse el control difuso de la constitucionalidad de las leyes* en el país, y de cómo el pretendido ejercicio de dicho poder-deber de los jueces sin el conocimiento mínimo de lo que el mismo significa, puede originar arbitrariedades judiciales como la mencionada, incurriendo en absoluta inconstitucionalidad e ilegalidad.

## II

En efecto, como es bien sabido, todo juez de la República tiene la potestad de ejercer el control difuso de constitucionalidad de las leyes en la decisión de los casos concretos sometidos a su conocimiento, a los efectos de asegurar la supremacía e integridad de la Constitución, conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 334 de la Constitución, y que desde el siglo XIX, está regulado en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil.<sup>5</sup> Di-

<sup>2</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “La Sala Constitucional del Tribunal Supremo reformando leyes, y como jurisdicción constitucional, autoproclamándose sin límites, como legislador positivo,” en *Revista de Derecho Público*, N° 128 (octubre-diciembre 2011), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 197-204

<sup>3</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Amparo en Venezuela mediante sentencias interpretativas,” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Arturo Zaldivar Lelo de Larrea (Coordinadores), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional* (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho, (Homenaje Venezolano), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Editorial Jurídica Venezolana (EJV), Caracas 2012, pp. 261-279.

<sup>4</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “La sentencia de los lapsos procesales (1989) y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes”, en *Revista de Derecho Público*, N° 40, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1989, pp. 157-175.

<sup>5</sup> El artículo 334 de la Constitución dispone: [...]: “*En caso de incompatibilidad entre esa Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente*” [...]. El artículo del Código de procedimiento Civil dispone: *Artículo 20*: Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia.” Además, el artículo del Código Orgánico Procesal Penal dispone: “*Artículo 19*: Control de la Constitucionalidad.

chas normas permiten al juez ordinario, para la decisión del caso concreto sometido a su conocimiento, a solicitud de parte o de oficio, en los casos en los cuales consideren que exista una incompatibilidad entre la norma legal que debe aplicar para la decisión judicial del caso y una norma de la Constitución, poder aplicar esta última con preferencia, y desaplicar en el caso concreto la norma legal que rige para el asunto a decidir en el proceso o procedimiento específico.<sup>6</sup> En la aplicación del control difuso, por tanto, el juez tiene que haber efectuado una confrontación entre la norma legal que está llamado a aplicar para decidir el caso y una norma constitucional específica, para poder concluir que aquella es contraria a la Constitución, es decir, es inconstitucional, y por tanto, decidir el caso ignorando la norma legal, es decir, desaplicándola, dando preferencia a la norma constitucional.

### III

En ejercicio del control difuso de constitucionalidad, por tanto, el juez ordinario está limitado a resolver el caso, mediante una decisión expresa de desaplicar una norma legal cuando considere que es incompatible con la Constitución, dando preferencia para decidir el caso a la norma constitucional específica, la cual, por tanto, rige entonces su decisión. En ese ejercicio del control difuso de constitucionalidad, por tanto, no le es dable al juez ordinario cambiar el contenido de una disposición legal, bajo el argumento de que es contraria a la Constitución, y aplicarla para decidir el caso; al contrario, lo único que puede es no aplicarla, dando preferencia a la Constitución.

En otras palabras, el juez ordinario, si considera que la norma legal que está llamado a aplicar para decidir el caso concreto es inconstitucional, lo que puede decidir es no aplicarla en la decisión del caso, aplicando preferentemente la Constitución; pero lo que no puede hacer es que con la excusa del control difuso de constitucionalidad y de que hay normas constitucionales que establecen determinadas garantías judiciales, resolver entonces aplicar efectivamente el artículo de la ley, pero a su manera, en forma distinta a lo establece su texto, es decir, “modificando las normas procesales” que contiene, tal y como lo afirma el juez en su sentencia (folio 522), que es lo ha hecho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en algunos casos en los cuales como supremo tribunal ha interpretado la Constitución ha aplicado el control difuso de constitucionalidad.

En la sentencia mencionada, el Juez Municipal, al decidir, en realidad, no ejerció control difuso de constitucionalidad alguno, sino que en lo que incurrió fue en una clara manifestación de arbitrariedad judicial, usurpando la potestad exclusiva de la Sala Constitucional, como tal supremo intérprete de la Constitución (art. 335), de establecer con carácter general una interpretación general del texto constitucional.

### IV

En el caso concreto de la sentencia del Juzgado Vigésimo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas que se comenta, de 13 de mayo de 2013, la misma, conforme a lo que establece el artículo 185-A del Código Civil, resolvió la solici-

---

Corresponde a los jueces velar por la incolumidad de la Constitución de la República. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional”.

<sup>6</sup> Sobre el control difuso de control de constitucionalidad véase, Allan R. Brewer-Carías, “El método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en el derecho venezolano”, en Víctor Bazán (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Edit. Abeledo-Perrot, dos tomos, Buenos Aires, Rep. Argentina, 2010, Tomo I, pp. 671-690.

tud de divorcio formulada por un cónyuge, **única y exclusivamente en aplicación de dicho artículo 185-A del Código Civil**, para cuyo efecto, el Juez, en la sentencia, no sólo **copió el texto íntegro** de la norma al comienzo de las “Motivaciones para decidir” de su fallo (folios 516 y 517), sino que dicha norma **fue el único fundamento legal** del Primero de los “**Dispositivos**” de la decisión, que fue declarar:

“con lugar la solicitud de divorcio intentada [...] de conformidad con lo establecido en el artículo 185-A del Código Civil de Venezuela” (folio 530).

Dicha norma, que como se dijo, **fue la única norma legal que el juez aplicó al resolver el procedimiento**, la cual no desaplicó en forma alguna, sino que al decidir, lo que hizo fue violarla abiertamente, no sólo cambiándole radicalmente su texto, sino su mismo contenido, sentido y propósito.

El Juez, al decidir, por tanto, en realidad, no ejerció control difuso de constitucionalidad alguno ya que no desaplicó la norma por considerarla, por ejemplo, que era incompatible con alguna norma constitucional. Al contrario, el Juez, como se dijo, dictó su sentencia única y exclusivamente con fundamento en dicha norma del artículo 185-A, pero cambiándole el texto, vaciándolo de contenido, y trastocando su propósito de regular una vía procesal excepcional de divorcio por mutuo consentimiento.

El juez, so excusa del ejercicio del control difuso de la constitucionalidad lo que en realidad hizo fue, además de usurpar la potestad de la Sala Constitucional conforme al artículo 335 de la Constitución, usurpar la función legislativa en relación con la reforma de las leyes que está reservada constitucionalmente al legislador (art. 218), pues para decidir el caso concreto modificó una norma del Código Civil en beneficio del solicitante del procedimiento.

El Juez, por tanto, al decidir el caso, lo que hizo fue reformar puntualmente para el caso concreto el artículo 185-A del Código Civil, en forma evidentemente inconstitucional y arbitraria, violando la ley y la Constitución, usurpando la función legislativa, resultando una sentencia ineficaz y nula de nulidad absoluta en los términos del artículo 138 de la Constitución al disponer que “*Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.*”

## V

La norma del artículo 185-A del Código Civil, en efecto, dispone claramente el *tramite del procedimiento no contencioso de divorcio* que consagra, aplicable a las solicitudes de divorcio formuladas por un cónyuge alegando la ruptura prolongada de la vida en común por haber permanecido ambos cónyuges separados de hecho por más de 5 años, disponiendo a tal efecto, lo siguiente:

*Primero*, que el juez *debe declarar el divorcio* solamente si concurren estos dos elementos: en primer lugar, si el otro cónyuge, una vez citado, reconociere la separación, y en segundo lugar, si el Ministerio Público no hiciese oposición a la solicitud. En este caso, las dos condiciones legales deben cumplirse, es decir, son acumulativas para que el juez pueda decidir la solicitud de divorcio, en el sentido de que es indispensable que el otro cónyuge debe reconocer el hecho de la separación alegada, y el Ministerio Público no debe haber hecho oposición a la solicitud.

*Segundo*, que en cambio, el juez *debe declarar terminado el procedimiento y archivar el expediente*, alternativamente, en caso de que, primero, que el otro cónyuge no haya comparecido a la citación; segundo, que el otro cónyuge atendiese la citación pero negare los hechos de la separación alegados en la solicitud; o tercero, que el Ministerio Público los negare.

En cualquiera de las tres alternativas indicadas en la norma, el juez debe obligatoriamente declarar terminado el procedimiento y archivar el expediente.

Por estas previsiones del artículo, el trámite de divorcio conforme a las mismas se configura como un procedimiento no contencioso, que se equipara a un divorcio por mutuo consentimiento. En el procedimiento previsto no hay otras pruebas que la que acrediten el matrimonio (partida de matrimonio) y en caso de un extranjero, la residencia en el país, de manera que en el mismo no se admite contención, ni hay posibilidad alguna de apertura de articulación probatoria. Si el otro cónyuge, distinto al solicitante, reconoce el hecho de la separación alegada, con ello termina el procedimiento mediante la declaración de divorcio; pero en cambio, si el otro cónyuge distinto al solicitante, no atiende la citación y no comparece, o si negare el hecho de la separación, en cualquiera de estos casos, con ello termina el procedimiento y debe archivarse el expediente. Igualmente ocurre si el Ministerio Público hace oposición a la solicitud, en cuyo caso el procedimiento también termina y se debe archivar el expediente. En estos casos, por supuesto, si alguno de los cónyuges desea iniciar el proceso contencioso de divorcio, conforme a las causales establecidas en el Código Civil, debe entonces acudir a las previsiones que para ello establece el Código de Procedimiento Civil dentro de los procedimientos especiales.

## VI

El Juez de Municipio, en el caso de la sentencia comentada de 13 de mayo de 2013, al aplicar el artículo 185-A del Código Civil para decidir el caso sometido a su consideración, en cambio, y contrariamente a lo explicado respecto al contenido de la norma, ignoró completamente su texto, contenido y propósito, trastocó el procedimiento no contencioso contenido en la misma, cambiándolo por un proceso contencioso, y todo ello en franca violación del artículo 253 de la Constitución que lo obligaba a “conocer de las causas y asuntos de su competencia *mediante los procedimientos que determinen las leyes,*” e igualmente, en franca violación del derecho al debido proceso del cónyuge distinto del solicitante, a ser juzgado “con las garantías establecidas en la Constitución y en la ley” (artículo 49.4), en este caso, las establecidas precisamente en el artículo 185-A del Código Civil.

Sin embargo, al contrario, y en contra del carácter no contencioso del procedimiento establecido en el mencionado artículo 185-A del Código Civil, que no ha sido reformado por el legislador ni interpretado constitucionalmente por la Sala Constitucional en forma distinta a lo que inequívocamente establece, y que garantiza al cónyuge distinto al solicitante que si negare el hecho alegado de la separación, o si el Ministerio Público objetare la solicitud, **el procedimiento tiene que declararse terminado y se debe ordenar el archivo del expediente;** el Juez de Municipio, - se repite -, ignorando el texto y sentido del artículo 185-A del Código Civil, **procedió a aplicarlo, pero no para decidir, conforme a su texto, la terminación del procedimiento ya que el cónyuge distinto al solicitante había negado los hechos de la separación y el Ministerio Público se había opuesto a la solicitud, sino para decidir el caso ignorando el contenido de la norma y reformándola. Es decir, el juez de Municipio no desaplicó la norma para decidir el caso concreto, sino que la aplicó - fue la única que aplicó - pero cambiándole su texto, contenido y propósito.**

Para ello, el juez utilizó diversos argumentos que se encuentran diseminados a lo largo de su sentencia, indicando, por una parte, que:

“resulta jurídicamente imposible afirmar que el proceso de divorcio seguido por el artículo 185-A es un procedimiento de naturaleza voluntaria” (folio 520).

La afirmación ante todo, contradice abiertamente el texto de la norma así como su propósito y razón, que al contrario prevé expresamente un procedimiento no contencioso.

Pero además, esa afirmación, en realidad, no resultó de evaluación constitucional alguna que hubiera llevado al juez a concluir que dicha norma era inconstitucional, y que para resolver el caso debía desaplicarla dando preferencia a una norma constitucional; sino que al contrario, a pesar de dicha afirmación tan tajante y errada, contrariando el texto expreso de la ley, concluyó aplicando la norma, siendo incluso la única que supuestamente aplicó para resolver el caso, pero vaciándola de contenido y cambiando su texto.

## VII

La sentencia dictada por el Juez de Municipio, además, y en una forma incomprensible, se dictó contrariando abiertamente la decisión que un Juzgado Superior que se había dictado un mes antes en el caso, con motivo de un conflicto de competencia que se había planteado entre un tribunal de primera instancia y el Juzgado de Municipio, precisamente por el mismo tema de carácter del procedimiento.<sup>7</sup> El Juzgado Superior Séptimo, en la sentencia dictada el 10 de abril de 2013, al resolver que en el caso, el tribunal con competencia para conocer del procedimiento previsto en el artículo 185-A del Código Civil era del Juzgado de Municipio, lo hizo luego de precisar que conforme a dicha norma, “la no comparecencia o la negativa del cónyuge notificado sobre los hechos no puede en modo alguno considerarse una oposición por cuanto en el presente procedimiento de jurisdicción voluntaria no admite oposición por parte del cónyuge no solicitante, pues la norma es clara al señalar que el proceso culmina si el cónyuge niega el hecho,” por lo que, “la negativa de los hechos realizada por la cónyuge del solicitante no lo constituyen en un divorcio contencioso” (folio 390).

El Juzgado Superior Séptimo consideró como un verdadero “dislate” que el Juez de Municipio hubiera “instruido el procedimiento en forma ajena a las regulaciones legales previstas y posibles para este tipo de acción en la normativa positiva venezolana” (folio 391), calificando de “error” esa instrucción irregular (folio 392), afirmando que el único juicio contencioso para disolver el vínculo matrimonial es “el juicio de divorcio y el procedimiento contencioso de separación de cuerpos y bienes” previsto en el Código de procedimiento Civil, siendo el previsto en el artículo 185-A del Código Civil una alternativa de disolución de dicho vínculo “de mutuo acuerdo” (folio 391). De ello concluyó el Juzgado Superior que:

“resulta inadmisibles que es este caso se hubiese tramitado una solicitud de divorcio propuesta conforme al 185-A del Código Civil, como si se tratase de un asunto contencioso, permitiendo a las partes ejercer facultades no sólo más allá de las permitidas en la ley, sino más allá de las deseadas por el legislador, violentando absolutamente el orden público que regula la normativa y régimen del matrimonio, en este caso, el de su disolución.” (folio 392).

En el caso concreto, el Juzgado Superior Séptimo apreció que “no existiendo mutuo consentimiento entre los cónyuges de cara a la decisión que debía disolver el vínculo en el procedimiento iniciado a tenor del artículo 185-A del Código Civil,” habiendo sido negados los hechos por el cónyuge distinto al solicitante y habiendo el Ministerio Público manifestado oposición a la solicitud, “ninguna articulación o posibilidad de trámite cognitivo podía dársele a este procedimiento, pues eso es tanto como crear un procedimiento no previsto en la Ley, desconociendo el contenido y orden expresa establecida en la Ley positiva, ex artículo 185-A del Código Civil, lo que resulta a todas luces inadmisibles” (folio 393).

Y de todo ello concluyó el Juzgado Superior Séptimo pronunciándose “contra los vicios que infectan el proceso,” considerando “que en el caso de que se dictara sentencia en un

---

<sup>7</sup> Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área metropolitana de Caracas, Exp. AP71-R-2013-000224.

proceso que se ha tramitado como este, inexorablemente se obtendría una decisión absoluta y radicalmente nula, al estar en contravención con una norma positiva expresa que no permite dar el trámite contencioso que se le está dando a este asunto” (folio 393).

### VIII

Y ello fue precisamente lo que el Juez de Municipio hizo en su sentencia de 13 de mayo de 2013, alzándose además contra lo decidido por el Juez Superior, en la cual, al cambiar el carácter no contencioso del procedimiento previsto en el artículo 185-A y convertirlo en un proceso contencioso, llegó a equiparar la negación del hecho de la separación por el cónyuge distinto al solicitante prevista en la norma, a un alegato de reconciliación como si se tratara de “cualquier procedimiento de divorcio,” donde, afirmó, “se hace necesario aportar las pruebas que demuestran la existencia de tal causal” (folio 520).

Partiendo de esta absurda distorsión del procedimiento legalmente prescrito, en contra de la doctrina que un mes antes había sentado en el caso el Juzgado Superior Séptimo, el Juez de Municipio concluyó en la sentencia que se comenta, afirmando en contra del texto expreso de la norma, que el procedimiento establecido en el artículo 185-A del Código Civil tiene “naturaleza contenciosa” (folio 520 in fine), indicando que:

“al ser alegada dentro del procedimiento la reconciliación de los cónyuges o la inexistencia de una separación fáctica por más de 5 años, procede entonces la apertura de una articulación probatoria como la establecida en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil” (folios 520, 521).

Con ello, al hacer esta equiparación ilegal entre un procedimiento no contencioso y un juicio contencioso de divorcio, el Juez de Municipio, en esta sentencia y con esa consideración, violó el derecho al debido proceso del cónyuge distinto al solicitante en los casos en los cuales conforme al artículo 185-A del Código Civil niega el hecho de la separación alegada, al exigirle que en tal caso, como si fuese un alegato de “reconciliación,” en un juicio contencioso de divorcio, debe probar tal hecho negativo de que no hubo la separación alegada en la solicitud. Ello además es contrario a los más elementales principios que rigen las pruebas en el proceso y que se resumen en las siguientes conocidas expresiones latinas que es bueno recordar: *Factum negatis nulla est probatio*. *Factum negatis probatio nulla sit* (Del hecho que niega no existe probación alguna); *Negantis probatio nulla est* (Para los que niegan no existe ninguna prueba); *Impossibilium nulla obligatio est* (No existe obligación alguna de las cosas imposibles).

En el procedimiento concreto que originó la decisión del Juez, por otra parte, de las actas del expediente resulta que no es cierto que el cónyuge distinto al solicitante, haya asumido una “posición de negar que hayan surgido diferencias irreconciliables entre los cónyuges” (folio 521), como sin fundamento alguno lo afirmó el Juez, ya que a lo que dicho cónyuge se limitó a hacer fue a negar los hechos alegados por el cónyuge solicitante ejerciendo el derecho que expresamente le otorga el artículo 185-A del Código Civil, derecho que el juez en su sentencia le negó.

El ejercicio de ese derecho por parte del cónyuge distinto del solicitante – a negar los hechos -, a lo que conducía legalmente conforme al mencionado artículo 185-A, era a la necesaria y obligatoria decisión del juez, precisamente para salvaguardar el derecho a la defensa y al debido proceso, de dar por terminado el procedimiento no contencioso y archivar el expediente, dejando en manos de las partes acudir, si era su decisión, al proceso contencioso de divorcio de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil ante el Juez de Primera Instancia competente.

No le era dable al Juez de Municipio reformar el artículo 185-A del Código Civil, convertir el procedimiento no contencioso previsto en dicha norma en un proceso contencioso de divorcio, y usurpar así la competencia de los jueces de primera instancia.

Con esta decisión, al declarar con lugar el divorcio en forma contraria al artículo 185-A del Código Civil, el juez de Municipio violó además el derecho del cónyuge distinto al solicitante a ser juzgado por el juez natural garantizado en el artículo 49.4 de la Constitución, que en caso de divorcio mediante un proceso contencioso, es el juez de primera instancia en lo civil.

#### IX

Por otra parte, el Juez de Municipio, para adoptar su decisión **aplicando el artículo 185-A del Código Civil**, pero reformando y cambiando su texto, contenido y propósito, argumentó que el “verdadero problema” de dicho artículo “para la tramitación **de esta solicitud de divorcio**” (folio 521), - argumento que demuestra que no fue una abstracción la que guió su decisión como se hubiera requerido de un juez constitucional respecto de las solicitudes de divorcio conforme a esa norma -, es que el procedimiento en la misma previsto, dijo el juez:

“dispone que una de las partes podría privar a la otra de obtener la declaratoria de disolución del vínculo matrimonial al permitirle que por su sola voluntad se extinga el procedimiento” (folios 521-522).

La afirmación, por supuesto, no sólo parte de una premisa contraria a la esencia del método difuso de control de constitucionalidad de las leyes que, como lo indica la jurisprudencia de la Sala Constitucional citada por el propio Juez, exige que se ejerza “en interés ajeno al propio beneficio de su titular, esto es, se ejerce en protección del interés general” (folio 524), y no “de ésta solicitud de divorcio” (folio 521); sino que también parte de un falso supuesto, pues en el caso del artículo 185-A del Código Civil, es el Legislador el que ha dispuesto que si el cónyuge distinto al solicitante “negare el hecho” entonces el Juez debe dar por terminado el procedimiento. Y esa regulación legal, en forma alguna priva a ninguno de los cónyuges de la posibilidad de obtener una declaratoria de disolución del vínculo matrimonial; solo que deben obtenerlo por las vías ordinarias contenciosas previstas en el ordenamiento jurídico, ante el juez de primera instancia mediante un juicio contencioso de divorcio, y no ante un Juez de Municipio en un procedimiento no contencioso.

#### X

El Juez de Municipio, en su sentencia, agregó además, para tratar de justificar la “reforma” que en su decisión efectuó del mencionado artículo 185-A del Código Civil, que desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999:

“no puede tolerarse la existencia de un procedimiento en el cual una de las partes no pueda obtener que se tutelen judicialmente sus derechos, alegar y probar en su favor cuando la otra parte haya contradicho los hechos alegados en su petición y obtener una decisión judicial, que con fuerza de cosa juzgada, dirima la controversia planteada” (folio 522).

Ante esta afirmación debe indicarse que no es cierto que con la regulación del procedimiento no contencioso del artículo 185-A del Código Civil se prive a los cónyuges de las garantías judiciales para la tutela efectiva y defensa de sus derechos e intereses, que están previstas en el proceso de divorcio ante el juez de primera instancia que establece el Código de Procedimiento Civil, que es el proceso que por voluntad del Legislador se establece en el mismo en materia de juicios de divorcio, como “instrumento fundamental para la realización de la justicia” en los términos del artículo 257 de la Constitución.

Por ello, lo decidido por el Juez de Municipio en su sentencia, transformando un procedimiento no contencioso y pretender convertirlo en un proceso contencioso de divorcio, pero sin haber desarrollado un verdadero proceso, usurpando la función del juez de primera instancia en lo civil, ignorando la opinión vinculante del Ministerio Público, y contrariando lo decidido en el caso por un Juzgado Superior, lo en realidad se configura es en una violación flagrante del derecho al debido proceso del cónyuge distinto al solicitante.

## XI

Para tratar de justificar la arbitrariedad judicial cometida de modificar el artículo 185-A del Código Civil para aplicarlo a un caso concreto y específico en beneficio del solicitante, el Juez indicó que de acuerdo con lo previsto en el artículo 334 de la Constitución:

“no es posible contemplar la posibilidad de aplicar un procedimiento que impida a una de las partes tutelar efectivamente sus derechos, en particular el derecho a solicitar y obtener la disolución del vínculo matrimonial, por la sola voluntad de la parte contra la cual se pretende hacer obrar este derecho” (folio 526).

Ante esta afirmación debe observarse, ante todo, que el artículo 334 de la Constitución nada establece sobre los procedimientos y procesos judiciales, de manera que la sola norma no podría invocarse para ejercer el control difuso de constitucionalidad, que exige indicar el artículo constitucional que se pretende aplicar preferentemente a la norma legal que se considera inconstitucional, y que, por tanto, el Juez decide desaplicar para decidir el caso. En este caso, en la sentencia del Juez de Municipio, dicha norma constitucional de supuesta aplicación preferente no se indicó, y además, la norma que se consideraría supuestamente contraria a la Constitución no se desaplicó, sino más bien, fue la única que el juez aplicó para adoptar su decisión.

## XII

Por otra parte, debe mencionarse que lo argumentado por el juez, puso además en evidencia la violación más absoluta del artículo 21 de la Constitución que garantiza el derecho a la igualdad ante la ley; y de los artículos 255, *in fine* y 256 de la Constitución que exigen que los jueces decidan y actúen con imparcialidad, pues como se expresa en el texto antes mencionado de la sentencia, la misma sólo se dicta para la supuesta salvaguarda de los derechos del solicitante en la petición de divorcio formulada conforme al artículo 185-A del Código Civil, ignorando totalmente **el derecho previsto también en dicha norma del cónyuge distinto al solicitante del divorcio**, que es el derecho de negar el hecho alegado en la solicitud y, como consecuencia, el derecho de que en tal caso se dé por terminado el procedimiento no contencioso y se archive el expediente como lo impone la ley.

Olvidó deliberadamente el Juez de Municipio que el artículo 185-A del Código Civil, en efecto, no sólo establece el derecho de un cónyuge de solicitar el divorcio conforme a dicha norma, que tanto se ha afanado el juez en “tutelar,” violando para ello, con su arbitraria sentencia, la misma norma legal y la Constitución; sino que dicha norma del Código Civil, que el juez aplica, también consagra el derecho del cónyuge distinto al solicitante, tanto de negar el hecho formulado en la petición, como de obtener con ello que el juez declare terminado el procedimiento y ordene archivar el expediente, a lo que está obligado el juez; derecho que en forma alguna priva al cónyuge solicitante de su derecho a la tutela judicial efectiva y entablar un juicio de divorcio mediante el proceso contencioso de divorcio que regula el Código de Procedimiento Civil.

Al decidir el juez en su sentencia aplicando el artículo 185-A del Código Civil, pero limitándose a proteger exclusivamente el derecho del cónyuge solicitante del divorcio, pero

ignorando y desprotegiendo el derecho del cónyuge distinto al solicitante también consagrado en el mismo artículo, que – se insiste - el juez aplicó, lo que puso en evidencia fue una absoluta parcialidad a favor del solicitante en perjuicio del otro cónyuge, violando el derecho a la igualdad de las partes que condiciona todo proceso judicial y que garantiza el artículo 21 de la Constitución, en cual también ha sido quebrantado con la sentencia.

### XIII

Por último, debe mencionarse que la sentencia del Juez de Municipio, al violar normas de orden público como la que establece el artículo 185-A del Código Civil, al trastocar el procedimiento que regula, en particular violó además la norma del artículo 285.1 de la Constitución que asigna al Ministerio Público la función de “garantizar en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías constitucionales,” razón por la cual la mencionada norma del Código Civil exige en el procedimiento no contencioso en él previsto, no sólo que se cite al Ministerio Público enviándole copia de la solicitud indicativa del hecho de la separación alegada, sino que “si el Fiscal del Ministerio Público lo objetare, se declarará terminado el procedimiento y se ordenará el archivo del expediente.”

Esta es una norma imperativa, que además, tiene relación con las competencias del Ministerio Público, que son de orden público. Basta que el Ministerio Público objete la solicitud, incluso independientemente de que el cónyuge distinto al solicitante no negare el hecho, para que el juez esté obligado a terminar el procedimiento.

En el caso, incluso el Juzgado Superior que resolvió el conflicto de competencia en su sentencia antes mencionada expresamente advirtió que constaba en actas, la opinión del Ministerio Público, “tercero de buena fe, y a los fines de este procedimiento, garante del orden público asociado a la figura del matrimonio, que en fecha 22 de febrero de 2013, consignó opinión en la que expresó que el presente procedimiento debió ser cerrado y archivado el expediente” (folio 392).

Pero todo ello no sólo lo ignoró el Juez de Municipio en su afán de proteger sólo el derecho del solicitante de divorcio conforme al artículo 185-A del Código Civil, sino que llegó a afirmar, violando abiertamente dicha norma, que “la oposición realizada por el Fiscal del Ministerio Público, por si sola, no produce la terminación del proceso” (folio 529), lo cual no es cierto.

El Juez, sin embargo, citó algunos autores y una sentencia para tratar de reforzar su ilegal aserto, en las cuales lo que en realidad se indica es que la objeción del Ministerio Público en estos casos, debe ser “fundamentada y probada” considerándose la posibilidad para los jueces de desechar dichas objeciones sólo cuando sean “infundadas” (folio 530). Aún cuando ello no está indicado en la norma, en todo caso, para desechar una objeción del Ministerio Público en estos procesos, si se hubiese atendido a esas opiniones doctrinales y jurisprudenciales, lo mínimo que el Juez de Municipio debía haber hecho era fundamentar su decisión de ignorar la objeción del Ministerio Público lo que le exigía razonar porqué la consideró “infundada.” Sobre ello, sin embargo, ni una palabra se consigue en la sentencia.

En fin, a la vista de tantas inconstitucionalidades e ilegalidades cometidas por el Juez de Municipio, lo que queda claro es que con decisiones como la que comentamos, en realidad, lo que estamos es en presencia, no de la aplicación por el juez ordinario del método difuso de control de constitucionalidad de las leyes, de larga tradición en Venezuela, sino de un ejemplo de cómo un juez ordinario, no debe ejercerse esa potestad.

New York, mayo 2013

# IMPROPONIBILIDAD DEL RECURSO ESPECIAL DE JURIDICIDAD (SEGÚN LA SALA DE CASACIÓN SOCIAL)

Carlos Reverón Boulton  
*Abogado*

**Resumen:** *Estudio de la decisión por medio de la cual, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia estableció que en lo sucesivo serán improponibles los recursos especiales de jurisdicción que sean planteados.*

**Palabras Clave:** *Recurso especial de jurisdicción, LOJCA.*

**Abstract:** *Analysis of the decision issued by the Cassation Chamber of the Venezuelan Supreme Court whereby the Court outlawed/prohibited actions at law aimed named “recurso especial de jurisdicción” henceforth.*

**Key words:** *This could refer to whether a claim named “recurso especial de jurisdicción”, which means that the claim involves a controversy whose merit is to determine whether a decision handed down by a lower Court conforms to a principle or rule previously upheld by the “Político-Administrativa” Chamber of the Venezuelan Supreme Court, LOJCA.*

## I. INTRODUCCIÓN

Mediante la sentencia N° 311 del 22 de mayo de 2013, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo decisión N° 311), abandonó el criterio establecido en la sentencia de la Sala Político Administrativa N° 1211 del 06 de octubre de 2011 (caso: *Jesús Eduardo Alfonzo Ramírez*), mediante el cual se estableció que se difería la admisibilidad del recurso especial de jurisdicción, hasta tanto se resolvieran la procedencia de la demanda de nulidad presentada contra los artículos 95 y siguientes de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (decisión de la Sala Constitucional N° 1149 del 17 de noviembre de 2010).

En consecuencia, la Sala de Casación Social, estableció que son improponibles los recursos especiales de jurisdicción mientras se resuelva la demanda de nulidad presentada contra los artículos 23.18 y 95 al 102 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante LOJCA). En definitiva, la Sala estableció que:

*“En virtud de lo expuesto, esta Sala de Casación Social cambia su criterio y establece que son improponibles los recursos de jurisdicción, en las causas que se tramiten según las normas adjetivas de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que le corresponda conocer, hasta tanto sea resuelta la procedencia de la demanda de nulidad presentada contra los artículos 23 (numeral 18) y 95 al 102 de esta Ley y el artículo 26 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su numeral 18, o cese la medida de suspensión de efectos decretada sobre los mismos. Así se declara.*

*Este cambio de criterio no es un asunto meramente formal, al contrario, tiene el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva en las causas sometidas al régimen de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, especialmente, en aquellas donde se ha ejercido el recurso de jurisdicción, en las que si bien no ha tenido lugar el efecto suspensivo del recurso -a falta de admisión-, no han podido ser ejecutadas las sentencias de segunda instancia, ya que el expediente cursa ante esta Sala de Casación Social”.*

El recurso especial de jurisdicción se encuentra definido en el artículo 95 de la LOJCA de la siguiente manera: *La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia podrá, a solicitud de parte, revisar las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia que transgredan el ordenamiento jurídico.* Como se observa, si bien es cierto que en cuanto a la redacción -infelizmente- se le quiso asemejar al recurso de revisión constitucional previsto en el artículo 336.10 Constitucional<sup>1</sup>, su finalidad es la de mantener -a nuestro entender- la unidad y la uniformidad de criterios dentro de la jurisdicción contencioso administrativa (uniformidad de la jurisprudencia)<sup>2</sup>.

La Sala de Casación Social en esa sentencia N° 311, se apartó abiertamente del criterio previamente establecido por la Sala Político Administrativa en la decisión N° 1211 del 06 de octubre de 2011, por medio de la cual se estableció que esa Sala, cúspide de la jurisdicción contencioso administrativa, diferirá el pronunciamiento respecto a la tramitación de los recursos especiales de jurisdicción, hasta tanto se resuelva la demanda de nulidad presentada ante la Sala Constitucional y que fuera decidida -cautelamente- a través de la decisión N° 1149 del 17 de noviembre de 2010 (caso: *Hotel Tamanaco, C.A.*).

La Sala de Casación Social, quien ejerce un contencioso administrativo eventual<sup>3</sup>, además de apartarse de un criterio establecido por la cúspide de esa jurisdicción, lo hace a través de una premisa falsa, pues erradamente se afirmó que: *En este caso la imposibilidad deviene de la ineficacia del artículo 95 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso*

<sup>1</sup> Esta norma ha sido desarrollada por los numerales 10 y 11 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

<sup>2</sup> La uniformidad de la jurisprudencia en sistemas como el nuestro, no anglosajón en el que no aplica un sistema de precedentes, hace referencia a un Estado Juez subordinado al Derecho como garantía al principio de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley. Sin embargo, ello no implica el cambio tempestivo de un criterio jurisprudencial (overruling) que siempre debe aplicar hacia el futuro. Sobre este último aspecto Vid. sentencia de la Sala Constitucional N° 5063 del 15 de diciembre de 2005 (caso: *Andrés Meneses*).

<sup>3</sup> Vid. Decisión N° 955 del 27 de abril de 2000 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (caso: *Eduardo De Jesús Rondón Graterol*).

Vid. Sentencia N° 09 del 05 de abril de 2005 de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia (caso: *Universidad Nacional Abierta*).

Por su parte, La corte Primera de lo Contencioso Administrativo, mediante decisión N° 764 del 20 de julio de 2005 (caso: *Carlos Muñoz y César Palacios*) precisó lo siguiente: “1. La Sala Plena distinguió perfectamente la “jurisdicción ordinaria contencioso-administrativa” (Sala Político Administrativa, Cortes de lo Contencioso Administrativo, y Juzgados regionales de lo contencioso administrativo) de la llamada “jurisdicción contencioso-administrativa especial o eventual” (serían todos los demás tribunales que por excepción y por motivos especiales pudieran conocer de pretensiones nulificadoras de actos administrativos);

2. Como quiera que no existe una norma expresa atributiva de competencia del contencioso-administrativo eventual, entonces debe concluirse que “dicha competencia corresponde a los órganos contencioso administrativos competentes”, y corresponderá a “los tribunales de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de tales asuntos”.

*Administrativa, que deja sin fundamento legal a la petición de nulidad de la sentencia recurrida.* Esa premisa, para concluir que es improponible el recurso especial de juridicidad, carece de validez, pues el recurso existe, no ha sido anulada la base legal, solamente han sido suspendidos cautelarmente los artículos que regulan este especial recurso en la LOJCA.

El objeto de esta nota, será, por una parte, revisar un antecedente que en un caso similar ha existido -nos referimos al pronunciamiento emitido por la Sala Constitucional en la decisión del 17 de noviembre de 2010-. Finalmente, el análisis se realizará con el objeto de comentar la decisión N° 311.

#### I. ANTECEDENTE DE LA DECISIÓN N° 311

El antecedente que queremos revisar de la decisión de la Sala Constitucional N° 1149 del 17 de noviembre de 2010 (caso: *Hotel Tamanaco, C.A.*), es la sentencia de la misma Sala N° 1380 del 29 de octubre de 2009 (caso: *José Martín Medina López*), por medio de la cual se desaplicó “por control difuso” el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo<sup>4</sup>. Esa norma se refiere a la obligación que deberán tener los jueces de instancia de acoger la doctrina de casación dictada por la Sala de Casación Social, en resguardo de la uniformidad de la jurisprudencia.

De esa decisión se observa que en lugar de anularse la norma, erradamente se desaplicó por control difuso la norma en cuestión<sup>5</sup>. Lo que más llama la atención es que el fundamento para desaplicar la norma, es que según la Sala no es correcto que se pretenda vincular a los jueces de instancia a que sigan la doctrina de Casación, pues a su decir, solo las decisiones de esa Sala tienen tal carácter vinculante<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> **Artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.** Los Jueces de instancia deberán acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.

<sup>5</sup> Recuérdese que según el párrafo segundo del artículo 334 Constitucional, a la Sala Constitucional le corresponde de manera exclusiva el control concentrado de la Constitución (para anular una Ley o parte de ella) y que conforme al artículo 336 *eiusdem* esa Sala tendrá la facultad de revisar las decisiones de otros tribunales que desapliquen una norma en favor de la Constitución (control difuso). Al respecto, ver las sentencias de la Sala Constitucional N° 254 del 14 de febrero de 2002 (caso: *Central Cafetalero Valle Verde, C.A.*) y N° 1998 del 22 de julio de 2003 (caso: *Bernabé García*).

<sup>6</sup> “Por tanto, el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo es contrario a lo dispuesto en el artículo 335 de la Carta Magna al pretender obligar o vincular a los jueces de instancia a que sigan la doctrina de casación, siendo que las únicas decisiones que tienen tal carácter vinculante son las dictadas por esta Sala en interpretación de las normas y principios contenidos en la Constitución y en resguardo de la seguridad jurídica y del principio de confianza legítima. Así se declara.

En consecuencia, esta Sala Constitucional, en uso de la potestad prevista en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desaplica por control difuso el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, teniendo el presente fallo carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide” (Decisión de la Sala Constitucional N° 1380 del 29 de octubre de 2009).

Siguiendo esa lógica, en cualquier momento la Sala podrá anular el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil<sup>7</sup> de idéntica redacción al artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, pero de aplicación a la Casación Civil (jurisdicción civil ordinaria).

De la anterior decisión se puede inferir, a modo de conclusión, que la Sala Constitucional quiere ser el único órgano jurisdiccional o Sala del Tribunal Supremo de Justicia que mantenga el monopolio de revisar, examinar, revocar o anular cualquier decisión en caso de que se desconozca el carácter vinculante de su jurisprudencia<sup>8</sup>, no permitiéndolo así, por ahora cautelarmente a la Sala Político Administrativa, la potestad otorgada por la LOJCA de que esa Sala pueda mantener la uniformidad de la jurisprudencia dentro del contencioso administrativo.

## II. COMENTARIOS RELACIONADOS CON LA DECISIÓN N° 311

Los Juzgados Superiores del Trabajo y la Sala de Casación Social actúan como una jurisdicción contenciosa administrativa eventual, en virtud de que a éstos les corresponde conocer en primera y segunda instancia, respectivamente, ejercer el control sobre los actos emanados por el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales<sup>9</sup> y por las Inspectorías del Trabajo<sup>10</sup>, de allí su importancia para el estudio dentro del contencioso administrativo.

De ese modo encontramos que para la cúspide del contencioso administrativo, esto es, la Sala Político Administrativa según se afirma en los artículos 11 y 13 de la LOJCA, los recursos especiales de juridicidad que se presenten serán tramitados (diferidos) luego de que se resuelva la demanda de nulidad presentada contra los artículos que regulan ese especial recurso (sentencia N° 1211 del 06 de octubre de 2011, de esa Sala). Mientras que la Sala de Casación Social (contencioso eventual), apartándose de ese criterio, estableció en la decisión que se analiza que tales recursos serán improponibles.

---

<sup>7</sup> **Artículo 321 del Código de Procedimiento Civil.** Los Jueces de instancia procurarán acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.

<sup>8</sup> Conforme al artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las únicas decisiones que tienen tal carácter vinculante son las referidas a la interpretación sobre el contenido o alcance de normas constitucionales, no así el resto de las decisiones que escapen de ese ámbito. En efecto, esa norma dispone que: “...*Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República*”.

<sup>9</sup> El conocimiento por parte de los Juzgados Superiores del Trabajo quedó reafirmado en la sentencia de la Sala Plena N° 27 del 26 de julio de 2011 (caso: *Agropecuaria Cubacana, C.A.*) que hace referencia a la disposición transitoria séptima de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo.

<sup>10</sup> Los Juzgados Superiores de Trabajo, son competentes para conocer de los actos que dicten las Inspectorías del Trabajo, según ha sido reiterado recientemente ante otros por la Sala Político Administrativa en la decisión N° 1386 del 22 de noviembre de 2012 (caso: *Constructora Vialpa, S.A.*). Ese conocimiento ha sido excluido de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ordinaria en razón de lo establecido en el artículo 25.3 de la LOJCA. Véase también sentencia de la Sala Constitucional N° 955 de fecha 23 de septiembre de 2010 (caso: *Bernardo Santeliz*).

Para nosotros, todo pronunciamiento que realice la Sala de Casación Social en conocimiento de este especial recurso se hace de manera incompetente ya que el artículo 23.11 de la LOJCA, así como los artículos que hacen referencia a este medio procesal, otorgan la competencia de manera exclusiva a la Sala Político Administrativa (artículos 95, 97, 98, 100 y 101 de la LOJCA)<sup>11</sup>.

De desecharse la demanda de nulidad que pesa sobre los artículos que regulan el recurso especial de jurisdicción, la Sala Político Administrativa podrá en ese supuesto mantener la uniformidad de la jurisprudencia dentro del contencioso administrativo (finalidad de ese recurso), pues podrá revisar y revocar las decisiones de la Sala de Casación Social que dicte dentro del marco de esa jurisdicción, en virtud de que el recurso especial de jurisdicción tiene por objeto “revisar” sentencias definitivas dictadas en segunda instancia (artículo 95 de la LOJCA)<sup>12</sup>.

Solo tocará corregir y delimitar de manera expresa que solo la Sala Político Administrativa es la competente para tramitar y decidir los recursos especiales de jurisdicción que se planteen, así como, que solo deberá revisar decisiones definitivas de segunda instancia que se produzcan en el ámbito de su jurisdicción.

### III. CONCLUSIONES

La sentencia N° 311 estableció que serán improponibles los recursos especiales de jurisdicción que se propongan en lo sucesivo, abandonando así el criterio establecido en la sentencia de la Sala Político Administrativa N° 1211 del 06 de octubre de 2011 (caso: *Jesús Eduardo Alfonzo Ramírez*), mediante el cual se estableció que se difería la admisibilidad del recurso especial de jurisdicción, hasta tanto se resolvieran la procedencia de la demanda de nulidad presentada contra los artículos 95 y siguientes de la LOJCA (decisión de la Sala Constitucional N° 1149 del 17 de noviembre de 2010).

Como consecuencia de esa decisión, en la actualidad los recursos de jurisdicción que conozca la Sala de Casación Social, como contencioso eventual, serán declarados como improponibles, mientras que los que conozca la Sala Político Administrativa se diferirá su pronunciamiento, hasta tanto la Sala Constitucional emita una sentencia definitiva sobre la acción de nulidad que se tramita sobre los artículos que regulan el recurso especial de jurisdicción.

Para nosotros, todo pronunciamiento que realice la Sala de Casación Social en conocimiento de este especial recurso se hace en ausencia de base legal, pues el artículo 23.11 de la LOJCA otorga la competencia de manera exclusiva a la Sala Político Administrativa para tramitar y decidir estas causas.

Resulta evidente que en la actualidad -sin estar anulados- los artículos que regulan el recurso especial de jurisdicción, negar la presentación de este recurso por parte de una Sala (además incompetente) viola abiertamente la tutela judicial efectiva, al negar el acceso a los ciudadanos a la justicia a través de un recurso que se encuentra positivamente reconocido en

---

<sup>11</sup> Es de hacer notar, que la Sala Político Administrativa erradamente suele declinar la competencia a la Sala de Casación Social para que conozca del recurso especial de jurisdicción que le han sido planteados cuyo objeto tenga el examen de actos de “naturaleza laboral”, tal y como sucedió por ejemplo en la causa que dio por origen la decisión N° 311.

<sup>12</sup> Por ejemplo, la Sala de Casación Social en la decisión N° 477 del 21 de junio de 2013 (caso: *Mercantil, C.A., Banco Universal*) interpretó a su modo de entender el artículo 37 de la LOJCA, lo cual podría ser revisado por la Sala Político Administrativa a través del recurso especial de jurisdicción.

el ordenamiento jurídico venezolano. Sin embargo, para esa Sala, como se observa de la parte motiva de la decisión N° 311, la suspensión de efectos de la norma lo equipara como la inexistencia de este medio procesal por haberse suspendido y no anulado las normas que lo contemplan en la LOJCA.

Estimamos que de no ser procedente la demanda de nulidad ejercida contra los artículos 95 y siguientes de la LOJCA, la Sala podrá “revisar” las decisiones que dicte la Sala de Casación Social actuando como una segunda instancia dentro del contencioso administrativo, pues precisamente ese es el objeto del recurso y de esa forma se podrá mantener la uniformidad de la jurisprudencia.

# EL ESTADO, LA REPÚBLICA Y LA NACIÓN. PRECISIÓN SOBRE LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y SOBRE EL ERROR EN EL QUE INCURRIÓ LA SALA CONSTITUCIONAL AL CONFUNDIR LA “NACIÓN” CON LA “REPÚBLICA”

Allan R. Brewer-Carías

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela*

**Resumen:** *En el ordenamiento constitucional venezolano, la “República” es una de las personas territoriales del Estado Venezolano, con ámbito de competencia nacional, que se diferencia de los Estados y Municipios, que son las personas jurídicas con competencias en sus respectivos niveles territoriales. La “Nación,” en cambio, es un concepto político y sociológico, carente de personalidad jurídica, que no puede confundirse con la República como lo ha hecho erradamente la Sala Constitucional.*

**Palabras Clave:** *República. Nación. Estado. Personas jurídicas.*

**Abstract:** *In the Venezuelan constitutional system, the “Republic” is one of the territorial legal persons of the Venezuelan State, with national jurisdiction, different to the States and Municipalities that are legal persons with jurisdiction in their respective territorial levels. The “Nation,” instead, is a political and sociological concept, without legal personality, that cannot be mix with the Republic as the Constitutional Chamber has erroneously done.*

**Key words:** *Republic. Nation. State. Legal Persons.*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1080 de 7 de julio de 2011,<sup>1</sup> luego de analizar el “régimen estatutario de derecho público del derecho agrario,” constató que el “derecho a la seguridad agroalimentaria” se había levantado como un “nuevo paradigma en la sociedad venezolana” en el artículo 305 de la Constitución, en el cual, además se dispuso como principio que “La producción de alimentos es de interés nacional y fundamental para el desarrollo económico y social de la Nación.”

La Sala Constitucional, sin embargo, cuestionó que en dicha norma se hubiese utilizado el término “Nación,” precisamente para referirse a la “sociedad venezolana,” y dijo al interpretar dicho artículo 305, que debía:

“[...] la Sala aclarar que el Constituyente en el artículo 305 eiusdem cometió un error, al confundir un término eminentemente sociológico como lo es el de Nación cuando debe referirse a estructuras político territoriales como Estado o República”.

---

<sup>1</sup> Sentencia N° 1080/2011 dictada con motivo de la revisión constitucional de una sentencia dictada por un Juez Superior Agrario en la cual desapplicó los artículos 699 al 711 del Código de Procedimiento Civil en un proceso agrario. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1080-7711-2011-09-0558.html>

Por supuesto, en este caso, el Constituyente no cometió error alguno, ni el artículo 305 está errado. El error, y garrafal, es el que cometió la Sala Constitucional al confundir a la “Nación” con la República o con el Estado.

El artículo 305 de la Constitución, en efecto, está destinado a regular los principios de la seguridad alimentaria y del desarrollo agrícola, a cuyo efecto el Constituyente deliberadamente utilizó los términos “Estado” y “Nación” en dos sentidos diferentes, por una parte, al establecer, obligaciones asignadas a los entes públicos; y por la otra, al definir los objetivos de políticas públicas, en la forma siguiente:

En el primer sentido, en efecto, la noma precisó una serie de obligaciones a cargo del Estado, en particular, las de promover la agricultura sustentable como base del desarrollo rural integral; las de dictar las medidas necesarias para alcanzar niveles estratégicos de auto-abastecimiento; y las de proteger los pescadores artesanales y caladeros de pesca en las costas.

En el segundo sentido, la norma definió como marco general de política pública en materia de seguridad alimentaria y desarrollo agrícola, declarando como se indicó, que “la producción de alimentos es de interés nacional y fundamental para el desarrollo económico y social de la Nación.”

Es evidente de dicha norma, que ambos términos, Estado y Nación, fueron utilizados con sentido diferente: la palabra Estado, para referirse al conjunto de entes públicos, que en definitiva son sujetos de derecho público, a los cuales se asignan obligaciones públicas que deben cumplir; y la palabra Nación, para referirse al objetivo final del cumplimiento de sus obligaciones por el Estado, que como política pública no es otro que lograr el desarrollo de la “Nación” en el sentido de la globalidad de la sociedad venezolana.

Por tanto, la Sala Constitucional no tiene nada que “aclarar” y menos señalar que el Constituyente supuestamente habría cometido un “error” al utilizar correctamente la palabra “Nación” en dicha norma, precisamente en su sentido propio como “término eminentemente sociológico” para distinguirlo de Estado, como término jurídico que apunta a identificar sujetos de derecho público.

No sólo el error no existe, sino que de existir, la propia Sala Constitucional habría incurrido en él, en su propia sentencia, cuando en párrafos anteriores, utilizando precisamente las mismas expresiones “Estado” y “Nación” indicadas en el artículo 305, pero respecto de la “competencia agraria,” puntualizó que la Constitución había concebido

“una reforma del marco institucional del **Estado**, que traza una redefinición estructural del arquetipo para el desarrollo de la **nación** y, particularmente de las competencias del Estado - los órganos del Poder Público- (Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.444/08), la legislación vigente y la **sociedad**, en orden a armonizarlo con los fines que le han sido constitucionalmente encomendados.”<sup>2</sup>

Al atribuir erradamente un “error” al Constituyente, la Sala Constitucional no se percató de que ella misma, en la misma sentencia, en párrafos anteriores a su desacertada afirmación, había incurrido en el mismo supuesto “error.”

---

<sup>2</sup> *Idem.*

En todo caso, la acusación infundada de la Sala Constitucional, amerita aclararle, para evidenciar su propio error que precisemos, en el ordenamiento constitucional venezolano, el significado y alcance de los términos: Estado, República y Nación, los cuales se utilizan a lo largo del articulado de la Constitución con sentido esencialmente diferente, particularmente en relación con el tema de la personalidad jurídica en derecho público.<sup>3</sup>

## I. EL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN

El “Estado” en Venezuela es un término que se utiliza en la Constitución para identificar a Venezuela como la comunidad política independiente (art. 1) organizada como Estado federal descentralizado (art. 4), denominada “República Bolivariana de Venezuela” (art. 1), con su sistema de gobierno (art. 6) y agrupando a sus habitantes en el territorio nacional (art. 16). Aun cuando sólo los ciudadanos son los que tienen derechos políticos para la elección de sus autoridades como sus representantes (Art. 40), excepcionalmente, sin embargo, los extranjeros tienen derecho a voto en las elecciones estatales y municipales (Art. 64).

En esta forma, el Estado, así considerado, se lo identifica en la Constitución utilizándose dos términos jurídicos: el de Estado y el de República Bolivariana de Venezuela, teniendo dos ámbitos de proyección: uno, en el orden internacional, como sujeto de la comunidad internacional; y otro, en el orden interno, integrado por un conjunto de personas jurídicas o sujetos de derecho público que derivan de la organización política y territorial del Estado.

### 1. *El uso de la palabra Estado en la Constitución*

En una sentencia dictada por la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia No. 285 de 4 de marzo de 2004, al interpretar con carácter vinculante el artículo 304 de la Constitución, la misma señaló:

“El Estado, al menos entre nosotros, es visto como la personificación de la República a efectos internacionales (en el entendido de que sólo la República tiene poder para las relaciones exteriores) e incluso como la forma de englobar el conjunto de personas públicas a ciertos efectos nacionales (como sería el caso de asuntos atribuidos a todas las personas públicas, incluso no territoriales, por lo que no es necesario distinguir entre ellas y se les trata en común; tal es el supuesto del deber del Estado de procurar la salud o la educación de la población, que en ningún caso puede ser considerado como una obligación exclusiva de un ente).”<sup>4</sup>

Es decir, la palabra Estado se utiliza para identificar, por una parte, al Estado venezolano o a la República Bolivariana de Venezuela como sujeto de derecho internacional; y como

---

<sup>3</sup> Sobre lo cual nos hemos ocupado repetidamente durante las últimas décadas, en Allan R. Brewer-Carías, “Sobre las personas jurídicas en la Constitución de 1999” en *Derecho Público Contemporáneo. Libro Homenaje a Jesús Leopoldo Sánchez*, Estudios del Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, enero-abril 2003, Volumen 1, pp. 48-54; “El régimen de las personas jurídicas estatales político-territoriales en la Constitución de 1999” en *El Derecho constitucional y público en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello, de Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados, Caracas 2003, pp. 99-121; “La distinción entre las personas jurídicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho” en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, N° 17, Buenos Aires 1977, pp. 15-29, y en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 57, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976, pp. 115-135.

<sup>4</sup> Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 278-279. Véase igualmente en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/285-040304-01-2306%20.htm>

la representación del conjunto de personas jurídicas de derecho público estatales que lo integran en el orden interno, y que son la República como persona jurídica estatal en el ámbito nacional, los Estados de la federación como personas jurídicas estatales en el ámbito estatal y los Municipios como personas jurídicas municipales en el ámbito municipal. Como lo dijo la misma Sala Constitucional en la sentencia antes citada de 2004: “en Venezuela existe una división político-territorial a tres niveles –República, Estados y Municipios–, y los entes de cada uno de ellos gozan de personalidad jurídica (la República, que es una sola; 23 Estados y 335 Municipios).”<sup>5</sup>

En relación con la utilización de la palabra “Estado” en la Constitución, en su proyección hacia el ámbito interno, por ejemplo, se la emplea para establecer la responsabilidad patrimonial (Art. 140) o para prever obligaciones prestacionales por ejemplo en materia de salud o educación (Arts. 83 y 102), casos en los cuales, por supuesto, las normas se refieren en global y en conjunto a todas las personas que en el ámbito interno puedan configurar al Estado, es decir, a la República, a los estados de la Federación, a los municipios, al Distrito capital y a los distritos municipales.

El “Estado”, en ese contexto, no sólo es la “República” como persona jurídica nacional, sino el conjunto de entidades o comunidades políticas que conforman la organización política de la sociedad venezolana. Es en este sentido global que la Constitución también utiliza la expresión “Estado” en el Preámbulo y en los artículos 2; 3; 4; 5; 15; 19; 26; 29; 30; 31; 43; 46; 49,1,8; 52; 55; 56; 59; 62; 67; 75; 76; 78; 79; 80; 81; 82; 83; 84; 85; 86; 87; 88; 89; 89,6; 91; 94; 96; 98; 99; 100; 101; 102; 103; 104; 106; 108; 109; 110; 111; 112; 113; 118; 119; 120; 121; 122; 123; 125; 126; 127; 128; 129; 135; 136; 140; 142; 145; 152; 156,32; 189,1,3; 211; 226; 272; 274; 281,2; 281,9; 285,4; 299; 305; 306; 307; 308; 309; 310; 312; 318; 321; 322; 326 y 347. Esta puede decirse, por tanto, que es la regla en la Constitución, es decir, la utilización de la palabra “Estado” principalmente para calificar a Venezuela como la globalidad de su comunidad política; siendo excepcionales los casos en que se utiliza la expresión para identificar a una sola de las personas jurídicas que conformen al Estado en el ámbito interno.

Este último es el caso, por ejemplo, de los artículos 37; 49,8; 250; 251; 254; 273; 301; 302; 313; 320; 324 y 328 de la Constitución donde se utiliza la expresión “Estado” pero para referirse, en realidad, sólo a una de las personas jurídicas del Estado en el ámbito interno, a la “República” como persona jurídica político territorial nacional.

## 2. *El uso de la expresión República Bolivariana de Venezuela en la Constitución*

Por otra parte, como se dijo, la Constitución también utiliza para identificar al Estado, globalmente considerado, la expresión “República Bolivariana de Venezuela,” lo que ocurre, por ejemplo, los artículos 1, 4 y 6 de la Constitución, al referirse a la “República Bolivariana de Venezuela” como Estado independiente, al Estado Federal descentralizado o para determinar los principios del gobierno. En esos casos, los artículos se refieren al “Estado” venezolano como organización política de la sociedad que comprende a la República, a los estados y a los municipios y demás entidades locales. En igual sentido los artículos 69; 186; 299; 318 emplean la expresión “República Bolivariana de Venezuela” como sinónimo de “Estado.”

Sin embargo, también en este caso de la frase República Bolivariana de Venezuela, se pueden encontrar normas de la Constitución donde se la utiliza para referirse sólo a una de las

---

<sup>5</sup> *Idem.*

personas jurídicas que en el orden interno organizan al Estado, es decir a la República como persona jurídica “nacional,” en contraposición con los Estados y los Municipios, como sucede en los artículos 312 y 315 cuando se refiere a la “República Bolivariana de Venezuela.” En estos casos, en realidad las normas se refieren a la República como persona jurídica nacional y no a las diversas personificaciones del Estado.

En otros casos, en lugar de República Bolivariana de Venezuela para identificar al “Estado” como titular del Poder Público (en todas sus ramas nacional, estatal y municipal) y comprensivo de las diversas personas jurídicas políticas territoriales que lo comprenden (República, estados, municipios y otras entidades locales), se ha recurrido a la palabra “República” como ocurre en el Preámbulo de la Constitución y sus artículos 8, 10, 11, 19, 32, 36, 50 y 278.

Por todo lo anterior, y a pesar de algunas inconsistencias, no en todos los casos los conceptos, Estado y República, tienen el mismo significado,<sup>6</sup> y menos aún con el concepto de Nación.

## II. LA REPÚBLICA COMO PERSONA JURÍDICA NACIONAL Y LAS OTRAS PERSONAS ESTATALES EN EL ÁMBITO INTERNO

Conforme a la Constitución, como se ha dicho, el Estado, en el ámbito interno, está configurado por un conjunto de personas jurídicas políticas territoriales, que como entidades o comunidades políticas resultan de la distribución vertical del Poder Público en el territorio y que conforman, por tanto, la división política territorial del Estado venezolano.

En este campo, en particular, la forma federal del Estado venezolano como sistema de descentralización política en tres niveles territoriales, es la que origina estas personas jurídicas de derecho público, cuyo establecimiento, en definitiva, lo hizo el Constituyente al sancionar la Constitución, y que son:

(i) *la República*, concebida aquí como una de las personas jurídicas en el ámbito interno (no confundible, en general, con el “Estado” o con la “República Bolivariana de Venezuela”), cuyos órganos ejercen el Poder Público Nacional y cuyo ámbito de actuación territorial es todo el territorio nacional;

(ii) los *23 estados* federados, cuyos órganos ejercen el Poder Público Estatal, y cuyo ámbito territorial es el territorio que tiene cada estado de acuerdo a la división política territorial de la República, y

(iii) los *municipios*, cuyos órganos ejercen el Poder Público Municipal, y cuyo ámbito territorial es el territorio que tiene cada municipio de acuerdo a las leyes de división territorial de cada estado de la federación. También constituyen personas de derecho público político territoriales, el Distrito Capital y los distritos municipales y, en particular, el Distrito Metropolitano de Caracas<sup>7</sup> y el Distrito del Alto Apure<sup>8</sup>, cuyos órganos también ejercen el Poder Municipal

---

<sup>6</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado de derecho y control judicial*, Madrid 1985, pp. 571 y ss, donde se critica la sentencia de la Sala Política Administrativa de 20-01-83, (Véase *Revista de Derecho Público*, Nº 13, Caracas, 1983, pp. 110-163), en la cual se confunden inadecuadamente, dichos conceptos.

<sup>7</sup> Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, *Gaceta Oficial* Nº 36.906 de 08-03-2000.

Todas estas personas jurídicas político-territoriales, por supuesto, son personas jurídicas *estatales*, en cuanto a que conforman la organización política del Estado venezolano.

Ahora bien, concentrándonos en la comunidad política nacional con personalidad jurídica sujeto de derechos y obligaciones, cuyos órganos son los que ejercen el Poder Público Nacional, la Constitución, en general y como se ha dicho, la identifica con el término “República.” Esta es la persona jurídica político territorial nacional, como titular del Poder Público Nacional y, por tanto, diferenciada de los estados y municipios, siendo como se dijo, en este sentido, que se emplea en general el término “República” en la mayoría de las normas constitucionales. Es el caso de los artículos 11; 18; 19; 129; 145; 152; 153; 154; 155; 236,4; 253; 266,4; 267; 324; 336,5 de la Constitución.

Esa personalidad jurídica nacional surge de la Constitución, aun cuando no haya una norma constitucional que señale expresamente que la República “es una persona jurídica,” o que tenga personalidad jurídica como, en cambio, sí lo señala respecto de los estados (Art. 159) y respecto de los municipios (Art. 168).

En todo caso, la referencia a la República como persona jurídica nacional, por ejemplo, deriva de los artículos 129 y 145 que la identifican como sujeto de derecho contractual, sin necesidad de acudir a la vieja ficción del Fisco como persona, conforme lo regulaba la vieja Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional; norma que fue expresamente derogada por la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

Ahora bien, la República, como persona jurídica, actúa a través de los órganos que ejercen el Poder Público Nacional en sus cinco ramas: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Ciudadano y Poder Electoral (Art. 136). En particular, la República actúa a través de la Asamblea Nacional, integrada por diputados electos que ejercen el Poder Legislativo Nacional; del Presidente de la República, también electo popularmente y del vicepresidente de la República, de los ministros, del Procurador General de la República y demás órganos ejecutivos, los cuales ejercen el Poder Ejecutivo Nacional; del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales, los cuales ejercen el Poder Judicial; del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República y del Defensor del Pueblo, los cuales ejercen el Poder Ciudadano; y del Consejo Nacional Electoral, que ejerce el Poder Electoral. Todos estos son órganos de una y única persona jurídica que es la República, y ninguno de dichos órganos, por tanto tiene ni puede tener personalidad jurídica propia.

Todos estos órganos, por tanto, al actuar, actualizan la personalidad jurídica de la República aun cuando, por supuesto, ésta se manifiesta fundamentalmente cuando actúan los órganos de la Administración Pública en ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional, conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Es en todo caso, en este contexto de la expresión “República” como referente a la persona jurídica pública nacional, que puede decirse como lo ha dicho la Sala Constitucional en sentencia No. 794 de la Sala Constitucional de 27 de mayo de 2011, que en el texto constitucional hay una “asimilación entre lo nacional y la República;”<sup>8</sup> no siendo correcto en absoluto

---

<sup>8</sup> Ley Especial que crea el Distrito del Alto Apure (Ley N° 56), *Gaceta Oficial* N° 37.326 de 16-11-2001.

<sup>9</sup> Caso, avocamiento procesos penales y desaplicación por control difuso del artículo 231 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de 2010, en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/mayo/11-0439-27511-2011-794.html>

decir, como también lo ha dicho la Sala Constitucional, que “Nación es República, de la misma forma en que nacional es lo que a esa República se concede o le interesa.”<sup>10</sup>

Es insólitamente simplista asociar lo que son competencias “nacionales” (de los entes u órganos nacionales) establecidas en la Constitución con el término “Nación,” sobre todo cuando éste en todos los casos en los cuales se usa y no excepcionalmente como lo afirma la Sala Constitucional, para usar su propia terminología se “emplea como sinónimo de pueblo.” Es decir, en ninguno de los artículos en los cuales el Constituyente utilizó la palabra “Nación” lo hizo refiriéndose a la “República” como persona jurídica nacional. Siempre lo hizo correctamente, es su acepción sociológica.

### III. LA NACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN

En efecto, cuanto al término Nación, en la Constitución se lo utiliza en general como un concepto sociológico o socio político, referido a la sociedad venezolana en su conjunto, como comunidad organizada y con su población asentada en un territorio, con sus propias y definidoras características y tradiciones históricas y culturales que la han moldeado durante más de doscientos años.

Ese concepto de Nación no apunta a ninguna persona jurídica específica, ni a identificar ningún sujeto de derecho público específico. No se refiere en general, ni al Estado venezolano o a la República Bolivariana de Venezuela, ni a sus personas territoriales, como la República, los Estados o los Municipios. Se refiere a la sociedad venezolana como comunidad organizada con todos sus componentes, incluso los que configuran al Estado. Por tanto, esencialmente, no es posible confundir la Nación con el Estado ni con la República como persona jurídica nacional.

Por ello, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en la sentencia No. 285 de 4 de marzo de 2004, al interpretar el artículo 304 de la Constitución sobre la declaración de las aguas como del “dominio público de la Nación” se refirió al concepto de Nación, como

“un vocablo de indudable interés jurídico, pero que tiene un sustrato sociológico: es una forma de referirse a un pueblo, entendido como tal aquél que la Teoría General del Derecho Público exige como uno de los tres elementos definidores del Estado: un conjunto de personas que, sin necesidad de vínculos concretos entre sí, tienen un sentimiento de cercanía que les une indefectiblemente.”<sup>11</sup>

El artículo 304 de la Constitución en efecto declara que “Todas las aguas son bienes de dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo.” La norma no declaró que fueran del dominio público del “Estado” ni de la “República,” ni de alguna otra persona jurídica pública; las declaró del dominio público “de la Nación,” es decir de todos, precisamente por ser las aguas insustituibles para la vida y el desarrollo.

---

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 278-279.

Las aguas, en realidad, pertenecen a todos, son por ello esencialmente de uso común conforme a la Ley de Aguas<sup>12</sup> para beber, bañarse o navegar (art. 61.1), la cual además aclara que “el acceso al agua es un derecho humano fundamental” y que “el agua es un bien social” (art. 5). Otra cosa es la gestión y el manejo de las aguas que por supuesto, corresponde a las personas de derecho público que indica la Ley.

Pero sin embargo, luego de identificar el concepto de Nación, tan diferente del de Estado, la Sala Constitucional en dicha sentencia pasó a afirmar sin mayor argumentación lógica ni jurídica que “en Venezuela no existe dificultad en asimilar Nación y Estado, estimándose que la Nación es el pueblo que lo forma,” y así a establecer una interpretación constitucional vinculante dicha norma el artículo 304 de la Constitución<sup>13</sup> indicando en sentido diametralmente contrario a lo en ella establecido, que “el término Nación debe ser entendido como sinónimo de República” lo cual es un error; garrafal, por cierto.

Para ello, la Sala Constitucional incluso llegó a afirmar, también erradamente, que “en la Constitución venezolana figura escasamente el término Nación,” siendo el artículo 304 “una de las contadas normas que lo recogen.” Nada más errado.

Al contrario, la Constitución usa el término Nación en muchos artículos, y en todos ellos, bien diferenciado del término Estado o República. Así resulta de los siguientes artículos donde la Constitución usa la palabra Nación: El artículo 1, cuando identifica los “derechos irrenunciables de la Nación” (la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional); el artículo 9, cuando indica que los idiomas indígenas constituyen “patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad;” el artículo 41 cuando se refiere a los Ministros “de los despachos relacionados con la seguridad de la Nación;” el artículo 99, cuando dispone la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los “bienes que constituyen el patrimonio cultural de la Nación;” el artículo 109, al regular a la Universidad y su autonomía, “para beneficio espiritual y material de la Nación;” el artículo 113 al regular la explotación de los “recursos naturales propiedad de la Nación;” el artículo 126, al declarar que los pueblos indígenas “ forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible;” el artículo 130, al establecer los deberes de los venezolanos de “resguardar y proteger[...] los intereses de la Nación;” el artículo 187.8, al atribuir a la Asamblea Nacional competencia para “aprobar las líneas generales del plan de desarrollo económico y social de la Nación;” el artículo 187.8,

---

<sup>12</sup> Véase en *Gaceta Oficial* No. 38.595 de 2-1-2007. Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Ley de Aguas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

<sup>13</sup> Fue por ello que recogiendo esa “interpretación vinculante,” al citar la sentencia de la Sala Constitucional, indiqué en 2005 que “La República, en la normativa constitucional, como persona político territorial nacional equivale a la Nación, en los términos de titularidad, por ejemplo, del dominio público sobre las aguas.” Véase Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005, p. 366 y ss. La afirmación, insisto, la hice al recoger lo decidido por la Sala Constitucional, pero con cuyo contenido no estaba ni estoy de acuerdo, particularmente en relación con el tema de la declaratoria del dominio público de las aguas. Véase Allan R. Brewer-Carías, “La declaratoria de todas las aguas como del dominio público en el Derecho Venezolano” en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de Montevideo, Nos. 3-4, año XXIII, Montevideo 1975, pp. 157-169; y “El régimen de las aguas en Venezuela. Efectos de su declaratoria general y constitucional como bienes del dominio público,” en Jorge Fernández Ruiz y Javier Santiago Sánchez (Coord), *Régimen jurídico del agua. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007, pp. 33-86

al atribuir también a la Asamblea Nacional competencia para “autorizar al Ejecutivo Nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la Nación;” el artículo 236. 23, al atribuir al Presidente de la República, competencia para “convocar y presidir el Consejo de Defensa de la Nación;” el artículo 304, al declarar que “todas las aguas son bienes de dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo;” el artículo 305, al declarar que “la producción de alimentos es de interés nacional y fundamental para el desarrollo económico y social de la Nación;” el artículo 309, al disponer que exigir “la artesanía e industrias populares típicas de la Nación, gozarán de protección especial del Estado;” el artículo 318, donde además de regularse al bolívar como “la unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela,” se disponen las funciones del Banco Central de Venezuela “para alcanzar los objetivos superiores del Estado y la Nación;” el artículo 322, en el cual se dispone que “la seguridad de la Nación” si bien “es competencia esencial y responsabilidad del Estado,” está “fundamentada en el desarrollo integral de ésta y su defensa es responsabilidad de los venezolanos” y “también de las personas naturales y jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado, que se encuentren en el espacio geográfico nacional;” el artículo 323, que se refiere al Consejo de Defensa de la Nación como máximo órgano de consulta “para la planificación y asesoramiento del Poder Público en los asuntos relacionados con la defensa integral de la Nación, su soberanía y la integridad de su espacio geográfico;” el artículo 325 que se refiere a la reserva de “operaciones concernientes a la seguridad de la Nación;” el artículo 326 que regula la corresponsabilidad “entre el Estado y la sociedad civil” en materia de “seguridad de la Nación;” el artículo 327, que vincula la atención de las fronteras con “los principios de seguridad de la Nación;” el artículo 328, que concibe a la Fuerza Armada Nacional como institución “organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación,” que está “al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna;” el artículo 329 que regula los componentes de la Fuerza Armada a cargo de “la defensa de la Nación;” el artículo 337, sobre la atribución al Presidente de la República para declarar estados de excepción, en “circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación;” el artículo 338 sobre el “estado de alarma” en caso de acontecimientos “que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación,” sobre el “estado emergencia económica” en casos de circunstancias “que afecten gravemente la vida económica de la Nación,” y sobre el “estado de conmoción interior o exterior en caso de conflicto interno o externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación.” Además, la palabra nación se utilizó en la Disposición.

Transitoria Cuarta al disponerse que la ley debía establecer que los miembros del directorio del Banco Central de Venezuela debían representar “exclusivamente el interés de la Nación;” y en la Disposición Transitoria Decimosexta, al referirse al “acervo histórico de la Nación,” y al “Archivo General de la Nación.”

Incluso, se puede apreciar de estas normas, que en algunas de ellas, al emplear la palabra Nación, en la misma disposición se utiliza la palabra Estado como diferenciada e incluso la palabra República, también como diferenciada. Así ocurre, por ejemplo, en el artículo 126, al declarar que los pueblos indígenas “forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible;” en el artículo 309, al disponer que “la artesanía e industrias populares típicas de la Nación, gozarán de protección especial del Estado;” y en el artículo 318, donde además de regularse al bolívar como “la unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela,” se regulan las funciones del Banco Central de Venezuela “para alcanzar los objetivos superiores del Estado y la Nación.”

En ninguno de esos artículos, por tanto, incluyendo los artículos 305 y 306, la expresión Nación significa República como persona jurídica nacional.

Distinto es el tema de la expresión Nación usada en la legislación, sobre todo aquella de origen preconstitucional. Bien es sabido que hasta la Constitución de 1961, la palabra Nación era utilizada en el sentido de República, como persona de derecho público nacional, titular del Poder Nacional. Ello se debió a que en la Constitución de 1953 se identificó a lo que es hoy la República como persona jurídica nacional con “Nación,” al punto de que los órganos fundamentales de esa persona político territorial nacional (Nación) se los denominó en la Constitución por ejemplo, como Procuraduría General de la Nación o Contraloría General de la Nación; donde el término Nación era utilizado como equivalente y con el significado de lo que hoy es la República, y en algún caso, como equivalente del Estado.

El ejemplo más clásico de la legislación antigua que emplea el término Nación, como equivalente por ejemplo a República, está en el artículo 19.1 del Código Civil en el cual al regularse las “personas jurídicas” y, por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos, se hace referencia a “la Nación y las entidades políticas que la componen.”

En esta norma, obviamente, la nación es lo que conocemos hoy como república; ocurriendo lo mismo en el artículo 539 del mismo Código al disponer que “los bienes pertenecen a la Nación, a los Estados, a las Municipalidades, a los establecimientos públicos y demás personas jurídicas y a los particulares;” y en el artículo 539, al prescribir que “los bienes de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades, son del dominio público o del dominio privado.”

Por ello, por ejemplo, y con razón, desde el punto de vista constitucional, la Sala Constitucional en otra sentencia N° 172 de 18 de febrero de 2001 (Caso: *Interpretación de los artículos 21, numerales 1 y 2, y 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*),<sup>14</sup> al analizar el artículo 287 del Código de Procedimiento Civil que proviene de las versiones antiguas del mismo, relativo a las costas procesales, que dispone que “Las costas proceden contra las Municipalidades, contra los Institutos Autónomos, empresas del Estado y demás establecimientos públicos, pero no proceden contra la Nación”; llegó a la conclusión correcta de “sólo la Nación, la cual se equipara a la República o al Estado, en la terminología legal, no será condenada en costas.”

Para decidir en esta forma, la Sala Constitucional además, destacó que en sintonía con el referido artículo del Código de Procedimiento Civil estaba el artículo 10 de la vieja Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional que disponía que: “En ninguna instancia podrá ser condenada la Nación en costas, aun cuando se declaren confirmadas las sentencias apeladas, se nieguen los recursos interpuestos, se declaren sin lugar, se dejen perecer o se desista de ellos.” Sobre ello, destacó la Sala, que el artículo 74 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en cambio dispuso que: “La República no puede ser condenada en costas, aun cuando sean declaradas sin lugar las sentencias apeladas, se nieguen los recursos interpuestos, se dejen perecer o se desista de ellos.”

---

<sup>14</sup> Véase Caso: *Interpretación de los artículos 21, numerales 1 y 2, y 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, en *Revista de Derecho Público*, N° 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 195 ss.

No es un error por tanto que en leyes viejas y de origen preconstitucional se pueda encontrar la palabra nación para identificar a la República. Sin embargo, tal inconsistencia si se podría calificar de “error” cuando se trata de leyes dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, como fue el caso, por ejemplo, del artículo 5 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de 2010,<sup>15</sup> en la cual se debió seguir la terminología constitucional.

En efecto, este artículo 5 de dicha Ley, define a la actividad de “intermediación financiera” como aquella “que realizan las instituciones bancarias y que consiste en la captación de fondos bajo cualquier modalidad y su colocación en créditos o en inversiones en títulos valores emitidos o avalados por la Nación o empresas del Estado, mediante la realización de las operaciones permitidas por las Leyes de la República.” Sin duda, el término Nación se utilizó allí incorrectamente, en el sentido clásico de las viejas leyes financieras, pues allí debió decir “República,” razón por la cual, la Sala Constitucional en sentencia de 794 de 27 de mayo de 2011 (Caso, inaplicación del artículo 312 de la ley de Instituciones del Sector bancario), advirtió que debía aclarar que:

“el legislador en el artículo 5 *eiusdem* cometió un error al confundir un término eminentemente sociológico como lo es el de Nación cuando debe referirse a estructuras político territoriales como Estado o República.”<sup>16</sup>

La Sala Constitucional, sin embargo, ignorando la razón fundamental histórica de la utilización en la legislación, sobre todo en la de arraigo preconstitucional, de la expresión Nación en lugar de República, afirmó en la mencionada sentencia de No. 285 de 4 de marzo de 2004 sobre interpretación vinculante del artículo 304 de la Constitución, que “ese significado del término Nación es ya tradicional en Venezuela, al menos en lo referente a la propiedad de los bienes y a la calificación de algunos como del dominio público,”<sup>17</sup> para lo cual citó los antes mencionados artículos 538 y 539 del Código Civil, expresando, sin siquiera haber tenido la curiosidad histórica de averiguar de dónde provenía la expresión, que:

“Aunque la Sala no interpreta las normas constitucionales con base en disposiciones legales, no puede relegarse al olvido el hecho de que una tradición consolidada ha dado un sentido a las palabras y no es banal el hecho de que precisamente ese sentido se ve reflejado en uno de los textos más antiguos con que cuenta nuestro ordenamiento jurídico.”<sup>18</sup>

Y todo ello, para concluir señalando erradamente que “debe entenderse que el término Nación equivale a República en el artículo 304 de la Constitución.”<sup>19</sup>

De allí dedujo su aún más errada afirmación de que

---

<sup>15</sup> Véase *G.O.* N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010.

<sup>16</sup> Sentencia N° 794/2011 Caso: *Avocamiento procesos penales sobre delitos bancarios*. Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/mayo/11-0439-27511-2011-794.html>

<sup>17</sup> Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 278-279. Véase igualmente en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/285-040304-01-2306%20.htm>

<sup>18</sup> *Idem*

<sup>19</sup> *Idem*

“entendida Nación como sinónimo de República, la conclusión sería que las aguas le pertenecen a ella, como ente político-territorial, negándose entonces la titularidad de las mismas por parte de los estados y los municipios, y más aún por parte de los particulares, sin perjuicio de que, por mecanismos típicos del Derecho Público, personas distintas a la República puedan servirse de las aguas.”<sup>20</sup>

Con esta afirmación, además, la Sala Constitucional evidenció su completa ignorancia sobre el significado de lo que son bienes del dominio público por afectación natural, como lo son precisamente las aguas del mar, de los lagos, de los ríos, de lluvia o subterráneas o lo son las costas, donde no cabe modernamente usar la expresión de que puedan ser de “propiedad” de nadie, como llegó a expresarlo en la misma sentencia al hablar de bienes considerados “*res communes omnium*,” en el sentido de “bienes del uso común de todos, por lo que se justifica la inalienabilidad y la imprescriptibilidad que les caracteriza.”<sup>21</sup> Pero ignorando esos mismos conceptos concluyó la sentencia señalando en un párrafo por lo demás confuso que:

“las aguas son del dominio público de la República, sin perder de vista que ese carácter le exige aprovecharlas en beneficio colectivo, es decir en beneficio del Pueblo. Nación tiene entonces, en el artículo 304 de la Constitución, un doble sentido: propiedad de la República de unas aguas que deben servir a la población en su conjunto.” Así se declara.<sup>22</sup>

En fin, como puede apreciarse de todas estas confusas e incoherentes sentencias que se han analizado, y particularmente las que se refieren a las interpretaciones vinculantes de los artículos 304 y 305 de la Constitución, lo que se evidencia es que la Sala Constitucional confundió Nación con República y aún con Estado, habiendo sido entonces la Sala, realmente la que ha cometido un error, y garrafal. Como lo hemos explicado, el Constituyente no cometió error alguno al utilizar la palabra Nación, en su sentido sociológico y político en los artículos 304 y 305 de la Constitución, como tampoco lo cometió en ninguno de los artículos constitucionales en los cuales utilizó dicho término, en su preciso significado eminentemente sociológico.

Por lo demás, y como Constituyente que fui en la Asamblea que elaboró la Constitución de 1999, me veo en la necesidad de recordarle una vez más a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo que no es quien para juzgar los supuestos “errores” del Constituyente, ni para enmendar la Constitución en lo que arbitrariamente piensen sus Magistrados que pueda haber estado errada. La Sala Constitucional está sometida a la Constitución, como lo están todos los órganos del Estado, y no tiene competencia para juzgar la inconstitucionalidad de la Constitución, ni los supuestos errores en los cuales piense que hubiera podido haber incurrido el Constituyente, y menos cuando no los ha habido.

---

<sup>20</sup> *Idem*

<sup>21</sup> *Idem*

<sup>22</sup> *Idem*

# ÍNDICE



## ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

### -A-

- Acción de Amparo Constitucional. 173
- Admisibilidad. 182
  - Medidas Cautelares. 166
  - Órganos. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional: Competencia. 173
  - Procedimiento: Procedencia in *limine litis*. 178

Acción de Inconstitucionalidad. 162

- Acumulación. 166
- Competencia de la Sala Constitucional para conocer de la nulidad de Ordenanzas Municipales y Leyes Estadales. 162
- Declaratoria de mero derecho. 166
- Medidas Cautelares. 167
- Objeto: Leyes derogadas. 165

Acción de Reclamo por la prestación de servicios públicos. 144

### -C-

Contencioso Administrativo Agrario. 152

Contencioso Administrativo de Anulación. 139

- Medidas Cautelares. 139

### -D-

Derecho a la Educación: Participación de la comunidad educativa. 101

Derechos Políticos: Derecho al Sufragio y Participación Política. 104

Derechos Políticos: Derecho al Sufragio y Participación Política. 104

### -G-

Garantías Constitucionales. 100

- La garantía de acceso a la justicia: Principio *Pro Actione*. 100

### -O-

Ordenamiento Jurídico. La Ley: Principio de irretroactividad. 98

### -P-

Poder Judicial. 115

- Competencia del Tribunal Supremo de Justicia: Antejudio de mérito. 115
- Régimen de los Jueces. 124
  - Recusaciones de los jueces. 124
- Régimen disciplinario. 133
- Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. 133
- Jueces temporales, ocasionales, accidentales o provisorios. 137

Poder Legislativo: Inmunidad Parlamentaria. 114

Poder Nacional. 114

### -R-

Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional: Improcedencia contra sentencias de Tribunales arbitrales. 172

